

Celso Rogério Milano

**GARANTISMO E PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA
DOS PRINCIPAIS INSTITUTOS PROCESSUAIS PENAIS
BRASILEIROS**

Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Celso Rogério Milano

**GARANTISMO E PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA
DOS PRINCIPAIS INSTITUTOS PROCESSUAIS PENAIS
BRASILEIROS**

**Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito à Banca
Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a
orientação da Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra
Napolini Sanches.**

Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2008

MILANO, Celso Rogério

Garantismo e processo penal: uma análise crítica dos principais institutos processuais penais brasileiros / Celso Rogério Milano; orientadora: Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches. Araçatuba, SP [s.n.], 2008. 175 f.
Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO.

1. *Contraditório e Ampla defesa; 2. Garantismo; 3. Processo justo; 4. Devido processo legal; 5. Princípio da proporcionalidade.*

CDD: 341.43

Celso Rogério Milano

**GARANTISMO E PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS
PRINCIPAIS INSTITUTOS PROCESSUAIS PENAIIS BRASILEIROS**

**Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da UNITOLEDO, para obtenção do Título de Mestre em Direito.**

Resultado: _____

ORIENTADORA: Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Araçatuba, ___ de _____ de ____

Dedicamos este trabalho a vocês, caros leitores, pois, sem vos, este, serve para o quê?

Dedicamos este trabalho a vocês, caros professores e orientadora, pois, sem vos, este, como?

Dedicamos este trabalho a todos vocês, ávidos por justiça e com sede de conhecimento, pois, sem vos, este não teria o por quê?

Dedicamos também este trabalho aos oprimidos, para que o reclamem, e aos justos, para que o apliquem.

Agradecimentos

Agradeço por possuir discernimento de saber agradecer, a tudo e a todos; do Criador às criaturas que neste mundo, por qualquer modo, proporcionaram que fosse feito este trabalho.

Agradeço ainda a todos os meus mestres que comigo foram tolerantes em meus muitos erros, sem os quais não saberia que pouco sei, e que pretendo ainda aprender no que por ventura puder vir a ensinar.

Por fim, agradeço por não precisar mais nada pedir e por saber que sempre hei de agradecer.

A justiça alimenta o povo, que pode ser nutrido ou anorético.

Desconstruir é também edificar.

Não se pode sucumbir à tirania.

Ao homem é dada a oportunidade de realizar seu projeto de vida, e, quem traça e lapida o perfil da sua personalidade é o próprio ser, assim, o homem é o que decide ser, dependendo do assumido pelo seu livre arbítrio; desta forma, sê um advogado, lute, mesmo que sucumba, pelo verdadeiramente justo.

Desconstrua sempre que necessário for!

MILANO, Celso Rogério. Garantismo e processo penal: uma análise crítica dos principais institutos processuais penais brasileiros. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar que apesar da positivação, por conseguinte, da fundamentalização de direitos no Texto Constitucional, e, em mesmo o Brasil se auto-intitular um Estado Democrático de Direito, o respeito material às garantias é não raro, inobservado. E uma das razões do porque isso se dá, é devido a uma imperfeita constitucionalização do processo penal sob a ótica da esmagadora maioria dos operadores do Direito, proporcionando que subsistam leis, em tese, eficazes, mas carecedoras de adequação à Constituição, o que faz com que o processo penal aparentemente não se mostre afinado com a Carta Maior. Presunção de inocência não pode ser uma utopia e presunção de culpabilidade uma fatídica realidade. O estrito cumprimento ao devido processo legal, a possibilitação de um contraditório realmente efetivo e de uma defesa ampla na perfeita acepção da terminologia, há de ser estendida a todos, indistintamente. Há muito que evoluir o processamento de uma efetiva constitucionalização das leis ordinárias, que contrariando a norma geral, muitas vezes, ou são interpretadas ao arpejo da Carta Constitucional, ou, o que é pior ainda, são editadas em contrariedade a Lei Maior, o que compromete inquestionavelmente as garantias fundamentais do cidadão. Ou seja, a sistemática vigente tem suprimido ou reduzido a esfera de proteção de direitos e/ou garantias, caracterizando um ordenamento jurídico, não do modo como está escrito, mas como interpretado e aplicado, contrário à Constituição, pois, antigarantista.

Palavras chaves: Contraditório e Ampla defesa; Garantismo; Processo justo; Devido processo legal; Princípio da proporcionalidade.

MILANO, Celso Rogério. Garantismo e processo penal: uma análise crítica dos principais institutos processuais penais brasileiros. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

ABSTRACT

This work aims at to demonstrate that although the positivization and with this, the motivation of rights in the Constitutional Text, in the same time that Brazil calls itself as a Democratic State of Right, the material respect to the guarantees rare is observed. One of the reasons that it happens became of an imperfect constitucionalization of the criminal proceeding under the optics of the smashing majority of the operators of the Right, providing that laws, in theses, efficient, but devoid of an adequacy to the Constitution, what it makes with that the criminal proceeding does not remains syntonized with the Constitution. The innocence swaggerer cannot be an utopia and the culpability swaggerer a lamentable reality. The strict fulfilment to due process of law, making possible a really effective contradictory and ample defense in the perfect meaning of the terminology, must be extended to all, indistinctly. The processing of an effective constitucionalization of the usual laws must to evolve, therefore opposes the general norm, many times or are interpreted to the chill of the Constitution, or, what is worse still, are edited in opposition the Law Biggest, what it unquestionedly compromises the basic guarantees of the citizen. That is, effective systematics has suppressed or reduced the sphere of protection of rights and/or guarantees, characterizing a legal system not in the way as it is written, but as interpreted and applied, contrary to the Constitution, therefore, against the garantism.

Word-key: Contradictory and Legal Defense; Garantism; Process Just; Due Process of Law; Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10	
CAPÍTULO I PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO		12
1.1 Os princípios sob a ótica garantista da Constituição Federal	12	
1.2 A Constituição no Estado Democrático de Direito	24	
1.3 Direitos, garantias fundamentais e dignidade da pessoa humana	27	
1.4 O princípio da proporcionalidade	37	
1.5 O contraditório e a ampla defesa	42	
1.6 O devido processo legal	59	
1.7 O garantismo e o processo penal sob a ótica da Constituição vigente	66	
CAPÍTULO II REDISCUINDO INSTITUTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DO MODELO GARANTISTA INCUTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE		74
2.1 Disposições preliminares	74	
2.2 Inquérito Policial	75	
2.3 Ação penal pública	83	
2.4 Busca e apreensão e restituição de bens apreendidos	86	
2.5 Provas e indícios no processo penal	89	
2.6 O interrogatório do réu, os testemunhos e os reconhecimentos	97	
2.7 Operadores do Direito que intervêm no processo	105	
2.8 As modalidades de prisão, sua revogação e liberdade provisória	114	
2.9 Considerações sobre citação e demais comunicações dos atos processuais	131	
2.10 Sentença penal	134	
2.11 O processo dos crimes da competência do júri	136	
2.12 Seqüência dos processos de crimes competentes ao juiz singular, inclusive, os contra a honra	142	
2.13 Nulidades	150	
2.14 Recursos	158	
CONCLUSÃO.....	162	
REFERÊNCIAS.....	166	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental oferece uma análise crítica acerca das deficiências de alguns institutos legislativos e quanto ao comportamento de significativa parcela dos profissionais que integram a categoria dos operadores do Direito, de forma que inversamente do que apregoa o Garantismo, que é inerente ao Estado Democrático de Direito, optam em aplicar normas penais que, destarte positivadas, são interpretadas de forma mais severa em relação à imediata e incisiva aplicabilidade de determinados princípios emanados da Carta Constitucional, que prediz, entre outros direitos fundamentais, a perpetração do contraditório e da ampla defesa [com todos os meios a ele inerentes, ou não?].

Irá se observar que a atividade seqüencial no procedimento processual penal do modo como colhido, proporciona que o senso de observação possa verificar uma dissonância mais elástica entre a evolução doutrinária e, em tese, a conseqüente assimilação jurisprudencial ante o comportamento judicante em relação ao caso concreto.

Sem embargo, os estudos realizados convenceram este autor no sentido de proporcionar duas preocupantes indagações, sendo elas: a) poderá existir entre os magistrados, uma corrente doutrinária informal, que, quer por possível despreparo, quer pela repugnância ao elevado grau de violência urbana cada vez mais latente, que inconscientemente os torna parciais em desfavor dos meramente processados por cometimento de crimes, ou por qualquer outra razão, inobservam princípios norteadores do hodierno direito processual penal à luz da Constituição Federal? b) será que as mais garantistas jurisprudências e vanguardistas pareceres doutrinários apenas são direcionados a uma “espécie” de réu diferenciado do protótipo habitualmente acusado, processado, sentenciado e condenado, e por isso, só excepcionalmente são efetivamente respeitados?

Tais polêmicas indagações, por meio da análise de institutos penais correlatos, serão estudadas no transcorrer desta obra, de cunho eminentemente argumentativo, destarte frações expositivas, sem, contudo, tencionar [por não poder] exauri-la, o que só poderá ocorrer ao nível de tese, mas, certamente, oferecer uma reflexão que, em resumo, colocará diplomas penais que devem ser considerados ultrapassados, mormente alguns dos contidos no quase setuagenário Código de Processo Penal brasileiro, que diga-se, inspirado no rigorismo do “Código Rocco” e elaborado no auge do fascismo em tempo em que estávamos sob a égide

ditatorial, interpretados rigorosamente de acordo com a vontade do Texto Constitucional vigente.

Como fatos observados ou experiências pessoais e profissionais não possuem valor concreto e científico, se não devidamente amparados por institutos jurídicos, como normas, preceitos, jurisprudências, súmulas, pareceres, sentenças e estudos anteriormente realizados por juriconsultos nacionais ou alienígenas, buscar-se-á colocar a realidade de nosso sistema jurídico em confronto com os conceitos emanados e que estão no domínio e conhecimento público, um modelo de pesquisa capaz de se não elucidar, ao menos discutir as indagações colocadas anteriormente.

Não nos cabe neste estudo, preponderantemente elaborado pelo método indutivo, promover um apego clássico às críticas ao sistema judiciário, mas ao mesmo tempo, somos levados a buscar nos princípios teóricos, definições doutrinárias, estudos jurisprudenciais, súmulas, pareceres que demonstrem o verdadeiro sentido da atuação da Constituição no Estado Democrático de Direito, a presença efetiva dos direitos e garantias fundamentais e respeito com a dignidade da pessoa humana, agindo em consonância com o princípio da proporcionalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, do garantismo e o processo penal sob a ótica da Constituição, e assim, ter a consciência e a liberdade democrática de rediscutir o Código de Processo Penal à luz do modelo garantista da Constituição Federal vigente.

Creditamos que transcorrido o período de estudos, pesquisas, análises, será realizada uma pré-conclusão sobre o modelo de interpretação adotado pelo judiciário e oferecer projetos de modificações insurgidos do conhecimento científico e emanados das normas constitucionais em vigor.

Clareia-se, por fim, que não há absolutamente qualquer radicalismo ou parcialidade nas conclusões doravante oferecidas, e que eventuais críticas não podem ser generalizadas.

Está será a proposta que iremos desenvolver a partir deste envolvente tema.

CAPÍTULO I. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Os princípios sob a ótica garantista da Constituição Federal

Muitas são as definições de princípios, contudo, poucas conseguem materializar um pleno entendimento, sob todos os ângulos que podem ser relatados.

Por uns, os princípios são definidos isoladamente; por outros, se faz mister a comparação com outras grandezas, entre elas, a norma, ou ainda, a regra.

Sem embargo, entende-se por princípios jurídicos como as inteligências fundamentais de um ordenamento jurídico; ou, as normas elementares e basilares norteadoras de um sistema jurídico; ou, consoante lição do dicionarista De Plácido e Silva (2002, vol. IV, verbete, p. 639):

[...] princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de normas a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.

Deste modo, pode-se dizer que os princípios se posicionam a ser norteadores da direção da regra a ser encontrada.

Guerra Filho (2005, p. 69) discerniu:

Uma das características dos princípios jurídicos que melhor os distinguem das normas que são regras é sua maior abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática,

que dê suporte à incidência da norma jurídica. A ordem jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios, pode continuar a ser concebida, à la Kelsen, como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção, em um ordenamento jurídico de estrutura escalonada. No patamar mais inferior, com maior grau de concreção, estariam aquelas normas ditas individuais, como a sentença, que incidem sobre situação jurídica determinada, a qual se reporta decisão judicial. O grau de abstração vai então crescendo até o ponto que não se tem mais regras, e sim, princípios, dentre os quais, contudo, se pode distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração.

Em outras palavras, desta feita nos dizeres de Espíndola (2002, p. 53):

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Já quanto as regras, na opinião de Ávila (2000, p. 167):

São normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento, quanto à justificação que exigem, e quanto ao modo que contribuem para a decisão.

Indo em rumo para uma definição de princípio constitucional, importante trazer-se à baila, novamente a lição de Espíndola (2002, p. 44-45) ensinando que:

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a idéia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e 'ordem jurídica'; acrescentando: Para se analisar, com satisfatoriedade, o conceito de princípio do Direito, cumpre sejam levantadas, inicialmente, as significações de princípios fora do âmbito do saber jurídico, para ao depois perscrutarem-se as significações que lhe foram conferidas nas diferentes posturas metodológicas no interior da Ciência Jurídica.

Contudo, para a seqüência deste trabalho, é importante que se faça a fixação nos princípios que regem o direito penal, melhor dizendo, os norteadores do processo penal, dentre eles: o princípio *acusatório*, princípio da *legalidade*, princípio da *oralidade*, princípio do *contraditório*, princípio da *concentração*, princípio da *imediatez*, princípio da *publicidade*, princípio da *liberdade da prova lícita e legítima*, princípio da *ampla defesa*, princípio da *ofensividade do fato*, princípio da *motivação*, princípio do *devido processo legal*, princípio da *finalização do processo em prazo razoável*, princípio da *presunção de inocência*, princípio da *dignidade da pessoa humana*, princípio da *igualdade*, princípio da *proporcionalidade*, princípio da *verdade real*, princípio do *in dubio pro reo*, princípio da *individualização da pena*, princípio do *juiz natural*, princípio do *duplo grau de jurisdição* e outros decorrentes.

Deve ser ressaltado que o princípio da legalidade, traduzível na expressão “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*” também conhecido por uns como o princípio da estrita legalidade ou, como tratado por outros, princípio da reserva legal, carrega princípios diretamente decorrentes, mediata e imediatamente, sendo estes, o princípio da estrita legalidade penal “*nullum crimen sine lege poenali*”; o princípio da estrita legalidade da pena “*nulla poena sine lege poenali*”; e o princípio da anterioridade penal “*praevia lege poenali*”.

Insta ainda salientar que os princípios conhecidos como ‘decorrentes’ e consagrados são: princípio da *anterioridade da lei penal*, princípio da *irretroatividade*, princípio da *retroatividade da lei mais benéfica*, princípio da *exigibilidade da lei escrita*, princípio da *proibição da analogia*, e princípio da *taxatividade*.

Na lição de Luisi (2003, p. 13):

A presença de matéria penal nas Constituições contemporâneas se faz através de princípios especificamente penais, ou seja, de princípios de direito penal constitucional e de princípios constitucionais influentes em matéria penal. Os primeiros são exclusiva e tipicamente penais, comportando sejam divididos em princípios implícitos e explícitos. Os explícitos são enunciados de forma expressa e inequívoca no texto da Constituição. Os implícitos de deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidos. Os segundos, os pertinentes a matéria penal, geralmente não são propriamente criminais, impondo-se tanto ao legislador penal como al legislador civil, tributário, agrário, etc... Referem-se prevalentemente ao aspecto de conteúdo das incriminações no sentido de fazer com que o direito penal se constitua em um poderoso instrumento de tutela de bens de relevância social.

Por Princípio Acusatório, que se opõe ao princípio inquisitivo, podemos afirmar que é o que defende os direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir estatal.

Seu núcleo material visa atribuir a sujeitos processuais diferenciados, as funções de defender, acusar e julgar.

O Princípio da Legalidade – *nullun crimen nulla poena sine lege* – primeiro artigo do Código Penal e que está petrificado no inciso XXXIX do artigo 5º da Lei Fundamental, que prediz: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 2006 a, p. 12 e 271).

Gomes (2003, p. 31) ressalta que:

Para o direito penal, especialmente, a maior garantia de caráter político derivada da adoção do princípio do Estado de Direito é a legalidade dos delitos e das penas. Ela tem por principal finalidade impedir que a condenação penal seja utilizada na contingência de uma luta política, e segundo as circunstâncias, como instrumento de humilhação do adversário; isto se dá não apenas por assegurar a predeterminação do direito, mas por garantir, também, sua produção por parte dos órgãos dotados de legitimação substancial para tal – ao vincular o juiz a uma regra preexistente, o Estado consolida a distribuição do poder punitivo nas mãos de órgãos legitimados para a produção do direito. Expressa-se e formaliza-se, assim, uma determinada distribuição do poder punitivo entre os órgãos constitucionais, segundo o modelo de equilíbrio recíprocos que resulta legitimado pela história política e social de um determinado país.

Sintetizando, Toledo afirmou (2002, p. 21):

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação do poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais.

O Princípio da Oralidade preconiza a adoção da forma oral no tratamento da causa, ou seja, que as declarações perante os juízes e tribunais possuam mais eficácia quando formuladas verbalmente, sem que se exclua a utilização da escrita, que é imprescindível para a documentação do que fora colhido. É uma das características do sistema acusatório e confere celeridade e leveza á instrução criminal.

Quanto ao Princípio do Contraditório, que está insculpido no artigo 5º, inciso LV da Magna Carta, implica na concessão de igual oportunidade as duas proposições, a que afirma e a que nega, e tem como corolários: isonomia entre as partes; ciência bilateral dos atos processuais e bilateralidade de audiência; direito à ciência prévia da acusação, de modo a proporcionar ao acusado tempo e meios necessários à preparação de sua defesa; direito à ciência detalhada da acusação; direito de compreender a acusação e julgamento, nem que por meio de tradução ou interpretação; direito à assimilação dos fundamentos fático-jurídicos da acusação; oportunidade de contrariar à acusação e de apresentar provas e testemunhas; liberdade processual de especificar os meios de prova admitidos e a linha de defesa, bem como, de escolher seu defensor, poder optar pelo silêncio sem prejuízo ou de fazer-se revel.

Quanto ao Princípio da Ampla Defesa, um dos mais legítimos direitos do homem, já que a defesa da vida, da honra, da liberdade são inerentes à dignidade humana como os seus bens mais valiosos, deve ser cabalmente assegurada, com todos os meios e recursos a ela inerentes. Sendo assim, é imperativo permitir-se ao réu, no mínimo, que tenha conhecimento prévio e incontestável da imputação; o direito de contestar as acusações; a faculdade de acompanhar a produção de provas e de contrapor-las; o direito de recorrer; o direito de ser julgado por magistrado independente e imparcial, podendo, se o caso, excepcionar o juízo por suspeição, impedimento ou incompetência; o direito a acusador público e independente; direito de assistência de defesa técnica por causídico de sua escolha.

É também um dever do Estado, que se obriga a providenciar que a ampla defesa do acusado, seja esta materialmente efetiva, assim, o único direito na defesa que é impossibilitado ao acusado deve ser o de não se defender; inclusive, providenciar afirmar que a defesa técnica falha, grotesca, leniente, vazia e meramente formal, é tratada como causa de nulidade do processo.

O Princípio da Concentração consiste em concentrar a produção de provas e a formação da convicção no ato da audiência. Está intimamente interligado com o princípio da celeridade.

Já o Princípio da Imediatidade é o contido no artigo 2º do Pergaminho Processual Penal, que ensina: “A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (BRASIL, 2006 b, 407).

O Princípio da Publicidade jaz do artigo 5º, inciso LX, e, consoante o artigo 37 da Constituição Federal é dirigido não só ao processo penal, como para toda Administração Pública.

É decorrente do sistema acusatório e do Estado Democrático, mas comporta algumas restrições e se submete a inteligência do Princípio da Proporcionalidade, quando há violação à intimidade das pessoas ou quando o interesse social impuser sigilo, bem como, na votação dos jurados na sala secreta do júri, e algumas outras.

Quanto ao Princípio da Liberdade da Prova Lícita e Legítima [ou das provas obtidas por meios legais] consiste que embora o processo penal seja norteado pela liberdade na coleta e confecção das provas, esta não é de forma absoluta e merecendo limitação, como se faz com a vedação das provas obtidas por meios ilegais [ilícita e ilegítima].

Contudo, por intermédio da interseção do Princípio da Proporcionalidade, o comportamento jurisprudencial vem mitigando, ainda que de modo discreto, essa proibição, possibilitando seu uso quando favorável ao réu com fulcro que na inadmissibilidade da prova ilegal e na presunção de inocência, é esta que deve prevalecer. Todavia, o outro lado também se faz representar sob o argumento de que nenhuma liberdade pública é absoluta e não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo invulnerável para a prática de atividades ilícitas.

No que tange ao Princípio da Ofensividade, este se direciona a imprescindibilidade da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado para legitimar a intervenção estatal.

Gomes (2004, p. 111-112) asseverou que:

Em virtude do princípio da ofensividade, de outro lado, está proibido no Direito Penal o perigo abstrato. Porte de arma de fogo quebrada ou desmuniada: para quem não considera o princípio da ofensividade, há crime. Essa concepção, entretanto, segundo nosso ponto de vista, é inconstitucional (não se pode restringir direitos fundamentais básicos como a liberdade ou patrimônio, sem que seja para tutelar concretas ofensas a direitos fundamentais).

No que tange ao Princípio da Motivação, este adquiriu uma força ainda maior, quer através da inteligência dos Pactos e Convenções internacionais aderidas pelo nosso ordenamento jurídico, quer com sua positivação na Constituição Federal vigente [artigo 93, IX]¹, que explícita e implicitamente o consagrou como um pétreo direito fundamental.

E, se não bastasse, sua imprescindibilidade pode ser verificada na Codificação Processual Penal, mais precisamente no artigo 381, inciso III, que diz: “A sentença conterá:

¹ CF - Art. 93 [...]

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, as próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

[...] III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (BRASIL, 2006 b, 441).

Consiste basicamente que qualquer um do povo pode aferir a imparcialidade do julgador, à irrestrita obediência ao devido processo legal, à plena concessão do contraditório e da ampla defesa e quanto à justiça da decisão.

Uma das exceções previstas é quando da votação dos quesitos pelos componentes do Conselho de Sentença em julgamento por processo submetido ao rito do Tribunal do Júri.

Quanto ao Princípio do Devido Processo Legal, temos que é o que protege o cidadão contra a ingerência arbitrária estatal, vedando a este o exercício do poder punitivo, salvo após o trânsito em julgado de um processo garantidamente legítimo, possibilitando ao acusado todos os meios de defesa possíveis.

Bonfim (2008, 40-41) identifica o devido processo em dois aspectos distintos: o Devido Processo Legal Substancial ou Material, que refere-se ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia a medida que protege o particular contra qualquer atividade estatal que, sendo arbitrária, desproporcional ou não razoável, constitua violação a qualquer direito fundamental. E o Devido Processo Legal Processual ou Formal, que tem como conteúdo, certas garantias de natureza processual, conferidas às partes tanto no trâmite do processo, quanto no que diz respeito à sua relação com o Poder Judiciário.

Já o Princípio do Prazo Razoável para a finalização do processo, é decorrente, entre outros princípios, do devido processo legal. A recente Emenda Constitucional 45 assegurou indistintamente, nos âmbitos judicial e administrativo, a razoável duração do curso do processo e os meios possibilitadores da celeridade de sua tramitação.

Seu principal escopo é o de evitar a restrição de direitos, liberdades e garantias, por ato do Poder Público.

Está intimamente ligado ao princípio da proibição de excesso, tanto que o pretório STF editou a Súmula 697, que ensina: “A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo” (BRASIL, 2006, p. 937).

Deve ser esclarecido que o simples excesso de prazo, por si só, não norteia o princípio, pois, na determinação da razoabilidade do transcurso do lapso temporal, é necessário percuciente estudo de três parâmetros, quais sejam: a complexidade da conduta delitiva e o número de réus; a atividade processual das partes com eventual requisição de diligências, muitas vezes até protelatórias; e, a conduta das autoridades judiciárias.

O artigo 8, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 2001, p. 36) já preconizava:

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

O Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como da não-culpabilidade, informa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já era previsto no artigo 8, 2 do Pacto de San Jose da Costa Rica como: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprova legalmente sua culpa”. (BRASIL, 2001, p. 36).

Da inteligência deste instituto, são extraídas as seguintes consequências: que qualquer privação da liberdade do acusado só é admissível após sua condenação definitiva, o que não obsta que excepcionalmente, seja decretada sua prisão provisória, quando imprescindível e devidamente fundamentado o despacho para tal fim; o direito do acusado ser informado previamente de tudo contra ele reunido, para que possa se contrapor a tais e de modo eficaz; o dever da acusação em demonstrar a culpa do acusado, e não este de ter que comprovar sua inocência, nem fazer prova negativa; por fim, que a condenação deve ser produto de certeza, e que eventual dúvida deve ser interpretada em favor do réu.

Trata-se de um princípio mui polêmico, pois é dotado de elevado grau de subjetivismo para sua aplicação ou para ser materializado, como será demonstrado na evolução deste trabalho.

Inclusive, insta consignar que o acusado deve se defender não necessariamente do tipo penal positivado imputado, mas estritamente da conduta descrita na exordial acusatória, que deve, portanto, inexoravelmente demonstrar a perpetração dos fatos e a inequívoca culpabilidade e dolo do agente, em sua ação ou omissão.

Tal princípio é reiteradamente explorado pelos acusados de cometimento de crimes tributários em geral, mormente realizados por via de pessoa jurídica, e cuja responsabilidade penal há de ser comprovada subjetivamente, não bastando, pois, o fato de ser sócio, gerente, proprietário de dada empresa acusada de tal crime, para objetivamente lhe impingir culpa.

Tal princípio deveria ser aplicado a todos indistintamente, e isso, sem equivaler a impunidade, pois uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, parte-se para execução e cumprimento da pena aplicada; contudo, no caso dos crimes tributários e devido a grande dificuldade ou impossibilidade da materialização das provas no cometimento destes crimes, já que realizados por outros agentes e sob ordens do verdadeiro mentor intelectual [normalmente é o empreendedor de fato, quase sempre inatingível dado um sem número de exculpantes em seu favor], tem servido apenas para a salvaguardar a pseudo inocência em virtude da falta de provas dos reais responsáveis e beneficiários destes delitos.

Quanto a Dignidade da Pessoa Humana, esta também é representada por um princípio que visa à limitação da supremacia estatal, e está intimamente ligado ao Princípio da Humanidade, constante do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, (BRASIL, 2003 b) e também ao Princípio da Humanização das Penas.

Igualmente está insculpido no bojo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, “Pacto de Nova York”, e, na Convenção Americana dos Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica”.

Na Constituição da República Federativa do Brasil é reconhecido na qualidade de fundamento, no artigo 1º, inciso III e no artigo 5º, incisos III e XLIX. (BRASIL, 2006 a).

CF – Art. 1º - A República Federativa [...] tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

CF – Art. 5º, inciso III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

CF – Art. 5º, inciso XLIX – é assegurado ao preso respeito à integridade física e moral.

Este último instituto esclarece que o acusado em processo penal pode ter subtraído uma parte da sua liberdade, não sendo tolhida sua dignidade, que deve permanecer irretocável.

Providencial trazer à tona neste trabalho, recente e paradigmática decisão da Colenda 1ª Câmara Criminal do Augusto Tribunal de Justiça de São Paulo, que com arrimo neste postulado proclamou a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, conclamando, entre outras tão contundentes, a seguinte frase do Desembargador relator Marco Antônio Nahum: “trata-se de uma determinação desumana e degradante, cruel, o que faz ofender a dignidade humana”. (SÃO PAULO, 2006).

O Princípio da Igualdade preconiza que as partes, no processo penal, devem se situar no mesmo patamar, com igualdade de direitos, ônus, obrigações e faculdades, e o processo

deve estar estruturado de modo a permitir a paridade de armas entre a acusação e a defesa, vedando-se diferenciações arbitrárias, sob pena de nulidade, pois, consoante Cunha (2007, p. 26): “o tratamento desigual dos casos desiguais é corolário do próprio conceito de justiça”.

Tal princípio implica na necessidade de observância da igualdade perante a lei [igualdade formal] e igualdade na lei [igualdade material].

Rios (2002, p. 31) arrimado em Hesse, assim definiu:

Pode-se afirmar que a igualdade perante a lei (formal) diz respeito a igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente; a igualdade na lei (material) por sua vez, exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.

Adentrando na senda do Princípio da Proporcionalidade, também denominado de o “Princípio dos Princípios”, pelo professor Guerra Filho, em sala de aula, indubitável que o mesmo acha-se estreitamente associado ao Princípio da Isonomia, em busca da perpetração de uma igualdade proporcional, inerente à justiça distributiva.

Segundo Guerra Filho (2005, p. 94-95):

O princípio da proporcionalidade, entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s) na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’: ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou máxima do sopesamento; ‘princípio da adequação’; e ‘princípio da exigibilidade’ ou máxima do meio mais suave.

Da seara meramente doutrinária para sua inserção prática no direito processual penal, o Princípio da Proporcionalidade é invocado quando da resposta estatal em relação à conduta típica perpetrada pelo infrator, que deve ser proporcional [sem excesso e adequada] ao fato praticado, e ao fim almejado com a sanção.

Sob uma ótica mais simplista, trata-se de um ‘juízo de intensidade’ após sopesamento de meios e fins sob um juízo de ponderação. Não se trata, pois, de conter a proibição de excesso, mas também a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal estatal.

Quanto ao intitulado Princípio da Verdade Real, [que em verdade está perdendo tal denominação para da ‘verdade formal’ ou ‘processual’ em face da quase impossibilidade de

obtenção da verdade real] insta consignar que ao processo penal importa em descobrir, tanto quanto possível, a verdade dos fatos, embora que para parte doutrina, o máximo que pode se obter é a verdade processual ou judicial, que pode estar por uma série de fatores divorciada da almejada verdade.

Isso se dá devido ao fato de que a parte do *iter criminis* que se processa no campo subjetivo, jamais poderá ser reconstruída ou inteiramente demonstrada, mesmo em caso de confissão e testemunhos presenciais no mesmo sentido desta.

Assim, para a busca do verdadeiro autor da infração, a punição deste pelo fato praticado, e de acordo com o modo de como tal o fora, e, para a exata delimitação da culpabilidade do agente, deve o magistrado perseguir, com todos os meios de que dispõe, o máximo possível perto da verdade, e, para tal desiderato, pode decidir-se pela complementação das provas.

As exceções que impedem a plenitude do referido princípio são: a impossibilidade de revisão criminal pro-societatis; perempção extintiva da ação penal privada em razão da contumácia ou inércia do querelante; e, o perdão do ofendido na ação penal privada.

O Princípio da Individualização da Pena, que está intimamente ligado ao Princípio da Humanidade, bem como, com o da Dignidade da Pessoa Humana, está insculpido como garantia e direito fundamental no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, determinando que: “A lei regulará a individualização da pena e adotará [...]” (BRASIL, 2006 a, p. 13); e no artigo 5º da Lei de Execução Penal: “Os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. (BRASIL, 2006 d, p. 639).

Trata-se de postulado que deve ser observado por três óticas distintas, a legislativa, quando da cominação da pena em abstrato; a judicial, quando da sentença; e a administrativa, na etapa de execução da reprimenda imposta.

Este princípio só pode ser efetivamente sacramentado se a pena for aplicada diferenciadamente e estar de acordo com cada sentenciado, e não, aplicada como se todos os condenados fossem estereotipados.

Ou seja, a pena deve ser constante e reiteradamente adequada individualizadamente às condições pessoais do sentenciado, de forma a não cercear seu livre desenvolvimento.

Este princípio está adstrito ao sistema garantista que se destina a preservação dos direitos fundamentais, e implica que em sede de execução penal, deve prevalecer a pessoa como ente individual em supremacia sobre o interesse social, melhor dizendo, a individualização da pena deverá ser realizada objetivando adequar a reprimenda imposta à

realidade do sentenciado e suas condições pessoais, que são os fins do direito penal em um Estado de Direito, que é garantista.

Entoando implicitamente a ‘proporcionalidade’, Barros (2001, p. 166) afirmou: “Na execução penal o princípio da igualdade assegura o direito de ser diferente dos demais, de não se submeter a tratamentos tendentes à modificação da personalidade”.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não está positivado na Carta Maior, mas constitui diretriz implícita que se constrói mediante a inteligência do contido nos artigos 5º, LV, 92, 102, 105 e 108 da mesma (BRASIL, 2006 a). Está também previsto expressamente nos ‘Pactos de San José da Costa Rica’ e de ‘Nova York’, valendo como lei ordinária neste país, que deles é signatário.

Abrange o direito ao reexame da causa, quanto ao mérito; à revisão da pena aplicada; e reexame quanto à forma e existência de nulidades.

O Princípio do Juiz Natural é decorrente do Estado Democrático de Direito que visa assegurar que todo homem tenha um julgamento justo e imparcial.

O Princípio do “*no bis in idem*” é inspirado no artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prescreve: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. (BRASIL, 2003, p. 303)

Igualmente está no artigo 8º, item 4, do Pacto de San José da Costa Rica, que diz: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. (BRASIL, 2001, p. 37)

No estudo de Direito Comparado, também está expressa na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, bem como, na Sétima.

Outros princípios ora citados são: o da economia processual; o da ordem consecutiva legal; o do impulso oficial; o da iniciativa das partes; o da indisponibilidade; o da obrigatoriedade; o da oficialidade, e outros.

Concluindo, os princípios, como preceitos basilares de um determinado tópico, direcionam através de sua expressão, a conduta de todo e qualquer fim jurídico, apesar do incomensurável grau de abstração de sua grande maioria.

Os princípios norteadores do direito processual penal que serão reiteradamente invocados explícita ou implicitamente na seqüência deste trabalho, consubstanciam-se em escopos políticos e sociais, inafastáveis da ética e da moral, e extraídos do âmago da Constituição, objetivando sempre a possibilitação de um processo penal garantista e justo.

1.2 A Constituição no Estado Democrático de Direito

Constituição, em sentido amplo, pode ser resumida como ‘A Lei Fundamental de um Estado’, contudo, trata-se de definição das mais polêmicas e que comporta ângulos diversos, com distintas conclusões de acordo com o campo de enfoque.

Não corresponde à realidade que ‘Constituição’ seja uma característica das sociedades modernas, sendo certo asseverar que todas as sociedades politicamente organizadas, pouco importando quais fossem suas estruturas sociais ou estágio no tempo, sempre possuíram formas de ordenação passíveis de serem designadas de ‘Constituição’, que nem sempre resulta de documento escrito.

Dos muitos sentidos que podem ser conferidos a uma Constituição, serão apresentados os conceitos formal e material ditados por Bastos, inspirado em Kelsen (1998, p. 43).

[...] A Constituição no sentido material é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas e outras que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser. Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é o universo do ser, e não o dever ser do qual o direito faz parte. A Constituição em sentido formal seria um conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e mais solene. Não procura apanhar a realidade do comportamento da sociedade, como a material, mas leva em conta tão somente a existência de um texto aprovado pela força soberana do Estado e que lhe confere a estrutura e define os direitos fundamentais dos cidadãos, organizam os elementos constitutivos do Estado e definida como a organização dos seus elementos essenciais ou constitutivos: um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, a forma do seu governo, o modo de aquisição e o exercício do seu poder, o estabelecimento dos seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.

Já o Poder Constituinte é aquele que põe em vigor, cria, ou constitui normas jurídicas de valor constitucional, podendo ser originário do povo ou derivado.

O Estado, que nasce formalmente com uma Constituição e necessitando para sua configuração de quatro elementos, sendo eles o povo, o território, o governo e a soberania; e, em uma definição mui minimalista, constitui uma unidade orgânica integral destinada a manter a estrutura política de um povo ou nação, visando sua satisfação, por meio do

monopólio da coerção e jurisdição no respectivo território; ou definindo-o de forma mais simplista ainda, como pessoa jurídica de direito público externo, detentora da supremacia na ordem interna e de independência na ordem internacional.

Nos dizeres do professor Nogueira da Silva², também catalogado em livro (2003, p. 60), “[...] a única justificativa para a existência do Estado é a promoção do bem comum”, o que importa na regulação, ou mais precisamente, na delimitação de direitos.

Nesse diapasão, o aludido mestre complementa as mais diversas definições de Estado, ensinando que:

O Estado é um ente que tem vida e identidade próprias, na medida em que não as perde pela mutação dos elementos que compõem sua estrutura, caracterizado por uma pessoa jurídica integrada por todos que fazem parte de um povo dotado de soberania sobre o respectivo território e sobre os seus interesses nacionais.

Definido Estado tal como pode sê-lo simplesmente, há de ser explicitado o que vem a ser Estado Democrático.

A democracia é um dos baluartes do Estado de Direito. Na democracia, no entanto, não basta que os Direitos Fundamentais estejam inseridos no texto constitucional, embora tal fato sinalize com grande avanço democrático, mas é imperativo que sejam eles efetivados, concretizados no âmbito das relações sociais.

E a República Federativa do Brasil optou em 1988 em adotar uma Constituição construída em bases democráticas e privilegiando o Estado de Direito, que deve agir exemplarmente no que tange ao respeito aos limites constitucionais estabelecidos pelo poder constituinte, lembrando que a Carta anterior foi outorgada em 24 de janeiro de 1967 estabelecendo o Governo Militar em nosso país, e seus dispositivos concediam maiores poderes à União e ao Poder Executivo, sem ênfase às Liberdades Públicas, que só foram devidamente blindadas no Texto vigente.

O Estado Democrático, por conceito, trata-se de uma “modalidade” até certo ponto recente, detectável a partir do primeiro quarto do século passado, em cosmopolita substituição, ao menos em tese, ao antigo Estado Liberal, e alicerçado no direito ao sufrágio universal e normatização dos atos com previsibilidade legal aos comportamentos da sociedade, transformando em normas de ordem pública, as regras jurídicas.

² Frase proferida em sala de aula no curso de Mestrado da Unioledo.

O Estado de Direito e o Estado Democrático, fundindo complementarmente o conceito de ambos, consiste na submissão do Estado ao império da Lei e à Jurisdição; na divisão dos poderes, e na garantia dos direitos individuais.

Consoante Canotilho (1993, p. 202): “[...] há três pressupostos materiais subjacentes ao princípio do Estado de Direito, independentes das densificações e das concretizações verificadas na Constituição de um Estado de Direito, sendo eles: juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais”.

O primeiro artigo da Carta Constitucional vigente apregoa que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, assim, recepciona o Princípio Democrático, que por sua vez, deve ser motriz do Devido Processo Legal, sem o qual, impossível à existência de um Estado Democrático de Direito, que resumidamente significa a subordinação do Estado à Lei e à Constituição.

Na seqüência, apresenta como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; o que dá azo ao corolário de que a fonte, elaboração, interpretação e aplicação das normas processuais devem nortear, inflexivelmente, pela trilha das garantias constitucionais.

A instrumentalização das formas e alcance do conteúdo dos atos processuais deve advir da Constituição, que é fruto da vontade do Poder Constituinte, e o Brasil adotou uma Constituição construída em bases democráticas que reza, acima de tudo, o Estado de Direito.

O Estado democrático de direito, que implica na exigência de reger-se por normas democráticas, adotou o denominado princípio democrático, consistente em afirmar, como disposto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, que: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (BRASIL, 2006 a, p. 09). Assim, aplicar o Direito em um Estado Democrático de Direito, implica em aplicar, prioritariamente, a própria Constituição.

Sabe-se que uma Constituição, mais do que um conjunto de normas, agrega um conjunto de princípios, eis que a ela cabe efetiva e materialmente, a concretização do processo de reflexão e elaboração das diretrizes almejadas pela sociedade por tal regida. É indubitável que as normas constitucionais, muito mais do que influentes, são regentes de um dado ordenamento jurídico, impondo que todas as outras se amoldem aos preceitos constitucionais.

O Estado Democrático de Direito possui uma dimensão antropocêntrica na medida em que interage com a dignidade humana, sendo que este reconhecimento implica que a relação de ambos será de fim, e não de meio, e o ser humano visto como um sujeito de direitos, e não como um objeto.

Assim, não haverá a propalada democracia sem a plena e efetiva aplicação do princípio democrático, pela via do sistema jurídico e político, do qual a soberania popular lhe é integrante.

Desta feita, tal como a Constituição Federal apregoa para o Estado Nacional consolidar-se como Democrático de Direito, há de privilegiar o cumprimento dos princípios garantistas elencados no bojo de sua Carta, não só sob o aspecto formal, mas, mormente sob o prisma material.

1.3 Direitos, garantias fundamentais e dignidade da pessoa humana

Uma hodierna característica da democracia ocidental implica em o povo poder escolher os seus representantes, outorgando-lhes poderes para decidir os destinos de uma nação, contudo, com as devidas e necessárias limitações, mormente com o indeclinável respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas de todo cidadão.

Os Direitos Fundamentais, que são os eminentemente decorrentes da dignidade da pessoa humana, consoante Comparato (2003, p. 56) são:

Os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Complementa-se o acima exposto apenas quanto ao fato de se entender que alguns direitos, mesmo entre os mais elevados, caso hipoteticamente não positivados na respectiva Carta, devido à transitória submissão desta a um regime tirânico, que tais não perdem a sua essência, e, mesmo eventualmente não reconhecidos por aquela autoridade estatal, e alheios ao reconhecimento e prescrição na Carta Constitucional, mesmo assim, conservam sua intrínseca fundamentalidade de direitos fundamentais.

Todavia, os direitos fundamentais enquanto valores constitucionais, não são absolutos, sendo necessária uma concordância com os outros direitos protegidos.

Assim, é certo que o direito à intimidade, por exemplo, é um direito fundamental, contudo, ele pode contrapor-se a um outro direito constitucional, como por exemplo, o direito

de informação, o que dá azo a um conflito na prevalência entre os direitos, pela colisão de preceitos constitucionais que hão de ser resolvidos sob o espectro da proporcionalidade.

Neste prisma, a eclosão da consciência histórica acerca dos Direitos Humanos, e, por conseguinte, doravante aos Direitos Fundamentais, só se deu após o reconhecimento de que as instituições de Estado deviam ser utilizadas exclusivamente para benefício dos governados, e não, para os governantes [ao menos ideologicamente]. Esse foi o passo decisivo para a admissão da existência de Direitos que, inerentes a própria condição humana, deviam ser reconhecidos indistintamente a todos, e não, serem havidos como uma mera concessão daqueles que exercem o poder.

Oportuno mencionar que apesar do suscitado por alguns doutrinadores, equivocadamente, que se diga, como sinônimos, Direito e Garantia, em realidade não o são, significando bem distintamente grandezas ímpares.

Com efeito, aquele consiste na faculdade reconhecida, natural ou legal de praticar ou não certos atos; esta última trata-se do requisito de legalidade que defende o direito.

Já a dignidade da pessoa humana como um valor reconhecido em nível constitucional, é amparada sob dois aspectos, ou seja, enquanto vista como um direito subjetivo e pertencente a um titular determinado; e, em abstrato, enquanto um bem jurídico de superior valor e pressuposto de toda ordem social, justa e pacífica.

Por corolário lógico, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a vigamestra de todo arcabouço jurídico, pois, confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos fundamentais e há de ser interpretada como se referindo a todas as pessoas, indistintamente, individual e coletivamente.

Miremos na lição de Carvalho (2007, p. 277):

Em verdade, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor que inspira e baliza a elaboração, interpretação e aplicação das normas, sejam elas consuetudinárias ou positivadas, irradia-se sobre todo o sistema normativo e, na órbita penal, com o jus puniendi estatal e suas incursões sobre as restrições e privações sancionatórias aos direitos do homem, assume real destaque.

E ainda, consoante Carvalho (2007, p. 289):

A leitura do princípio da dignidade da pessoa humana há de ser feita à luz da ótica constitucional vigente, sob pena de se incorrer numa interpretação jurídica excludente da matriz constitucional que fundamenta e ilumina toda ordem jurídica.

Devido a isso, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos de liberdade tradicionais, quer dos direitos dos trabalhadores e das relações sociais.

A afirmação de que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito exige compreensão além da conotação textual.

É que a dignidade não tem seu limite em um mero conceito honorífico, como se fosse possível que o absolutamente mendicante, o miserabilíssimo, o indubitavelmente abandonado pelo Estado, o invariavelmente habitante do céu aberto vagando a alimentar-se de sobras e a trajar-se de farrapos, e, ainda assim, ter considerada sua dignidade sob seu aspecto formal.

Insta afirmar que a dignidade da forma como vimos está indissociada da meta de se atingir a felicidade, e esta, pode resumir-se em constituir-se em um sentimento pessoal de satisfação. Por corolário é o alcance da felicidade a consagração em mais elevado grau da dignidade humana.

Há evidências de que a idéia de dignidade da pessoa humana, no sentido de um Estado Democrático de Direito, compreende um *status* objetivo, material, consistente no pleno acesso às condições necessárias para promoção do sentimento pessoal de satisfação.

Isso, para impedir que não ocorra com a dignidade o mesmo ocorrido com a igualdade, reduzida a uma igualdade apenas formal perante a lei, evitando-se a bisonha situação da figura do miserável formalmente digno diante do abastado, apenas e tão somente com a conferência da titularidade de um direito subjetivo à dignidade.

A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado em si mesmo, mas, resulta também do fato de que pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condição de autonomia capaz de guiar-se pelas leis que edita, decorrendo, consoante os dizeres de Comparato (2003, p. 21-22) inspirado em Kant: “Todo homem tem dignidade, e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma”.

Consta do texto constitucional que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e, tal aplicabilidade não deve se limitar à incidência temporal da norma.

Dessa forma, se os princípios fundamentais representam à base do desenvolvimento da forma do Estado Democrático de Direito instituído no país a partir da vigência do Texto Maior, e, se são aplicáveis imediatamente, por conclusão, pode-se afirmar que a dignidade da

pessoa não é um valor futuro, mas presente desde a vigência da Constituição; portanto, todos possuem acesso “já” [ou garantida a permanência] ao direito de ostentar dignidade material.

O corolário fundamental da dignidade de pessoa humana como pressuposto do Estado Democrático encontra guarida na preservação dos interesses individuais e sociais contra o arbítrio estatal.

A Dignidade da pessoa humana nos dizeres de Nogueira da Silva, também produzidas e coletadas em sala de aula acerca das lições de Canotilho, é o “*ser-valor*” do indivíduo, é a condição de “*ser*” humano, “*ser*” social, “*ser*” cultural, “*ser*” político, “*ser*” profissional ínsita a qualquer indivíduo.

Complementando, providencial é o ensinamento de Moraes (2002, p. 128/129):

[...] a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, sem sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Nessa linha, afirmou Carvalho (2007, p. 284):

Assim, a dignidade independe do caráter do homem, de sua posição social, seu posto ou feitos, uma vez que está atrelada a um conjunto de qualidades atribuídas às pessoas, de cuja respeitabilidade consiste a consideração e a existência humana.

Ainda, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que é de grande alcance e contido no âmbito da cidadania, além de ser um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos, também estabelece um verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário aos próprios semelhantes, consubstanciado pela exigência do ser em respeitar a dignidade de seu semelhante, tal qual a Constituição exige que lhe respeitem a própria.

A estrutura formalista prevê o acesso ao Poder Judiciário, que é o representante do Estado para este mister em caso de violações de deveres e direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana; sendo que o respeito e a proteção da dignidade pessoal constitui-se em escopo permanente do Estado de Direito, por ser atributo indissociável de todo ser humano.

Admite-se que embora todos tenham ou devam ter uma compreensão espontânea e implícita da dignidade humana, em sendo o caso de explicitá-la, sempre haverá grande dificuldade, ainda mais quando se trata da materialização de uma noção jurídica; inclusive, muitos negam que a dignidade possa ser um conceito de direito positivo, embora admitam que possa ser reconhecida e protegida pelo Direito positivado.

É mister salientar, que a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal, e dele não pode ser dissociada, de modo que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida à dignidade. Pode ser violada, mas jamais retirada, excluída, já que subsiste no âmago de cada ser humano como algo que lhe é inerente.

A dignidade preexiste ao Direito e coexiste à própria vida, conforme dispõe o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. (BRASIL, 2003 b, p. 232)

A dignidade da pessoa humana, assim como a própria existência e condição humana, sem prejuízo de sua dimensão ontológica, e justamente em razão de se tratar de valor próprio de cada pessoa, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por tal razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos a recebam igualmente, partindo-se do pressuposto que todos são iguais em dignidade, consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade no sentido de que a pluralidade pode ser considerada como a condição da ação humana e da política.

Desta feita, o que se conclui, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência, mesmo que diminutas não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade em direitos, não forem reconhecidas e asseguradas, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, que por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrios e injustiças.

Certo é que houve no âmbito do direito constitucional positivo, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, consoante pode ser verificado, já no inciso terceiro do artigo primeiro da Carta Maior brasileira.

Sobre o tema discorreu Carvalho (2007, p. 292):

A previsão do princípio no art. 1º, III da Carta Magna traduz sua forte carga axiológica, um valor de significativo alcance normativo, dotado de eficácia constitucional que repercute sobre todo o sistema jurídico positivo. Trata-se, pois, de valor jurídico fundamental, de núcleo básico que informa e funda toda a ordem jurídica. Em outros capítulos do Texto constitucional, o legislador constituinte fez prever expressamente a expressão dignidade, ratificando o valor já consignado no seu artigo primeiro. Assim, podemos, ainda, vislumbrá-la no art. 170, caput, da Lei Maior ao estabelecer que a ordem econômica tenha por fim assegurar a todos os existências digna. Embora, como já dito, a dignidade humana preexistisse ao direito, a sua previsão no ordenamento normativo constitucional contribuiu para a sua proteção e respeito, além de ser elemento nuclear que legitima a própria ordem jurídica.

Sarlet (2006, p. 65) igualmente lecionou:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal.

E prossegue Sarlet (2006, p. 70), com seu paradigmático raciocínio:

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui, de acordo com preciosa lição de Judith Martins Costa, autêntico ‘valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico’, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

No mundo, foi a partir da Segunda Guerra Mundial, exceto nas Constituições Alemã, de 1919, e Portuguesa de 1933, que teve início a positivação da dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional, notadamente após a sua consagração na Declaração Universal de Direitos Humanos, da ONU, em 1948.

É esse o escólio de Sarlet (2006, p. 62):

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Não obstante, em sendo a dignidade da pessoa humana um princípio normativo fundamental, pode-se qualificá-la como norma jurídica fundamental, consagrada expressamente no Título dos Princípios Fundamentais, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo que o legislador constituinte guindou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio e valor jurídico-constitucional fundamental.

O princípio da dignidade da pessoa humana é simultaneamente um princípio constitucional fundamental e um princípio geral de direito, não se cuidando de conceitos excludentes.

Contudo, o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, pois, resta pacificado que inexistem princípios absolutos, o que contradiria a própria essência da noção e a estrutura normativa dos princípios.

O respeito pela dignidade da pessoa constitui elemento imprescindível para a legitimação da atuação do Estado. Se por um lado, consideramos a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, da qual seriam concretizações, constata-se, igualmente, que os direitos e garantias fundamentais podem, em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis, serem reconduzidos de alguma forma, à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento de todas as pessoas.

Apesar da dignidade da pessoa humana representar um mínimo invulnerável que toda ordem jurídica deva assegurar, não significa que todo e qualquer direito fundamental possa ser considerado necessariamente como inerente à dignidade da pessoa, nem que todos os direitos qualificados como fundamentais sejam integralmente condições essenciais e imprescindíveis para a efetiva incolumidade da dignidade pessoal.

Neste diapasão, impõe-se seja ressaltada a função instrumental, integradora e hermenêutica do referido princípio, à medida que este serve de parâmetro para aplicação,

interpretação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental e que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões, sem exceção. Assim, sem que se reconheça à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-lhe-á negando-lhe a própria dignidade.

A dignidade sempre exige a liberdade, mas nem por isso a dignidade se limita à liberdade, em outras palavras, a liberdade não é toda a dignidade. A conexão entre a vida e a dignidade há de partir da constatação de que o elo que une ambos os valores constitucionais é o ser humano, não se podendo falar em uma apriorística hierarquia entre os dois bens fundamentais.

Por fim, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana constitui o valor supremo da democracia, e serve como diretriz material para a identificação de direitos implícitos [tanto de cunho defensivo, como prestacional] e de modo especial, sediados topologicamente em outras partes da Constituição.

Importante não deixar de anotar que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal³ prevê que os direitos e as garantias expressas no texto constitucional, não excluem outros decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil, sendo que a Emenda Constitucional 45 de 2004 estabeleceu como letra do parágrafo 3º do referido artigo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais” (BRASIL, 2006 a).

Cuida-se de saber até que ponto a dignidade da pessoa, notadamente na sua condição de princípio e direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, isto é, completamente infensa a qualquer tipo de restrição ou relativização.

Para além disto, coloca-se o problema de saber quais direitos fundamentais efetivamente possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana; em outras palavras, se

³ CF. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

podem ser tidos como manifestação [exigência] direta ou, pelo menos, indireta desta dignidade.

Ainda que se parta da premissa de que todos os direitos fundamentais possuem, como elemento comum, pelo menos um conteúdo mínimo em dignidade, remanesce a dúvida de qual é exatamente este conteúdo em dignidade que, para, além disso, poderá ou não, coincidir com o assim denominado núcleo essencial do direito fundamental?

Seja qual for à opção tomada, apenas o exame em concreto, considerando cada norma de direito fundamental, bem como, avaliando a natureza e a intensidade da ofensa, logrará fornecer os elementos para uma solução constitucionalmente adequada.

De outra parte, percebe-se, desde logo, que o problema já se coloca quando se toma a sério a referida dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana.

Sendo todas as pessoas iguais em dignidade [embora não se portem de modo igualmente digno] e existindo, portanto, um dever de respeito recíproco da dignidade alheia, poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as 'dignidades' de pessoas diversas, impondo-se o estabelecimento de uma concordância prática ou harmonização, que necessariamente implica na hierarquização ou a ponderação dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem [dignidade] concretamente atribuído a dois ou mais titulares.

Na mesma linha situa-se a hipótese de acordo com a qual a dignidade pessoal poderia ceder em face de valores sociais mais relevantes, designadamente quando o intuito for o de salvaguardar a vida e/ou a dignidade pessoal dos demais integrantes de determinada comunidade.

A partir do exposto, assume relevo o aspecto que, não obstante seu cunho elementar, não pode ser desconsiderado, qual seja, o de que a dignidade inevitavelmente já está sujeita a uma relativização no sentido de que alguém sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade, e se houve, ou não, uma violação no caso concreto.

A dignidade da pessoa humana, tida como valor maior, tal por si só, não significa que deva em todo e qualquer caso prevalecer em face dos outros bens fundamentais, mas sim, que a ela deve ser reconhecida uma posição privilegiada no âmbito do estabelecimento de uma harmonização com os demais princípios fundamentais.

Deste modo, também nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não se poderá dispensar um juízo de ponderação ou uma hierarquização, que, à evidência, jamais poderá resultar no sacrifício da dignidade na condição de valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano que, como tal, sempre deverá ser reconhecido e protegido; assim, consoante já destacado, não haverá como evitar a formulação de um juízo

de valor a respeito da existência, ou não, de uma violação da dignidade, por mais que se venha a fixar diretrizes para tal tarefa, visto que também critérios abstratos e previamente estabelecidos sempre serão o resultado de uma avaliação subjetiva e, neste sentido, de uma opção axiológica [hierarquização].

Assim, ainda que se possa reconhecer a possibilidade de alguma relativização da dignidade pessoal, e nesta linha, até mesmo de eventuais restrições, não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade que justamente consiste na vedação de qualquer conduta que importe em uma, digamos “coisificação” e instrumentalização do ser humano [que é fim, e não meio].

Doravante os direitos fundamentais serão abordados como direitos jurídicos positivamente vigentes na órbita constitucional, e, sob este prisma, a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídico-positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do ser, não bastando qualquer positivação, sendo imperiosa a conferência de ‘fundamentais’ e colocados no topo das fontes de direito, consubstanciadas nas normas constitucionais.

Sem tal necessária positivação, os direitos fundamentais não saem do âmbito da teoria e desprotegidos pelo direito constitucional. Por corolário, não havendo Constituição, não haverá direitos fundamentais propriamente ditos.

Seguindo nesta seara, pode-se afirmar por constitucionalização, a incorporação de direitos intrínsecos do homem em normas formalmente básicas, e têm por consequência a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos; assim, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas.

Os direitos fundamentais estão fartamente positivados em nosso ordenamento constitucional, portanto, a qualquer tempo reivindicáveis pelo cidadão junto ao Poder Judiciário, com o escopo da sacramentação da Democracia, inclusive, antevendo-se a dinâmica com que estes exsurtem, já que emanados do anseio popular, que é nitidamente mutante, embora vagarosamente, reservou-se ao futuro reconhecimento destes uma importante lacuna de receptividade que pode ser constatada no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Maior, que preconiza: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 2006 a, p. 15)

Assim, resta claro que o universo de direitos fundamentais não se reduz ao complexo das normas consagradoras de sua eficácia e materialização, sendo mister consignar que estas

últimas se superam e transcendem em si mesmas, ampliando-se em uma dimensão normativa ímpar que dá azo ao reconhecimento do real sentido de “fundamentalidade”, podendo-se dizer, quanto a esta, como sendo um “supra princípio essencial”.

Parafraseando Melo Franco, (1958, p. 188): “Sem respeito à pessoa humana não há justiça, e sem justiça não há direito”.

Desta forma, em estando a Lei Maior a garantir a dignidade humana, a interpretação de todas as normas deve ser no sentido, de apenas e tão somente, em restringir seus aspectos, entre eles e sem prejuízo de outros, a liberdade, quando imperativamente necessário. Assim, finaliza-se este tópico na lição de Sartet, (2006, p. 334): “[...] a irradiação dos efeitos do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o direito penal alcança não somente a função de construção de preceitos penais tuteladores de bens jurídicos essenciais, mas também na imposição de limites ao direito de punir estatal, sem se descuidar, à evidência, dos efeitos concernentes à promoção, ao respeito e a proteção das liberdades públicas”.

1.4 O princípio da proporcionalidade

Será iniciado o tema vertente com um breve intróito, invocando um conceito remoto atribuído a Aristóteles em sua secular obra “Ética a Nicômaco”, alusiva implicitamente de que o Princípio da Proporcionalidade faz parte do próprio conceito de Justiça: “O Justo deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo”.

Hodiernamente, o Princípio da Proporcionalidade não está expresso na Constituição Federal, sendo um princípio implícito, tamanha a sua importância na estrutura do Direito, sendo confundido, por vezes, tanto na doutrina, como na interpretação jurisprudencial, como o Princípio da Razoabilidade, que invariável e erroneamente, que se diga, são invocados e aplicados como sinônimos.

A idéia de proporcionalidade, o mais abrangente dentre os princípios, assumindo a égide de princípio jurídico fundamental, um verdadeiro cânone argumentativo ao expressar uma premissa que além de buscar e valorizar os conceitos de justo e de razoável, mostra-se de percuciente utilidade no equacionamento dos litígios, mormente quando colidem direitos expressados por princípios antagônicos.

Afirma-se que tudo que é proporcional o é em relação a algo, estando sempre na dependência de um parâmetro de comparação.

Trata-se, também, de um princípio infinitamente mais simples de ser compreendido do que definido, todavia, o Princípio da Proporcionalidade é um instrumento específico, identificado e desenvolvido em dada experiência jurídico-constitucional que propicia a limitação do poder estatal, ou seja, em relação ao Direito Penal, foco deste trabalho, que a resposta do Estado em relação ao ato ilícito cometido pelo infrator deve ser proporcional, o que implica que deve ser necessária, adequada e sem excesso em relação ao delito praticado e a finalidade da reprimenda. Trata-se, pois, de um verdadeiro juízo de intensidade.

Configura-se assim, em um instituto segundo o qual a medida a ser tomada pelo aparelho estatal há de ser adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, bem como, deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade do Estado e aquele em confronto, que culminará atingido ou sacrificado.

E, na lição de Mello (2007, p. 202):

Sendo o Direito Penal um instrumento de realização dos Direitos Fundamentais, não pode prescindir do Princípio da Proporcionalidade para a realização dos seus fins. Esse princípio, mencionado com destaque pelos constitucionalistas, remonta a Aristóteles, que relaciona justiça com proporcionalidade na medida em que assevera ser o justo uma das espécies do gênero proporcional. Seu conceito de proporcionalidade repudia tanto o excesso quanto a carência. A justiça proporcional, em Ética e Nicômano é uma espécie de igualdade proporcional, em que cada um deve receber de forma proporcional ao seu mérito.

Em suma, como afirmado por Guerra Filho no ano de 2006 em sala de aula: “[...] é o princípio da proporcionalidade um sobreprincípio fornecedor de parâmetros para a aferição da justiça em todos os atos do poder público”, por óbvio, concebendo-se a ‘Justiça’ como fator axiológico fundante do direito.

E o mesmo Guerra Filho (2005, p. 83-84) ainda adverte que: “[...] há uma necessidade intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, de se reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, também chamada de “mandamento da proibição de excesso”.

É a proporcionalidade um sobreprincípio invocado para ponderação acerca da prevalência de qual direito prevalecerá sobre outro, quando estiverem em colisão.

A terminologia ‘proporcionalidade’ pode ser limitada ao seu sentido literal, correspondendo a equilíbrio, mas, em sentido amplo, envolve adequações entre meios e fins, e

a utilidade de um dado ato para proteção de determinado direito, sendo mister fazer-se à diferenciação entre proporcionalidade em sentido estrito, e, em sentido lato, que vem designar o referido princípio constitucional.

A proporcionalidade em seu sentido amplo é regra fundamental a que deve se submeter os que exercem e os que padecem de poder, sendo também chamado, como já dito, de princípio da proibição de excesso; por corolário, significa que o Estado não deve agir extrapolando os poderes que lhe foram confiados, nem agir de forma insuficiente na perpetração dos seus deveres e objetivos.

Já o conceito de proporcionalidade em sentido estrito, ou proporcionalidade material, consoante à lição de Gomes (2003, p. 155):

[...] encontra-se também relacionado ao campo de verificação do significado dos valores objeto da tutela, sendo que uma vez incriminada a conduta afrontosa ao bem jurídico digno de proteção penal, tem lugar a ulterior questão acerca da identificação da medida da resposta sancionatória; o que há de ser verificado, nesta etapa, é a influência que os limites derivados de princípios superiores geram na atividade legislativa consistente em eleger a medida da pena proporcional ao delito, ou seja, cabe analisar os parâmetros em relação aos quais a cominação da pena deve ser norteada.

Embora aparentemente imbuídos de identidades próximas, razoabilidade e proporcionalidade se diferenciam, e são construções de sistemas constitucionais distintos, embora equivocadamente, há os que sustentam não haver distinção.

Em comum, razoabilidade e proporcionalidade não são conceitos fungíveis, e, consoante Gustavo Ferreira dos Santos *apud* Barros (2006, p. 31), possuindo elementos caracterizadores que os diferenciam operacionalmente, pois a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado, enquanto que a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade está implícito, não existindo como norma geral de direito positivado, estando esparso no bojo do texto constitucional, e, embora haja divergência, frisamos o artigo 5º, incisos V, X, XXV e parágrafo 2º; no artigo 7º, inciso IV, V, e XXI; no artigo 36, parágrafo 3º; no artigo 37, inciso IX; no artigo 40, parágrafo 4º; artigo 71, inciso VIII; artigo 84, parágrafo único; artigo 129, inciso II e IX; artigo 170; e, outros⁴.

⁴ Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: inciso V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além

A aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo na solução de um caso em concreto revela a presença de três elementos, que são: adequação de meios, necessidade, e proporcionalidade, em seu sentido estrito.

A adequação ou conformidade sugere que é necessário verificar se determinada medida representa o melhor caminho para determinado fim, com prestígio ao interesse público.

A necessidade, também conhecida como exigibilidade tem como pressuposto que a medida restritiva seja indispensável para a preservação de um direito, e que esta não possa ser substituída por outra menos gravosa, pois havendo alternativa igualmente eficaz e menos contundente, fica injustificada sua adoção.

O princípio da proporcionalidade *stricto sensu* possibilita a maximização das possibilidades jurídicas das normas sob a forma de princípio, e, em relação às outras normas constitucionais igualmente válidas, a ponderação é realizada objetivando determinar quais dos bens jurídicos estão, e serão analisados.

da indenização por dano material, moral ou à imagem; inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inciso XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; no artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social - inciso IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender suas necessidades vitais básicas e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; inciso V – piso salarial proporcional à extensão e a complexidade do trabalho; aviso prévio por tempo de serviço, sendo no mínimo por 30 dias, nos termos da lei; artigo 36 – A decretação da intervenção dependerá: parágrafo 3º - Nos casos do artigo 34, VI e VII, ou do artigo 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se esta medida bastar ao restabelecimento da normalidade; artigo 37, inciso IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; artigo 40, parágrafo 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar; artigo 71, inciso 8º - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; artigo 84, parágrafo único – O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII, e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações; artigo 129, inciso II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo medidas necessárias para sua garantia; inciso IX – exercer outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas; artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I, soberania nacional, II, propriedade privada, III, função social da propriedade, IV, livre concorrência, V, defesa do consumidor, VI, defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, VII, redução das desigualdades regionais e sociais, VIII, busca do pleno emprego, IX, tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país, p. ú. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei; e outros.

Guerra Filho (1989, p. 75-76) lecionou que:

A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência entre o meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o sopesamento de sua recíproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse do bem estar social da comunidade, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento de outro.

Já Toledo (2003, p. 87-88) complementa e reforça no seguinte sentido:

A proporcionalidade em sentido estrito, como visto, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a existência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser inferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.

O princípio da proporcionalidade indubitavelmente se compacta ainda mais perante o Direito Penal, mormente por ser, consoante Guerra Filho (2005, p. 115): “[...] um princípio fundamental não derivado de qualquer outro”.

É inquestionável que para um Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade seja imprescindível na aplicação à esfera penal.

Quanto ao tema, Mello (2007, p. 206) ensina que:

Isso porque o Direito Penal traz em si intrinsecamente um conflito entre liberdades e intervenção, pois, antes mesmo de limitar o poder punitivo estatal, ele é, na essência, um instrumento de vulneração dos Direitos Fundamentais. [...] Não é possível compreender a pena – instrumento distintivo e caracterizador do direito penal – sem pensá-la como uma violência do Estado contra o cidadão, e que essa violência, sem dúvida, conspurca, ou, na pior das hipóteses, relativiza os Direitos Fundamentais eleitos à categoria de princípios constitucionais.

Não é raro o Estado extrapolar em seu múnus de proteção e tutela, e afetar desproporcionalmente os Direitos Fundamentais daqueles que são acusados de violar Direitos Fundamentais de outrem.

Mello (2007, p. 207) corrobora o acima exposto e afirma que:

A justificativa de proteção a outros bens jurídicos fundamentais, ou a defesa de valores como ‘segurança’, ‘defesa nacional’, ‘combate a impunidade’, invocados amiúde demagogicamente para justificar excessos, não deve ser utilizado para vulnerar excessivamente Direitos Fundamentais de pessoas que o Estado deve, a priori, proteger. Assim, deve-se inevitavelmente recorrer ao princípio da proporcionalidade para limitar ao estritamente necessário, adequado e proporcional à intervenção Estatal nos Direitos Fundamentais.

Por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito, ou, para outros, também conclamado de máxima do sopesamento, implica que mesmo quando uma medida for aplicada, e nela já se tenha verificado sua adequação e exigibilidade, ainda assim, deve-se verificar se o resultado obtido é proporcional à carga coativa aplicada, o que por vezes, confunde-se com a pragmática da ponderação.

1.5 O contraditório e a ampla defesa

Quanto ao tema vertente, insta consignar que para frear eventual discricionariedade do poder punitivo do Estado, há os princípios de direito processual penal que almejam a proteção de bens jurídicos contidos como valores de âmbito constitucional.

Na lição de Marques da Silva (2001, p. 15):

Os princípios constitucionais do direito penal cumprem uma função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e intimidade das pessoas, através do poder de punir, estabelecendo os limites deste. No processo penal, os princípios constitucionais proporcionam as regras segundo as quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar conseqüências jurídicas.

Sem embargo, um dos princípios que se pode qualificar como geral, e quase que absoluto no procedimento processual penal, é o “princípio da igualdade entre as partes”, originador do “princípio da paridade de armas”, que Chiovenda (2000, p. 130-131) explica assim:

Como quem reclama justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições. Isso se manifesta, sobretudo, no princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*), na repartição do ônus da prova, no princípio de que a prova contrária é um direito, nas normas asseguradoras da defesa e da comunicação recíproca dos documentos, no princípio da aquisição processual, e semelhantes.

Introduzindo-se no tema em voga, consigna-se que o princípio do contraditório remonta épocas remotas, como se verifica na lição de Manzini (1949, p. 72): “No processo inquisitório podia ter iniciativas próprias em matéria de prova, inclusive em favor do detido (*iudex in criminalibus ex suo officio potest inducere probationes pro reo*)”.⁵

Do ponto de vista histórico, o contraditório passou a integrar a Constituição pátria em 1937, descrito no artigo 122, sendo mantido nas Constituições posteriores [1946, art. 141⁶;

⁵ *Em el proceso inquisitorio podia tener iniciativas propias en materia de prueba, incluso em favor do detenido (iudex in criminalibus ex suo officio potest inducere probationes pro reo).*

⁶ CF. Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º. Todos são iguais perante a lei. § 2º. Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 3º. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. § 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. § 6º. É inviolável o sigilo da correspondência. § 7º. É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. § 8º. Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. § 9º. Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva. § 10. Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares. § 11. Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite. § 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária. § 13. É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem. § 14. É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. § 15. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer. § 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. § 17. Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. § 18. É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial. § 19. Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar. § 20. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. § 21. Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei. § 22. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora. § 23. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*. § 24. Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. § 25.

1967, art. 141⁷]. Atualmente está consagrado no artigo 5^o, que elenca todo o rol dos direitos fundamentais, mais precisamente em seu inciso LV, e de modo expresso (BRASIL 2006a). É indubitável que ambos constituem consequência imperativa do Princípio da Igualdade.

É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória. § 26. Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior. § 28. É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. § 29. A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu. § 30. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. § 31. Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, § 32. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. § 33. Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro. § 34. Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra. § 35. O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. § 36. A lei assegurará: I - o rápido andamento dos processos nas repartições públicas; II - a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram; III - a expedição das certidões requeridas para defesa de direito; IV - a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo. § 37. É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas. § 38. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

⁷ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei. § 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. § 6º - É inviolável o sigilo da correspondência. § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. § 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. § 9º - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva. § 10 - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares. § 11 - Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite. § 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária. § 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem. § 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer. § 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer. § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. § 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. § 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial. § 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar. § 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. § 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei. § 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora. § 23 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar

Sempre importante é a esclarecedora contribuição de Alcalá-Zamora (1970, p. 18-19) que assim distinguiu: “A suposta falta de litígio não há de ser confundida com a ausência de contraditório que em certos tipos ou fases processuais se produz, não sendo neles sem dúvida a existência daquele”.⁸

O princípio do contraditório, que é inarredável ao princípio da ampla defesa, bem como, ao princípio do devido processo legal [embora não seja sinônimo, doravante por vezes iremos nos referir a este como devido processo penal], foi criado e incorporado em nosso ordenamento jurídico objetivando conferir, dentro de um Estado Democrático de Direito, a plenitude de defesa aos litigantes [ou qualquer acusado em geral], em processo judicial ou administrativo [este, sem precedentes anteriores e abarcado pela Carta vigente], em todas as instâncias, com os meios e recursos a eles inerentes.

Por corolário lógico, o contraditório, bem como a ampla defesa, pressupõe, no mínimo, uma acusação, invariavelmente representada por uma lide, que pode ter sido demandada em qualquer grau de jurisdição, observando-se as regras processuais de competência.

Em um sentido mais técnico, porém, menos amplo, o contraditório é o elemento que impõe a ciência bilateral dos atos processuais às partes, possibilitando uma contradita, que nada mais é do que o ato de contrariar, refutar, ou contestar em juízo, verbalmente [no

ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*. 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória. § 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior. § 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. § 29 - A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu. § 30 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. § 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, § 32 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. § 33 - Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro. § 34 - Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra. § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. § 36 - A lei assegurará: I - o rápido andamento dos processos nas repartições públicas; II - a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram; III - a expedição das certidões requeridas para defesa de direito; IV - a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo. § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas. § 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

⁸ “*la supuesta falta de litígio no ha de confundirse con la ausencia de contradictorio que em ciertos tipos o fases procesales se produce, aun siendo em ellos indudable la existencia de aquél*”.

momento oportuno] ou por escrito, a veracidade do que foi trazido aos autos pela parte adversa, pessoal ou indiretamente.

Nos ensinamentos de Manzini (1949, p. 280):

O juiz penal, devendo dirigir sua atividade à comprovação da verdade real, deve ouvir tanto a acusação como a defesa [...]. O princípio do contraditório, no entanto, não significa que, colocado no acusado no mesmo nível do ministério público, tenha o juiz que se limitar passivamente a escutar o debate, senão toda investigação processual deve realizar-se de forma que possam resultar, não somente as razões da acusação, como também as da defesa, a saber: diante da ação do ministério público e do acusado. O contraditório não impede, portanto, as iniciativas processuais do juiz, senão que se une a elas. Este é o melhor sistema, pois de outra forma se obrigaria ao juiz decidir unicamente iuxta allegata et probata. Com manifesto perigoso para a declaração de certeza da verdade real.⁹

No processo penal é primaz que a informação e a possibilidade à contrariedade permita um contraditório pleno, exigindo-se sua observância durante todo o desenrolar da lide, e também efetivo, não bastando à concessão de uma mera formalidade, sendo imperativa a real possibilitação de meios para contrariá-los.

Segundo Alcalá-Zamora (1970, p. 150):

A regra é que o processo, pelo menos em sua fase principal, se desenvolva com contraditório (audiatur et altera pars). Entretanto, esse princípio fundamental, que supõe há um tempo uma essencial garantia de defesa (como regra, ninguém deve ser condenado sem ser ouvido) e que contribui como nenhum outro à reunião de material sobre o que haja de pronunciar-se o juiz, aproveitando em benefício da justiça os contraditórios interesses das partes, fica suprimido ou pós-posto em certos casos, que a posição processualmente privilegiada do demandado, se vê seriamente afetada al ficar excluído o contraditório, significa que à parte demandada lhe é dada à oportunidade de defender-se com argumentos e com provas contra as reclamações que sejam feitas. É a oportunidade processual de contradizer os fundamentos de fato e de direito da demanda instaurada contra ela, devendo aproveitar a oportunidade de ser ouvido e de conduzir as provas necessárias para a defesa de seus interesses.¹⁰

⁹ *El juez penal, debiendo dirigir su actividad a la comprobación de la verdad real, debe oír tanto a la acusación como a la defensa (audiatur et altera pars). El principio del contradictorio, por lo demás, no significa que, puesto en el imputado en el mismo nivel del ministerio público, tenga el juez que limitarse pasivamente a escuchar el debate, sino que toda investigación procesal debe realizarse en forma que puedan resultar, no solo las razones de la acusación, sino también las de la defensa, a saber: mediante el concurso del ministerio público y del imputado. El contradictorio no impide, por tanto, las iniciativas procesuales del juez, sino que se une a ellas. Y es el mejor sistema, pues en otra forma se obligaría al juez a decidir únicamente iuxta allegata et probata. Con manifiesto peligro para la declaración de certeza de la verdad real.*

¹⁰ *La regla es que el proceso, por el menos en su fase capital, se desenvuelva con contradictorio (audiatur et altera pars). Sin embargo, ese fundamental principio, que supone a un tiempo una esencial garantía de defensa (como regla, nadie debe ser condenado sin ser oído) y que contribuye como ninguno a la reunión del material*

Discussão que se traz à tona, sem, contudo, exauri-la, consiste que pode ser observado que a referência do instituto da ampla defesa aos acusados em geral, pode ser interpretada como abrangente de procedimentos instaurados no âmbito de entidades que agreguem relações de índole estatutárias ou privadas, que não representem interesses eminentemente particulares, mas, coletivos ou difusos.

Indissociável ao efetivo contraditório, está o princípio da paridade de armas, que apregoa pela vigília de que as partes estejam munidas de forças similares.

Imperativo dizer que para a perpetração do contraditório e da ampla defesa, há de ser respeitado, em tese, o devido processo legal como meio hábil para tal finalidade.

Significativa corrente doutrinária afirma, em contradição ao acima exposto, que o devido processo legal [penal] é o meio hábil para a consecução do contraditório e da ampla defesa, contudo, estes dois princípios devem ser colocados em patamar mais elevado, inclusive, consignando que enquanto o devido processo legal leva à amplitude de defesa e a consagração do contraditório, estará sendo cumprida a sua finalidade; contudo, quando o devido processo legal estiver em colisão com aqueles e vier a restringir as duas grandezas citadas por excessivo formalismo, culminando em ofender direitos fundamentais e deixando de ser razoável ou proporcional, observa-se que tais princípios faticamente o suplantam, e emergem independentemente de qualquer devido processo, com uma fundamentalidade que lhes confere uma inatingibilidade própria.

O direito de defesa não há de ser interpretado restritivamente, sendo oponível a autoridade acusadora; sendo que a tutela a tal direito é dever do Estado.

O artigo 5º, em seu inciso LV da Carta Maior¹¹ assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito à ampla defesa, cuja titularidade é conferida aos litigantes, independente de ser em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, sendo que a ambos, o substrato lhes é comum.

O referido instituto constitucional reconhece explicitamente que o direito à defesa emana da personalidade, decorre da dignidade da pessoa humana e integra-se à categoria de direito fundamental.

Ao par com o devido processo legal, há o devido processo penal, concebido com as seguintes garantias que lhe são inerentes, a se ver: acesso à Justiça penal; juiz natural; à

sobre el que haya de pronunciarse el juez, aprovechando en beneficio de la justicia los contrapuestos intereses de las partes, queda suprimido o pospuesto en ciertos casos, en que la posición procesalmente privilegiada del demandado, se ve seriamente afectada al quedar excluido del contradictorio.

¹¹ CF. Art. 5º. [...]

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.

paridade de armas entre os sujeitos; à plenitude de defesa ao suspeito, ao indiciado, ao processado e ao condenado, em toda extensão e recursos a ela inerentes; a publicidade; a motivação das decisões; a perpetração de prazo razoável para a conclusão do feito; a estrita legalidade dos atos, inclusive, em sede de execução penal.

Essas garantias determinam que a pessoa humana não possa ser privada de sua liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, em que se realize a ação jurisdicional subordinada aos preceitos constitucionais e normas penais.

Sobre as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal [penal], no que tange às referentes ao acesso à Justiça criminal, considerando-se os aspectos econômicos e técnicos, localizam-se expressas no artigo 5º, nos incisos LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”; e LXXVII: “são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”. (BRASIL, 2006 a, p. 14).

Concernente a inafastabilidade do juiz natural, tem-se no mesmo artigo 5º da Constituição Federal, tais institutos representados pelos seguintes incisos:

XXXVII: não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados à plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida; e

[...]

LIII: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. (BRASIL, 2006, p. 12).

Com referência a paridade de armas, há o contido no ‘*caput*’ do artigo 5º e seu inciso I¹², que enaltece o direito à igualdade perante a lei.

No que atine à plenitude de defesa, objeto principal deste tomo, os já anteriormente citados incisos LV e LVI, cujas redações são: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; e, “são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, 2006 a, p. 13).

Com referência à publicidade e à fundamentação dos atos processuais, há em relação ao primeiro, o inciso LX do artigo 5º, que prediz: “a lei só poderá restringir a publicidade dos

¹² CF Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 2006 a, p. 13); e, ao segundo, o inciso IX do artigo 93, que leciona: “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 seus advogados ou somente a estes”. (BRASIL, 2006 a, p. 53).

Relativamente ao prazo razoável, além da recente alteração proporcionada pelo advento da novel Emenda Constitucional nº 45, há, ainda, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal¹³ que remete observância aos tratados internacionais, assim sendo, o Pacto de San Jose da Costa Rica, faz menção expressa em seu artigo oitavo.

E finalmente, a legalidade, mormente quanto à execução penal, encontra guarida nos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, XL e LXXV, que regem a personalidade e a individualização da pena; afasta a pena de morte e cruéis; assegura estabelecimentos e outros direitos ao preso, inclusive, aos nascituros das detentas, direito à amamentação; e, indenização por erro judiciário.

O devido processo penal comporta princípios basilares sedimentados na Carta Constitucional e representados por postulados, dentre eles: - o princípio da reserva legal, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; - da irretroatividade da lei penal, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”; - da irretocabilidade da coisa julgada pró-réu, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; - da preservação da vida e integridade física do agente do pólo passivo, incisos III: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; LXIV: “o preso tem o direito à identificação pelos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”; além do LXV: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada”; - da inviolabilidade de domicílio, inciso XI; - asseguarção do sigilo de correspondência e outras formas de informação, XII; - presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade, LVII; - insubmissão a identificação criminal, salvo exceções legais, LVIII; - excepcionabilidade das prisões e imediata comunicação no caso de sua ocorrência, LXI e LXII, respectivamente; - direito a não auto-incriminação e ao silêncio, LXIII e a liberdade provisória, LXVI. (BRASIL, 2006 a).

No que tange ao direito a não auto-incriminação, nunca é por demais dizer, implica que o acusado não tem o dever de provar sua inocência, cabendo ao acusador a comprovação

¹³ CF. Art. 5º. [...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

da sua culpa e de ser presumivelmente inocente até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Ou seja, inconcebível a inversão do ônus da prova.

A presunção de inocência é paradigma de tratamento ao acusado em todos os atos do processo, até o seu desfecho.

Ao se falar em contraditório, é indissociável, como já dito, sua relação com a igualdade, concebida na garantia do tratamento paritário entre as partes. Com isso, parafraseando os pensamentos de Barbosa Moreira, subsistirá que: “adquiram idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou asseguaração do direito, que constitui o objeto material do processo”.¹⁴

E, nos dizeres de Tucci (2004, p. 151):

O processo penal é elemento realizador de direito substancial. Enquanto a lei penal procura garantir a paz, estabelecendo determinadas condutas como infrações e impondo-lhes sanções respectivas, a lei processual penal protege os que são acusados da prática de infrações penais, regulando as normas a serem seguidas nos processos onde sejam incursos.

No escólio de Ferrajoli (2006, p. 145):

São condições ou garantias processuais especificamente judiciais as numerosas regras ou técnicas de julgamento, dirigidas a assegurar a efetividade de tais critérios de justificação da convicção indutiva: o ônus da prova a cargo da acusação, que não se deve confundir com ônus de necessidade de prova como condição de condenação e que, ao contrário, designa uma regra de repartição funcional da atividade probatória; o método legal de formação das provas e de desenvolvimento do contraditório; a publicidade, a oralidade e a imediatez do julgamento; as invariáveis normas de exclusão ou de inadmissibilidade das provas enquanto subjetivamente confiáveis; os direitos da defesa e a paridade de poderes entre as partes em causa; a motivação pública da decisão, mediante a explicação de todas as inferências indutivas que apóiam a conclusão dispositiva a partir de todos e só dos dados probatórios, ritualmente coletados nas atas do processo; o controle das decisões mediante a pluralidade dos graus de jurisdição ativas pela parte insatisfeita; a separação institucional do juiz das partes em causa, como terceiro ou imparcial, e as conexas garantias orgânicas da independência, inamovibilidade e predeterminação natural do juiz, além das de sua competência.

No pólo ativo da demanda penal, quando se tratar de ação pública incondicionada, ou condicionada mediante representação do ofendido, estará o Ministério Público, que será parte processual como órgão fiscalizador, e não, como um representante do Estado.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sem fonte detectada.

Embora este funcione bem junto ao judiciário, não lhe faz parte, nem lhe é subordinado, sendo sim, uma relevante instituição com assegurada autonomia funcional e administrativa.

A garantia da ampla defesa, com toda sua plenitude é consubstanciada no devido processo legal [penal], que acima de tudo e entre outras coisas, garante o direito à informação; bilateralidade de audiência e à prova legitimamente obtida.

O princípio do contraditório é indissociável da prerrogativa jurisdicional estatal; inclusive, esta função somente poderá ser desempenhada satisfatoriamente pelo julgador se este puder contar com ambas as partes, fornecendo estas informações, produzindo provas e aduzindo razões fáticas e de direito.

A contraditoriedade deve ser efetiva, real, em todo desenrolar da persecução penal, de modo que perquirida à exaustão, obtenha-se a verdade material tanto quanto possível e assegure-se a liberdade jurídica do indivíduo.

Desta feita, o contraditório presta-se, nos dizeres de Mesquita (2003, p. 156): “[...] para a manutenção do processo como fenômeno dialético, necessário que ambos os litigantes tenham no decorrer da atividade processual, as mesmas condições para a defesa dos seus interesses, já que sujeitos parciais da relação jurídica processual”.

Arellano García *apud* Mesquita (2003, p. 157) em sua obra defende que este princípio:

Significa que a parte demandada enxerga a oportunidade de se defender com argumentos e com provas contrárias as reclamações que são feitas. É a oportunidade processual de contradizer os fundamentos de fato e de direito da demanda instaurada contra si, devendo gozar da oportunidade de ser ouvido e fazer uso das evidências necessárias para a defesa de seus interesses.¹⁵

Assim, a garantia da plenitude de defesa, ínsita ao devido processo penal, compreende necessariamente a contraditoriedade, que se assenta no regramento que podemos denominar Princípio de Justiça e se justifica pela inafastabilidade do perene estabelecimento da paridade de armas entre os sujeitos do processo, de modo a conferir o mais perfeito equilíbrio.

¹⁵ [...] significa que a la parte demandada se lê da la oportunidad de defenderse con argumentos y con pruebas em contra de las reclamaciones que se han hecho. Es la oportunidad procesal de contradecir los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda instaurada en su contra, debiendo gozar de la oportunidad de ser oído y de aportar las probanzas necesarias para la defensa de sus intereses.

Daí porque consoante Mendes de Almeida *apud* Tucci (2004, p. 191), que assevera:

[...] pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que o julgamento seja precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisto está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos probatórios e de direito.

Por conseguinte, a assecuração da ampla defesa e do contraditório pela Constituição Federal implica que o Estado está obrigado a propiciar que todo acusado seja assistido por defesa técnica, constituída ou nomeada, não permitindo a prática de ato processual sem defensor; que tenha pleno e prévio conhecimento da imputação e das provas [ou indícios] que o assola; que possa livremente contrariar tais provas e concomitantemente, oferecer contraprovas.

Desta feita, para que a garantia da plenitude de defesa seja uma realidade à obtenção do direito à informação, atuação e contraditório, deve ser somado o direito à consecução probatória, mais especificamente, da prova legitimamente obtida.

O direito à prova pertinente e licitamente produzida, implica na liberdade das partes de produzi-las sem sofrer óbices injustificados, não significando que o Magistrado na busca da verdade o faça também, de ofício, se relevantes e imprescindíveis e não forem requeridas pelas partes.

Lembra-se que o imputado deve ser considerado sujeito processual titular de direitos fundamentais, sendo que seu direito de defesa deve estar constituído por um conjunto de garantias, direitos e faculdades suficientes para efetiva oposição à persecução punitiva que lhe é infringida.

Do exposto, sobressai-se outra garantia consistente na motivação dos atos decisórios que evidenciam como o julgador interpretou as provas colhidas e aplicou a lei.

Ainda há de ser brevemente tecido comentário acerca do contraditório na fase de investigação criminal no ordenamento pátrio, após o advento da Carta Constitucional vigente.

Tradicionalmente a investigação preliminar é tratada como etapa meramente administrativa, com o cunho de oferecer elementos para a proposição de ação penal por parte do legitimado a tal mister, o Órgão Ministerial. Devido a isso, consuetudinariamente o contraditório nunca foi plena e oficialmente admitido. No máximo, a concessão da garantia constitucional consistente no recebimento da nota de culpa.

Assim, de modo geral, salvo concessão feita por iniciativa ímpar do poder discricionário da autoridade presidente do inquérito ou auto de flagrante, a posição reinante sempre foi pela inadmissão do contraditório nesta fase, contudo, a visão foi alterada após o advento da novel Carta Constitucional, principalmente em obediência a inteligência do inciso LV do artigo 5º, já acima reproduzido.

São argumentos basilares dos postulantes do contraditório já nos atos de investigação policial, o fato de ser esta etapa um verdadeiro “*processo administrativo*”, portanto, textualmente previsto no aludido instituto constitucional; e por representar um autêntico conflito de interesses, ou seja, litígio entre acusador e acusado [que seja entre suspeitante e suspeito]; assim, o contraditório deve ocupar o seu lugar.

Tucci (2004, p. 211) sustenta veementemente “[...] a necessidade de uma contraditoriedade efetiva e real em todo o desenrolar da persecução penal, na investigação, inclusive, para maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa”.

Sem dúvidas, reclama-se que deve ser admitido à atuação da defesa na investigação policial, ainda que não seja permitido ou lícito exigir, o exercício pleno do contraditório, não se impondo a obrigatoriedade de prévia intimação quanto aos atos que serão realizados, mas facultando à parte que por qualquer meio se mostrou ciente, a possibilidade de acompanhamento.

Não se trata de defesa ampla na completa acepção da terminologia, mas limitada ao resguardo dos interesses mais fundamentais do suspeito, como diligências, relaxamento da prisão, liberdade e outras, em estreita proporção racional com o interesse público da investigação.

Não basta que se diga que a representação por parte da autoridade policial pela prisão do suspeito ou indiciado, passa pelo crivo do Ministério Público, na condição este de fiscal da lei, pois este, respeitando-se as exceções, mas invariavelmente, se confunde com parte eminentemente acusadora.

O mesmo aludido jurista em igual linha de pensamento de Vicente Grecco apregoa a possibilidade de contraditório diferido, que é aquele realizado não previamente nem concomitante, mas os pós-fatos.

In casu, a Lei ao estatuir o princípio da publicidade interna restrita, exigiu, a *contrario sensu*, que se adotasse o princípio do contraditório diferido, ou seja, retardado, demorado, pois, não há como se adotar uma medida cautelar desta natureza sem privar (naquele momento) o réu do conhecimento da medida que será adotada em seu desfavor. Assim, não podemos pensar que o fato da medida a ser adotada *inaudita altera partes* não

haverá o contraditório. Não é isso, pois o contraditório é dogma constitucional e não pode deixar de ser adotado no curso de um processo regularmente instaurado.

O Devido Processo Legal exige a presença do contraditório após a colheita do material probatório necessário para a elucidação do fato, contraditório este, sem o qual, o processo será manifestamente nulo.

Providencial um parêntese para esclarecer que enquanto no processo penal, pelo fato de ser imprescindivelmente pleno e efetivo, o contraditório deve ser observado durante todo seu desenvolvimento, mesmo quando haja revelia, o mesmo não procede no processo civil, admitindo-se o seguimento da causa sem ciência ao réu, do realizado no processo após a declaração de contumácia, ou seja, basta à oportunidade ao contraditório através de uma citação válida, deixando ao arbítrio da parte sua presença no acompanhamento do feito.

Na área cível, o devido processo tem sido aplicado bem mais estreitamente e mais enfaticamente no âmbito da ampla defesa e do contraditório; no campo administrativo, destarte não devesse, chega a ser relegado pelo arbítrio das autoridades.

Na seara criminal é que é utilizado e invocado com maior abrangência, e vem assegurado pelas garantias do acesso à Justiça Penal; do juiz natural em matéria penal; de tratamento paritário aos sujeitos no processo penal; da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado; publicidade dos atos; motivação das decisões; fixação de prazo razoável de duração do processo.

O direito a ser ouvido num tempo e modos adequados, constitui uma essência do devido processo legal procedimental, sendo que ofende ao devido processo legal procedimental o julgamento criminal do réu à sua revelia por falta de citação ou intimação das fases seguintes, devendo aquela ser sempre pessoal, censurando-se a comunicação ficta.

Arruda Alvim, lembrado na obra de Scarance Fernandes (2005, p. 63), subdivide e diferencia o princípio do contraditório com o princípio da bilateralidade de audiência, argumentando que este último:

[...] expressa somente a necessidade de se proporcionar ao réu o conhecimento do que contra ele se pede, ensejando-lhe a possibilidade de defesa; ao passo que ao primeiro, implica necessariamente que se tenha observado num processo, com igualdade de oportunidade para ambas as partes, ampla discussão, e efetiva, sobre a causa.

O direito ao contraditório, como não poderia deixar de ser, não se trata de direito exclusivo ao acusado, mas, das partes processuais, incluindo-se o órgão do Ministério Público.

Conquanto Manzini (1949, p. 281) tivesse ensinado que:

A intervenção do ministério público no processo penal não admite exceções, salvo no procedimento pretório ocorrida na fase anterior ao debate. Fora deste caso, a intervenção e a representação do ministério público na relação processual penal estão prescritas sob pena de anulação. Excepcionalmente a intervenção do ministério público não em todo o processo, mas sim, em determinados atos processuais é facultativa e não obrigatória. Não se deve confundir, além disso, a intervenção pessoal com a funcional, sendo esta última suficiente aos fins do contraditório.¹⁶

Todavia, o mesmo Manzini (1949, p. 281) asseverou:

Não se deve confundir o instituto da defesa, que é elemento do contraditório, com o instituto da defesa do acusado. À defesa necessária para o contraditório dá lugar em alguns atos do processo ainda sem a intervenção do defensor. Para a defesa requerida pelo contraditório é conceitualmente necessária e suficiente a presença do acusado, a fim de que, se defenda a si se o parece oportuno, contraponha aos motivos de acusação os motivos de desculpa. O contraditório não implica por necessidade um debate direto entre a acusação e a defesa, senão que simplesmente pressupõe à livre possibilidade de contrapor os elementos de desculpa aos elementos de acusação em qualquer forma idônea para eliminar o juiz sobre a verdade real.¹⁷

Também convém esclarecer que o estabelecimento do princípio do contraditório não significa o estabelecimento do princípio da igualdade, que em tese, [frise-se, em tese] admite certo desnivelamento em favor do réu.

¹⁶ *La intervención del ministério público em el proceso penal no admite excepciones, salvo em el procedimiento pretório por lo que hace a la fase anterior al debate. Fuera del este caso, la intervención y la representación del ministério público en la relación procesal penal están prescritas bajo pena de nulidad. Solo excepcionalmente la intervención del ministerio público no en todo el proceso, pero si, en determinados actos procesales es facultativa y no obligatoria. No se debe confundir, además, la intervención personal con la funcional, siendo esta última suficiente a los fines del contradictorio.*

¹⁷ *No hay que confundir el instituto dela defensa, que és elemento del contradictorio, com el instituto del defensor del imputado. A la defensa necesaria para el contradictorio se da lugar en algunos actos del proceso aun si la intervención del defensor. Para la defensa requerida por el contradictorio es conceptualmente necesaria y suficiente la presencia del imputado, a fin de que, defendiéndose a si mismo si lo cree oportuno, contraponga a los motivos de acusación los motivos de disculpa. El contradictorio no implica por necesidad un debate directo entre la acusación y la defensa, sino que simplemente presupone a la libre posibilidad de contraponer loe elementos de disculpa a los elementos de acusación en cualquier for0ma idonea para iluminar el juez acerca dela verdad real*

O contraditório, como anteriormente já explicitado, põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que tenha ciência dos atos da parte contrária, com possibilidades de contrariá-las.

Já o princípio da igualdade apenas coloca as partes em posição de similitude diante do Estado e perante o juiz; não se confundindo com o contraditório, nem o abrange, apenas se relacionam, pois, em se garantindo o contraditório, por conseguinte, estará sendo assegurado um tratamento igualitário.

Em outras palavras, o contraditório refere-se à oportunidade dada à parte de contrariar os atos da parte adversa. E, selando nos ensinamentos de Scarance Fernandes (2005, p. 66):

Quando as duas partes são vistas em face de seus direitos e poderes ante um ato judicial, o tratamento diferenciado deve ser analisado à luz de outro princípio, o da igualdade das partes. Assim, se, diante de uma decisão, é assegurada só ao réu a oportunidade de recurso, sem idêntica possibilidade ao Ministério Público, o problema não é de ofensa ao contraditório, mas ao princípio da isonomia processual. A questão é saber se é justificável o tratamento distinto e privilegiado dado ao acusado. O contraditório será observado dando-se ciência ao Ministério Público das razões do recurso formulado pelo acusado e oportunidade para oferecer contra-razões.

Contraditório e ampla defesa formam um binômio inseparável e decorrência lógica do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito; e, em face o princípio da isonomia perante a lei, ao réu é conferido o direito de atuar probatoriamente ante o alegado, em igualdade de condições com o órgão estatal acusador. Não fosse assim, o direito de defesa se consubstanciaria em uma fantasia travestida legalmente, apenas formal e não um efetivo direito.

Por corolário lógico, pode-se concluir que se for concedido em determinado processo um privilégio diferenciador do contraditório a qualquer das partes processuais, impossível esperar por justiça da decisão proferida pelo juízo, pois, calcada em procedimento processual ilegal tanto quanto injusto, pois o princípio do contraditório é absoluto, e qualquer violação em sua essência leva a existência de nulidade processual insanável.

Lembra-se que por razões lógicas, a acusação deve ser anterior à defesa, que deve tomar inteiro teor da imputação inicial já no primeiro momento.

E nos dizeres de Marques da Silva (2001, p. 18): “Inexistente o conhecimento da acusação formulada se determinaria ao réu além da ausência de defesa a impossibilidade de sequer opor uma posição diferente daquela apresentada pela acusação, visto ignorá-la”.

A ampla defesa é um corolário lógico do processo como forma de garantia individual da pessoa humana.

A defesa, tal como a própria ação, é igualmente um direito constitucional e processualmente garantido.

Assim, como no processo penal a acusação é exercitada por um órgão dotado de conhecimentos técnicos e jurídicos, também ao acusado deve ser proporcionada idêntica oportunidade de se ver representado em juízo, por quem possua similar formação e conhecimentos em relação ao representante do órgão da acusação, sob pena de violação ao princípio paritário, que é uma imposição do devido processo legal [penal].

Ensina Pedroso (2001, p. 35), que:

A defesa pode ser compreendida nos sentidos subjetivo e objetivo. Subjetivamente considerada, assoma-se como a faculdade, em abstrato, de contrariar a ação penal. Já a feição objetiva denota a defesa efetivamente exercida em um processo, ou seja, a faculdade corporificada em concreto.

Importante anotar ainda como uma garantia à ampla defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, objetivando impedir que haja uma modificação da situação jurídica consubstanciada em uma decisão carente de recurso acusatório ou norma de ordem pública a ser aplicada.

É decorrente, ainda, do princípio do contraditório e da ampla defesa, a imposição constitucional da publicidade dos atos e da fundamentação das decisões judiciais, preceituadas no artigo 93, IX da Carta Constitucional¹⁸.

Por derradeiro, deve ser mesmo que brevemente, esclarecidas algumas diferenças entre o sistema acusatório e o inquisitório.

Na verdade perseguida pelo método inquisitório, concebida como absoluta ou substancial, há necessidade primordial da feitura da prova.

Isso devido o Sistema Processual Penal Inquisitório ser aquele no qual o próprio juiz detém as funções de acusar, julgar e defender.

¹⁸ CF Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Tal característica impossibilita uma atuação imparcial do juiz, pois a rigor, inicia o processo já tendo, ao menos em tese, formado um juízo de valor prévio.

As características do Sistema Inquisitivo são: a) todas as funções são concentradas na pessoa do juiz; b) é sigiloso e sem a publicidade dos atos; c) há ausência de contraditório e da ampla defesa; d) adoção do sistema da prova legal ou tarifada.

Apenas estão presentes na relação jurídica processual o juiz e o réu. Nesse sistema, não há necessidade de provocação das partes, pois o juiz inicia de ofício o processo, fazendo com que o réu seja apenas um objeto, o afastando da condição de sujeito.

Já o sistema acusatório apresenta características distintas, pois nele há respeito e a nítida separação das funções processuais, possibilitando que exista um juiz inerte, o qual só se manifestará se provocado. O *dominus litis* passa a ser o órgão atribuído da função acusatória, e, ao réu são assegurados direitos dos quais era cerceado, podendo desconstituir as alegações contidas na peça inicial, pois o ônus da prova é plenamente do autor [acusação].

O sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico pátrio foi o sistema acusatório, em decorrência da previsão do artigo 129, inciso I, da CRFB/88, a qual incumbe ao Ministério Público, privativamente, e como regra, o exercício do direito de ação.

Dessa forma, são características do sistema acusatório: a) a clara separação das funções de acusar, julgar e defender; b) processo regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais; c) imparcialidade do órgão acusador; d) presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa; e) sistema de relativização do valor das provas.

Ao contrário do seu oposto, a verdade perseguida pelo sistema acusatório, também concebida como relativa ou formal, é adquirida empiricamente através de procedimentos convencionais suscetíveis a erro, sendo que a principal garantia para sua consecução é confiada à máxima exposição ao contraditório.

E, da mesma forma que ao acusador é defeso funções judicantes, ao julgador deve ser vedado funções postulantes, evitando-se confusão e inversão de papéis.

Lembra-se que nos conflitos, a movimentação primeira compete à acusação, sendo que a presunção de inocência exsurge e acompanha o acusado [em tese], até prova em contrário, e, para que o embate se desenvolva lealmente nos ditames almejados e recomendados ante a paridade de armas, é necessária a perfeita igualdade, primeiro, dotando a defesa das mesmas capacidades e poderes da acusação; em segundo, que o papel do contraditor seja admitido em toda circunstância em relação a cada ato probatório singular, sem exceção.

Assim, é desiderato primaz do devido processo penal a perpetração de uma defesa ampla, que não se confunde com concessões postergativas e chicaneiras, e um contraditório pleno, para que a verdade material seja obtida e a contraprestação jurisdicional ao delito seja eficaz e justamente aplicada, minimizando-se malquerida injustiça.

1.6 O devido processo legal

A idéia de dignidade da pessoa humana, no sentido de um Estado Democrático de Direito, como já dito, compreende um *status* objetivo, material, consistente no pleno acesso às condições necessárias para a promoção do sentimento pessoal de satisfação do indivíduo.

A partir de então, e para tanto, na lição de Silveira (1997, p. 18) exsurge a imperativa necessidade do devido processo legal, instituto remoto originado na Magna Carta do Rei *Jonh Lackland*, confundido com a própria *common law*, eminentemente decorrente dos costumes ingleses.

Em nosso país, pode-se afirmar que das oito Constituições, apenas as Cartas Políticas de 1946 e 1988 foram genuína e amplamente democráticas. Esta última ampliou significativamente o rol de direitos fundamentais, e, pela primeira vez desde o descobrimento da nação e de sua história constitucional, previu expressamente, como princípio garantidor das liberdades civis, o devido processo legal [*due process of law*], ao rezar no artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Garantia que foi complementada pelo inciso seguinte, assegurado do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, concedendo ao demandado processualmente o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do julgador.

O princípio do devido processo legal incorpora valores culturais amplos e profundos sentimentos de justiça, sedimentados através dos tempos na cultura dos povos anglo-americanos.

Dotado de conceito tão abrangente, tem dificultada sua definição tecnicamente precisa, todavia, se manifesta e interage com o direito, e é invocado naturalmente pelo homem social. Entre suas finalidades, está que o devido processo legal constitui uma limitação aos poderes estatais, não podendo ser interpretado de modo a anuir com o arbítrio.

Abraham *apud* Silveira (1997, p. 80) ensinou que:

O conceito do devido processo legal e sua aplicação aos nossos governos estadual e federal é baseado em um extenso reservatório de limitações constitucionais expressas e implícitas sobre a autoridade governamental, fundamentalmente determinado pelo processo judiciário, sobre as noções básicas de lisura e decência que governam, ou devem governar, o relacionamento entre legislador e legislado.

Da mesma monta é o escólio de Maciel *apud* Silveira (1997, p. 80):

O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.

O Ministro Carlos Velloso, do STF na ADIN – 1511-7DF (BRASIL, 2008a) traçou uma definição da dualidade do instituto em sua dimensão processual, bem como, substantiva, aduzindo:

Due process of law, com conteúdo substantivo, constitui limite ao Legislativo no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade e de racionalidade, devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual, garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

Novamente consoante Silveira, (1997, p. 110): “[...] o devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados”.

Em outros termos, “refere-se ao conjunto de procedimentos que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica”; tendo sido usado para proteger “aqueles princípios fundamentais de liberdade e justiça que se encontram na base de todas as nossas instituições civis e políticas”.

Para o substantivo devido processo legal, a lei deixa de ser um instrumento afirmativo, positivista, moderadora da sociedade, para ser encarada pela sua concepção negativa, no sentido de que o governo não pode interferir em determinadas áreas sensíveis do

direito, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público.

Carvalho *apud* Silveira (1997, p. 87-88) esclarece que “[...] o devido processo legal protege a liberdade em seu sentido amplo, ou seja, a liberdade de expressão, a liberdade de ir e vir, a liberdade de fazer e não fazer de acordo com a lei; e quanto aos bens, igualmente em seu sentido amplo, bens corpóreos ou incorpóreos”.

Sabe-se que em uma nação democrática, representativa e pluralista, o poder de editar leis concentra-se, em regra, junto ao Congresso Nacional [ignorar-se-á, *in casu*, as medidas provisórias], cujos representantes devem trabalhar na perpetração dos anseios sociais.

Contudo, em razão da proeminência do devido processo legal, o Congresso Nacional está impedido de legislar sobre algumas matérias, mormente as atinentes aos direitos fundamentais.

Isso devido ao fato de que nas democracias pressupõe-se um governo de leis justas, e devido sua origem constitucional, a cláusula do devido processo não pode ser ignorada ou suplantada por força de mera legislação menor.

Por conseguinte, em nosso ordenamento e por força da cláusula em comento, não pode ser objeto de Emenda Constitucional ou de lei ordinária, matérias como a forma de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Dentre estes, os contidos no bojo do artigo 5º como limitações absolutas estão que: - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito; - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; - são garantidos a livre locomoção, o direito de reunião e de associação; - a lei não poderá restringir a livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, científica ou de comunicação, independente da censura prévia; - a lei penal não retroagirá, senão para beneficiar o réu; - é garantido o direito de propriedade (BRASIL, 2006 a).

Além do exposto, os atos administrativos também podem violar o devido processo legal e serem anulados por este, quando eivados de vício insanável por sua inobservância.

Pela ótica dos profissionais aplicadores do Direito, principalmente no que tange aos advogados, o devido processo legal procedimental é o mais invocado em defesa das liberdades básicas dos seus constituintes.

Como herança da *common law* é destacado por Abraham e Perry¹⁹ *apud* Silveira (1997, p. 109-110) 11 conceitos extraídos do *Bill of Rights*, a se ver: o direito do povo de estar seguro de desarrazoada busca e apreensão, emissão de mandado de busca ou prisão fundamentado e específico; julgamento pelo grande júri para crimes maiores; não ser julgado duas vezes pela mesma ofensa; imunidade contra compulsória auto-incriminação; direito a rápido e público julgamento imparcial no local onde foi cometido o crime; direito de ser informado da natureza e causa da acusação; o direito do acusado em ser confrontado com as testemunhas naturais ou adversas; direito a um processo compulsório para obter as testemunhas em favor do acusado; direito a advogado nos casos criminais; e o direito em face abusos nas fianças, multas e penas cruéis.

Quanto ao Brasil, analogamente pode-se destacar algumas garantias básicas protegidas pelo devido processo legal, sem prejuízo de outras, dentre elas:

a) quanto à vida: direito ao acasalamento e procriação com liberdade para planejamento familiar, devendo o Estado incentivar e auxiliar a unidade familiar; garantia de direitos aos filhos menores, inclusive os nascituros; amparo ao idoso com espede na assistência social e garantias mínimas à subsistência com dignidade; vedação da pena de morte (salvo em casos de guerra), perpétua e outras cruéis; proibição da tortura e tratamento degradante; e o direito à saúde mediante ampla assistência proporcionada pelo Estado.

b) Quanto à liberdade: prisão somente em flagrante ou por ordem judicial; direito de silêncio ao acusado e de ter advogado; direito que sua prisão seja imediatamente comunicada a família e ao juiz competente; inviolabilidade de domicílio, salvo exceções previstas; inviolabilidade de correspondência, salvo por concessão judicial; direito de julgamento por juiz natural, inadmitindo-se tribunal de exceção; proibição de uso de provas ilícitas; proibição de prisão civil por dívida, salvo no inadimplemento voluntário do alimentante e do depositário infiel; julgamento pelo tribunal do júri nos crimes dolosos contra a vida; proibição de retrocesso da lei penal; individualização e proporcionalidade da pena. No que pertine ao direito de propriedade: indenização prévia e em dinheiro, em caso de desapropriação, salvo exceção legal; garantia da manutenção de bens e direitos patrimoniais já incorporados na esfera de disponibilidade; e, que a lei não violará o ato jurídico perfeito, nem os direitos relacionados com a posse, o uso ou titularidade.

c) Os comuns à vida, liberdade e propriedade: a sentença transitada em julgado não será rescindida, senão pelas causas e prazos estipulados em lei; haverá fundamentação das decisões proferidas pelas autoridades civis, militares, administrativas, judiciais e policiais.

¹⁹ Abraham, Henry J.; Perry, Bárbara A Freedom and the Court. Londom: Oxford University Prees, 1994.

A cláusula do devido processo legal procedimental assegura ao sucumbente o direito de recurso à instância superior, sendo que a ampla defesa faz parte do conceito de devido processo.

Na seara criminal o devido processo legal é utilizado e invocado com maior abrangência, e vem assegurado pelas seguintes garantias, a se ver: acesso à Justiça Penal; do juiz natural em matéria penal; de tratamento paritário dos sujeitos no processo penal; da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado; publicidade dos atos; motivação das decisões; fixação de prazo razoável de duração do processo.

O princípio da inocência decorre diretamente do devido processo legal; e, em razão deste dispositivo constitucional, o nome do réu só pode ser lançado no livro dos culpados após a sentença condenatória ter transitado em julgado definitivamente.

Mirabbete (1991, p. 252) inspirado nas lições de Florian, preconizou: “[...] o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa”; ou seja, o ônus da prova é de responsabilidade do Estado. Por corolário, o réu é presumivelmente inocente até que o Estado prove sua culpabilidade.

Neste diapasão, a presunção de inocência confronta com o devido processo legal quando o juiz se vê obrigado a interrogar o réu, mesmo contra a vontade deste. Todavia, tal princípio não obsta a prisão provisória ou temporária quando relevante o interesse público e denotado com concreta fundamentação legal.

São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, postulado que possui íntima correlação com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Constitui garantia constitucional o julgamento pelo juiz natural, que é o previamente designado por lei, sendo que parece afrontar a Constituição, senão, imoral, pois, amplamente desigual, a prerrogativa de foro de que gozam Deputados e Senadores, Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Prefeitos, Juízes e Promotores, que são julgados por magistrados diversos aos comuns, devido às funções que ocupam.

Constituem Tribunais de Exceção, as cortes militares quando julgam o miliciano por crime praticado contra civil; e, em virtude do devido processo, lei abusiva não pode retirar dos juízes ou tribunais a sua normal jurisdição, sob pena de afastamento do juiz natural.

O direito a ser ouvido num tempo e modo adequado, constitui uma essência do devido processo legal procedimental, sendo que ofende a este, o julgamento criminal do réu à sua revelia por falta de citação ou intimação das fases seguintes, devendo a comunicação ser sempre pessoal, censurando-se a ficta, nos moldes do que dispõe o Pacto de San Jose da Costa

Rica, do qual o Brasil é signatário e mais recentemente, no bojo da Emenda Constitucional 45.

Quanto às Ações Afirmativas, que são aquelas emanadas de decisão judicial ou ato legislativo com a finalidade de extinguir uma desigualdade clamorosa em detrimento de um grupo minoritário e discriminado quanto à raça, sexo, religião ou cor, acelera o processo objetivando o nivelamento mediante ‘ações preferenciais’ em favor dos discriminados.

Tais ações no Brasil não estão previstas na Constituição, optando esta por enaltecer a igualdade em âmbito mais generalizado, salvo quanto aos deficientes físicos, consoante inteligência do artigo 37, VIII da CF²⁰.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário é interpelado para utilizar o seu poder em prol da construção da Democracia, ao aplicar o Direito a casos concretos, visando a justa solução dos conflitos.

É tarefa da sociedade como maior interessada em magistrados independentes e imparciais, empenhar-se no aperfeiçoamento do Poder Judiciário.

No que tange a eficácia do devido processo legal, urge salientar que pode-se admitir, que o Poder Judiciário em nosso país ainda é um poder um tanto o quanto pálido, desacreditado, e por que não dizer, subordinado e submisso, e que no decorrer dos tempos, raramente se insurgiu como um autêntico “Poder” ante os brados opressores de outrora, calando-se e adequando-se.

Um grande exemplo de sua fraqueza ainda vigente consiste na omissividade quanto a usurpação de funções legislativas pelo Poder Executivo, quando este edita medidas provisórias paliativas, sempre sob o permissivo do Judiciário que não se insurgiu em exercer o necessário controle da constitucionalidade, que, em tese, é sua própria razão de existência.

É mister que o Judiciário brasileiro não seja o que vem ao longo dos tempos camuflando, ou seja, uma ‘justiça de cúpula’, que pende aos interesses do mais forte e atrelado aos interesses do Governo, para ser uma Justiça de base e equitativa, realmente.

Tal raciocínio não é isolado e encontra amparo nas idéias de Silveira (1997, p. 263):

²⁰ CF Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Transformar o país, constituir uma grande nação livre e democrática, dar vida à Constituição e franquear ao povo às garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal depende unicamente da atuação do Poder Judiciário. O Poder Judiciário no Brasil, assim como de início foi na América, ainda é um poder anêmico, desprestigiado, não tendo conquistado seu status de Poder Constitucional. Sua franqueza, revelada pela história, contribuiu, num círculo vicioso, como causa e efeito da ditadura. Como causa porque não exerceu, senão timidamente, sua missão constitucional de limitar a atuação dos demais poderes dentro do âmbito de ação preestabelecido na Casa Política, equilibrando-os. Permitiu, assim, que o executivo passasse a ser um poder soberano, predominando sobre os demais. Em relação ao Legislativo, mediante acordos entre os grupos que exercem o poder, visando apenas resguardar seus interesses particulares. Referentemente ao Judiciário, relegando-o a plano secundário, ignorando-o mesmo como Poder Político. Exemplo disso temos na usurpação das funções legislativas pelo Executivo, ao governar soberanamente através de Medidas Provisórias, sem o atendimento dos pressupostos constitucionais para sua edição, com ofensa às vedações materiais, e, notadamente, o fator ‘urgência’ (limitação temporal). Aceita a usurpação, já que o judiciário não exerceu sua função limitadora de Poderes, o Executivo passou a reeditá-las indiscriminadamente. Ora, ao omissivamente deixar o Judiciário de exercer controle da constitucionalidade, perde sua função legitimadora.

E Silveira (1997, p. 264) prossegue em suas ousadas considerações:

Portanto, o exercício da função de controle da atuação dos demais Poderes dentro dos limites constitucionais não é uma faculdade apresentada ao Judiciário, mas sua própria razão de ser. Se não concretizá-la estará ensejando o predomínio dos demais Poderes, usualmente, como revela na sua história política, o do Poder Executivo, deixando que este se apoderasse de vasta parte de sua competência constitucional, inclusive financeira, faltando-lhe coragem para confrontar-se com esse poder, que sempre foi dominado sem rebuços, pelo econômico e politicamente poderosos – o Poder Judiciário anulou-se, perdendo a única arma que dispõe para se sustentar e, ao mesmo tempo, enfrentar os demais: a legitimidade decorrente da honradez de seus membros e dos seus imparciais julgamentos. Ao, permanentemente, livrar os poderosos das malhas da lei, deixou de ser poder confiável aos olhos do povo. Por isso a ditadura aconteceu, por diversas vezes, em nosso país, sem que o povo se posicionasse contra ela, ou encontrasse um meio pacífico e legítimo de hostilizá-la e bani-la. É efeito, porque dando causa ao crescimento desmesurado do Executivo, este diminuiu-lhe a importância, sombreando-lhe o alcance, tirando-lhe, às vezes, até sua jurisdição constitucional. Aliás, a história revela que toda revolução retirou, de imediato, a jurisdição do Poder Judiciário para apreciação dos seus atos. O povo aceitou esse fato por duas razões básicas: ausência de lideranças autênticas no Poder Judiciário – não se está aqui falando em conhecimento acadêmico, mas de postura de homem de estado – e ausência de participação do povo nesse Poder, que dele se distanciou e se enclausurou em si mesmo, pretendendo viver e ditar normas sem conexão com a fonte primária de sua existência: o povo.

E em prosseguimento às idéias de Silveira (1997, p. 266) para a finalização deste tópico: “Desse modo, compete com exclusividade ao Poder Judiciário realizar os preceitos contidos em nossa Constituição, de modo a terem vida e substância. Só ele tem esse poder, que é indeclinável. Não pode ter medo de ser Poder. É dever seu dar vida e movimento aos dispositivos constitucionais, independentemente da existência prévia da lei, ou mesmo, a revelia, ou contrariamente a esta, caso não se harmonize com o espírito do Texto Magno, que é sua fonte de validade”.

1.7 O garantismo e o processo penal sob a ótica da Constituição vigente

Antes de se adentrar ao tema Garantismo, propriamente dito, que trata-se acima de tudo de uma filosofia, é mister o oferecimento de breves comentários acerca do que são garantias e quais são elas.

Garantias, em um sentido mais amplo podem ser definidas como sendo salvaguardas, proteções que as Constituições adotam para fazer valer os direitos nelas consignados.

E, em uma interpretação mais apurada, colhida na obra de Moura (2000, p. 60), inspirada em Canotilho, afirma:

Segundo Canotilho, as garantias são direitos, mas deve ser salientado o seu caráter processual de proteção aos direitos. Traduzem-se as garantias, tanto no direito de as pessoas exigirem do Poder Público a proteção de seus direitos como, outrossim, no reconhecimento de meios processuais adequados para esse fim.

Melhor dizendo, as garantias declaram o direito de exigir do Poder Público à proteção de outros direitos.

E, sob esse aspecto, as garantias subsistem a todo o momento, em qualquer etapa do procedimento ou do processo.

Assim, há garantias ao suspeito, ao indiciado, ao processado, à testemunha, à vítima, enfim, a todos e em todos os pólos.

Mais especificamente no âmbito ativo da investigação que precede a ação penal, vigora [ou deveria vigorar], a garantia da presunção de inocência, que confere ao suspeito ou indiciado: que seja tratado como um sujeito de direitos; a garantia do direito ao silêncio; a garantia da prova lícita; a garantia da impossibilidade de dupla persecução pelo mesmo fato criminoso [*no bis in idem*]; a garantia de não fazer prova contra si mesmo; a garantia de ser assistido por uma defesa técnica; a garantia da informação quando preso em flagrante; a garantia de informação no processo, como decorrência do contraditório; a garantia de utilização dos remédios mandamentais, como o habeas corpus e o mandado de segurança, e outras.

Isso, como já dito, apenas quanto ao início da persecução penal, sendo que no transcorrer da mesma, outras exsurgem para acautelar o processado.

Nesta nova etapa, frisemos a garantia da igualdade jurídica, consistente: a garantia do tratamento igualitário durante todo processo; a garantia de assistência jurídica gratuita; paridade entre acusação e defesa; a garantia do contraditório; a garantia à ampla defesa; a garantia ao devido processo legal; a garantia à publicidade; a garantia ao prazo razoável; a garantia ao juiz natural; a garantia ao duplo grau de jurisdição; a garantia da motivação das decisões; e, menos difundido na doutrina, mas, porque não assim dizer, a garantia da observância da proporcionalidade; entre outras.

E uma vez oferecido este pequeno esboço acerca das garantias, passaremos a seguir, a tratar do garantismo, tal como é apregoado.

Para melhor entendimento da doutrina garantista, como intróito, há de se admitir que na evolução do relacionamento entre Estado e Povo, subsiste a imperativa necessidade de normas garantidoras dos direitos fundamentais que devem ser proporcionadas pelo Poder Estatal, o que fez com que as nações introduzissem em suas Cartas Constitucionais, regras eminentemente garantistas, que impõe ao Estado e aos seus integrantes, inexorável respeito aos direitos individuais e à dignidade humana.

Nesse diapasão, mormente após o advento das Grandes Guerras Mundiais, [anteriormente a esses nefastos acontecimentos, merecem relevo a incomensurável e paradigmática obra do Marques de Beccaria, '*Dos delitos e das penas*'; a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão; e a Declaração de Independência dos Estados Unidos; bem como, o Movimento Iluminista, como um todo], foram de suma importância a Declaração dos Direitos Universais do Homem [ONU – 1948]; Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [Roma – 1948]; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos [ONU – 1966]; Convenção Americana sobre

Direitos Humanos [Pacto da Costa Rica – 1969]; e outros institutos congêneres, dentre eles, a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Apesar das Constituições Brasileiras ostentarem uma tradição de respeito aos direitos individuais, a atual, outorgada em 1988, carrega extenso rol de institutos assecuratórios dos direitos fundamentais, o que denota uma consciência garantista, ou ao menos, rumo a ela.

E a República Federativa do Brasil optou em 1988 em edificar uma Carta Política alicerçada em bases democráticas e privilegiando o Estado de Direito, que é o que deve se conduzir exemplarmente no que tange ao respeito aos limites constitucionais estabelecidos pelo Poder Constituinte, mormente em razão de que a Constituição antecedente foi outorgada em 24 de janeiro de 1967 e estabelecendo a Ditadura do Governo Militar no Brasil, e, visivelmente seus dispositivos legais eram voltados em conceder maiores poderes à União e ao Poder Executivo, praticamente relegando a devida tutela às Liberdades Públicas, que só foram devidamente contempladas no status que merecem no posterior e vigente Texto.

Desta feita, pode-se afirmar que especificamente tratando-se do Brasil, a necessidade da positivação de institutos garantistas na Carta de 1988 deu-se como forma de mitigar os nefastos efeitos do período reinante da discricionariedade e do arbítrio, proporcionado pelo Regime Militar.

No conceito de Steiner (2000, p. 93): “O garantismo é um modelo no qual se assenta o Estado de Direito, que adota como núcleo primário de sua atuação à proteção aos direitos fundamentais dos seres humanos”.

Nesta seara, a dilatação ou encolhimento do rol de direitos e a eficácia dos instrumentos disponibilizados para a garantia dos mesmos, é o que caracterizará o Estado, se democrático ou autoritário.

Inclusive, o Pacto de San José da Costa Rica em seus 25 artigos destaca em todos eles disposições que, direta ou indiretamente, tratam de tutelar os subjugados pela repressão penal, abrangendo temas como pena de morte, tortura, escravidão, direitos do sentenciado, direitos do indiciado e processado, e outros, o que força imperiosamente a se concluir que a maior preocupação do Pacto foi à proteção do ser humano ante o poder coercitivo do Estado.

Por corolário, o garantismo é um modelo norteador a todo e qualquer ramo do Direito, mas, muito mais importante ao Direito Penal e Processual Penal.

O Modelo Garantista equivale à construção de vigas mestras do Estado de Direito, com o escopo e finalidade à tutela das liberdades do ser humano frente às diversas formas de abuso de poder.

Todavia, a questão que se coloca é que o garantismo não carrega em si mesmo sua própria garantia, dependendo da intervenção da sociedade em defesa de direitos, que apesar de declarados, podem não estar efetivamente protegidos.

Pode-se assegurar que o Garantismo Penal é resultado da evolução da consciência da humanidade através dos tempos, evidenciando-se a partir de quando se passa a considerar o delinqüente [ou indiciado, ou suspeito] como um sujeito de direitos albergado pela máquina estatal, que deve garantir-lhe todo respeito, a qualquer tempo ou fase da persecução penal.

Nas idéias de Ferrajoli (2006), pode-se extrair que o Garantismo significa a existência de um conjunto de garantias jurídicas necessárias à afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena, evidenciando os limites da legitimidade e o poder de reprimir.

Nesse ângulo, a lei só pode estabelecer penas indubitavelmente necessárias, que deve estar pré-estabelecida anteriormente ao fato delituoso, para poder punir.

O Sistema Garantista foi simplificado por seu idealizador, Ferrajoli (2006, p. 91), em dez axiomas, também chamados de princípios:

Nulla poena sine crimine;
Nullum crimen sine lege;
Nulla lex poenallis sine necessitate;
Nulla necessitas sine iniuria;
Nula iniuria sine actione;
Nulla actio sine culpa;
Nulla culpa sine iudicio;
Nullum iudicium sine accusatione;
Nulla acusatio sine probatione; e,
Nulla probatio sine defensione;

Os enunciados acima equivalem, além das garantias penais e processuais penais expressadas, aos seguintes princípios: princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito; princípio da estrita legalidade; princípio da necessidade ou economia em direito penal; princípio da lesividade ou ofensividade do ato; princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da estrita jurisdicionalidade; princípio do acusatório ou de separação entre

juiz e acusação; princípio da carga probatória ou de verificação; e o princípio do contraditório, ou de defesa, ou de refutação.

Assim, acima estão os dez princípios que definem resumidamente o modelo garantista de direito, como norteador das regras de direito penal.

Tais princípios não se esgotam em si e estão acima das legislações positivadas dos Estados, ao menos, dos ditos Democráticos de Direito.

Como cediço, a restrição à liberdade é sempre exceção, já que a liberdade é a regra, pois, é um direito fundamental da pessoa humana. Por conseguinte, as restrições à liberdade sujeitam-se às garantias da legalidade, da judicialidade e do contraditório.

Nos dizeres de Grinover (1982, p. 15): “A liberdade do indivíduo coloca-se como limite à atividade estatal, que não pode invadir a esfera de autodeterminação do homem, senão, observando determinadas regras postas pelo princípio da legalidade”; e mesmo assim, deve ser adequada, necessária, e proporcional para ser justa.

Sempre que se tratar de direitos fundamentais da pessoa humana, as normas advindas de Convenções Internacionais suplantam as de direito interno, cujos institutos devem ser interpretados de modo a eliminar a antinomia.

Quanto aos institutos decorrentes de leis infraconstitucionais anteriores à ratificação da Convenção, não de ser tidos como revogados, e, os porventura editados posteriormente a aludida ratificação, padecerão de inconstitucionalidade, se subsistirem.

Assim, sob a égide do Garantismo, aplicar o Direito Processual Penal condizente demanda um retorno à teoria do ordenamento jurídico, pois a utilização de um dispositivo legal, não pode mais se dar de modo dedutivo e formal, exigindo a preponderância de regras, mormente sob a vigência de normas decorrentes de Convenções Internacionais de Direitos Humanos, imperativamente aplicáveis no Brasil, não obstante até sejam relegadas na prática.

O Processo Penal Brasileiro rumo ao garantismo, pressupondo-se em um Estado Democrático de Direito, deverá ser trabalhado como tarefa democrática inafastável, inclusive, no que tange a validade das normas processuais.

É no próprio modo de ver de Ferrajoli que o garantismo deve buscar esteio em quatro vertentes, sendo elas: a revisão dos conceitos de validade material e vigência formal das normas jurídicas; o reconhecimento da dimensão substancial da democracia, além de uma ótica meramente formal; focalizar ao magistrado um novo modo de enquadrar a interpretação da lei, repudiando seu aspecto meramente formal em relação ao seu conteúdo normativo, que deverá estar devidamente acordado à Constituição, quer quanto aos princípios, quer quanto às

regras; por fim, reformulação dos preceitos da Ciência Jurídica, não mais observada de modo descritivo, mas assumindo contornos críticos para a consolidação do garantismo.

Não há de se negar que a Teoria do Garantismo está fundamentada no estrito respeito à dignidade da pessoa humana e aos seus direitos fundamentais, e requer que para a legitimação do Estado Democrático de Direito, este suplante a democracia formal para alcançar a democracia material, onde os direitos fundamentais são respeitados, efetivados e garantidos, do contrário dará azo à falência gradativa das instituições estatais.

Por conseguinte, através do princípio da legalidade deve-se interceder para garantir a efetividade de todos esses direitos, principalmente aos processados criminalmente.

Ainda no pensamento de Ferrajoli (2001, p. 22-23), há quatro classes de direitos: os Direitos Humanos, que são os direitos primários das pessoas e concernem a todos os seres humanos; os Direitos Públicos, que são os direitos primários, reconhecidos apenas aos cidadãos; os Direitos Cíveis, que são direitos secundários adstritos a todas as pessoas humanas capazes de pactuar, tais como, a liberdade de contratar, de negociar, de escolher e trocar de trabalho, vinculados à autonomia privada, na matriz capitalista de ‘mercado’; e os Direitos Políticos, que são os secundários reservados exclusivamente aos cidadãos, no qual se baseia a representação e a democracia política. Assim, entende-se que os direitos serão primários ou secundários, de acordo se são voltados a todos, indistintamente, ou apenas aos cidadãos.

A partir desta aprofundada proposta, Ferrajoli (2001) formula em sua obra quatro proposições em relação aos *Direitos Fundamentais*.

A primeira demonstra a diferença de estrutura entre *direitos fundamentais* e *direitos patrimoniais*, pois os primeiros são vinculados indistintamente a todos, sem exclusão dos demais, enquanto que os direitos patrimoniais, pela sua formulação, excluem todos os demais que não são titulares do patrimônio.

A segunda condiz que o respeito e implementação dos *Direitos Fundamentais* representam interesses e expectativas de todos, e montam o parâmetro da igualdade jurídica apto de justificar a mensuração da *democracia material*, que equivale exatamente ao conjunto de garantias asseguradas pelo *Estado Democrático de Direito*.

A tese terceira constitui a amplitude globalizada de grande parte dos *Direitos Fundamentais*, em razão das declarações internacionais, pois, além do direito interno, uma ordem externa impõe limites externos aos poderes públicos.

A quarta tese está vinculada à relação entre os *direitos* e as *garantias*.

Para o citado autor, os *Direitos Fundamentais* se constituem em expectativas negativas ou positivas, correspondentes de obrigações de prestação ou proibição de lesão, ou seja, garantias primárias.

A reparação e/ou o sancionamento judicial constituem garantias secundárias, decorrentes da violação das garantias primárias, e, a inexistência de garantias para efetivação dos direitos, em suma, leva a uma lacuna que torna os direitos declarados inobservados.

Assim, nessa visão de formulação dos Direitos Fundamentais, apresentam fixadas as diferenças marcantes, consistente a primeira, na circunstância de que os Direitos Fundamentais são universais, enquanto os Direitos Patrimoniais são particulares e excludentes, ou seja, os Direitos Fundamentais são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, enquanto que os Direitos Patrimoniais são exclusivos.

A segunda diferença consiste que os Direitos Fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos. Ao contrário, os Direitos Patrimoniais são disponíveis por sua natureza, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam e aqueles permanecem invariáveis. O fato de serem indisponíveis impede que interesses políticos e/ou econômicos violem os Direitos Fundamentais.

Já a terceira diferença é consequencial, pois, já que os Direitos Patrimoniais são disponíveis, podem ser modificados ou extintos por atos jurídicos, e os Direitos Fundamentais, ao contrário, são reconhecidos por normas gerais, via de regra, de âmbito constitucional. Em suma, pode-se afirmar que enquanto os Direitos Fundamentais apresentam-se como normas, os Direitos Patrimoniais são regulados por normas.

Por derradeiro, a quarta diferença consiste em que os Direitos Patrimoniais são horizontais, os Direitos Fundamentais são verticais, em um duplo sentido. Enquanto umas são civilistas, privadas, decorrentes de relações intersubjetivas da esfera privada, as de Direitos Fundamentais são publicistas, do indivíduo para com o Estado. Ademais, há que se considerar que os Direitos Patrimoniais são disposições de não lesão entre os particulares; já no caso de Direitos Fundamentais, sua violação repercute na invalidade de leis e decisões estatais.

Seguindo a proposta de **Ferrajoli**, há de se reconhecer o sentido e o papel dos Direitos Fundamentais na dimensão substancial da democracia, ao invés da meramente formal, e, sob esse prisma, os Direitos Fundamentais se constituem como vínculos substanciais normativamente impostos e tidos como necessidades de todos, como a razão de ser do próprio Estado.

Assim, o paradigma da democracia consiste na sujeição do Direito ao produto gerado por essa dissociação entre vigência e validade; entre mera e estrita legalidade; entre forma e substância; entre legitimação formal e substancial.

Desta feita, os Direitos Fundamentais funcionam como parâmetro de legitimação ou não dos Estados.

Ademais, os Direitos Fundamentais estão garantidos por uma rigidez absoluta que impede que eventualmente maiorias os tentem modificar, no que é preconizado como cláusulas pétreas, implicando que são absolutamente invioláveis.

CAPÍTULO II. REDISCUTINDO INSTITUTOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DO MODELO GARANTISTA INCUTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE

2.1 Disposições preliminares

Doravante será exposta uma análise crítica dos institutos processuais penais positivados na legislação ordinária, contudo, analisados em estrita consonância com os ideais e fundamentos inseridos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por razões de dimensionamento e temporais, foram eleitos para a confecção do presente trabalho temas e institutos contidos no Código de Processo Penal que mais se inter-relacionam e interagem com o complexo de grandezas compostas de Princípios, Direitos Fundamentais, Garantismo, Estado Democrático de Direito, Contraditório, Ampla Defesa, Devido Processo Legal e Proporcionalidade, já que não é escopo, ao menos no presente momento, tecer-se um comentário artigo por artigo, mas sim, trazer à discussão aquilo que indubitavelmente mostra-se como a melhor e real interpretação da legislação infraconstitucional em estrita subordinação e identidade com o contido na Carta Maior, cuja inobservância tem reiteradamente ofendido direitos e garantias fundamentais do ser humano, mais precisamente, do acusado, do processado e do sentenciado.

Doravante este trabalho ingressará diretamente ao tema que foi proposto, fruto de estudos, pesquisas e vivência militante na prática efetiva na seara do direito processual criminal em todos os âmbitos.

Neste intróito, há de ser consignado que a ignorada Lei de Introdução ao Código de Processo Penal [DL 3.931/41] prescreve textualmente em seu artigo 2º que: “À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que foram mais favoráveis” (BRASIL, 2006 c, p. 239); assim, os comentários tecidos no bojo deste trabalho, não só estarão amparados na Constituição Federal, nos pressupostos de um Estado Democrático de Direito, no prestígio ao contraditório e a ampla defesa, como também, na própria Lei de Introdução, ou seja, aquela preambularmente confeccionada para nortear a interpretação da lei principal, *in casu*, a Lei 3689/41, o cognominado Código de Processo Penal.

Seguindo esse diapasão, no que tange à territorialidade estampada no primórdio do Pergaminho, espera-se que seja aplicada na sua integralidade, observando-se a supremacia dos Tratados, Convenções e regras de direito internacional, em obediência à inteligência do inciso I do artigo 1º do Código de Processo Penal²¹, pois, quando há omissão de um dispositivo legal penal consignado em Tratado, Convenção ou regras de direito internacional, em detrimento a institutos infraconstitucionais de direito interno, estar-se-á ofendendo o princípio da ampla defesa, preceituado no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal²², e porque não dizer, do devido processo legal.

Da lei vigente, observar-se-á pela manutenção da anterioridade, tal como ora é, bem como, quanto a interpretação extensiva e emprego da analogia, ressalvando que apenas e exclusivamente para beneficiar o réu.

2.2 O inquérito policial

Este é um tema que não será exaurido, pois, matéria altamente controversa que exige doação a uma dinâmica que resta inviável para efeito do trabalho proposto.

O inquérito policial, cuja definição legal não consta claramente em nenhum instituto do Pergaminho Processual Penal, é o instrumento que a polícia judiciária se utiliza para investigar os delitos e apurar sua respectiva autoria, e tem por finalidade fornecer ao Poder Judiciário, os elementos necessários para o ajuizamento da ação penal, principalmente no que tange a autoria e a materialidade dos fatos, em tese, dotados de tipicidade penal. Sua natureza é de peça informativa, contendo os resultados das investigações obtidas pelo cunho inquisitivo da autoridade policial, que, nos dizeres de Aury Lopes Junior (2006, p. 70), “[...] dispõe de uma poderosa discricionariedade de fato para selecionar as condutas a serem perseguidas, cujo espaço de atuação, muitas vezes, se encontra na zona cinzenta entre o lícito e o ilícito”.

Desde a promulgação da Constituição Federal atual, em 1988, a doutrina, bem como, a jurisprudência vem se digladiando sem a obtenção de um pacífico consenso, quanto à

²¹ CPP. Art. 1º. O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional.

²² CF Art. 5º. [...]

LV – os 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.

evocação e a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual, qual seja, a etapa investigativa presidida pela autoridade policial.

Nesse diapasão, mui discutível e altamente controverso é a hipotética defesa do emprego do contraditório e da ampla defesa integrais, em sede de inquérito policial, pois tal posicionamento, em subsistindo, significaria uma radical tomada de posição pela cega e parcial existência de um contraditório e uma ampla defesa injustas, se prevalentes, de modo a prejudicar, ou, melhor dizendo, inviabilizar os fins de uma dada investigação criminal, que muitas vezes requer inteiro sigilo, de modo a possibilitar o desvendamento de procedimentos delituosos que igualmente constituem um grande flagelo para toda sociedade, e que devem ser rigorosamente combatidos.

Por outro lado, é de suma importância e saudável, a postulação pela perpetração do contraditório, bem como, da ampla defesa na referida etapa administrativa, já que esta última é apregoada de modo pétreo no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal como assegurada, “com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” (BRASI, 2006 a, p. 13), sendo que é a interpretação literal deste Instituto Maior que tem encorajado grande número de estudiosos notáveis da banda do direito processual penal a defender tal versão, contudo, perguntamos: como isso será inteiramente possível sem proporcionar a indesejada impunidade ou uma desigualdade ainda maior entre os eventualmente integrantes do pólo passivo da demanda?

Assim, o presente estudo consiste em um primeiro plano, de difundir uma postura consistente em que, decididamente, o inquérito policial não possa, embora diferentemente isso venha efetivamente ocorrendo, ser o sustentáculo não raramente único para propiciar uma condenação, sem que haja a repetição da mesma prova em juízo mediante as garantias do contraditório.

É interessante anotar uma situação consagrada na aplicação do nosso direito criminal pátrio, consistente no fato de que o ‘vício’ surgido no inquérito policial não anula a ação penal, podendo, pois, ser relatado pela autoridade, mesmo defeituoso e imbuído de vício; contudo, embora seja um procedimento administrativo em que em regra não admite o contraditório, tem sido reiteradamente apto a oferecer o subsídio necessário para a fundamentação de uma gama de condenações, o que viola também a propalada paridade de armas e a necessária imparcialidade.

O disposto acima será exemplificado do seguinte modo²³:

²³ Há simultaneamente ao tempo da confecção deste trabalho o Projeto de Lei 4203/01 em tramitação política para, caso aprovado, modificar os institutos regentes desta matéria.

O primeiro caso é o do flagrante que, ou porque concluiu que tal possa lhe ajudar, ou, induzido por alguém, ou ainda, sob invencível assédio moral ou físico comentes ainda empregados na maioria dos distritos policiais (o leitor não imagina que os acusados são interpelados através dos termos: por favor, obrigado, desculpe, e outros, sem o uso da força física, armas ou algemas, e aterrorizantes ameaças em *off*), venha a confessar sua autoria ou participação na conduta delitiva investigada, sem ter-se entrevistado e nem estar acompanhado de um advogado; na hipótese de em juízo resolver apresentar uma escusa, qualquer que seja ela, mesmo verossimilhante, e negar que tivesse verdadeiramente confessado o crime, diferentemente do constante no termo do inquérito que realmente assinou, óbvio que a aludida confissão de outrora não poderá ser utilizada como fundamento de édito condenatório, pois, ocorrida em oportunidade em que o contraditório, ou foi negado, ou inobservando, e, quando lhe foi efetivamente prestado, a prova não se confirmou, portanto, inapta para arrimar condenação.

Diferentemente seria se a confissão fosse corroborada judicialmente, ou, que a confissão assinada quando da elaboração do auto de flagrante estivesse amparada por efetiva tutela de advogado, não só sob o aspecto formal, como alguns defensores profissionais ainda se prestam em fingir que não vêem ou ouvem certas coisas, mantendo-se calados, ou ainda, em apenas assinar autos pretéritos para “agradar” à autoridade policial, mas, no âmbito material, com efetiva entrevista particular após prévio acesso aos autos, com os depoimentos do condutor e testemunhas separados entre si [e não combinando a versão], e tudo o mais.

Em uma segunda situação, como é sabido que para sucesso de qualquer investigação, não há de ser dado a todo e qualquer investigado, o direito ao contraditório pleno, sob pena de ser prejudicada a finalidade da investigação, todavia, uma vez na iminência de ser realizada qualquer diligência para obtenção de prova, mormente quando o suspeito ou investigado já foi ouvido pela autoridade e sabe [ou devia saber], que contra si corre um procedimento administrativo investigativo, é de bom alvitre a concessão da oportunidade de participação na referida prova, ou de contraditá-la, mesmo depois de realizada sob sigilo, e não só quando estabelecida à relação processual, tendo tido a oportunidade de evitar o constrangimento de se ver processar, já arrebatando na fase investigativa a prova que o faria ser inocuamente processado.

Embora aparentemente impraticável o que ocorre é que por vezes, a autoridade policial na feitura ou coleta da prova, pode ser levada a erro na formação de sua convicção,

que por sua vez, em um autêntico *'efeito dominó'*, poderá influenciar [e não raro influencia] o digno representante ministerial a intentar a persecução penal, ao passo que, se chega ao órgão ministerial junto ao inquérito uma prova, e, digamos, uma contraprova [ou tentativa de] ou ao menos tenha sido dada à oportunidade de sua produção, a convicção da acusação pode ser melhor formada, evitando-se um maior prejuízo ao réu, e a administração da justiça, e conseqüentemente, uma injustiça, principalmente pela inteligência do princípio da indisponibilidade da ação penal, que, em síntese, uma vez oferecida a denúncia, a acusação dela não pode desistir.

Afinal, ao se investigar um fato criminoso, o objetivo do Estado deve estar, em tese, voltado para a consecução da verdade real [ou ao menos tanto quanto mais próximo de]. Contudo, não é o que discorre ao final do colhido na fase investigativa.

Passos e Oliveira (2001, p. 31), com pensamento similar ao ora aventado, com muita propriedade indagaram e expuseram:

Como alcançar tal objetivo (verdade real), no entanto, e daí, perguntamos, como se chegar a uma *'expectativa de verdade'* se as regras ditadas pelo Código de Processo Penal, são pródigas em favorecer uma das partes da futura lide penal, ou seja, a acusação, ao menos na ação penal pública?

Uma fundada observação a ser feita de um procedimento carregado de ofensas aos princípios do contraditório e da ampla defesa, na atual legislação processual criminal, implica no contido no inciso II do artigo 13 combinado com o artigo 14, ambos do Código de Processo Penal, pois, se é incumbido à autoridade policial realizar diligências pedidas pelo Juiz ou pelo Ministério Público, por que não, se solicitadas pela parte acusada, sem que isso continue sendo uma mera faculdade da autoridade policial, o que possibilita que ao seu arbítrio, mesmo que constantemente as denegue, não haja qualquer recurso para rever tal necessidade? Ora, se é defeso à autoridade policial discutir a realização ou não de determinada diligência pedida pelo juiz ou pelo Ministério Público, porque assim pode proceder quanto à defesa do acusado?

Sem dúvidas, o referido dispositivo não foi recepcionado pela Carta Constitucional vigente, contudo, sua aplicação é a preferida pelos julgadores em detrimento dos aludidos princípios insculpidos na Constituição, o que inspirou nosso interesse na confecção deste trabalho.

Para corroborar o pensamento exposto, novamente a lição de Passos e Oliveira (2001, p. 32-33).

Para ilustrar, tome-se o artigo 2º do estatuto processual ('Incumbirá ainda á autoridade policial: II – realizar as exigências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público') e coteje-se com o artigo 14 da mesma lei ('O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade'). A clareza meridiana dos artigos demonstra a parcialidade com que se ativeram os legisladores, vez que, se a autoridade policial quanto ao Ministério Público vê-se subjugada, nada podendo fazer que não cumprir suas requisições (por vezes as mais infundadas), tem a discricionariedade (e diríamos mais, em alguns casos, até a arbitrariedade) para deferir ou não as diligências solicitadas. Ilustre-se ainda com o papel ativo exercido em tantas oportunidades pelo promotor de Justiça, que acompanhando o inquérito policial, quando tal se faz necessário, abdicando seu sacerdotal dever de fiscal da lei, age como verdadeiro presidente da investigação, usurpando função que não lhe é própria e fazendo com que as diligências policiais, até tendenciosamente, favoreçam a acusação.

E ainda na lição dos citados autores (2001, p. 32), dotados de grande percuciência:

Bem por isso nos negamos a conferir o caráter de 'investigatório' (ao menos na acepção acima alinhavada) à peça policial, na forma como ela tem-se apresentado, até agora, na teoria e na prática, preferindo rotulá-la como procedimento administrativo acusatório. Afinal, não se pode perder de vista que um dos cânones que norteiam o processo é a 'igualdade processual', abrigada no princípio do contraditório, que por sua vez provém de fonte constitucional (art. 5º, LV). Apregoa-se a través dele 'a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano.

E finalizam a linha de pensamento (2001, p. 33), a seguir, com chave de ouro:

As autoridades doutrinárias que se debruçam sobre o assunto, têm argumentado que o instituto em apreço não se aplica ao inquérito, vez que se presta exclusivamente ao processo (igualdade processual) onde teria cabimento o contraditório. Repelimos enfaticamente a premissa, a um porque discordamos totalmente de que o contraditório se aplique só ao processo, como melhor explanaremos; a dois, porque natural à ação penal, na qual irá produzir efeitos. Com carradas razões, por isso, Antonio Gomes Duarte, quando se opondo a Borges da Rosa, que sufragava a tese em comento, pondera: *'Com as vênias e modestamente, acreditamos que o augusto tratadista cometeu um grave equívoco, pois a fase preparatória é a fase importante da acusação, uma vez que nela estará embasada a denúncia, com a sua carga de desvalor social. Será por intermédio dela que o Estado se preparará para punir um dos seus cidadãos. Se o procedimento jurisdicionalmente garantido nasce da denúncia e esta, por sua vez, lastreia-se no inquérito policial, a conexão entre estas fases mostra-se evidente, fazendo-nos afirmar que a eiva existente ao nascedouro acabará por contaminar a ação penal como um todo. Querer isolar o inquérito policial do processo penal, colocando-os em tempos e espaços diferentes e posteriormente utilizar peças do inquérito como suporte condenatório, freqüente na prática criminal, é sofismar com a liberdade do cidadão'*.

Efetivamente, peça voltada a auxiliar o Estado-acusação, o inquérito policial, na medida em que serve para influenciar o processo, acrescente-se que o magistrado, com a livre convicção que governa seus atos, pode até se valer da “prova” colhida na polícia para firmar convicção, o que mais ressalta a influência do inquérito no processo, pois fere a paridade entre as partes.

Por outro lado, insta o oferecimento de um comentário acerca da prova da identificação civil, que em regra, se faz pela apresentação à autoridade policial, de um documento idôneo reconhecido por lei, conforme o inciso LVIII do artigo 5º da CF, que diz: “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”; todavia, causa preocupação às exceções inseridas pela Lei 10.054/00, que dispõe acerca da identificação criminal e privilegia acusados de determinadas espécies de crimes em detrimento de outros, que, via de regra, são perpetrados por uma imensa gama de desfavorecidos, dando azo a se crer que a aludida lei, quando elaborada, foi amoldada para apenas e tão somente vir a “sujar os dedos” dos integrantes das camadas mais simplórias da população, senão, porque não foi elencado na referida lei os que cometem contrabando, falsificação de medicamentos, corrupção, concussão, peculato, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes de colarinho branco e outros? Assim, eiva de inconstitucionalidade a aludida lei ordinária²⁴, que fere o princípio da isonomia.

Retornando a uma outra temática quanto ao contraditório na investigação criminal, verifica-se que o teor atinente ao artigo 7º do Código de Processo Penal²⁵, que prevê a reprodução simulada dos fatos, deve-se efetivamente conceder tal oportunidade ao acusado, pois, de que forma que se fará uma reprodução simulada dos fatos, sem a participação do mesmo na condição de maior interessado e informando a sua versão?

Uma outra forma de se prestigiar o princípio do contraditório no inquérito policial é fornecer, sem complicação, uma cópia do procedimento lavrado ao interessado, para que este, em querendo, possa melhor providenciar sua defesa, já que muitas vezes o advogado contratado só toma conhecimento da existência da acusação, sem poder, nos casos de inquéritos de veloz fluxo, de maior número de pessoas ou de muitas diligências a serem realizadas, ter efetivamente acesso aos autos; além do que, trata-se esse de um direito subjetivo do suspeito, investigado ou acusado.

²⁴ Lei 10.054/00 – Artigo 3º: O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando: I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsidade de documento público;

²⁵ CPP. Art. 7º. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Quanto à decretação de sigilo no inquérito policial, a prevalência doutrinária consiste que em sendo determinado pela autoridade judiciária, não pode, a pretexto da prevalência do interesse público sobre o privado, negar-se vistas dos autos ao advogado, que é profissional reconhecido pela Constituição Federal como imprescindível à consecução da Justiça, inclusive, é agraciado por Lei Especial posterior, qual seja a 8.906/94, em seu artigo 7º, inciso, XIII²⁶, (BRASIL, 2006 e, p. 742) que lhe assegura tal direito, e, mormente se constituído e apresentando o competente instrumento de mandato outorgado, incluindo-se até aqueles feitos, a princípio, submetidos ao segredo.

Muito embora Tourinho Filho (1998, p. 210) professe de modo contrário, consoante demonstraremos a seguir, com o que não se pode concordar:

Se no inquérito não há acusação, claro que não há poder de defesa. E se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de coisa que não existe. Por isso, mesmo os advogados dos indiciados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial.

Se contrapondo ao professor Tourinho, Paula Bajer Fernandes em Boletim do IBCCrim citado por Passos e Oliveira (2001, p. 60), em notável posicionamento:

A instrução criminal comporta exercício de direito de defesa em todas as suas fases. O advogado pode consultar e examinar todos os procedimentos, inclusive aqueles que versarem sobre prisão temporária e interceptação telefônica. Não se irá transcrever doutrina alguma para fundamentar esta assertiva porque a fundamentação está na Constituição e no Estatuto do Advogado, promulgado mais de cinquenta anos após o Código de Processo Penal, não há exceções. A única conciliação possível entre o artigo 20 do Código de Processo Penal (que permite sigilo no inquérito) e o Estatuto do Advogado é a seguinte: o decreto de segredo no inquérito policial ou em qualquer outro procedimento não alcançará, jamais o advogado.

Combinando com o pensamento acima, e também contrariando a Tourinho, Toron, igualmente citado por Passos e Oliveira (2001, p. 61), em escrito no mesmo Boletim do IBCCrim, foi enfático:

²⁶ Lei nº. 8.906/94. Artigo 7º. São Direitos do advogado:

[...]

XIII – examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada à obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos.

Ante a clareza da lei é evidente que a restrição que se quer impor aos advogados que representam indiciados ou meros investigados, isto é, de examinar e extrair cópias de parte dos autos, mais que odiosa, é patentemente ilegal. De fato, se a lei assegura aos advogados o direito de poder ver os autos e copiar o que for importante, tal se encarta dentro de uma garantia maior que é a da ampla defesa. Sim, porque não se pode exercer esta sem que se conheçam os autos. Afinal, se dentro de um inquérito for determinado de forma abusiva um indiciamento ou, por outra, decretar-se a prisão de um cidadão, como irão os advogados hostilizar eventual coação se não podem ter acesso ao feito? Isto para não falar em toda sorte de abusos que se podem cometer em matéria de colheita de provas ou indícios [...].

Betanho (2004, p. 90) aponta textualmente alguns princípios penais que têm sido desconsiderados pela jurisprudência, em casos especiais, como no caso do Regime Disciplinar Diferenciado [RDD] e que ofendem a Constituição Federal, dentre eles, a incomunicabilidade do indiciado [artigo 136, p. 3º, IV], e o sigilo em relação ao seu advogado [Lei 8.906/94, art. 7º, XIV]. Insta consignar que a comunicabilidade que deve ser concedida ao preso é a material, não a formal, sem qualquer privacidade.

O Ministro Celso de Mello, do STF, no HC 73271-2 (BRASIL 2008b), asseverou que:

[...] indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.

Quanto às provas produzidas, é curial anotar que as confeccionadas no inquérito policial, se repetíveis, deverão ser reproduzidas em juízo sob as todas as garantias processuais, e, se não confirmadas, não podem dar azo à condenação, devendo prevalecer o gerado sob o manto do contraditório.

E, se a prova for ilícita [ou ilegítima], é inadmissível sob qualquer hipótese, eivando insanavelmente o feito, em respeito à inteligência do artigo, 5º, inciso LVI da Constituição Federal²⁷.

São estas, pois, as principais problemáticas levantadas referentes ao inquérito policial, demonstrando que a ausência total e indiscriminada do efetivo contraditório no inquérito policial enseja em incontestes prejuízo ao acusado, e, de modo destoante do que foi

²⁷ CF. Art. 5º. [...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

consignado na própria Constituição Federal, e que não só pode, como deve figurar na investigação criminal, já que não extirpa, ou, sempre que não vier a prejudicar substancialmente os objetivos da persecução penal, salvo nos casos de limitadíssimas exceções, como por exemplo, nos casos de fundado convencimento da existência da perpetração de crime grave e de alta complexidade por organização criminosa, e que, em tese, sendo sumamente necessária à interceptação telefônica judicialmente autorizada para ser desvendado, o que, por óbvio, não pode possibilitar o contraditório prévio sob pena de comprometimento da própria finalidade e eficiência da investigação. Todavia, uma vez o investigado(s) ciente(s) de tal situação, deve lhe ser dada a possibilidade de contraditar o que foi produzido e materializado em seu desfavor.

Não obstante, observa-se que a questão aparenta ser mais de cunho político do que propriamente legal, pois, o Pretório Excelso deve reconhecer que tal comprometimento alçado a delegação de uma polícia judiciária precária, desaparelhada e deformada, de forma que, se levados os princípios constitucionais fielmente ao extremo cumprimento, subsistirá comprometimento da própria segurança pública, já que possível de a esmagadora maioria dos atos inquisitivos estarem eivados de máculas insanáveis.

Por derradeiro, é o inquérito policial, pela forma e procedimentos que alberga, mormente após o advento da Constituição Federal vigente e do Estatuto da advocacia, um sistema completamente decadente, retrógrado, que não cumpre como deveria, a sua finalidade, qual seja, a de buscar e obter a verdade, senão ela, a mais próxima da real possível, sem quaisquer diferenças entre os investigados. É imprescindível a re[discussão] da forma dos atos perpetrados nessa fase em relação às garantias constitucionais, pois, não basta investigar inexistindo quem garanta o pleno respeito às garantias.

2.3 Ação penal pública

Ação Penal, nos ensinamentos de Marques (2005, p. 323), é “[...] o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo”.

Este estudo se limitará à ação penal pública incondicionada, que sempre se inicia formalmente por uma denúncia oferecida pelo representante ministerial.

Contudo, um tema que merece destaque é para um percuciente reestudo acerca da irretratabilidade da ação penal, bem como, quanto à desistência da ação [artigos 25 e 42 do CPP]²⁸, (BRASIL, 2006 b) por parte do órgão do Ministério Público, submetido ao princípio da indisponibilidade.

Não se vislumbra maior prejuízo à administração da justiça, o instituto da retratação, mormente nos casos que sobrevieram elementos probatórios que indiquem ser desnecessária a continuidade da persecução penal.

Mesmo que ao final da ação penal, o ente ministerial possa requerer a absolvição do acusado, lembra-se que o magistrado sentenciante não se vincula a tal opinião, e ainda, submete-se alguém que tanto como qualquer outro cidadão, é por força de dispositivo constitucional, presumivelmente inocente, ao constrangimento das agruras de responder um processo na condição de réu, o que é, no mínimo, moralmente danoso.

Quanto à impossibilidade de desistência da ação penal após oferecimento da denúncia, lembramos que com o advento da Carta Política de 1988 foi conferida uma incontestável relativização do princípio, mormente pela possibilidade do instituto da ‘transação penal’, que vem sendo consagrado.

Assim, o legislador pátrio talvez deva observar com bons olhos a adoção em amplo espectro, com controle, mas sem limitações de ordem objetiva, do princípio da oportunidade regrada, sacramentado em países, como a Alemanha, que igualmente adota o princípio da obrigatoriedade, mas não descarta o princípio da oportunidade, que muitas vezes é utilizado como regra em crimes antevistos como abrangidos pelo princípio de bagatela, arquivando-se os autos.

Quanto à impossibilidade de desistência da ação após oferecimento da denúncia, lembramos que com o advento da Carta Constitucional de 1988 foi conferida uma incontestável relativização do princípio, mormente, como já dito acima, pela possibilidade da ‘transação penal’, e também da ‘suspensão condicional do processo’.

É a denúncia a peça inaugural da ação penal, e, um tema relevante, mas altamente polêmico, consiste nas pré-indisposições subjetivas de reconhecimento de inépcia da exordial acusatória, principalmente nos casos que descrevem crimes realizados em concurso de pessoas e de ‘associação’, quando a mesma é falha na precisa especificação da conduta delituosa atribuída a cada um dos réus, isoladamente, mostrando-se genérica.

²⁸ CPP. Artigo 25. A representação será irretratável, depois de oferecida à denúncia; [...] Artigo 42: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

É que não são raras as oportunidades que os representantes do Ministério Público oferecem uma denúncia imputando o crime de associação, por exemplo, ao tráfico de drogas, sem, contudo, descrever precisamente a participação efetiva de cada acusado, tampouco, a perenidade e permanência da associação, e, nesses casos, tem havido conivência de boa parte dos integrantes da magistratura.

O Ministro Cunha Peixoto, do STF, no relatório do Recurso Especial publicado no Diário de Justiça da União em 20.05.77, consignou como o exposto acima, enfatizando que:

A denúncia que, envolvendo dois acusados descreve de maneira diferente os fatos praticados por um deles deixando de relatar o modo de sua participação no evento delituoso, é inepta por inobservância do requisito referente à descrição das circunstâncias elementares com que foi praticada a ação delituosa do partícipe, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal, impondo-se sua invalidade quanto ao denunciado cerceado em sua defesa.

Na mesma linha é o posicionamento do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Hoepfner Dutra²⁹:

A denúncia, na co-autoria, deve narrar com clareza e precisão a atuação de cada um dos co-partícipes no evento delituoso. Não basta, para tanto, que a peça inaugural se limite a falar de simples cooperação nas atividades delitivas, mas que evidencie a vontade livre de cada um no sentido de concorrer à ação de outrem, para assim garantir o princípio da ampla defesa (RT 446/335).

Ora, tratando-se de co-autoria, a peça vestibular deve narrar com clareza e detalhes em que consiste a real participação de cada um, porque, para que o partícipe responda penalmente, não basta a simples cooperação na atividade coletiva, mas a vontade livre e consciente de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem.

A ausência desses elementos, clareza e detalhes, acarretam a inépcia da denúncia, pois contraria o princípio da ampla defesa. Não basta afirmar que o réu foi o escudo, o coadjutor eficiente, se não esclarece qual foi a sua efetiva participação na concretização da conduta.

²⁹ Conforme RT 446/335. Similar também é o posicionamento do Desembargador do extinto TACrim, Cunha Camargo, no julgamento do HC 53176: “Tratando-se de co-autoria, é indispensável ao seu reconhecimento, sob pena de inépcia, que a denúncia ou queixa contenha não só a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado, como ainda a referência descritiva do nexos subjetivo entre a participação individual e a prática delituosa”.

Infelizmente, quanto ao tema ora discutido, o Código é claro e desnecessita de reparo, sendo que o que deve ser aprimorado e padronizado em estrita consonância com a lei, é a conduta dos magistrados no sentido de intolerar inaugurais deficientes como ora exposto, ou então, em contrariedade à maciça doutrina, conferir a devida valoração ao despacho que recebe a inaugural e passar-se a exigir fundamentação para tal mister, nos termos do pensamento da insigne magistrada do TRF da 3ª Região Sylvia Steiner, em parte de voto abaixo transcrito: “O recebimento da denúncia se dá por meio de decisão de natureza interlocutória simples, embora a praxe nomeie o ato como se despacho fosse. Tal decisão deve ser fundamentada, para ensejar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício da ampla defesa, para que faz-se mister o reconhecimento das razões de decidir. A ausência de fundamentação, porém, não tem o condão de autorizar o trancamento da ação penal, pois a nulidade tão só fulmina o ato impugnado, devolvendo ao Juiz que o prolatou o dever de proferir nova decisão, que atenda as necessidades da fundamentação adequada”.³⁰

2.4 Busca e apreensão e restituição de bens apreendidos

Quanto à busca e apreensão, trata-se de outro instituto muito bem servido de normas garantistas, como, no caso das buscas domiciliares, há necessidade de ordem expressa emitida pela autoridade judiciária, mas que na prática é invariavelmente realizada com inobservância do rigorismo legal, por vezes, desobedecendo ao devido processo.

As distorções mais freqüentes consistem na busca domiciliar sem a presença de autoridade judiciária ou do competente mandado, e quando existente este, há a falta de sua leitura.

Há também o abuso constante dos cumpridores de tal diligência, pois muitos, e não se trata de desprezível minoria, portam-se como vândalos sem qualquer respeito com os bens móveis de propriedade alheia, ora danificando-os, ora desnecessariamente apreendendo-os, mesmo sem qualquer ligação com o objeto da diligência, ora, ainda, subtraindo-os

³⁰ Conforme (RT 738/709).

inadvertidamente, proporcionando incontestemente prejuízo, sendo que os artigos 247³¹ e 248³² persistem como mero figurantes no Código, sempre inobservados.

O incidente de restituição de coisas apreendidas, em regra, regula questões de natureza civil interligadas ao feito criminal.

É fato que todas as coisas aptas a constituir matéria probatória do ato ilícito, devem ser recolhidas e apreendidas pela autoridade policial e disponibilizadas aos interesses da persecução penal até o seu desfecho.

A liberação ou não dos instrumentos ou produtos do crime são decididas na própria sentença de primeiro grau, ou até antes de sua prolação, no caso do produto do crime ser patrimonial e tiver a vítima ou o titular de boa-fé, realizado perante a autoridade a comprovação irrefutável da propriedade, procedendo-se, se o caso, a sua restituição.

Contudo, um problema que tem se revelado na prática, apesar de pouco difundido ou documentado, é a não restituição de significativa monta dos bens apreendidos, devido restrições impostas pela lei, ou em decorrência da discricionária convicção da autoridade, já que para o aperfeiçoamento do ato de restituir, a propriedade deve restar inequívoca, mesmo que antes de tal bem ser apreendido, embora tivesse sido obtido e possuído de modo lícito, de boa-fé, mas por via informal de impossível comprovação, e nesse caso, não se procede a restituição.

Desta feita, ocorre, mormente entre pessoas das classes menos favorecidas, que é a que mais possuem representantes envolvidos nas ocorrências policiais e, por conseguinte, dentre o contingente na população carcerária, não costumam sequer pedir, quanto mais guardar, notas fiscais dos bens de consumo duráveis que adquirem, mesmo porque muitos destes são obtidos na informalidade ou através de escambo.

E tal comportamento tem ocasionado prejuízo a certos envolvidos por qualquer modo no processo, inclusive terceiros, que tem seu bem apreendido, pois, não é raro, mesmo de posse de mandado judicial, diligências policiais apreenderem objetos além dos que realmente possuem vinculação com a conduta criminosa investigada e autuada, sendo que para restituição de tais bens, via de regra, e como já afirmado acima, é solicitada a prova material da propriedade, o que, como já esclarecido, inexistente. Assim, o indivíduo que sofre por ter seu familiar acusado ou envolvido em processo penal e possivelmente preso, ainda assim, fica privado de seus legítimos bens e que lícitamente guarneciam a residência, por força de falsa

³¹ CPP. Art. 247. Não sendo encontrada a pessoa ou a coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer.

³² CPP. Art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

percepção da autoridade policial, que subjetivamente tem o hábito de associar bens comuns, como que obtidos ou utilizados para a prática de ilícitos penais.

Este que tem se mostrado um arbitrário procedimento tem proporcionado à deterioração de bens tidos como duráveis, sem qualquer necessidade e em prejuízo de terceiros, em razão do mau acondicionamento que lhes são dados, ou, incentivando a corrupção policial.

O que tem se observado são bens móveis abusivamente apreendidos, mesmo sem nenhuma relação com os fatos e empilhados em cantos dos cômodos de delegacias policiais, sem critério algum, ocupando espaço, expostos à truculência e movimentados sem o mínimo de cuidado, na maioria das vezes, não restituídos devido à impossibilidade da concretização da exigência da prova irrefutável da propriedade do bem.

Sem dúvidas, se o objeto que é apreendido desinteressa ao curso do processo, a imposição da prova da propriedade a quem tem a posse, é aplicar a presunção de culpabilidade, pois, se não é devolvido ao antigo possuidor mesmo que não reclamado por terceiro, subtende-se o detentor da coisa quando apreendida acaba por ser visto como um “ilegítimo” proprietário do bem, e, se assim, igualmente passa a ser encarado como um virtual ou possível receptor, ou autor de crime patrimonial, o que ofende a dignidade humana daquela pessoa até então sem nada em contrário em seu desfavor, em virtude da exigência da prova da propriedade do bem de possuidor que não ostenta prova de que adquiriu o bem ilicitamente, o que é um contra-senso.

No mínimo deveria haver, digamos, uma “facilitação controlada” da entrega do bem, mesmo no curso de processo não findo, senão definitivamente ao requerente que já detinha a posse quando da apreensão e que sob as penas da lei declara-se ser o legítimo dono quando do rogo de restituição, ao menos a título de depósito, e, ao final da ação penal, se não sobrevier dúvida acerca da propriedade ou um reclamo de terceiro interessado, a conversão em restituição se tornaria definitiva.

Veja-se o pensamento do desembargador da 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Carlos Augusto Machado Faria exarado em seu voto na relatoria do Recurso julgado em 05 de outubro de 1995:

Falta de notas fiscais que não induzem dúvida, se em se tratando de objeto de pequeno porte o comum é não guardarem os proprietários os documentos relativos à aquisição. Correta a decisão que autoriza a restituição nos próprios autos, e não em autos apartados, se inexistente dúvida sobre a propriedade. (DISTRITO FEDERAL, 2008).

Ainda, que a apreensão de bens que não fossem diretamente observados como instrumentos do crime ou sumamente necessários para a realização de prova e elucidação da investigação, fosse devidamente fundamentada pela autoridade policial.

2.5 Provas e indícios no Processo Penal

O direito à prova é parte fundamental do princípio da ampla defesa, e invariavelmente é sempre um encargo para as partes, que tanto pode constituir na comprovação dos fatos que arrimam a acusação, como nos alegados pelo acusado em seu favor; e, para sua apreciação, o ordenamento jurídico pátrio adotou o princípio do livre convencimento do julgador, que consiste na não desvinculação do magistrado quanto às provas produzidas no processo, devendo sopesá-las, avaliando-as segundo seus critérios críticos, porém, nos ditames de uma lógica racional e que deve ser motivada; e, a íntima convicção do julgador deve sempre estar amparada por dados objetivos incontestes, sob pena de transformar livre convencimento em arbítrio.

Lembra-se que as provas são todas relativas e nenhuma absoluta, inexistindo uma hierarquia preestabelecida de valoração das mesmas.

Nicola Framarino Dei Malatesta (1996, p. 21), muito remotamente, afirmou: “Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, **tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdadeiro**. E a mesma verdade que parece certa a uns a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo, falsa a outros”.

E ainda:

A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida, em geral, sempre que uma asserção se apresente com motivos afirmativos e negativos; ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos e tem-se o improvável, pode haver igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos e tem-se o crível no sentido específico. Pode haver prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos e tem-se o provável; **o que é provável pelo lado dos motivos maiores é improvável pelo dos motivos menores**, e, por isso, a dúvida não se reduz propriamente às duas únicas subespécies simples do crível e do provável. (MALATESTA, 1996, p. 19).

Com fundamento no Princípio da Proporcionalidade, bem como, no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal³³, é terminantemente inadmissível a utilização de provas ilícitas, pois, obtidas com ofensa a lei vigente.

As provas ilegítimas igualmente são vedadas, por imposição de norma de direito material ou processual; e, é remansoso na doutrina e jurisprudência que as provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes.

Contudo, há o insurgimento de significativa parte da doutrina e da jurisprudência qualificadas, que invocando (precipitadamente, ao nosso entendimento) o princípio da proporcionalidade, e, em situações excepcionais, pugnam pela admissão dos citados tipos acima, a pretexto de quando houver interesse do Estado em dado esclarecimento, a verdade há de prevalecer, independente do modo de obtenção da prova ou ofensa à aludida vedação constitucional, diga-se, artigo 5º, inciso LVI, é feita para proteção de um valor maior, também garantido pela Constituição. Também repisa-se na impossibilidade do aproveitamento em prejuízo de outrem, de conduta antijurídica.

Assim, se de um lado está a [in]admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, de outro pode estar a amplitude de defesa, com todos os meios a ela inerentes, e outros confrontos.

Tal discussão está longe de pacificar. É o embate do garantismo, do legalismo, versus a máxima de que os “fins justificam os meios” mesmo com incontestes insegurança jurídica.

Contudo, o equívoco consiste em fundamentar a aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro societatis*, e não, em favor do réu, quando os direitos e garantias constitucionais objetivam a tutela do ser individual, de forma a impossibilitar que o interesse do deslinde da persecução penal se sobreponha a essas garantias, sob pena de violação de outros princípios.

É como pensa Avólio (2003, p. 21):

O exercício de ações investigatórias pelos órgãos incumbidos da persecução criminal quase invariavelmente colide com a barreira protetora que as Constituições erigem em torno dos direitos da personalidade, nos quais se inclui o direito à intimidade, envolvendo a liberdade do homem.

³³ CF. Artigo 5º. [...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Sob outro enfoque, um dos mais controvertidos conceitos de Direito Penal é o “Ônus da Prova”. A regra é claríssima consistente que a prova do alegado incumbirá ao argumentador.

Providencial o ensinamento de Aranha (1983, p. 07-08):

No processo, as partes não têm o dever, a obrigação de produzir provas, mas sim o ônus de realizá-las. Quem tem uma obrigação processual e não a cumpre sofre a pena correspondente; quem tem o ônus e não o atende não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado.

Está consagrado no ordenamento jurídico pátrio que de acordo com a circunstância, a acusação deve demonstrar cabalmente a prática do fato e sua autoria, bem como, os elementos constitutivos do tipo, sejam objetivos, normativos ou subjetivos; ou ainda, a comprovação da realização da conduta, da produção do resultado, do nexo de causalidade entre um e outro; e o dolo ou a culpa, sendo defeso ao acusado ver-se obrigado a fazer prova negativa, o que é inconcebível, salvo se a defesa suscitada for uma excludente de ilicitude, de tipicidade, de antijuricidade, de culpabilidade ou extintiva de punibilidade.

O Desembargador do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Ary Casagrande, em voto de apelação criminal de sua relatoria, reforça o acima consignado: “O réu não precisa provar o que não alegou, máxime não tendo ele aventado qualquer causa excludente, que aí, sim, precisa demonstrar, sendo certo que é o órgão acusador é quem precisa provar, segura e convincentemente, o que articulou na denúncia”. (AP – RJD 25/330).

O Ministro do Pretório Excelso, Carlos Velloso complementou o raciocínio acima aludindo no Habeas Corpus 70.742-4 (BRASIL, 2008c), que “cabe a defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite o réu”.

Deve ser produzida prova apenas para a elucidação dos fatos relevantes para o deslinde da causa.

Os dispositivos acima estão amparados pelos princípios da presunção de inocência, da imparcialidade na apreciação da prova, e da não inversão do *ônus probandi*, e, em tese de que na dúvida, deve ser a decisão mais favorável ao réu, sem prejuízo de que o magistrado, de ofício e sem provocação das partes, determine diligências para a elucidação dos fatos, amparado na efetivação do princípio da consecução da verdade real.

Devido a isso, as provas produzidas na fase indiciária, não podem [ao menos em tese], isoladamente, e sem terem sido repetidas em juízo mediante contraditório, embasar édito condenatório.

Nesse diapasão igualmente a codificação processual penal não carece de retoques, todavia, por vezes, inobservada, não sendo raro o julgador impor ao acusado a inexorável realização e demonstração da prova negativa a da acusação, sob pena de invariavelmente ser condenado, o que é um contra senso.

Assim, o princípio da presunção de inocência subsiste apenas ficticiamente e para abrilhantar discursos, não tendo se materializado, abrindo caminho para uma outra vertente e que expressa a realidade, consistente que a presunção verdadeiramente consolidada tem sido a da culpa, e na dúvida, tem se decidido em desfavor do réu.

E novamente a notável definição de Malatesta (1996, p. 441): “A presunção de inocência, como vimos em outra parte, assiste a todo cidadão cuja criminalidade não foi verificada, realçando, assim, a fé nas palavras do acusado, aquela fé que a presunção de mentira, deduzida do interesse em causa, tenta diminuir”.

Somados aos aspectos já frisados, há de se incluir de que há uma parte de uma Imprensa incoseqüente, como uma das grandes vilãs do quadro apontado, pois promove irresponsável sensacionalismo sobre casos isolados, e, de forma tão contundente e influenciadora que consegue formar opiniões eivadas de paixão, e não imbuídas de razão e embasadas em conhecimento do direito.

Ora, a liberdade de imprensa é um direito consagrado que deve ser não só respeitado, como primado em todo Estado Democrático, mas, com ressalvas, pois o status de inocente, em respeito à dignidade da pessoa humana do acusado, deve preponderar até o transito em julgado do feito. A divulgação de nomes ou fotos não pode ser acompanhada de pré-julgamento e de expressões contundentes como ‘monstro’, ‘sanguinário’, e outras, e ao acusado deve ser indagado se consente com sua exposição, bem como concedido o direito de entrevista apta para que possa, se quiser, apresentar sua versão dos fatos.

Miremos nos esporádicos casos em que um sentenciado, quer venha a ser solto provisoriamente, quer por livramento condicional, ou por qualquer razão, mas que porventura após o benefício possibilitador de seu retorno à liberdade, venha a cometer em seguida um outro crime, mormente se causador de clamor público, incontinente se assoberbam manchetes sensacionalistas do tipo: “*polícia prende mas justiça solta*”, o que massifica e influencia a todos, inclusive e mesmo que inconsciente, já que humanos, os julgadores, e isso, proporcionando que o judiciário invariavelmente se porte de modo implacável e até mesmo inflexível, por vezes, até além da lei; inclusive esta mesma imprensa sub-liminarmente influencia que policiais venham a cometer excessos [portanto, injustiças que contaminam e levam a injustiça maior] em freqüência ainda mais constante do que cometeriam, já que lhes

antevem, após convicção pessoal sobre breve juízo de valoração dos fatos, mesmo que ineficientes, a possibilidade hipotética da “justiça” do modo como a concebem não venha a ser feita, assim, acabam desrespeitando direitos naturais e fundamentais e cometem todo tipo de ilícito os quais deveriam ser por eles combatidos.

Recorrendo uma vez mais a Malatesta (1996, p. 441), quanto à nefasta influência da imprensa quando intervém em apuração de crimes de projeção e relevância, sugestionando culpabilidade, reprovação e condenação, temos que, acima de tudo:

[...] não nos podemos esquecer de que o acusado não é sempre o delinqüente e é um gravíssimo erro lógico na avaliação das provas pressupor provado aquilo que se quer provar. A delinqüência é a coisa a ser provada no juízo penal e não admitida antes que as provas autorizem a admiti-la.

De outra banda, insta consignar que as perícias, de um modo geral, mui das vezes são realizadas mais para o cumprimento de um aspecto formal, para não eivar insanavelmente o feito, do que propriamente elucidativas ao processo, pois, quase sempre incompletas e omissas (salvo se realizadas em processo de grande repercussão para a imprensa).

Muito embora o extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico ocorrido nas últimas décadas, propiciando ao homem o acesso a conhecimentos mais especializados e seguros, tenha apresentado significativas repercussões no campo da prova, conseqüentemente, perícias aptas a reconstruir fatos passados ou afirmar com enorme porcentagem de certeza como ocorreram, é fato que os departamentos de criminalísticas se encontram todos mui precários, salvo exceções, o que implica em notória desigualdade, pois fatos delituosos merecedores da atenção quase que integral da mídia, são cobertos e instruídos com o que há de melhor em matéria de peritagem, mormente nos casos ocorridos nas grandes urbes; ao passo que aos delitos ocorridos na clandestinidade e no anonimato, não são oferecidos os mesmos meios.

Contudo, de um modo geral, não é exagero algum afirmar que a polícia judiciária é desaparelhada, por conseguinte, em que pese sejam louvados os esforços das projeções individuais dos seus integrantes, o corpo de delito é quase sempre desprezado, ou relegado, mormente pela descrença por parte das autoridades policiais na realização de uma perícia plenamente eficiente em tempo hábil.

A defesa igualmente é prejudicada por estas deficiências, já que mui das vezes tem o ônus de provar em sentido adverso à imputação, mas o despreparo dos institutos de

criminalísticas tem sido patente, a ponto de interferir na busca pela verdade real, e consequentemente, pela consecução da justiça.

Uma situação em que isso ocorre é quanto ao Laudo Químico Toxicológico da substância entorpecente apreendida, pois, via de regra, refere-se apenas a ser positivo para determinada droga [maconha, cocaína, etc.], contudo, o faz, por vezes, sem vislumbrar a presença do princípio ativo, ou, invariavelmente, não fornece em qual **proporção** é a presença desta substância, para que possa ser avaliada sua real toxicidade e grau de nocividade à saúde pública.

Por óbvio, se houver verificação das marcas de cervejas tidas como “**sem álcool**” disponibilizadas no mercado, há de ser admitido que, caso tais cervejas sejam igualmente periciadas em laboratório idôneo, este proferirá resultado POSITIVO para a substância **ÁLCOOL**, contudo, sabemos que tal conteúdo etílico é insuficiente para causar dependência química ou danos à saúde pública, mas, estará consignada do laudo a presença da substância álcool.

Assim deve ser analisado no que tange as drogas, pois, sabemos que a partir da ‘pasta de cocaína’ com total pureza, tal droga é lançada no mercado, e, em progressão geométrica se multiplica, sendo misturada por cada “atravessador” na proporção de um por dois, com materiais como pó de mármore, fermento em pó, cal, farinha de trigo, talco e outros que são invariavelmente utilizados como “cargas” para reproduzir a quantidade de droga, objetivando aferição de lucro, contudo, é certo que o potencial lesivo e alucinógeno decresce abruptamente, tornando-se quase desprezível.

Se o objeto jurídico principal é a saúde pública, e o secundário, a saúde individual, mister restar cabalmente caracterizada a potencialidade lesiva da substância apreendida. Mas não é o que ocorre na prática.

Tal raciocínio demonstra não só importância, mas, a necessidade imperativa de se saber a **PROPORÇÃO** de substância proscrita contida na droga apreendida e periciada, sob pena de não restar devidamente comprovada a materialidade delitiva.

Será que a venda de uma cerveja Kronienbier ou similar por um comerciante para um menor de 18 anos estará infringindo a Lei que literalmente proíbe a venda de bebidas alcoólicas a tais menores, sendo certo que a referida cerveja indeclinavelmente possui álcool, mas na proporção aproximada de 0,5% [meio por cento] em sua composição? Ora, mesmo pouco, desprezível, **CONTÉM ÁLCOOL**.

O Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Onei Raphael, já ostentava pensamento análogo, pois em voto no julgo de apelo, afirmou:

Inócuo é o exame químico toxicológico para comprovar materialidade da infração prevista na Lei 6.368/76 se não esclarece se a substância apreendida, apesar de ser maconha, se reveste de toxicidade suficiente para causar dependência física ou psíquica. (RT 546/330).

O Desembargador Geraldo Gomes sempre defendeu que “segundo especialistas em farmacologia, percentagem inferior a 15 mg do princípio ativo da maconha em meia ‘bagana’ de cigarro semi-consumido, seria imprestável para gerar dependência psíquica”. (RT 57/330).

A segunda questão a ser suscitada destaca os casos em que a polícia, através de escuta telefônica devidamente autorizada, intercepta conversação entre agentes e, feita a degravação, atribui a uma[s] pessoa[s] determinada voz, incriminando-a[s].

Nessa situação, fica o dilema entre a imputação da autoridade policial e a negativa do acusado de ser o interlocutor, o que evidencia que tal controvérsia só pode ser dirimida através de perícia fonética para afirmar ou afastar se a voz é pertencente a da pessoa acusada, contudo, como já dito, não há institutos especializados a tal desiderato em número suficiente de modo a atender a demanda, de forma que têm subsistido condenações injustas, pois o acusado fica defeso de provar sua alegação em contrariedade à acusação.

Deve ainda ser anotada uma outra questão que ofende a ampla defesa, consistente na denegação de instauração de incidente de dependência toxicológica ao acusado, mormente por delitos relacionados a drogas, pois, uma vez o mesmo tendo se manifestado como no mínimo um “usuário”, pois, não pode ou sabe discernir a diferença técnica entre viciado, dependente químico e mero usuário; ou, se os demais elementos colhidos na instrução levarem a essa conclusão, uma vez pedido pela defesa, passa a ser um direito subjetivo do réu, que pode até assumir o ônus do retardamento do feito, mas, não pode ter a perícia negada, pois é para auferir imputabilidade, e esta, é matéria de ordem pública.

Pensa desse modo o Desembargador Carlos Bueno, do Tribunal de Justiça de São Paulo: “A realização do exame de dependência toxicológica deve se dar sempre que o réu se declarar viciado, aplicando-se a todas as modalidades relacionadas com infrações de tóxicos, mesmo ao crime de tráfico”. (RT 687/284).

E ainda:

O exame de dependência toxicológica deve ser realizado sempre que o réu se declare viciado ou quando a tal respeito houver fundadas suspeitas, aplicando-se a todas as modalidades relacionadas com infrações de tóxicos, mesmo ao crime de tráfico. (RT 688/284).

Por outro lado, tem subsistido muita controvérsia quanto ao que pode vir a ser denominado de “perícias protelatórias”, que por força do contido no artigo 184 do CPP devem ser indeferidas, contudo, a questão içada consiste em se indagar o que vem a ser uma perícia protelatória? E se o julgador formou uma errônea pré-convicção e a partir desta indeferir uma perícia que poderia alterar seu convencimento e lhe disponibilizar a verdade real? E o princípio da ampla defesa, não deve ser invocado e analisado pela via da mais insuspeita proporcionalidade?

Assim, como se trata de pedido de diligência cuja denegação não comporta recurso, e que afeta intimamente a verdade material e a consecução da justiça, deve-lhe ser destinada uma acuidade maior, acompanhada de fundamentação para o seu indeferimento, do contrário, a ampla defesa restará lesionada.

É como pensa o Ministro Carlos Moreira do STF, que asseverou: “A recusa do juiz ao pedido de perícia complementar, com desprezo as alegações de lacunas no laudo pericial, constitui ofensa à garantia do julgamento *iuxta allegata et probata*”. (RT 631/352).

Já o indício, que grosso modo significa o que é apontado, pelas circunstâncias, como realizado pelo autor do fato delituoso apurado, está muito bem definido no artigo 239 da codificação processual penal³⁴, todavia, em face de que na prática é o princípio da culpa que é a regra, em lugar da presunção de inocência, via de regra, lhe é atribuído uma valoração acima do que verdadeiramente representa, sendo que muitas vezes, subsistem condenações apenas lastreadas em indícios.

Contudo, em face do sistema da livre apreciação da prova adotado por nosso ordenamento jurídico, que não promove distinção hierárquica entre prova indiciária e prova direta, por consequência, mesmo em se admitindo que um forte conjunto indiciário não enfrentado por contra-indícios, pode ensejar a condenação do réu, pode ser observada a crescente minimização do conteúdo literal do termo indício, que vem sendo equiparado à presunção, com o que não se pode concordar, pois, de modo simplista, indício é um apontamento pelos elementos colhidos nas circunstâncias fáticas assinaladas; ao passo que a presunção, é uma conjetura que emana de um processo lógico que advenha de um dado de fato especificamente concreto e resultante de dedução empírica.

Resumindo, a presunção é uma conclusão conjetural do indício.

É o que pode ocorrer quando da sentença de pronúncia. Se há indícios suficientes, se pronuncia, não havendo necessidade da demonstração de provas, já que a opção de dúvida é

³⁴ Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

pro-societatis, mas, se houver apenas presunção, fruto de mera suspeita, deve ser impronunciado, mesmo tendo a norma contra si.

Outro exemplo consiste que a apreensão da *res furtiva* em poder do agente estabelece o indício da autoria do furto, de modo que transfere e inverte a defesa o ônus de demonstrar a inocência do acusado, produzindo escusa convincente de tal circunstância.

É correto afirmar que se muitas condenações são impostas com base no conjunto indiciário coligido nos autos, da mesma forma que dão azo a decisões absolutórias, o que se pode concluir que indícios conduzem ao perigo do erro judiciário, contudo, tais são ínsitos ao juízo do homem e componentes da falibilidade humana.

2.6 O interrogatório do réu, os testemunhos e os reconhecimentos

Instituto que se caracteriza por ser um meio de prova e um exercício de defesa, foi sumamente aperfeiçoado após a edição da Lei 10.792/03, que entre outras modificações, passou a impor a necessidade da presença de defensor, constituído ou nomeado, no ato do interrogatório, bem como, o direito de entrevista prévia e reservada; contudo, necessário se faz o oferecimento de considerações, mormente acerca do interrogatório do réu em outra comarca, quando lá preso ou residindo, e que venha a ser ouvido por carta precatória pelo juízo deprecado, que é alheio ao processo.

Como pode ser notado, nesses casos subsiste incontestemente prejuízo ao acusado, pois, interrogado, muitas vezes desnecessariamente em comarca diversa da processante, já que possui condições de deslocamento, por juiz que não tecerá convicção alguma para o deslinde do feito, restando inaproveitada do ato, a expressão facial do interrogando, a presteza e convicção nas respostas, a espontaneidade do relato, as dúvidas demonstradas, o estudo da personalidade, enfim, ao juízo processante só o ‘papel escrito’ da carta precatória, que aceita muita ou qualquer coisa, e que decididamente não é o ideal para a elucidação dos fatos e perpetração da justiça.

O Ministro Jesus Costa Lima, do STF, no voto proferido no julgamento do RHC 9/214, afirmou textualmente que: “O interrogatório e ato pessoal e se realiza perante o juízo de onde proposta a ação penal”.

Costa Manso, ainda enquanto Desembargador do TJSP, já havia declarado que:

O interrogatório do réu deve ser realizado no juízo perante o qual está sendo processado, ainda que ele esteja preso em outra comarca. O provimento CXCI/84 do CSM não determina, mas simplesmente autoriza, sua realização por precatória. Não contempla a hipótese de ser interrogado réu que não dispõe de defensor constituído. (RT 611/371). [frisamos].

Pelo exposto, a defesa técnica, ou, a auto-defesa, deveria se manifestar quando da citação acerca da sua preferência perante a quem é melhor depor, sob pena de prejuízo à sua ampla defesa, assumindo o acusado que optar pelo juízo processante, o eventual ônus da demora para finalização da instrução, se preso e necessitar de requisição e escolta que se requer sempre com prévia antecedência.

É providencial um esboço acerca do polêmico e discutível interrogatório *on-line*. E isso, pelo entendimento de que se trata de ato inconstitucional que está sendo forçado a prevalecer por razões de ordem política.

Mais do que o disposto na Constituição Federal, precisamente no artigo 5º, inciso LV que apregoa a ampla defesa, que só existirá se o interrogatório for realizado na presença do defensor, que por sua vez tem o direito de intervir; há o contido no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que afirma que os princípios provenientes de tratados internacionais, dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária, incorporam-se ao nosso ordenamento jurídico; e, não haverá devido processo legal sem a apresentação do réu ao juiz, dentro de um prazo razoável, para ser ouvido e com as devidas garantias, nos termos que dispõe o artigo 7º, 5, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, aderido pelo Brasil por força do Decreto 678/92; ainda, há o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, inserido em nosso ordenamento jurídico por força do Decreto 591/92, em seu artigo 9º - 3, que ensina: “qualquer pessoa presa ou encarcerada deve ser conduzida, sem demora, à presença do juiz”; assim, pergunta-se: onde está a previsão legal nos institutos acima para que o interrogatório seja feito *on-line*?

Ora, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro nos precisos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal; e, a preservação dessa dignidade não contempla um interrogatório virtual, que diga-se, não ostenta previsão legal, portanto, alienígena ao devido processo legal.

Quanto à taxatividade e inflexibilidade do tríduo para apresentação da defesa prévia, deve ser estabelecido que o prazo deva iniciar após a juntada da carta precatória aos autos principais, independente de assistência do procurador ao ato, e, com obrigatória intimação, sob pena de nulidade, pois não é razoável impor ao defensor, constituído ou nomeado, o ônus

de ‘rastrear’ precatórias objetivando saber quando será cumprido o ato, nem compulsar os autos diuturna e reiteradamente para se cientificar sobre o retorno da mesma.

Outra questão relevante e tradicionalmente inobservada, malgrado a Lei 10.792/03, é quanto à entrevista do acusado com seu defensor, ato previsto inclusive no Pacto de San José da Costa Rica.

E isso, não do ponto de vista formal, mas, material, pois o que se vivencia na prática são réus inacessíveis pela ação dos policiais componentes da escolta que, via de regra, proíbe o advogado deles se aproximar, e quando o faz, tem que suportar o constrangimento de entrevistar seu defendido na presença e sob avaliação subjetiva dos policiais, sem privacidade alguma, acarretando prejuízo na emissão e recepção da mensagem.

Quanto à antecedência da citação, entendemos que deve ser razoavelmente prévia, não comungando com a citação às vésperas do interrogatório, por acarretar prejuízo à ampla defesa do acusado, que deve saber de antemão, todo teor da acusação e possibilidades de poder afastá-la.

O acusado tem o direito constitucional de permanecer em silêncio, regra garantista de cunho ordinário e constitucional, contudo, o grande desafio é introduzir no pensamento do julgador que tal comportamento não equivale à confissão ou admissão de culpa, portanto, providencial é a reforma, melhor, a desconsideração do artigo 198 do CPP, pois, ***se o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa***, no que tange ao referido instituto, entendemos que só ***poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz***, se for favorável ao acusado, senão, é contrário à lei com notória ambigüidade no próprio Código entre a redação do artigo 186³⁵, reformulado pela Lei 10.792/03 e o artigo 198³⁶, que entendemos que não foi recepcionado pena Constituição Federal, foi derogado, ou, revogado tacitamente.

Por fim, insta o oferecimento de algumas considerações acerca do interrogatório por videoconferência.

A Lei 10.792/03 deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 185 do CPP³⁷, de modo inteligente, mas, inócuo, tanto que subsiste materialmente apenas sua última parte, já que via

³⁵ CPP. Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

³⁶ CPP. Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

³⁷ CPP. Art. 185. [...]

§ 1º. O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

de regra é realizado nos termos do Código de Processo Penal, e isso se dá, entre outras coisas, pela subjetividade da ‘garantia da segurança aos juízes e auxiliares’.

Não vislumbramos diferença na qualidade do ato de interrogatório, se realizado nas dependências do Fórum, ou do estabelecimento prisional, devendo ser realizado de acordo com a conveniência do Juízo, mas, quanto à videoconferência, fica evidenciado o prejuízo, principalmente em nosso país, onde por vezes os interrogatórios não se realizam por falta de viaturas, ora carentes de peças, ora de pneus, ou até mesmo de escolta, imagine-se então, a qualidade dos dispositivos utilizados para a realização da videoconferência? É de se esperar que as imagens estejam invariavelmente distorcidas, senão, as vozes; se perderá o estudo das feições, do olhar direto, da celeridade de compreensão e resposta, da personalidade, enfim, a convicção do julgador estará prejudicada, e, mui das vezes, ocorrerá prejuízo ao réu.

Desta feita, deve ser repellido o interrogatório por videoconferência, que inclusive, foi sepultado pela nova redação do artigo 185, em seu parágrafo primeiro.

No que atine as testemunhas, que constituem o mais comum meio de provas e cujo depoimento, em regra, arrima a base das acusações, nas palavras de Ibáñez (2006, p. 27-28):

[...] ainda quando procedam de quem atua com o firme propósito de ser fiel transmissor do percebido, podem experimentar sensíveis desvios da realidade. A memória pura não existe; os conteúdos mnésicos são fruto de um complexo processo de seleção, em função de uma diversidade de fatores. E o próprio processo penal, através da habitual superposição de depoimentos sucessivos, pode ter efeitos gravemente distorcedores do resultado da prova. A testemunha dos fatos que, por suas características de excepcionalidade e dramatismo, a afetaram ética ou emocionalmente de forma intensa, nunca é um observador neutro nem, portanto, bom observador, sobretudo se se trata de dados fisionômicos. Estas afirmações ainda são mais pertinentes no caso da vítima.

Ainda quanto às testemunhas, no que tange aos familiares e amigos, se são tidos como suspeitos e interessados no deslinde favorável à causa em prol do réu, o condutor e certos policiais também deveriam sê-lo, pois, não é raro quando partidários da filosofia de que “*os fins justificam os meios*”, podem faltar com a verdade, por ação ou omissão, objetivando legitimar suas condutas, sob pena de ver seu trabalho “*sem resultado*”.

Deve ser considerado também, que devido à própria atividade repressiva, os policiais adquirem uma maior ojeriza ante elementos de qualquer modo envolvidos, ou com indícios de envolvimento com a criminalidade, o que não raro pode pender no momento das declarações, que diga-se, são prestadas com maior ‘profissionalismo’, pois, tarimbados com tal momento e

sabedores das conseqüências de cada palavra proferida. Inclusive, raramente são interpelados a prestar compromisso, e quando o fazem, sabem o que depor sem riscos.

O Magistrado do extinto TACRIM/SP, Camargo Aranha, alicerça o explanado com os dizeres proferidos em voto de apelação: “Nega-se validade a prova baseada exclusivamente no depoimento de policiais, mormente havendo possibilidade de ser ouvidas sobre os fatos pessoas estranhas ao quadro da polícia”. (RT 492/355).

Hoepfner Dutra é da mesma opinião:

Se os policiais que efetivaram a prisão do acusado tinham ao seu dispor inúmeras testemunhas, e, a despeito disso, nada fizeram no sentido de instruir a prisão, calcados no flagrante somente os seus depoimentos, é bem de ver que tal atuação só pode por em dúvida a força probante dessa peça, ensejando dúvida quanto ao fato e á autoria e absolvição daquele. (RT 432/311).

E, quando se trata de ação penal para elucidação de delito com envolvimento com drogas, a jurisprudência nesse sentido é ainda mais concisa e dominante.

Nas palavras de Mello Freire, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Já que a missão da polícia é obter dados convincentes que informem a atuação do Ministério Público, seria afronta ao princípio do contraditório condenar com base, apenas, no testemunho dos seus agentes”. (RT 471/350)

Ary Casagrande oferece seu entendimento:

Por mais idôneo que seja o policial, por mais honesto e correto, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo, está procurando legitimar sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível. A legitimidade de tais depoimentos surge, pois, com a corroboração por testemunhas estranhas aos quadros policiais. (SÃO PAULO, 2008 a)

Também deve ser observada a falibilidade técnica ou moral de alguns integrantes das ilustradas corporações das polícias civil e militar.

A presente questão está sendo suscitada, não para que seja destruído o patamar que costumeiramente tem servido de base à maioria dos processos até então, mas, para que o depoimento do policial seja apreciado com a ressalva necessária.

Casos como quando o policial informa que o acusado confessou o delito informalmente, mas não corroborado diante da autoridade policial ou judiciária, ou por outra

testemunha idônea, não deve continuar tendo a mínima credibilidade para fundamento de édito condenatório.

E não é só. A vítima, ou ofendido, igualmente presta seu depoimento imbuída muitas vezes de paixão, aproveitando-se do fato de que não é parte na ação [salvo se for privada], nem testemunha, pois não é um terceiro desinteressado, e nem presta o compromisso de dizer a verdade.

Altavilla *apud* Franco (2005, p. 1900), ao depoimento do ofendido:

Que a mentira, não raramente, é consciente por múltiplas causas: antes demais nada, pode a parte ofendida obedecer a um movimento instintivo de defesa, idêntico ao que pode levar á mentira o acusado. E não somente nos casos em que a acusação acarreta responsabilidade evidente, de forma a originar, para o querelante, o receio das conseqüências da sentença absolutória, pode o ofendido ser, conscientemente, levado a fantasiar mentirosa, falazmente, os fatos, ou esconder a realidade dos acontecimentos. Por vezes atua a esperança de uma vantagem pecuniária, de um benefício social, de um proveito moral de relevo. Nem é possível deixar de ter por conta o ódio, a intenção de vingança, bem como, muita vez, aberrações sentimentais seríssimas, cujo resultado vem a ser a preocupação de desviar o castigo do delinqüente verdadeiro, com a mais completa indiferença pela injusta punição de um inocente.

Por outro lado, o contido no parágrafo 2º do artigo 209³⁸ do Código de Processo Penal deveria ser materialmente aplicado, pois, muitos feitos estão ‘recheados’ de depoimentos de testemunhas que nada importam aos autos, o que compromete a aplicação da justiça e a perpetração da verdade.

Assim, o juiz processante, mormente nos casos de instrução inconcluída pela não oitiva da testemunha previamente arrolada, poderia indagar a defesa técnica acerca da pertinência da dada testemunha, incumbindo a esta fundamentar a respeito, e se inconvincente, o julgador com a devida motivação despacharia negando a oitiva, mas abrindo prazo para o arrolamento de outra, que de fato venha a interessar ao deslinde do feito.

Exemplificando, pergunta-se: qual a importância da prova testemunhal no crime de porte de arma, com a devida materialidade e autoria comprovadas? O que um testemunho pode modificar a convicção do juiz, se se trata de crime de mera conduta e permanente?

³⁸ CPP. Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

[...]

§ 2º. Não será computada como testemunha à pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Insta consignar que a implacável taxatividade do tríduo de três dias para a substituição da testemunha de defesa não encontrada, sob pena de preclusão, viola a ampla defesa, pois as testemunhas não são das partes, embora apresentadas por elas, mas pertencem ao processo e importantes ao bom deslinde deste, objetivando a consecução da verdade real para que seja feita justiça.

Assim, no que atine a este tema, deveria ser aplicada à mesma temática para quando de reconhecimento ou não de uma nulidade não absoluta, ou seja, a demonstração do efetivo prejuízo em se aceitar substituição de testemunha tempestivamente arrolada fora do tríduo legal; pois, em que será prejudicado o feito em admitindo substituição de testemunha extemporânea, mormente se as testemunhas de acusação sequer foram todas ouvidas ainda?

Já o disposto no artigo 217 do CPP (BRASIL, 2006b, p. 427) deve ser aplicado com ressalvas:

Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do seu depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo sua inquirição, com a presença do seu defensor. Nesse caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

Há casos que dispõe de crimes praticados com violência contra a pessoa ou coisa, com evidente prenúncio da periculosidade do agente, ou até mesmo, a ostentação de notórios antecedentes que justificam que a declaração da testemunha seja realizada na ausência do acusado; mas, há casos que não há um mínimo de plausibilidade em tal concessão, a mercê do temor inexistente ou exagerado da testemunha ou vítima, e, nesses casos deve ser realizado o depoimento na presença do réu, que tem o direito de estar presente perante o qual o acusa, do contrário, é suprimir como regra cegamente o direito de um ser [réu], em benefício de outro [vítima/testemunha].

Quanto às testemunhas de acusação ouvidas por carta precatória, entendemos que, além da intimação do defensor da expedição desta, há de ser publicada a data e horário da realização da audiência no juízo deprecado, bem como, que seja feita a requisição do acusado, sê preso.

Observa-se que por omissão legislativa que não se coaduna com o texto constitucional, impingir o ônus à defesa em ter de rastrear e descobrir quando a audiência deprecada será realizada, quebra a paridade de armas, por conseguinte, ofende o contraditório e a ampla defesa.

Sobre o tema, Betanho, na obra de Franco (2005, p. 1317) é categórico:

Trata-se, com todo respeito, de interpretação que ofende claramente o princípio da ampla defesa e que mereceria um reexame a luz dos princípios constitucionais. Com efeito, a intimação da simples expedição da carta precatória é um ato inócuo e sem nenhuma relevância, de onde se pode concordar que sua falta não traz, de fato, dano para a defesa. Mas a falta de intimação da data do ato deprecado, ao contrário, dificulta e prejudica o direito de defesa. Isso porque atribui ao advogado um dever de acompanhar a tramitação da carta, sem nenhum fundamento legal, e, por outro lado, dispensa os órgãos judiciários de uma providência simples e fácil, ou seja, publicar no órgão oficial a data designada.

Merece consideração ainda, a contumaz quebra de paridade de armas e que prejudica a obtenção da verdade é quando as testemunhas arroladas pela acusação, e não encontradas, se solicita esforço policial e expedição de ofícios de praxe aos órgãos competentes visando sua localização, contudo, não estendendo a mesma possibilidade à defesa, que sempre tem o ônus de indicar o paradeiro, sob pena de preclusão.

Outro tópico relevante e que ostenta nossa crítica, é quanto à forma com que invariavelmente são feitos os reconhecimentos de pessoas, muito alheio ao que descreve o artigo 226³⁹, mais precisamente no inciso II, pois, na prática, o que se vê é a disponibilidade apenas do[s] acusado[s] ao reconhecedor [não raro com comentários proferidos pelos policiais alusivos quanto à certeza de que se trata exatamente de quem cometeu o crime, e que a dúvida atrapalhará a eficiência policial], e, se dentre outras pessoas, muitas vezes são policiais, o que provoca um reconhecimento induzido. Assim, o Código se mostra cauteloso, contudo, vem sendo inaplicado.

A ação do tempo, a indumentária ou disfarce, as condições de visibilidade e de observação, a semelhança entre determinadas pessoas, a gana de reconhecer o infrator e verificar a feitura da justiça, a indução dos policiais ávidos no desfecho do caso, o estado emocional da vítima enquanto vítima e como reconhecidora, enfim, tudo torna o reconhecimento uma prova altamente precária, embora sua valoração tem transcendido a certeza que pode proporcionar; e o que é pior, vem sendo aceito, como se prova irrefutável fosse, o reconhecimento além de fora dos parâmetros preceituados pela legislação, meramente fotográfico.

³⁹ CPP. Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da seguinte forma:

[...]

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver que fazer o reconhecimento a apontá-la.

A jurisprudência assim se posiciona: “a fotografia já era conhecida quando da promulgação do Código de Processo Penal e se ele não a incorporou entre os meios de prova é porque entendeu não ser, como não é, muito segura” (RT 476/388).⁴⁰

Outro apontamento relevante é quanto à acareação do artigo 229 do CPP⁴¹, que é o ato processual de confrontar direta e pessoalmente duas pessoas que prestam depoimentos divergentes sobre um mesmo fato, trata-se de instituto de grande valia para a consecução da verdade real, pois é o remédio apto para a detecção do proferidor do depoimento ou testemunho falso, mormente na análise psicológica dos depoimentos, se prestados de modo consciente [afirmações inconscientemente falsas, mas subjetivamente honestas não surtem efeito, pois o declarante do falso crê piamente estar dizendo a verdade], contudo, pouquíssimo utilizado, talvez pelo fato dos processos penais já consumirem um longo lapso, ou ainda, por falta de hábito da defesa e da acusação, sendo praticamente letra morta.

E, quando a diligência é realizada, por vezes é com tanto descrédito que é presidida que mui das vezes apenas registra o resultado material, no sentido da “manutenção dos depoimentos anteriores”, sem esclarecimento e possibilitação dos pontos divergentes. Devido a isso, a acareação deveria ser presidida por quem fosse julgar o feito, para que possa conferir a devida valoração não só dos depoimentos que foram reduzidos a termo, mas das expressões, espontaneidade e outros aspectos para trazer ao processo a verdade mais próxima da realidade o possível.

2.7 Operadores do Direito que intervêm no processo

Nesta seqüência abordar-se-á um tema imprescindível para a perpetração de um processo efetivamente justo, consistente na incidência ou não do princípio da **identidade física do juiz**⁴², instituto de elevada importância ainda não contemplado pela codificação

⁴⁰ No mesmo sentido: RT 453/414, 492/357, 538/383, 547/35.

⁴¹ CPP. Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo Único: Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

⁴² Ao tempo de confecção deste trabalho, havia em tramitação nas Casas Legislativas, o Projeto de Lei 4203/01, objetivando a reforma do Código de Processo Penal e a introdução do referido instituto.

processual penal, embora há muito vigorante no processo civil, o que tem redundado em prejuízo para a perpetração da justiça e em muitos processos e para muitos réus.

É prescindível, mas incongruente a não adoção de tão elevado princípio, mesmo porque, é decorrente do próprio princípio do juiz natural, e resta indubitoso que proporcionaria maior certeza na aplicação da imparcialidade e representaria uma consonância mais afinada com os ditames da Constituição Federal.

O princípio da identidade física do juiz, embora ainda não expressamente previsto na quase setuagenária codificação processual penal, há de ser entendido como implicitamente recepcionado pela Carta Magna de 1988, pois, em plena conformidade com o princípio do contraditório e da ampla defesa.

O artigo 132 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2004, p. 240) prediz:

O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.

Uma pergunta que fica é porque que o princípio da identidade física do juiz é adotado no processo civil e ainda não no penal? O que leva os legisladores, a doutrina, jurisprudência a impor tal princípio ao procedimento de um tipo de processo e preterir ao outro [vide nota de rodapé n. 42]?

Demercian *apud* Duarte (2006, p. 15) concluiu:

No sistema da oralidade, é indeclinável, ainda que implicitamente, a existência de preceitos que conduzam à vinculação do Juiz à causa criminal ou o reconhecimento da identidade física do juiz, que representa um verdadeiro instrumento na busca da verdade real.

Bittencourt *apud* Duarte (2006, p. 39) lecionou com maestria:

É de suma importância o princípio processual que impõe a presença do juiz no feito a ser instruído, Tanto no cível como no crime, a apuração da verdade depende em grande parte da comunicação direta do juiz com a prova. Há mesmo disposição legal obrigando, sob pena de nulidade, que o juiz da decisão seja o próprio que presidiu os atos probatórios. Não obstante, sobretudo no juízo criminal, esta identidade da pessoa física do magistrado com as inquirições nem sempre é observada. Não por culpa dos juízes, ou pelo menos não só por isso, mas por deficiência dos serviços judiciários, a lei é desatendida. A presença do juiz e, no entanto, uma das maiores

garantias da boa decisão. Presença, em seu sentido completo, e não apenas o contacto displicente da autoridade com a peça em formação. Levada em suas extensas proporções, poder-se-á dizer que a presença do juiz vai bem mais longe, conduzindo-se até os aspectos psicológicos e sentimentais da comunhão do julgador com a vida e os episódios do caso.

E ainda, a identidade física do juiz no processo criminal encontra guarida no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que no seu artigo 39, inciso III, (BRASIL, 2003 c, p. 492) ensina:

Os juízes designados para as seções de Primeira Instância e de Questões Preliminares exercerão o cargo nessas Seções por um período de três anos e posteriormente até concluir qualquer causa que tenham começado a considerar na seção em questão.

Por conclusão, resta imprescindível o estabelecimento da identidade física do juiz no processo penal nacional, pois notório, somente o julgador que acompanhou toda instrução criminal é que reúne todas as condições e que está perfeitamente apto a prolatar uma sentença; pois, só assim, haverá consagração do princípio do juiz natural, e a consecução da verdade real.

Quanto ao órgão do Ministério Público, função ocupada pelo Promotor de Justiça, é consoante o artigo 129 da Constituição Federal⁴³, promover e fiscalizar a execução da lei, em outras palavras, zelar para que haja justiça no deslinde das lides que requerem sua intervenção.

Todavia, o que tem se observado na prática é uma tendência de se utilizar do processo como meio de condenação, e não de consecução da justiça.

⁴³ CF. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

E isso se dá devido a carência crescente de operadores do Direito “verdadeiramente vocacionados”, dado o sistema de admissão vigente, que acaba privilegiando uma mesma camada da sociedade.

Trazendo à baila os dizeres de Vassouras (1995, p. 13): “Indivíduos que jamais lutaram pela própria sobrevivência não podem arvorar-se em autoridade para conceder ou negar direitos reclamados perante os Tribunais”.

Ora, como a grande casta de processados criminalmente pode vislumbrar igualdade processual ou plena imparcialidade, se não são iguais aos responsáveis pelo início, deslinde e desfecho da persecução penal?

Diferentemente da maciça senda dos acusados, estes últimos [carreiristas operadores do Direito] gozam de um sistema penal privilegiado [competência por prerrogativa de função, o que faz juiz ser julgado por juiz, etc.]; usufruem do próprio sistema de saúde e previdência, bem como, seguridade aos dependentes, e suas moradias são pagas e protegidas pelo Estado, então, como estes se importarem com as desigualdades do processo penal e aperfeiçoarem a imparcialidade?

Boa parte das últimas gerações de promotores e também de magistrados têm se marcado por conter significativo número de integrantes [felizmente ainda não maioria] positivistas ao extremo, mormente no afã da implacável aplicação da lei em desfavor do réu.

Tal assertiva ganha arrimo no percuciente trabalho desenvolvido pela Magistrada do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco, Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto, em artigo publicado no *site* da Associação dos Magistrados Brasileiros, intitulado “A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do Distrito Federal”, cujo trecho doravante tomar-se-á a liberdade de transcrever:

Os estudos da Sociologia jurídica no Brasil, realizados no final do século passado, apontavam para a dificuldade de os conflitos atuais serem absorvidos pelos “mecanismos judiciais” em vigor. Os dados obtidos no período de 1983 e 1988, em pesquisa dirigida por Maria Tereza Sadek, denominada “A crise do judiciário vista pelos juízes”, demonstravam que os direitos reconhecidos na Constituição Federal de 1988 não se refletiam no cotidiano de 70% dos brasileiros, sendo que os setores marginalizados encontravam no Estado e nas suas instituições impedimentos centrais para a efetivação dos seus direitos. Como uma das causas do alto índice de descontentamento da população com relação ao desempenho do judiciário, a pesquisa ressaltava a mentalidade dos juízes, marcada pelo espírito corporativo, pouco sensível à evolução dos valores sociais e caracterizada pela tendência de localizar em fatores externos à Magistratura, os obstáculos ao bom funcionamento da instituição. Também nesse sentido,

José Eduardo Faria ressaltou que o imaginário dogmático dos juízes constituía uma barreira à implementação dos novos instrumentos legislativos, dada a tendência desse tipo de mentalidade em identificar os direitos humanos e os direitos sociais como ameaça à certeza jurídica. Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos anotou a grande distância entre o direito constitucional e o direito ordinário nos países periféricos e semiperiféricos, e observou a atuação tibia dos tribunais na tentativa de encurtá-la, já que não assumiam a sua co-responsabilidade na realização da política providencial do Estado. Entre os fatos que determinavam a atuação insatisfatória dos Tribunais, o autor apontou a formação conservadora dos juristas e a cultura cínica que subjazia à sua atuação, levando-os a desprezarem a questão dos direitos dos cidadãos.

Como observado, o vertente tema, que não é o foco prioritário deste trabalho, é estudado com preocupação por estudiosos e seus integrantes, que acima de tudo, reconhecem a ocorrência do muito do que aqui foi suscitado.

Assim, a propalada presunção de inocência tem se mostrado mera utopia dos lentes, dos livros, dos discursos vanguardistas e dos politicamente corretos, e o que tem se verificado realmente é a presunção de culpabilidade.

Deve ainda ser feita, mesmo que breve, uma alusão quanto ao órgão do Ministério Público poder ou não realizar diretamente o procedimento investigatório criminal.

Nos estudos de Moura e Franco três opiniões colhidas da jurisprudência Superior se sobressaem, sendo elas:

a) o Ministério Público pode investigar diretamente;

b) o Ministério Público, no exercício desta atividade, deve investigar conforme o prescrito em lei, não podendo se afastar das normas processuais penais que regem o inquérito policial;

c) o Ministério Público não pode investigar diretamente.

Discussão á parte, o fato é que o argumento maior pela vedação de tal prerrogativa, qual seja, se o Ministério Público, que é também o Fiscal da Lei, e embora *dominus litis* da ação penal, deve atuar nos estritos ditames da justiça, e, em tese, com a toda isenção, tal deixaria de ocorrer, se diretamente participante da coleta de provas, na prática, já caiu por terra, pois invariavelmente o comportamento dos representantes ministeriais já é como se a prova processual tivesse sido por eles diretamente colhida, assim, se de fato fosse, não haveria imparcialidade maior, pois esta já pontuou em níveis quase intransponíveis.

A diferença é que a investigação direta passaria a ser notoriamente consentida e haveria intervenção com a presença física do ente ministerial, mas, quanto à valoração da prova, cremos que esta, não tem o que aumentar.

Não obstante, através da ação da Polícia Judiciária, o Ministério Público já investiga diretamente os crimes, só que seu membro permanece oculto, melhor dizendo, representado por aquele [autoridade policial].

Ademais, o princípio da isonomia seria inexoravelmente ferido, pois, o Ministério Público, com tal poder e considerando que inegavelmente não está aparelhado para intervir na totalidade dos casos, é de se esperar que selecionaria apenas os concretamente mais vultuosos ou aqueles com perspectiva de maior alcance e repercussão.

Segundo o apurado, esse tem sido um dos principais fatores da não consecução de um processo verdadeira e materialmente justo, pois aquele que julga e aquele que acusa, mas que acima de tudo, deveria principalmente fiscalizar o cumprimento da lei e a distribuição da justiça, se permite transformar em parte, que a tudo interpreta em detrimento do réu.

Que não se diga que para o completo equilíbrio do processo há a ação do advogado, que em nosso entendimento, apresenta-se na maioria dos casos, como hipossuficiente para modificar o quadro exposto, por uma série de razões, sendo que a primeira delas é a desatualização de determinados profissionais que, temerosos, mormente por reconhecerem uma discrepância técnica em seu desfavor, se colocam espontânea e sem qualquer resistência subjugados em situação de inferioridade ante as “autoridades”, não sabendo exercer suas prerrogativas e direitos, principalmente diante de promotores e juízes, em tese, invariavelmente muito melhor preparados; em segundo, porque inegavelmente há, mesmo que inconscientemente, uma união tácita de forças em prejuízo do acusado, pois, como já dito, é explícito para quem quiser enxergar que prevalece o princípio da presunção de culpa, e não de inocência. E finalmente, o avassalador crescimento de cursos de Direito pelo país, somado a certa convivência da OAB, tem lançado em progressão geométrica no mercado de trabalho, principalmente os ditos advogados, travestidos de autênticos rábulas caricaturais, que para escreverem uma petição consomem mais borracha do que lápis, mas, colocam uma gravata, empinam o nariz e saem mundo afora falando algumas coisas certas intercalando com impropriedades, exigindo o chamamento de ‘Doutor’, mas, materialmente são ineficazes.

Outro ponto é quanto à defesa deficiente proporcionada pelo defensor técnico, e, nesse diapasão, não está se diferenciando defensor dativo, que é o nomeado pelo Estado, objetivando a garantia da ampla defesa e do contraditório, de um advogado constituído por instrumento de mandato outorgado pela parte.

Muito comum é o oferecimento de defesas em geral, inócuas, evasivas, desprovidas de conteúdo material, como por exemplo, costumeiramente se faz na apresentação de defesa prévia, invariavelmente singela, não necessariamente por faculdade ou tática defensiva, mas

por falta de zelo, de conhecimento aprimorado e de percuente estudo dos autos. Não raro, sequer é diligenciado pelo patrono junto ao acusado para ouvir deste o eventual oferecimento de testemunhas para depoimento em juízo, tampouco a possibilidade ou necessidade de que seja solicitada a realização de uma diligência, ambas medidas que em muito podem contribuir favoravelmente na defesa do réu.

E, se não bastasse, ao final são apresentadas às derradeiras alegações estritamente formais, compostas de brocardos e chavões enjoativos pugnando por inocência ou absolvição, mas sem qualquer consistência fática ou probatória dos autos, sendo que nesses casos, que como já dito, são inúmeros, entendemos que há certa complacência por boa parte dos magistrados, que de plano, deveriam destituir o patrono e intimar o acusado para a constituição de um novo, ou, decorrido o prazo concedido sem solução, providenciar a nomeação de um outro causídico para a realização de uma efetiva defesa; contudo, tal não ocorre, salvo se evidenciado que o acusado incorreu em notório prejuízo, o que por desinteresse não será suscitado, o que reforça nossa tese de que “o fim do processo penal em voga tem sido a condenação e punição do acusado, e, uma vez acusado, é tido como praticamente culpado em todo curso do feito”. Assim, preocupação com melhor defesa, para quê, se o fim será o mesmo [condenação] e a finalidade restará mais facilmente atingida?

Creriosamente verificado, ver-se-á que há incomensurável número de feitos concluídos com édito condenatório, cujas defesas são tão deficientes e precárias que materialmente eivam insanavelmente o processo.

O paradigmático Desembargador Sérgio Pitombo, da 10ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em voto na apelação criminal 906.219 de sua relatoria, assim discorre a respeito do ora exposto, ensinando que defesa mui deficiente equivale à ausência de defesa:

No processo penal, exsurge **indispensável à efetiva e completa atuação técnica do defensor, constituído ou dativo**. Nele se acham em choque intentos de alta relevância, a saber: o poder – dever de punir e o direito de liberdade do increpado (art. 5º, LV, da Constituição da República). **Exige-se, por isso, muito mais defesa técnica formal, ou aparente; em especial no momento das alegações finais** (art. 500, do CPP). Quer-se que o contraditório indisponível se faça real, mostrando substância. **A defesa técnica, que deixa de lado aspectos fundamentais da causa, torna o argüido indefeso** (art. 497, V, do CPP). Como visto, **o defensor ao oferecer as derradeiras alegações, fê-lo qual se estivesse deduzindo as iniciais, ditas ‘defesa prévia’** (art. 395 do CPP). Trata-se, sempre com a maior vênua, de **nulidade absoluta**, em face do manifesto interesse da ordem pública. **A defesa técnica, carente de essência, equivale a sua ausência** (art.564, IV, do CPP). (AP 906.219).

O Ministro do Pretório Excelso, Francisco Rezek pensa da mesma forma quando do oferecimento de alegações finais meramente genéricas:

Os deveres do juiz no foro criminal são diferentes daqueles do juiz no foro cível. Neste último não há obrigação de buscar a verdade material: desde que meramente verossímil, aquilo que uma das partes estatui e a outra não contesta é tido como verdadeiro. Por outro lado, é facultado ao juiz, no foro cível, acomodar-se à negligência de qualquer das partes, vista essa como uma renúncia, mais do que legítima, ao seu direito de argumentar, de tentar convencê-lo de alguma coisa. No foro criminal o juiz tem o dever de buscar a verdade material e, além disso, tem o dever de certificar-se de que aquilo que as leis processuais garantem, à luz da Constituição, ao réu, como expressão da defesa, seja exercitado corretamente. Estou de acordo com o que disse o ministro Marco Aurélio quando terminou de ler as supostas alegações finais. **Aquilo e nada são as mesmas coisas. É mais límpido, mais correto, mais honrado não dizer nada, ou escrever ‘faça-se justiça’, do que encadear, em dez linhas, um amontoado de frases feitas, que nada absolutamente significam, e que valeriam para qualquer processo, de qualquer réu, a propósito de qualquer delito. Parece-me importante enfatizar que certos arranjos fraseológicos, por terem valor intrínseco igual à zero, devem ser tratados pelo foro como não significando coisa alguma.** Das alegações finais se espera sejam o compêndio das razões do réu, o enunciado final da argumentação da defesa. Antes não houve tese: houve pedido de determinadas providências, de determinar provas, inquirição de testemunhas, palavras avulsas. **A tese da defesa se exprime nas alegações finais. Utilizar esse momento para nada dizer, lançando nos autos umas poucas linhas que não têm nenhuma espécie de afinidade tópica com o caso em juízo porque valeriam, ecumenicamente, no seu nada, para exortar qualquer processo, é o mesmo que deixar o réu literalmente indefeso.** Penso que os deveres do juízo criminal, diversos daqueles do juízo cível, impõem, nesse momento, que se estanque o processo e se cobre da defesa uma atuação minimamente eficaz, ainda que deficiente ou sem brilho. **Na hipótese de não produzi-la o patrono então constituído ou dativo, há de designar-se outro patrono, sob a responsabilidade do foro, para honrar a norma constitucional.** (HC - RTJ 162/655).

Moura, na obra coletiva de Franco (2005, p. 119) trazendo ensinamentos de Mirabete que ensina algumas hipóteses de que o prejuízo estará comprovado, sendo elas:

[...] reiterada omissão; ausência de inquirição de testemunhas; formulação de alegações meramente formais; falta de iniciativa de diligências recomendáveis; desempenho simplesmente formal; pedido de condenação quando não há confissão; alegações finais que constituem verdadeiro pedido de condenação; concordância com o pedido de condenação feito pelo Ministério Público; simples pedido de pena branda; colidência entre a versão apresentada pelo acusado de negativa de autoria e única tese formulada pelo defensor, de mera atenuação da responsabilidade; e outras.

Que não se diga que a inteligência da Súmula 523: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (BRASIL, 2006, p. 936) do Pretório Excelso é absoluta, pois não o é.

Primeiro porque é antecedente à Constituição Federal vigente em quase 20 anos, sendo que esta última conferiu nova conotação de ampla defesa e contraditório; e, em segundo devido ao fato que não só a falta, mas a deficiência de defesa é causa de nulidade do processo em analogia ao preceituado no artigo 563, III, I, que observa e inaceita um caso típico de DEFESA DEFICIENTE e, NÃO a falta dela para se declarar o réu indefeso, dissolver o conselho de sentença e demarcar nova data para julgamento. Desta feita, trata-se de clara demonstração que defesa deficiente é, sim, uma causa de nulidade insanável que eiva imaculadamente o processo.

A respeito de advogado previamente constituído pela parte acusada, e que o magistrado, por qualquer razão, venha a substituí-lo por defensor dativo nomeado, sem antes consultar o réu, ou mesmo que aquele tenha expressamente renunciado prosseguir nos autos no patrocínio do seu constituinte, constitui **nulidade absoluta**, pois, patente o prejuízo do acusado, por notória inobservância ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

Assim também entende o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello:

A questão da liberdade de escolha do defensor pelo réu. O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da *persecutio criminis*, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado, não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu. (HC- JSTF -LEX 171/306).

2.8 As modalidades de prisão, sua revogação e liberdade provisória

Tema dos mais polêmicos deste trabalho. Induvidável que a prisão provisória é permitida em nosso ordenamento jurídico, destarte o direito fundamental do cidadão de só ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O artigo 282⁴⁴ do Pergaminho Processual Penal prediz que com exceção dos casos de flagrante delito, a prisão não poderá ocorrer, senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente, todavia, os casos previstos na legislação, ou seja, a prisão preventiva, a prisão temporária ou a por força de sentença condenatória, que estão previstas em lei e emanam da autoridade competente, esbarram na qualidade da imprescindível ordem escrita.

É cediço que por força do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal vigente, todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, sendo absolutamente certo que decisão que versa sobre perda de direito fundamental como é a liberdade, deve ser sempre bem motivada, mas, o que por vezes tem se presenciado, são decisões que se arrimam na letra seca da lei, sem, contudo, demonstrar efetivamente onde que a norma foi violada para justificar tal decisão constrictiva de liberdade, como se verá de modo mais abrangente quando da análise do artigo 312 e seguintes.

A Constituição Federal possui vários dispositivos em seu artigo 5º que devem ser rigorosamente observados pelo magistrado em caso de decretação ou não, ou manutenção da prisão, entre eles:

Inciso **LXI**: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, definidos em lei; **LXII**: a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada; **LXV**: a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; **LXVI**: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 2006, p. 14).

A Carta Constitucional dá dispositivos para que o acusado, em regra, responda ao processo penal em liberdade, mas na prática, a maioria tem respondido privado da sua

⁴⁴ Art. 282. A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

liberdade, mesmo diante da notória incapacidade do sistema penitenciário em âmbito nacional.

E isso ocorre, dentre outros motivos, devido ao galopante crescimento da violência em todo território nacional, cuja ineficácia estatal em combatê-la gera consequências, dando azo a um fenômeno consistente na imposição de maior implacabilidade da norma penal.

Sampaio Junior e Caldas Neto (2007, p. 30) igualmente assim entendem no tocante que os direitos fundamentais estão sendo atropelados por uma presunção de culpabilidade:

No que concerne à roupagem de combater a todo custo essa violência e colocar a trás das grades os bandidos deste país, não se pode retirar essa conquista social secular dos direitos fundamentais do cidadão. O Estado, na realidade, tem que se estruturar materialmente, e de forma inteligente, para punir severamente os criminosos e agir rápido na condução do processo penal, respeitando o devido processo legal em suas acepções formal e material, e não de modo indiferente querer retirar o direito fundamental do cidadão de responder ao processo em liberdade, caso não estejam comprovados motivos suficientes para sua segregação provisória. Se por acaso o Estado continuar a agir como vem fazendo nos últimos anos, o cidadão brasileiro será apenado duas vezes: primeiro porque deveria ver garantida a segurança pública, já que é dever precípua do Poder Público e este não vem cumprindo; segundo porque terá seu direito violado sem que haja elementos concretos que justifiquem a medida antecipatória.

E prosseguem os autores (2004, p. 30-31): “[...] Uma coisa é o Poder Público criar condições estruturais e técnicas para combater essa violência desenfreada que se instaurou em nosso país, outra coisa é não respeitar os direitos fundamentais do cidadão”.

E ainda, reforçam impressão na existência da presunção de culpa (2007, p. 34):

Infelizmente, ainda existe, com muita frequência, autoridades governamentais que limitam a eficácia de algumas normas constitucionais, não só por deixarem de aplicá-las diretamente, e, principalmente, por restringirem sua eficácia indireta, ou seja, não reconhecendo, muitas vezes, os direitos fundamentais previstos de modo categórico na Constituição, o que impõe aos operadores jurídicos, um novo pensar sobre o meio de inibir a falta de vontade política de tais autoridades.

Por fim, parafraseiam o Ministro Eros Grau, que afirmou: “[...] a Constituição não pode ser interpretada em tiras [...]”.

Retornando ao tema, incontestável que a prisão, mesmo que cautelar, é um meio legal da privação da liberdade do indivíduo, desde que inserido em certos requisitos.

As modalidades de prisão processual penal, cautelaridade aplicada preventivamente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sob um contexto amplo, consiste na prisão decorrente de pronúncia, a resultante de édito condenatório, a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva em sentido estrito, que sob outro enfoque podem se resumir apenas nestas três últimas.

De todas as modalidades de custódia corporal, a mais polêmica, indubitavelmente, é a prisão temporária, nitidamente criada para legalizar uma prática nefasta de prisão arbitrária e desmotivada, como para as malsinadas averiguações, muito comuns durante o período regido pela Ditadura Militar, e que a luz da novel Constituição, não poderia subsistir.

No magistério de Fernandes (2005, p. 305) encontra-se bem definida a questão:

A prisão temporária surgiu no país com a Lei 7960/89, resultante da conversão da Medida Provisória 111/89, que visou regularizar a anterior 'prisão para averiguações', ilícita, mas utilizada. Mereceu a nova espécie de prisão crítica de Tourinho Filho, que considerou-a 'odiosa', 'arbitrária', 'sem real necessidade', 'severa', de 'indisfarçável inconstitucionalidade', 'retrocesso', 'possível em face de meros indícios'.

Como visto, a marca da inconstitucionalidade da medida é encontrada já na sua origem, já que não foi criada por lei ordinária em seu sentido estrito, mas, por medida provisória; contudo, justifica-se como sendo uma medida cautelar de urgente e breve detenção prévia, fundamentada na gravidade do fato criminoso imputado a alguém, mas em vias de obtenção de elementos de convicção que possam proporcionar a prisão preventiva.

Em suma, há de ser observado eminente perigo de dano se inobservada a medida cautelar, restando incipiente a prisão se não definitivamente demonstrado.

Devido sua natureza, a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz, que carecerá de representação da autoridade policial, ou do representante ministerial, que também será ouvido no caso daquele primeiro se adiantar em fazê-lo.

O despacho que decreta a prisão temporária deve ser idoneamente fundamentado, e, tanto quanto aquele que decreta a prisão preventiva, não são suficientes meras expressões formais, assertivas vagas ou aliteração da letra da lei, devendo na motivação apontar convenientemente a decisão identificando os pressupostos autorizativos da medida extrema. O mesmo se aplica quando há prorrogação temporal da duração do instituto.

Isso implica que tanto a imprescindibilidade da medida para fins de investigação policial, quanto a ameaça de que o indiciado se furtará da aplicação da lei penal, bem como as fundadas razões de participação nos diversos crimes previstos na lei em comento, não

permitem, por si sós, ser motivos suficientes a motivar essa modalidade de encarceramento precoce, exigindo ordem escrita, devidamente fundamentada, emanada pelo magistrado e demonstrando elementos concretos que necessariamente terão de sedimentar a necessidade, razoabilidade e proporcionalidade da medida em face da investigação policial.

O encarceramento dos presos temporários tem que ser de forma a privilegiar aqueles que nesta condição, destarte detentores de indícios em seu desfavor em vias de investigação, ainda não são formalmente acusados ou processados, portanto, devem necessariamente permanecer separados dos demais detentos.

Quanto à prisão por ocasião da decisão de pronúncia, que é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não se pode extrair qualquer efeito automático no que tange a prisão provisória, já que a prisão obrigatória não se coaduna com o modelo constitucional vigente. Ou seja, o *periculum libertatis* deverá ser concretamente demonstrado.

Assim, inadmissível de que a pronúncia gerará para o réu não dotado de endereço fixo, presunção de fuga, e conseqüentemente, só por isso, seja decretada sua prisão; bem como, caso se encontre preso, automaticamente assim permaneça, sendo imperativo a devida fundamentação arrimada em elementos concretos.

Concluindo, desde que efetivamente demonstrada a necessidade da custódia corporal, o que ocorre quando existentes os pressupostos da prisão preventiva, quando da prolação da pronúncia, permissível é a decretação da prisão, que não é automática; bem como, perfeitamente natural que o pronunciado tenha sua prisão relaxada, se o caso, ou aguarde seu julgamento pelo plenário em liberdade.

A prisão por ocasião de prolação de sentença condenatória recorrível, embora prática e maciçamente pacificada no comportamento jurisprudencial e doutrinário, graças à inteligência do sob nossa ótica inconstitucional artigo 393, I do Código de Processo Penal, (BRASIL, 2006 b, p. 443) nos levará a suscitação de temática das mais polêmicas.

Artigo 393: São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

E isso, exatamente devido ao contido na Constituição Federal, que nos reporta a seguinte indagação: como poderá ser executada uma sentença penal condenatória, antes do seu trânsito em julgado, se a Constituição Federal veda que qualquer pessoa seja considerada culpada, antes de decretada a irrecorribilidade da decisão?

No entanto, discutivelmente, que se diga, já que destarte o princípio constitucional, no campo procedimental a regra não é absoluta, a regra tem sido a decretação, se o caso, ou a continuidade da prisão, quando prolatada a decisão condenatória.

E, ainda nessa seara, o artigo 594 do Código de Processo Penal⁴⁵ traz em seu bojo um dispositivo que se tornou aberrante em face da inteligência da Constituição Federal vigente, quando apregoa a necessidade de se recolher à prisão para poder apelar da sentença condenatória.

E isso porque a condenação em primeiro grau de jurisdição, por mais bem exarada e motivada que seja, não pode extrapolar e agredir o bom senso, como *in casu*, sendo esse similaríssimo o pensamento de Sampaio Junior e Caldas Neto (2007, p. 276):

A sentença condenatória do primeiro grau de jurisdição, por mais esmerada e bem elaborada que se faça, e por mais eminente que seja seu prolator, não pode, para sua submissão ao crivo do órgão ad quem, reclamar elemento de admissibilidade outro que não sejam os aceitáveis na teoria dos recursos, compreendendo os elementos objetivos – prazo e apresentação por petição bastante, exceção das sentenças proferidas em audiência e no plenário do júri, onde poderão se interpor por termo - e subjetivos – legitimação de parte e interesse recursal, compreendido nesta a situação de sucumbente.

E prosseguem os citados autores:

Deste modo, a plenitude de defesa, como efeito automático do próprio princípio do devido processo legal material e do princípio do duplo grau de jurisdição, permite compreender, em desalinho, é fato, de numerosa doutrina e jurisprudência, que a primeira parte do artigo 594 do Pergaminho Processual Penal não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Ora, ou se admite e se aplica de vez o comando valorativo da Constituição federal, inclusive no que tange as suas garantias individuais, ou se repudia de vez, em prol do utilitarismo processual, a idéia de processo penal garantista.

Ora, se à luz do garantismo constitucional somente é possível o recolhimento à prisão depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva em estrito senso, normas positivadas somente terão validade, se da sua leitura for possível extrair um comando que preserve a unidade do sistema processual vigente.

⁴⁵ CPP. Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecidos na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Um instituto que não raro é por vezes inaplicado, principalmente pela polícia judiciária no afã de efetuar a prisão de um acusado é o artigo 293 do CPP⁴⁶ no que tange sua última parte, pois prevê que o réu com ordem de prisão em seu desfavor, refugiar-se em casa alheia com consentimento do morador no período noturno, este último será intimado a entregar o procurado, e, se não o fizer, o executante do ato “guardará todas as saídas tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará a casa e efetuará a prisão”.

É extremamente garantista, mas poético, fantasioso, utópico, principalmente se levando em conta que a esmagadora maioria dos presos são pessoas desafortunadas, cujos vizinhos e parentes são igualmente desfavorecidos, e, o que se realiza na prática é a violação do domicílio do aludido acolhedor, podendo ser o vizinho ou qualquer outro, que não raro ainda é injuriado e até ameaçado ou vitimado em vias de fato, e após é efetuada a prisão. É assim que funciona, pois, é mais ‘simples’.

E tente o ‘vizinho’ reclamar, que poderá sofrer novas injúrias, novas agressões físicas, será ameaçado de uma prisão ilegal por suposta cumplicidade ou ainda, ameaçado de sofrer um ‘flagrante forjado’; e o que é pior, se vier a enfrentar, com base na assertiva em que “é um cidadão sujeito de direitos” (sic) não terá como provar, pois na maioria das vezes não conta com os testemunhos dos demais presenciais, por temor de represália imposta por aqueles.

Aprofundando na prisão em flagrante e a possibilidade da liberdade provisória, trata-se de tema deveras controverso deste estudo, pois, apesar dos inúmeros movimentos de política criminal com novos temas como abolicionismo penal, direito penal mínimo, readequação punitiva, [in]eficácia da prisão, e outras, muitas ainda são as irregularidades praticadas pelos agentes públicos integrantes das corporações policiais, quase que institucionalizadas, todavia, ficam materialmente à margem da fiscalização, apuração e repreensão estatal.

Trata-se a prisão em flagrante de uma das modalidades de prisão cautelar identificada nos ditames do artigo 302 do CPP⁴⁷, (BRASIL, 2006 b, p. 434) que por sua

⁴⁶ CPP. Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

⁴⁷ CPP. Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração;

imediatidade, independe de ordem judicial, mas só se aperfeiçoa quando comunicada ao juiz competente que auferirá sua legalidade.

Sua casuística é direcionada para as situações em que o ofensor da norma penal positivada está cometendo a infração; acabou de cometê-la; quando é perseguido logo após ter acabado de cometê-la; ou quando é encontrado logo depois do fato portando qualquer coisa que o faça ser presumido o autor da infração.

Assim, de acordo com as circunstâncias expostas acima o flagrante pode ser próprio [incisos I e II]; impróprio [III]; e, presumido [IV].

O fundamento da prisão em flagrante é quando o delito está sendo perpetrado de maneira manifesta e indubitável, sendo desnecessária a análise de um magistrado para tanto.

Contudo, quanto à prisão em flagrante, a sua análise pela autoridade judiciária não deve se limitar ao aspecto meramente formal, mas também, ao âmbito material, submetendo cada caso concreto à necessidade da manutenção ou não da prisão cautelar, que deve ser fundamentada; pois, como já dito, em tese [e só em tese mesmo] a regra constitucional é a liberdade no curso da ação penal, mas a prisão cautelar é que tem sido a regra.

Providencial é que sempre se diferencie o relaxamento da prisão em flagrante, com concessão da liberdade provisória e revogação da prisão preventiva.

O relaxamento ocorre quando é verificado algum vício na forma ou conteúdo do auto de flagrante sob o prisma legal, fazendo cessar a constrição à liberdade ilegalmente imposta. Já a soltura na prisão preventiva e a liberdade provisória, salvo o momento da decretação, se igualam nos fundamentos, pois o delito perpetrado em flagrante e que não se livra solto, enseja a prisão que só subsista se ausentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva; e, esta última, igualmente, será revogada, quando não se antevê mais necessidade, proporcionalidade ou razoabilidade da medida acauteladora, antes levada a efeito, mediante decreto fundamentado de prisão preventiva.

Uma das anomalias consagradas consiste na prisão em flagrante realizada por policiais, inclusive, por guardas municipais, no interior de domicílio alheio sem ordem judicial, não presenciado por testemunhas idôneas alheias aos quadros da corporação policial, mesmo porque estes últimos não possuem poder de polícia.

Tais situações de penetração no domicílio apenas são justificadas em casos de flagrante delito, assim, é de se presumir que para a legitimação de sua conduta, se equivocada, o agente policial por certo forjará provas para não incorrer em crime de abuso de funcional.

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração

O magistrado paulistano Felizardo Calil, asseverou:

Permitir-se à prisão em flagrante, no interior das residências, sem testemunhas estranhas ao quadro policial, será abolir, praticamente, a garantia constitucional, que visa a proteger o cidadão contra o arbítrio das eventuais autoridades, ensejando efetuar prisões indefensáveis, fora do pátio da Justiça. (RT 427/432).

No que tange a apresentação do preso em flagrante delito, outro comum desrespeito à lei ocorre quando ao acusado é imposto que narre com detalhes sua versão, principalmente no sentido de delatar a origem do objeto criminoso ou a localização e/ou participação dos seus eventuais comparsas, sob pena de não poder apresentar outra escusa, ficando compelido a assinar o auto de flagrante, bem como o termo destinado a conter o seu depoimento, nos termos de quem preferiu ao silêncio perante a autoridade policial e fornecer sua versão somente em juízo, o que não condiz com a realidade e desejo do preso.

Nesta mesma seara, nos casos do acusado ser analfabeto ou simplesmente não quiser, ou ainda, não puder assinar o auto de prisão, ao invés da efetiva leitura do respectivo auto, em seus precisos termos, como manda a lei, e a imediata coleta da assinatura das duas testemunhas que tenham ouvido tal leitura, via de regra, nada é feito, e, são colhidas as assinaturas das “testemunhas”, normalmente policiais, que apenas assinam, mesmo sem qualquer ouvida, apenas para formalmente convalidar o eivado ato.

Ora, o direito constitucional ao silêncio, insculpido no inciso LXIII do artigo 5º da *Lex Mater*⁴⁸, ratificado e melhorado pelo artigo 2º da Lei 10.792/03, que modificou o artigo 186 do Código de Processo Penal, (BRASIL, 2006 b, p. 443) deixando-o com a seguinte redação:

Art. 186: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁴⁸ CF. Art. 5º. [...]

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. (BRASIL, 2006 a).

Contudo, mesmo diante do novel dispositivo, vigora ainda no âmago da maioria das autoridades que participam do processo, a presunção do instituto revogado, que afirmava “[...] o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Isso porque, apesar de pensamento contrário à letra da lei, alguns magistrados concluem, em sua intimidade, que se o acusado não apresenta uma escusa ante a acusação que está sofrendo, preferindo desculpar-se em juízo, mesmo sabendo que este ato poderá ser demorado, não obstante sua custódia em flagrante, o faz porque é verdadeiramente culpado e carece de orientações mentirosas para se pronunciar.

E isso, muito dificilmente abandonará a livre convicção do julgador, que, mesmo que subconscientemente, utiliza-se do ‘silêncio’ do réu para presumir em seu desfavor a autoria delitiva.

Se não bastasse, há os casos que a própria autoridade policial se faz às vezes de escrivão, exatamente para adequar o que foi reduzido a termo na precisão necessária para não deixar eventuais ‘falhas’ supervenientemente exploradas pelo advogado, e incriminar ainda mais o acusado.

Outra contumaz inobservância é quanto à inversão da ordem dos depoimentos quando da lavratura do auto de flagrante, que deve zelar para que seja ouvido primeiramente o condutor, após, as testemunhas, se houver, e por fim, o conduzido; todavia, embora tal enseje nulidade, difícil ou quase impossível de ser provada, pois, se suscitada por advogado presente ao ato, à autoridade policial não fará constar do termo, e re fará o procedimento; e, se o defensor assina qualquer termo para protestar depois, implica que dele anuiu, sem protestar.

Pelo reconhecimento da nulidade, há o entendimento do desembargador goiano Paulo Teles: “Verificada a inversão na ordem prevista no artigo 304 do CPP, deve ser decretada a nulidade do auto de prisão em flagrante”. (RHC 3.880-2/224 – 14.10.97 – R.J. 246/133)

Na seara das nulidades, outro acontecimento não difícil de ocorrer é quanto à nomeação de curador para menor de idade preso em flagrante, na pessoa de policial ou a outro de qualquer modo subordinado à autoridade policial.

Embora ato nulo e de prejuízo presumido pela própria situação, já que tal agente não possui múnus para esse mister, pois indis põe de autonomia, é comum este apontamento não ser reconhecido, sob a alegação pífia da “não demonstração do prejuízo efetivo”, o que nos faz indagar sobre o que vem a ser ‘prejuízo efetivo’, que não seja um ato legalizado pela apreensão de menor incapaz, ouvido sem as devidas garantias constitucionais.

O desembargador Denser de Sá, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, pensa de igual modo:

Prisão em flagrante. Vício. Ocorrência. Réu menor. Curador. Nomeação de funcionário, lotado no próprio distrito policial onde lavrado o auto de prisão, por ocasião do interrogatório. Nulidade do procedimento. Ordem concedida para relaxar a prisão em flagrante. (TJSP – HC 332.925-3 – j. 05.03.02).

Já o instituto da liberdade provisória, possível nos casos de prisão em flagrante, e que deveria ser a regra, a *contrariu sensu* vem sendo cada vez mais dificultada, tanto no comportamento da jurisprudência, como na edição de leis completamente destoantes com a realidade contemporânea.

Como exemplo, traz-se à colação a Lei 10.826/03, (BRASIL, 2006 f, p. 906), também denominada de “Estatuto do Desarmamento”, cujo artigo 21 veda expressamente a suscetibilidade da concessão de liberdade provisória aos acusados incursos nos artigos 16, 17 e 18 do referido diploma, ou seja, aos acusados de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito, que são aquelas utilizadas pelas forças de segurança; comércio ilegal e tráfico internacional de armas.

Como se vê, em pouco mais de uma década o legislador transformou o que poderia se chamar de um crime-anão, em um crime com tratamento de hediondo, na contramão de confecção de leis mais tolerantes, como a 11.464/07.⁴⁹

A Lei 11.343/06⁵⁰ a novel Lei de Drogas também disciplina em seu artigo 44⁵¹, que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, o de fabricação de petrechos para tal fim, e os que colaboram de qualquer modo com grupos ou organizações criminosas para a prática de tráfico de drogas, não só estão privados da concessão da liberdade provisória, como de sursis, graça, indulto, anistia e conversão da pena em restritivas de direitos.

⁴⁹ Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º (...) II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

⁵⁰ Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

⁵¹ Art. 44. Os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada à conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Distorções em parte corrigidas pela já citada Lei 11.464/07 de que a jurisprudência de primeiro grau, mais maciçamente, e, em algumas colendas Câmaras de Segunda Instância insistem em não recepcionar. Diz seu artigo 1º, que alterou o artigo 2º da Lei 8.072/90, (BRASIL, 2006 g, p. 689) ou, Lei dos Crimes Hediondos:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2º [...]

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Como pode ser verificado, a nova redação do inciso II e seus respectivos parágrafos, do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos recentemente modificada, entre outras alterações significativas ora não objeto de nosso estudo, teve suprimida a insuscetibilidade da concessão de liberdade provisória, logo, por corolário, em inexistindo expressa vedação legal, a liberdade provisória [que pela interpretação da Constituição deveria ser a regra] passa a ser possível, mesmo aos acusados por crime hediondo ou equiparado, desde que não detentores dos pressupostos fundamentadores da prisão preventiva, todavia, anteriormente, a fundamentação para a manutenção da prisão ao preso em flagrante era a vedação expressa contida na Lei dos Hediondos, se fosse o caso; e, destarte a alteração na lei, presentemente, a situação procedimental não se alterou, e a fundamentação para a manutenção da prisão ao preso em flagrante tem sido o livre convencimento do magistrado, o arbítrio, a gravidade do delito, ou qualquer outra desculpa.

A legislação especial infraconstitucional deve evitar ao máximo, distinções no que tange a concessão ou denegação da liberdade provisória, que está sujeita, e assim deve permanecer, ao crivo da lei geral contida no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal, que simplesmente auferem se o flagranciado está ou não incurso em algum pressuposto fundamentador da prisão preventiva, o que deve bastar.

A inteligência do artigo 310 é clara é possibilita ao magistrado, de plano, conceder a liberdade provisória ao acusado, independente de provocação de advogado ou do Ministério Público, que deve ao menos ser consultado para fornecer seu opinamento.

Artigo 310: Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do [...] poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único: Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, à inoportunidade de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. (BRASIL, 2006 b, p. 435).

Do ponto de vista prático, são inúmeros os casos que se encaixam no contexto da inteligência do artigo 310 acima citado, fazendo jus, de plano, a concessão da liberdade provisória, todavia, o temor que os julgadores apresentam diante da possibilidade de se verem mal interpretados pela sociedade, como ‘aquele que solta quem a polícia prende’, preferem por aguardar o transcorrer da instrução, o que é uma ofensa à liberdade do preso.

Mais comum ainda, e pelas mesmíssimas razões expostas acima, é a manutenção da prisão após a lavratura de autos de prisões em flagrante, em desfavor de acusados que não ostenta qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

De ofício pode ser observado pelo magistrado que a conduta criminosa não ultrapassou a seara do dolo normal para a consecução do delito, e, também pode ser verificado que o flagrantado não ostenta antecedentes importantes, proporcionando que neste caso fica evidenciado que, em regra, não desgarantirá a ordem pública; o julgador também poderá vislumbrar que a custódia prisional não necessitará ser mantida para a conveniência da instrução criminal, já que as provas foram colhidas, e o feito prosseguirá na iminência de ser elucidado através da oitiva testemunhal, em hipótese, como milicianos, por exemplo, que não se cogita que poderão ser ameaçados pelo acusado; e, que estará assegurada à aplicação da lei penal, já que o acusado possui trabalho lícito comprovado, residência fixa, família ou fortes vínculos com a terra.

Preenchidos todos estes requisitos, seria de rigor ao magistrado, ao apreciar o auto de prisão em flagrante, se garantista e justo, decretar a imediata soltura do preso, impondo a este o compromisso de comparecer aos ulteriores termos processuais, e de não mudar de endereço sem comunicar àquela autoridade.

Mas, não é isso que se observa. Não raro, pessoas primárias estão sendo mantidas presas até por crimes de bagatelas [furtos de frascos de xampu, latas de ervilhas, maços de

cigarro, etc.], com previsão de aplicação de reprimenda corporal passível das benesses oferecidas no artigo 44 do Código Penal, que oferece alternativas em substituição as penas corporais, ou regime aberto; o que se esperar, então, quando a conduta é em tese mais grave?

Artigo 44: As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (BRASIL, 2006 c, p. 278).

O que o advogado criminalista efetivamente militante vivencia no dia-a-dia forense, mormente em defesa dos integrantes das classes sociais menos favorecidas, é que a prisão, efetivamente, passou a ser a regra, ao contrário do que pode ser extraído do Texto Constitucional, sendo a liberdade, a exceção, louvada apenas nos hodiernos livros de doutrina, nos discursos, mas não ultrapassando de um ideal, uma ficção; ou ainda, de como deveria ser.

O princípio constitucional da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, LXVI, (BRASIL, 2006 a, 14) diz: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, é como se fosse letra-morta e tratado pelos julgadores como ‘inaplicável’.

O entendimento dominante incutido na convicção íntima de boa parte dos integrantes da categoria das autoridades judiciárias é no seguinte sentido prático: “Uma vez acusado pela autoridade policial (independente dos métodos utilizados, pois os fins justificam os meios)

deve ser mantido preso, mesmo que primário, sem antecedentes, trabalhador, com residência fixa; até que prove cabalmente no curso da instrução, de que não subsistem provas para sua condenação”.

Parece exagero, mas não é. Uma coisa é o que está escrito, é o como deve ser interpretado, é o que é ensinado, é o que é apregoadado fervorosamente na oratória dos doutrinadores de vanguarda; outra coisa é o valor que o instituto da liberdade provisória é verdadeiramente encarado.

E isso, por que há uma grande gama de magistrados (óbvio que não todos) já predispostos a um prejulgamento, única e exclusivamente analisando no auto de prisão em flagrante às possibilidades, grosso modo, da procedência da ação, e, uma vez convictos de que há uma grande chance de que o acusado venha a ser condenado, o impedem de exercer seu direito subjetivo que é o de responder ao processo solto, mesmo sem ostentar os pressupostos da prisão preventiva e possuir os requisitos para a concessão da liberdade provisória.

O instituto da liberdade provisória, destarte descrito tanto na codificação processual penal como na Constituição Federal, como um direito fundamental e garantia do cidadão, vem sendo inobservado, e por que não dizer, desprezado em razão de uma série de fatores de influência que envolve boa parcela dos julgadores, que mesmo cultos e capazes, aparentam não saber discernir sua aplicabilidade; outros indubitavelmente sabem discernir, mas recusam-se a aplicação, motivando as duras decisões com argumentos sinteticamente pueris ou subjetivamente vagos, que não se coadunam com o princípio da fundamentação dos atos processuais.

Há, ainda, os julgadores que inconscientemente influenciados pela crescente violência diuturnamente veiculada nos meios de informações, se travestem de justiceiros, denegando rogo de liberdade, prendendo preventivamente e sentenciando, como uma máquina de condenar. Para tais, o processo é só uma mera formalidade para conferir a imprescindível legalidade ante, ao menos formalmente, injusta condenação camuflada pela ‘convicção pessoal’ de que está sendo feita a justiça material, que chega a ignorar vasto conjunto probatório em favor do réu em detrimento de um pequeno indício contrário.

O princípio da presunção de inocência é cultuado como se significasse o seu antônimo, ou seja, o da culpabilidade como se esta fosse certa.

A fundamentação nos casos de decretação da prisão preventiva, consoante se verá a seguir, igualmente tem sido relegada limitando-se a expressões subjetivas e assertivas vagas, como a gravidade do crime; ou que o acusado ‘decerto’ poderá fugir; ou que certamente ameaçará testemunhas, sem a efetiva demonstração de tais circunstâncias.

Ora, é na motivação idônea das decisões, como critério objetivo, é que está a maior mostra da imparcialidade do juiz.

E, em assim sendo, é inconcebível que alguns juízes deixem de aplicar regra tão essencial e elementar e decidam com fundamentações como: “razão tem o órgão ministerial, cuja manifestação adoto como razão de decidir”; ou, “indefiro o pedido de liberdade, pois presentes os pressupostos da prisão preventiva”; ou seja, são decisões desprovidas de fundamentação em si mesmas, portanto, nulas.

Esclarece-se que este trabalho não foi elaborado imbuído de um espírito parcial e eminentemente crítico, como se a nobilíssima magistratura fosse composta de injustos, o que está muito longe de ser verdade. Mas de chamar a atenção que a tão decantada imparcialidade dos juízes tem se mostrado na prática, em sua verdadeira extensão, um mito, já que todos, humanos que são, são parciais em algum ponto ou de algum modo, mesmo que inconscientemente, culminando com uma questão de gradualidade para a parcialidade; não obstante, a parcialidade em níveis baixos é jurídica e socialmente aceitável.

Em encontro ao nosso pensamento no que tange ao aventado prudente arbítrio do juiz, que é a liberdade conferida ao julgador para decidir, contudo, com cuidado e ponderação, as palavras do magistrado aposentado Francisco Fernandes de Araújo (2002, p. 08):

Muito se fala no prudente arbítrio do juiz [...] como se todos os juízes fossem realmente prudentes, o que nem, o que nem sempre ocorre, por falta de preparo adequado para o exercício de tão relevante mister. O prudente arbítrio do juiz muda muito de acordo com sua formação, a sua cultura, a sua vivência familiar e social, os seus gostos, a sua excelência ou falta dela etc.

E continua o citado julgador (2002, p. 18):

Portanto, o juiz, porque humano, com todos os seus vícios e defeitos, maiores ou menores, jamais poderá ser integralmente imparcial, porque sua cultura, sua formação, ambiente onde nasceu e cresceu, costumes da sociedade em que vive, sua ideologia política, religião, raça etc, constituem fatores que não permitem ilação diversa. Juiz absolutamente imparcial seria anjo e não juiz.

Retornando ao tema, enuncia o artigo 311 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2006 b, p. 435): “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a

prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”;

E, o artigo 312 do mesmo diploma (BRASIL, 2006 b, p. 435): “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”;

E ainda, o artigo 315 (BRASIL, 2006 b, p. 436): “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”.

Como se vê, além do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal (BRASIL, 2006 a, p. 53) afirmar que: “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”, o artigo 315 do CPP ante a importância do instituto da prisão preventiva, sem temor em ser redundante reforça que o despacho que a decreta ou denega deve ser fundamentado, passando inevitavelmente a idéia que “todas as decisões devem ser fundamentadas, e a que envolver prisão preventiva, ainda mais incisiva e imperativamente que outras”.

Assim, ordem pública é uma expressão de conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão ou de determinismo do seu conteúdo, e apresenta um elevado grau de abstração, mas ideologicamente indica uma situação de tranqüilidade e normalidade assegurada pelo Estado.

Sua garantia visa não só que se evitem novos delitos, como acautelar o impacto social causado pelo crime, contudo, não pode ser confundida necessariamente com o sensacionalismo provocado pela mídia, tampouco, por si só, com a gravidade dos fatos delituosos; e, para embasar decreto prisional que pela ótica constitucional deve ser a exceção, deve ser sopesada com outros valores para aferição de sua necessidade.

Resumindo, a decretação da prisão preventiva sedimentada na garantia da ordem pública, além de ostentar a missão acauteladora do meio social e conferir credibilidade à justiça em face da gravidade do delito e sua repercussão, visa evitar que o delinqüente venha a cometer novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja inclinado à prática de crimes, quer porque em liberdade encontrará estímulos para reincidir.

Quanto à garantia da ordem econômica, a prisão preventiva é aplicada de acordo com a magnitude da lesão causada ao Sistema Financeiro Nacional, e, na maioria das vezes, se destina aos delitos previstos na Lei Antitruste – 8.884/94; Lei do Colarinho Branco em

combate aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – 7.492/86; Lei dos Crimes contra a Economia Popular – 1.521/52; Lei 8.176/91; Lei 8.137/90.

A prisão preventiva por conveniência da instrução criminal é para asseguarção da prova processual ante fundada possibilidade do criminoso vir a influenciar prejudicialmente, por qualquer modo, a colheita de provas, podendo ser fazendo desaparecer as mesmas, apagando vestígios, ameaçando, subornando, ou afins.

Todavia, tal possibilidade deve ser eficaz e estar devidamente evidenciada em análise ao comportamento do delinqüente, não podendo prosperar sob meras conjecturas subjetivas ou assertivas vagas de mera probabilidade.

Por fim, a prisão preventiva justificada para aplicação da lei penal, que implica na garantia da execução da reprimenda imposta se procedente a ação penal, funciona cautelarmente para impedir que eventualmente o autor dos fatos venha a se furtar de sofrer a contraprestação ao ato ilícito que cometeu. Salvo exceções, é invocada quando o acusado não tem profissão definida; não tem endereço fixo conhecido ou resida fora da terra; não possuir vínculo familiar; dando azo a se crer que pode sem maiores empecilhos transmudar para qualquer outro local distante do distrito da culpa.

Soma-se aos fatos acima, a fuga do acusado ou sua escusa em atender ao chamamento judicial, furtando-se a citação ou deixando de comparecer aos ulteriores termos processuais quando em liberdade com vinculação, justifica a decretação da custódia provisória.

Não obstante, o édito de prisão preventiva, quer motivado para a garantia da ordem pública ou ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal, trata-se de medida excepcional que não pode ser invocada se ausente os rigorosos termos de sua perpetração, devendo arrimar-se em fatos concretos, e não em conjecturas vagas ou hipóteses, sendo que assertivas como desemprego, gravidade do crime, existência de antecedentes criminais, por si só são inaptas para motivar idoneamente o decreto prisional.

De outra banda, as condições pessoais do acusado como primariedade, bons antecedentes, residência fixa, atividade laboral lícita, portador de diploma universitário, e outras, se presentes os pressupostos exigidos, não são óbices para a cautela prisional.

Para finalizar, a crítica que se faz tem sido no sentido de que em respeito a preceitos constitucionais, a liberdade, que em tese devia ser a regra, enquanto a prisão, a exceção, é o contrário que se vê.

Não obstante, é imperial consignar que subsiste hodiernamente vigor da Lei 11.464/07 que alterou a redação do malsinado artigo 2º, inciso II, da controversa Lei

8.072/90, suprimindo deste diploma legal a vedação absoluta à concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados, adequando, nesse aspecto, o disposto na Constituição da República, que confere ao Judiciário a plenitude da avaliação das condições autorizadores do cárcere precaucional.

2.9 Considerações sobre citação e demais comunicações dos atos processuais

Neste tópico, interessa-nos apenas abordar a questão da citação⁵², que por definição é o ato processual que dá conhecimento formal ao acusado de que em seu desfavor foi instaurada uma ação penal, proporcionando que venha ao feito defender-se, todavia, a focalizaremos apenas na modalidade editalícia, que é aquela excepcionalmente ficta e realizada por meio de edital.

Quando se recorre a esta forma de comunicação de chamamento do réu, deve-se efetivamente exigir, impreterivelmente, o real esgotamento de todos os meios para o encontro do acusado para ser citado pela via mais convencional, mormente se incurso na hipótese do artigo 361 do CPP⁵³ (BRASIL, 2008 b), ou seja, quando não encontrado, pois:

[...] o direito fundamental da pessoa humana de saber-se processada criminalmente não pode ser preterido pela própria justiça, que deve diligenciar no sentido de localizar o acusado para a convocação por todos os modos e atentando para todos elementos de que disponha para tanto. (TACrimSP – RT 67/114).

Ou ainda, o voto do Desembargador Roberto Martins: “Nula, em princípio, certidão que dá o réu como em local incerto e não sabido se procurado este pelo meirinho somente uma vez no endereço constante dos autos”. (JUTACRIM 20/347)

⁵² Há ao tempo da confecção deste trabalho o Projeto de Lei 4203/01 em tramitação política para a finalidade de reforma do Código de Processo Penal, inclusive o que atine a citação por edital, art. 366 entre outras modificações.

⁵³ CPP. **Art. 361** - Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.

Embora a praxe enxergue ser um exagero apto a exonerá-la no que tange à expedição de ofícios solicitando informações ao Tribunal Eleitoral Regional, ao Ministério do Trabalho, ao serviço de identificação e órgãos afins, comungamos do pensar que em homenagem ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal não o é, mormente se a ação penal contar com advogado no patrocínio do réu, constituído ou nomeado e fizer tal solicitação ao juízo, que em nosso entender fica defeso em negar, sob pena de cerceamento de defesa.

Se a Carta Constitucional em seu artigo 5º, principalmente nos incisos LIV e LV (BRASIL, 2006 a, p. 14) apregoa que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e, “aos litigantes do processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” ora, embora não explícito, mas é notório que a conseqüência de um processo penal em desfavor de alguém que é processado alheio ao seu conhecimento e condenado, pode vir a perder seus bens e ou sua liberdade, assim, imperativo que além da mentalidade de se afirmar que o juízo ou a polícia judiciária não devem se investir de investigadores na busca do réu, deve-se ao menos verdadeiramente esgotar todos os meios para sua localização, antes da citação por edital. E, como se assegurar contraditório e a ampla defesa se efetivamente não houver desprendimento estatal na localização do processado?

A citação editalícia deve ser sempre a exceção e utilizada apenas quando materialmente inidônea sua realização, e, não pode servir de válvula de escape para eventual ineficiência do mau aparelhamento estatal para solucionar problemas de ordem repressão contra a criminalidade.

Mesmo por que o edital, em regra, atinge seu objetivo formal e não material, pois o acusado jamais o lê fixado no fórum. O que se pode dizer, então, da citação por precatória devolvida sem cumprimento, cujo edital é afixado na comarca deprecante, mesmo sabendo-se que o citando se encontra em comarca distinta daquela, ou seja, na deprecada.

E se a situação requerer citação por carta rogatória em face de acusado residente no exterior, que alheio ao que está ocorrendo no país deprecante, muda-se do endereço certo que era sabido?

Ora, o posicionamento acima exige que uma pessoa adeque seu meio de vida ou seu trabalho a um comportamento para atender formalidade de ordem processual.

Entendemos que é o Estado que deve providenciar meios para a localização do acusado, e não este que é, consoante a Constituição Federal, presumivelmente inocente, quem deve ficar a mercê do juízo para seu chamamento ao processo.

Abaixo, um julgado da lavra do Desembargador do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Chiaradia Netto, cuja inteligência contraria o exposto:

Estando constantemente o réu em viagens por lugares ignorados até mesmo por seus familiares, e pouco e apenas rapidamente aparecendo em sua residência, não há alegar nulidade se, não sendo encontrado pessoalmente, a despeito da persistente diligência do meirinho, for determinada sua citação por editais. (JUTACRIM 20/45).

Diferentemente do julgado abaixo proferido pelo Desembargador Batista Garcia, do mesmo sodalício acima, que deve receber integral adesão: “É nula a citação editalícia antes de esgotados os meios para localização do réu. Sendo o mesmo motorista profissional, de evidente pertinência a pretensão defensiva de sua eventual localização através do DETRAN”. (JUTACRIM 54/406)

Observa-se que medida mais acertada é a adoção da citação por hora certa, admitida no processo civil, preferível à manutenção de uma equivocada citação editalícia, evitando-se, assim, maiores riscos de infrigência a preceitos constitucionais [vide nota de rodapé n. 52].

Para encerrar este tópico, exclusivamente visando os casos em que o acusado foi indiciado indiretamente e processado, por óbvio, a revelia, não atingindo aqueles que sabedores do inquérito ou processo em seu desfavor, desaparecem para burlar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, devendo quanto a estes, além de serem intimados por edital, ter contra si édito de prisão preventiva, se a imputação assim o permite.

Outro tema discordante, agora na horda das intimações, é o que prevê que o representante do Ministério Público, o Procurador Público da Assistência Judiciária e os advogados nomeados devam ser intimados pessoalmente das decisões, sendo que tal não se estende ao advogado constituído, o que a nosso ver, ofende o princípio da igualdade e da paridade de armas.

Miremos na situação de ação criminal em desfavor de vários réus em concurso de pessoas. Os porventura assistidos por defensor público ou dativo [este último não goza de tal prerrogativa pacificamente, havendo entendimento em contrário] possuem prazo em dobro e intimação pessoal, tal como o representante do Ministério Público; e o advogado constituído de um ou mais dos acusados tem de se mobilizar com o prazo simples a partir do publicado pela imprensa, o que também ofende o princípio da isonomia insculpido na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, ‘caput’, (BRASIL, 2006 a, p. 14) que afirma: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”; e que também está disperso por

vários outros dispositivos constitucionais, tendo em vista a preocupação da Carta Magna em concretizar o direito à igualdade.

Cabe citar os mais notados: a) igualdade racial [art. 4º, VIII]; b) igualdade entre os sexos [art. 5º, I]; c) igualdade de credo religioso [art. 5º, VIII]; d) igualdade jurisdicional [art. 5º, XXXVII]; e) igualdade trabalhista [art. 7º, XXXII]; f) igualdade tributária [art. 150, II]; g) nas relações internacionais [art. 4º, V]; h) nas relações de trabalho [art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV]; i) na organização política [art. 19, III]; j) na administração pública [art. 37, I] (BRASIL, 2006 a).

Assim, se a Constituição Federal mostra verdadeiramente se preocupar com a igualdade material, porque se prestigiar uma desigualdade no tratamento dos acusados, ou entre as partes, quando privilegia-se a atuação do órgão ministerial, quando atuante no processo penal?

2.10 Sentença penal

Diz o parágrafo 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2004, p. 259) ao definir sentença, afirmando que: “Sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

São dois os vícios mais encontrados na análise das sentenças criminais. O primeiro é quando o juiz adota as alegações do promotor de justiça como razão de decidir, ofendendo sobremaneira o princípio da motivação dos atos processuais, inclusive, entende-se que confere nulidade à decisão, e, conseqüentemente, ao processo, e, não só a sentença propriamente dita, mas a todas as demais decisões.

O segundo é quando deixa de apreciar tese defensiva, ignorando-a, ou ainda, se não a ignora, a cita dando conotação diversa em relação ao que foi materialmente suscitado pela defesa, proporcionando um pseudocombate à alegação defensiva.

Exemplo disso é o voto do Ministro Moreira Alves, do Pretório Excelso:

A falta de fundamentação da sentença com relação às teses da defesa que tem relevância é causa de nulidade desta que deveria ter sido reconhecida pelo acórdão impugnado e não o foi por fundamentação que não pode prevalecer. Habeas corpus conhecido e deferido, para, cassado o acórdão na apelação, anular a sentença de primeiro grau, a fim de que outra seja

proferida devidamente fundamentada. Com efeito, a sentença não tem qualquer fundamentação a propósito da tese da defesa, que é relevante, da desclassificação do crime para exercício arbitrário das próprias razões, limitando-se a dizer que **‘ a defesa, apesar do esforço realizado por ocasião de sua tese de alegações finais, esta não logrou êxito, porquanto não se comprovou o alegado’**. Apesar disso, o acórdão que julgou a apelação, onde se levantou a alegação de nulidade da sentença por falta de apreciação dos fundamentos das alegações finais de defesa, a repeliu com base em que **‘o sentenciante, no relatório, fez menção expressa as teses expendidas pelo acusado nas suas alegações finais; se o magistrado concluiu pela condenação, ante o que restou provado, disso emerge que as teses de absolvição e desclassificação restaram prejudicadas, sem que disso gerasse prejuízo ao acusado, em ordem a resultar a ineficacização da sentença, como quer o apelante’**. Ora, a falta de fundamentação da sentença com relação às teses da defesa que tem relevância é causa de nulidade desta que deveria ter sido reconhecida pelo acórdão ora impugnado e não o foi por fundamentação que não pode prevalecer, qual seja a de que, em virtude da condenação, estas teses, que não foram fundamentalmente rebatidas, estavam prejudicadas sem prejuízo para o réu. (HC 75340-0; j. 05.12.97 – JSTF-LEX 237/263 – Grifo nosso).

Como observado, apreciação e afastamento fundamentado de tese defensiva deve ser idônea no sentido material, e não meramente formal. Assertivas vagas como “a brava defesa não conseguiu exculpar o réu”; “as alegações defensivas não se coadunam com o conjunto probatório coligido nos autos”; e conjecturas evasivamente similares são imprestáveis para satisfazer as necessidades do instituto em comento.

Silva Franco em voto à apelação que relatou, ensinou que:

Deve existir clara correlação entre a motivação e a decisão que se recorre. A motivação tem que ser obrigatoriamente específica, adequada à determinada sentença. A motivação padronizada, estandardizada e que guarde generalidade de tal ordem que possa ser indiferentemente apresentada em qualquer impugnação, é tudo, menos motivação. É a própria carência de motivação. (RT 355/361 – TACrim).

Decididamente, não se pode confundir livre convencimento com convicção íntima.

Pacífico é que a sentença condenatória não deve adotar a cota emanada do órgão acusador, mesmo que percuciente, como sendo razão de decidir. Por conseguinte, é nula a sentença que se limita a adotar literalmente a cota ministerial, omitindo análise dos argumentos defensivos.

O Desembargador Pedro Gagliardi, em seu voto no apelo, proferiu a feliz lição:

É nula a sentença em que o magistrado, ao invés de criar a sua visão do processo e expô-la na peça decisória, simplesmente opta pela visão de uma das partes, eis que a sentença é um ato indelegável do juiz, de natureza criativa, que resulta da captação intelectual das provas. (RJD 15/172).

O eventual argumento de rejeição implícita da tese apresentada, que é maciçamente inaceita no processo penal, não pode prosperar, uma vez que o decisório deve apreciar todas as questões suscitadas pelas partes, sob pena de comprometimento da efetiva prestação jurisdicional; e, uma mera alusão ao dispositivo legal igualmente constitui fundamentação inidônea que leva a nulidade do feito.

Na aplicação da pena, salvo quando infirmada no mínimo legal, imperativa é a motivação em consonância efetiva com o disposto no artigo 59 do Código Penal (BRASIL 2008 c)⁵⁴.

A gravidade do crime genericamente considerada, bem como a presunção subjetiva de periculosidade, também não constitui fundamentação idônea para agravamento do regime de cumprimento de pena, mormente sem criteriosa fundamentação.

A doutrina e a jurisprudência são praticamente uníssonas em afirmar que meras circunstâncias não são suficientes para autorizar decreto condenatório, que deve estar lastreado no conjunto probatório cabal e incontestável.

2.11 O processo dos crimes da competência do júri

Neste tópico muitíssimo peculiar, algumas considerações serão tecidas, salientando que o referido instituto, o Tribunal do Júri, destarte com previsão constitucional, mais precisamente no artigo, 5º, inciso XXXVIII⁵⁵, o que o transforma em cláusula pétrea, sofre

⁵⁴ CP. Art. 59. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁵⁵ CF. Art. 5º. [...]

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

a) a plenitude de defesa;

muitas críticas, e os que clamam pela sua extinção, embora de modo inócuo face ao exposto, fazem maioria ante os que defendem sua manutenção.

Assim, o julgamento daquele que comete crime grave contra a vida de qualquer pessoa foi entregue ao homem leigo, que estará representando com seu voto todo sentimento de justiça de uma comunidade.

São os jurados que ignorando as teorias, os conhecimentos específicos e os processos zetéuticos de dedução e indução, contando apenas com sua convicção, decidem sobre a conduta do acusado posto ao seu crivo, afirmando, desta forma, o exercício da cidadania e fortalecimento da democracia.

Um defeito contundente que vale ser abordado é quanto à decisão de pronúncia ser *pró-societatis*, bastando, apenas, de meros indícios de que o acusado seja o autor do delito cometido, o que muitas vezes pode proporcionar que um inocente que ostente contra si os tais indícios de autoria necessários para a pronúncia, seja submetido à julgamento pelos seus pares e injustamente condenado, em lugar do verdadeiro criminoso.

Stocco (2005, p. 839), asseverou:

Também se impõe alargar o espectro de abrangência da absolvição sumária, somente levando a julgamento pelo júri aqueles fatos criminosos que contenham grau de certeza maior para ser submetidos a um colegiado, de modo a evitar o incomensurável constrangimento, para o acusado, de ver-se processado por crime doloso contra a vida sem os necessários suprimentos de certeza, mormente quanto aos indícios de autoria, como também, à certeza de inexistência de qualquer causa de exclusão do crime ou de isenção de pena.

E prossegue com pensamento ora discutido em sua íntegra:

A Constituição Federal protege e resguarda o cidadão, assegurando-lhe o direito de liberdade e um processo justo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Significa que as ações penais temerárias encetadas pelo Estado-juiz não podem prosseguir. O envio do acusado ao Tribunal do Júri para ser julgado por seus pares só se justifica se presentes todos os pressupostos exigidos para tanto.

Deve ainda ser evidenciado que em virtude do excessivo formalismo e da morosidade no cumprimento do rito concernente aos crimes que são julgados pelo tribunal

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

popular, em regra são apenados com reclusão, contudo, o infanticídio e o auto-aborto ou aborto consentido pela gestante são tipificações apenadas com detenção, e abrangidos pela suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95, (BRASIL, 2006 h, p. 773) o que enseja a um incontestável desperdício a reunião de todo aparato ritualístico para a realização de um plenário para aqueles acusados que não ostentam os requisitos da benesse, e que se sabe redundará em um resultado penal bem menos expressivo.

Um segundo estudo que merece menção é quando ocorre do réu que respondeu a instrução processual preso, por decisão devidamente fundamentada, vem a ser julgado e absolvido pelo voto dos juízes leigos, o que ensejará na sua liberdade; e após, se houver provimento do Tribunal ao apelo ministerial, anulando àquele julgamento e decretando um outro, a lei é omissa e a jurisprudência não é remansosa, se o réu deve retornar à prisão e aguardar julgamento; deve-se permanecer solto até o novo julgamento, ambos os casos automaticamente por força da decisão de segunda instância; ou se será preso por força da prisão pela pronúncia que ocorreu anteriormente ao primeiro julgamento ou na pendência de novo decreto de prisão preventiva, devidamente fundamentado, se subsistirem seus pressupostos autorizativos.

Pode ser concluído com base nos princípios insculpidos na Constituição Federal que apenas a primeira hipótese deve ser descartada, pois, o contrário é inadmitido, já que se o réu que respondeu solto ao processo e for preso após condenação, vier a ter provimento em sua irresignação posta à apreciação de segunda instância, salvo ordem emanada do Tribunal nesse sentido, aguardará ao novo julgamento preso, o que também deve ser reavaliado, pois o princípio da presunção de inocência é revigorado com a posterior decisão do Tribunal *ad quem*.

Mesmo assim, o Ministro do Pretório Excelso, Carlos Velloso quando se posicionou a respeito, mesmo que de modo minoritário, afirmou:

Tendo sido anulado o julgamento pelo júri, admissível é a restauração da sentença da pronúncia, que determinara a custódia do réu, sendo desaconselhável a consideração de razões e circunstâncias de fato tidas como favoráveis à dispensa da prisão, diante da proximidade do novo julgamento. (HC 69744-5 – RT 783/554).

Contudo, a questão ora lançada e a opção acima assumida encontra amparo em vários posicionamentos, como a seguir: “Esta corte já firmou jurisprudência no sentido de que a anulação da decisão absolutória do júri não restabelece, automaticamente, a prisão pela

pronúncia, sendo indispensável à respectiva fundamentação”. (STF – 1ª T. HC – Min. Sydney Sanches – j. 30/06/98 – Bol. IBCCRIM 75/325).

A decisão de Tribunal que, em recurso da acusação, anula ou cassa o veredicto absolutório do júri, não restabelece a prisão decorrente da sentença de pronúncia salvo fundamentação adequada ao caso concreto. (STJ – 1ª T. HC – Min. Sepúlveda Pertence – j. 09.06.98 – RT 758/468).

E o parecer do Ministro do STF Maurício Correa, é:

A anulação do veredicto absolutório do Tribunal do Júri não restaura automaticamente a prisão preventiva anteriormente decretada. Tornando-se necessária à custódia do réu, exige-se novo decreto de prisão prolatado por autoridade competente, nos limites dos casos previstos em lei e devidamente fundamentado: todas as decisões do poder judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade: inc. IX do art. 93 da Constituição. (RTJ 165/660).

De outra banda, embora o artigo 484, VI do CPP⁵⁶ enuncie que os quesitos devam ser formulados em proposições simples e bem definidas, para que possam ser respondidos pelos jurados com precisão e clareza, sendo vedada a apresentação de quesitos complexos ou na forma negativa; contudo, diante de certa perplexidade das próprias teses, tais como inexigibilidade de conduta diversa, culpa consciente, motivo fútil, incidência de reincidência

⁵⁶ CPP. Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

- I - o primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo;
 - II - se entender que alguma circunstância, exposta no libelo, não tem conexão essencial com o fato ou é dele separável, de maneira que este possa existir ou subsistir sem ela, o juiz desdobrará o quesito em tantos quantos forem necessários;
 - III - se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude;
 - IV - se for alegada a existência de causa que determine aumento de pena em quantidade fixa ou dentro de determinados limites, ou de causa que determine ou faculte diminuição de pena, nas mesmas condições, o juiz formulará os quesitos correspondentes a cada uma das causas alegadas;
 - V - se forem um ou mais réus, o juiz formulará tantas séries de quesitos quantos forem eles. Também serão formuladas séries distintas, quando diversos os pontos de acusação;
 - VI - quando o juiz tiver que fazer diferentes quesitos, sempre os formulará em proposições simples e bem distintas, de maneira que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza.
- Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte:
- I - para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito;
 - II - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo;
 - III - o juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas;
 - IV - se o júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz o questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas.

com todas as suas nuances, e outras, o teor do questionário acaba culminando como de difícil entendimento, o que tem proporcionado resultados diversos do pretendido pelo conselho de sentença, e, quando não, um caleidoscópio de respostas desconexas passíveis a anulação do julgamento e a realização de outro, o que tem sido um entrave para a administração e perpetração da justiça.

A terceira consideração é a descrita acima e atine ao sistema de questionário vigente, que deve ser modificado e simplificado⁵⁷, de modo que os quesitos fundamentais ou essenciais tenham redação na lei.

Uma quarta observação e das mais necessárias consiste na elaboração de crítica ao entendimento jurisprudencial de que uma vez pronunciado o réu, não cabe mais a alegação de excesso de prazo ensejador de sua soltura antes do julgamento, pois inexiste na legislação a fixação deste para submissão ao julgamento pelo Júri; contudo, se já não fosse um absurdo que ignora a avaliação de cada caso concreto, bem como a necessária observância ao princípio da proporcionalidade, para socorro desta deficiência foi editada em 2004 a Emenda Constitucional 45, que introduziu no artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que prediz: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 2006 a, p. 15)

Nossa quinta observação consiste quanto ao prazo para a defesa recorrer da sentença de pronúncia, pois se a inteligência do artigo 413⁵⁸ diz que o processo não prosseguirá até que o réu seja intimado, entendemos que o prazo para oferecimento de recurso deve vigorar a partir da intimação do último a tomar ciência da decisão, mui provavelmente o réu.

Uma sexta assertiva digna de nota é quanto ao descrito no artigo 424 do CPP⁵⁹, o desaforamento do júri, pois entendemos que em nome do princípio da celeridade e concentração dos atos processuais, deveria ser conferida ao juiz singular, a autonomia para analisar os pressupostos que justificam o desaforamento e decidir sobre a concessão ou não do

⁵⁷ Há ao tempo da confecção deste trabalho o Projeto de Lei 4203/01 em tramitação política para tal finalidade, entre outras modificações, inclusive quanto ao artigo 484 abaixo e demais institutos.

⁵⁸ CPP. Art. 413. O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia.

Parágrafo único. Se houver mais de um réu, somente em relação ao que for intimado prosseguirá o feito. (BRASIL, 2006 b).

⁵⁹ CPP. Art. 424. Se o interesse da ordem pública o reclamar, ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, o Tribunal de Apelação, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do juiz, e ouvido sempre o procurador-geral, poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde não subsistam aqueles motivos, após informação do juiz, se a medida não tiver sido solicitada, de ofício, por ele próprio. * Instituto em vias de ser alterado sob proposição do Projeto de Lei 4203/01.

Parágrafo único. O Tribunal de Apelação poderá ainda, a requerimento do réu ou do Ministério Público, determinar o desaforamento, se o julgamento não se realizar no período de 1 (um) ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa.

referido instituto, e, só na sua recusa em concedê-lo é que os autos subiriam a superior instância, o que prestigiaria o juiz da causa e minimizaria demora na tramitação dos autos, mormente pelo fato do magistrado do juízo singular, pela vivência dos fatos, poder melhor discernir acerca da necessidade da imposição da medida.

Não é razoável, já que o magistrado processante tem que ser impreterivelmente ouvido acerca do desaforamento, e suas informações são de relevante preponderância para a decisão do Tribunal, que reconhecer pela necessidade do desaforamento, tenha que submeter e aguardar a apreciação do Tribunal, que neste caso, mui provavelmente deferirá a mudança de foro de julgamento com espreque no acenamento favorável do juiz.

É exatamente essa a posição do Ministro do STF Rafael Mayer:

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a palavra do juiz processante, em matéria de desaforamento, tem sempre fundamental importância. Ninguém melhor que a autoridade judiciária local para sentir e dizer com isenção da conveniência da medida, que só excepcionalmente é permitida, em atenção ao interesse público. (RT 592/409).

Assim como pensa também, e de modo mais completo, o Desembargador do TJSP Cunha Camargo:

Cuidando-se de desaforamento, a informação do juiz é de grande ou maior valia para a apreciação do pedido e seu julgamento, exatamente porque, com serenidade e imparcialidade, vive ele o cotidiano da comarca e seus habitantes, sabendo, como ninguém, se a segurança do réu, fundada suspeita de parcialidade dos jurados ou interesse de ordem pública reclamam e autorizam a subtração do julgamento aos jurados da comarca em que praticado o crime. (RT 592/324).

Muito cuidado deve-se ter com a inteligência do artigo 435 do CPP (BRASIL 2008 b) ⁶⁰, pois, a convicção religiosa, tão respeitada em outros segmentos, inclusive, com respaldo constitucional, não deveria ensejar punição na recusa do cidadão que a alega como incompatível de servir como jurado, salvo se inexistir, na comarca, outras pessoas hábeis para tal mister.

Se há isenções por previsão legal, que prevê até o caso de donas-de-casa, justo que se inclua o convicto religioso que não queira tal serviço.

⁶⁰ CPP. Art. 435. A recusa ao serviço do júri, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, importará a perda dos direitos políticos.

Por fim, uma questão clássica nos julgamentos é a contradição existente entre a publicação exata do resultado da votação dos quesitos e o sigilo das votações, que ao menos quando o resultado é unânime, ou seja, sete a zero, está comprometido.

2.12 Seqüência dos processos de crimes competentes ao juiz singular, inclusive, os contra a honra.

O processo tem início com a denúncia ou queixa que é a acusação formal com a descrição do fato criminoso.

A partir de então, o juiz, ao receber a exordial acusatória designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu.

O contido no artigo 394 do CPP⁶¹ (BRASIL, 2008 b) é omissivo quanto ao prazo para citação de réu preso, contudo, ficou convencionado que deve ser citado o mais breve o possível, o que tem ocasionado injustiças, já que sem a fixação de um prazo certo, o juízo processante tem se valido de assertivas das mais inimagináveis para justificar atrasos que superam a razoabilidade, como a necessidade de expedição de cartas precatórias, ou que são vários réus, e assim, por diante, dando azo a se manter preso por mais de 90 dias acusados sem terem sido citados, e, com a conivência e suporte de algumas Colendas Câmaras de pensamento mais retrogrado do egrégio Tribunal *ad quem*, na análise de Habeas Corpus.

Quanto ao artigo posterior, que trata do instituto da defesa prévia, muita polêmica traremos à baila.

Resta pacificado que o não oferecimento de defesa prévia por defensor constituído não anula a ação penal, salvo se ocorrer patrono não ter sido intimado para tal mister.

Contudo, há uma corrente que neste último caso exige a comprovação do prejuízo, o que dá azo a pertinente indagação, pois, o que essa facção da jurisprudência aceita e interpreta como prejuízo?

Não é qualquer cumprimento de ato formal que afastará a incidência do prejuízo, mormente se a sentença for condenatória, pois a defesa prévia, peça processual que possibilita

⁶¹ CPP. Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente.

o oferecimento de elenco testemunhal e rogo de realização de diligências pode mudar todo curso do processo, de modo que quando impossibilitada pelo Estado-Juiz, sempre proporcionará prejuízo à ampla defesa do réu.

É incontestado que uma coisa é o réu ser processado e julgado tendo que comprovar sua inocência ante testemunhas arroladas exclusivamente pela acusação; outra é se puder arrolar também em seu favor, que poderão, inclusive, demonstrar um alibi, propiciar uma dúvida temporal, pessoal, e afins.

Indiscutível que uma perícia, uma acareação, um novo reconhecimento ou interrogatório, uma reconstituição, não só podem como mui provavelmente enriquecerão o feito de informações antes não produzidas, portanto, entendemos que a não intimação para oferecimento de tal defesa implica em nulidade insanável, por ofensa ao contraditório e a ampla defesa; todavia, iremos mais além à análise da atuação deste importante diploma processual penal.

Deve ser observado quanto a implacável exigibilidade de rigoroso cumprimento do tríduo para a sua apresentação, contando-se a partir do interrogatório do réu, se no caso com advogado presente.

É cediço que o processo penal, entre outras assertivas, prima pela consecução da verdade real, e deve, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, presumivelmente ser encarado como garantista, objetivando coibir os eventuais abusos estatais ante a pessoa do acusado.

A reiterada experiência na advocacia criminal tem demonstrado que para o exercício efetivo da ampla defesa preceituada na Constituição Federal vigente, a setuagenária legislação processual penal, mormente no que atine a alguns institutos dentre os quais se encontra o contido no artigo 395 (BRASIL, 2008 b)⁶², devem passar a ser interpretados, não literalmente, mas à luz da Carta Constitucional vigente, e, em assim sendo, há de ser consentida certa flexibilidade aos prazos de interposição, sob pena de um ultrapassado aspecto meramente formal vigorar e suplantar a inteligência de princípios constitucionais fundamentais, o que é um contra-senso, mesmo em face o argumento de que a intenção do legislador é abreviar o tempo de tramitação da persecução penal.

Um exemplo clássico de tal ocorrência vem a seguir.

Suponhamos um acusado preso que tem advogado dativo nomeado em sua defesa e é interrogado em uma 5ª feira. Como sabemos, nesse caso em se seguindo a letra da lei, o tríduo

⁶² CPP. Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

passa a contar no dia posterior, 6ª feira, findando na próxima 2ª feira. Ora, não se discute que em tal prazo é possível a apresentação de uma defesa prévia ao menos suficiente, sob o aspecto formal, contudo, há hipóteses em que não, pois o acusado, embora processado em uma comarca, pode ser oriundo de uma outra, por vezes longínqua, o que dificulta ou indisponibiliza o acesso à família do acusado, que mui das vezes são detentores de informações preciosas, e ainda, pode estar preso em uma outra urbe diferente do seu domicílio e também da comarca processante.

Assim, pergunta-se: qual o prejuízo [que sempre se exige que seja comprovado pela defesa] em se conceder uma flexibilização no prazo para o aceite da defesa prévia? Ou, se mantido este, por que não aceitar o rol testemunhal extemporâneo, se justificado pela fé do grau do advogado previamente na tempestiva peça?

Em resumo, o que se vê é um processo penal alardeado como garantista, como perpetrador do contraditório e da ampla defesa, contudo, materialmente peca por inútil excesso de formalismo em prejuízo da defesa do réu, o que deveria ser inadmissível.

Qual a verdade real que se almeja ou se obtém, quando é vedado ao acusado oferecer a apresentação de testemunha presencial e imprescindível para a elucidação do feito, pelo fato de sua defesa preliminar ter sido oferecida um dia depois? Idem quanto ao contraditório e a ampla defesa?

É incrível imaginar em um típico Estado Democrático de Direito, alguém que poderia [deveria?] ser absolvido, seja condenado pelo fato de um aspecto meramente formal, por vezes por razões alheias a sua vontade e de seu defensor, consistente na inaceitação da defesa prévia, por que intempestiva, independente de prejudicar o regular deslinde do feito.

Assim, se mantida inexoravelmente a letra da lei, a defesa prévia poderia ser aditada até a audiência de início de instrução, que nenhum prejuízo iria proporcionar ao processo.

Tal posicionamento tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme RT 652/335 (Rio Grande do Sul, 2008a).

Outra temática consiste no prazo para oferecimento da prévia quando se tratar de interrogatório por precatória.

Nesse caso, entendemos que o prazo passa a fluir a partir da juntada da precatória aos autos, independentemente do defensor ter estado presente ao ato ou não à audiência. E isso, porque ao réu deve ser concedido a interpretação mais benéfica, já que se o advogado ausente, o prazo fluirá após a juntada e conseqüente intimação, por que o defensor presente ao ato deprecado deva juntar a referida peça processual antes da chegada da precatória, se não surtirá efeito algum ao feito?

Por fim, no que tange o oferecimento de testemunha declinando que está comparecerá em audiência para ser ouvida independente de intimação oficial.

Em tal caso, é de ser concedido à defesa do acusado, o direito de uma nova oportunidade para sua oitiva, caso seja faltante, e, até mesmo, para a segunda oportunidade concedida, de substituir a espontaneidade de comparecimento tentado pela intimação judicial.

Deve ser observado que a acusação sempre imporá que as testemunhas intimadas sejam pela via do meirinho, e, quando a defesa propõe a apresentação independente de intimação, o faz por múnus colaborativo, ajudando a desafogar o judiciário de mais uma intimação que a defesa imagina desnecessária; e, quando assim se compromete, e, por motivos alheios a sua vontade não consegue cumprir com o desiderato vindo a ver precluso seu direito à oitiva da testemunha, passa a ter incontestemente prejuízo; assim, entendemos que uma segunda oportunidade deveria ser dada a defesa.

Quanto ao elenco de testemunhas arroladas no processo ordinário, embora o artigo 398 do CPP⁶³ (BRASIL, 2008b) seja textual que no número de oito NÃO estão compreendidas as que não prestam compromisso, e as referidas, o comportamento dos juízes de primeira instância, via de regra, tem sido no sentido de oito ser o número máximo a ser ouvido, incluindo-se as que não prestam compromisso e as referidas, em patente abuso em nome da celeridade processual.

Já a inteligência do artigo 401⁶⁴ (BRASIL, 2008b), que prediz que as testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 20 dias, quando o réu estiver preso, passou a beirar o patético, sendo mais lendária do que funcional.

Imaginar que as testemunhas de acusação serão ouvidas dentro de 20 dias, a partir do tríduo da prévia, em caso de réu preso, tem se mostrado uma ululante utopia, contudo, nesse caso o prejuízo é todo do acusado, e o que faz o Estado? Simplesmente se justifica com esfarrapados paliativos que se sobrepõe à liberdade humana e ao direito a um processo findado em um prazo razoável.

Essa é uma das provas que o processo penal, em nosso ordenamento, é, ao contrário do que deveria, um instrumento de persecução penal como sinônimo de fins de condenação, pois, como pudemos observar no curso deste trabalho, exige-se do acusado a comprovação do

⁶³ CPP. Art. 398. Na instrução do processo serão inquiridas no máximo oito testemunhas de acusação e até oito de defesa.

Parágrafo único - Nesse número não se compreendem as que não prestaram compromisso e as referidas.

⁶⁴ CPP. Art. 401. As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, quando o réu estiver preso, e de 40 (quarenta) dias, quando solto.

Parágrafo único - Esses prazos começarão a correr depois de findo o tríduo da defesa prévia, ou, se tiver havido desistência, da data do interrogatório ou do dia em que deverá ter sido realizado.

efetivo prejuízo para reconhecimento de uma nulidade, que óbvio, existindo o beneficiará; contudo, o Estado infringe prazos prescritos em lei, e, nesse caso, não há mais positivismo, não há mais a letra seca da lei, só quando é para impor os três dias para a apresentação da defesa prévia sob pena de preclusão. Não seria o caso dos processos com excesso de prazo ficarem preclusos de punibilidade em face da desídia e desaparelhamento da máquina estatal?

Inclusive, o artigo 402 do Estatuto Processual Penal⁶⁵(BRASIL, 2008b) tem sido letra morta, pois, invariavelmente os componentes da magistratura, salvo raras exceções, dão satisfação em todos os processos que são concluídos com excesso de prazo, o que é a esmagadora maioria.

Ainda deve ser trazido à discussão comentário acerca do artigo 499⁶⁶ (BRASIL, 2008b) do mesmo diploma, que abre para as partes a possibilidade do requerimento de diligências pertinentes ao curso da instrução processual, consistente em instituto de grande amplitude, mas que via de regra, desvalorizado pela esmagadora maioria dos defensores, contudo, algumas ressalvas sobre restrições impostas pelo comportamento dos representantes da magistratura devem ser colocadas em pauta.

Em primeiro, a fluência do prazo de 24 horas em cartório deve ser considerado revogado após o advento da Constituição Federal de 1988, pois tal dispositivo não se coaduna com o princípio da ampla defesa, devendo ser possibilitada a carga dos autos fora da serventia para estudos pelo respectivo prazo, sucessivamente, tanto quanto forem os réus quando representados por defensores diversos, inclusive, é imperativo que o patrono seja intimado para tal mister.

Nesse diapasão, importante trazer à colação a inteligência da Súmula 710 do Pretório Excelso: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

E, embora seja o dispositivo apropriado para a realização de diligência originada no coligido na instrução pretoriana, mesmo sem ser instrumento bastante para indicação ampla de provas, desiderato pertencente à defesa inculpada no artigo 395⁶⁷ (BRASIL, 2008b) do mesmo diploma penal, entendemos que mesmo não sendo a regra, é possível, se justificada a

⁶⁵ CPP. Art. 402. Sempre que o juiz concluir a instrução fora do prazo, consignará nos autos os motivos da demora.

⁶⁶ CPP. Art. 499. Terminada a inquirição das testemunhas, as partes - primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, e depois, sem interrupção, dentro de igual prazo, o réu ou réus - poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes.

⁶⁷ CPP. Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

necessidade, da oitiva de testemunha não ouvida na instrução, situação que não vem sendo anuída pela maioria dos julgadores de primeiro grau, que em assim agindo, inobservam respeito à ampla defesa com todos os meios a ela inerentes.

Outro aspecto que comumente quebra a paridade de armas é quando após a manifestação ministerial é dado prazo à defesa e esta requer diligências. Invariavelmente os juízes concedem vista ao representante do órgão ministerial para opinamento, e, não raro, tal parecer acaba sendo acompanhado pelo julgador na sua conclusão.

Entendemos que da mesma forma que o defensor não opina no que é pleiteado nessa fase pela promotoria de justiça, dominus litis da ação penal, que em muitas das vezes solicita inoportunadamente, folha de antecedentes atualizada que apenas atrasa o julgamento de réu preso, quando poderia solicitá-las bem antes, não pode a ilustre acusação se manifestar e, desta forma acabar por influenciar a decisão do julgador.

Deste modo, comungamos que ao Ministério Público é cabível o pedido de diligências, que preferencialmente não deveria incluir a solicitação de nova expedição de folha de antecedentes, que podem ser requeridas no oferecimento da denúncia, ou em qualquer outro, sendo que o pedido elaborado pela defesa deve ser decidido se aceito ou não, única e exclusivamente pelo magistrado, sem vista à acusação, do contrário, é ofensa ao contraditório e a paridade de armas.

Avançando ao artigo 500⁶⁸ (BRASIL, 2008b) do Pergaminho Processual Penal temos a afirmar peremptoriamente que inadmissível entendimento que o prazo de 03 dias para oferecimento de alegações finais quando se tratar de mais de um réu com defensores diferentes seja comum, pois, incompatível com o contraditório e com a ampla defesa.

Assim, o artigo 501 do CPP⁶⁹ (BRASIL, 2008b) deve ser considerado revogado, inclusive, os autos poderão ser retirados do cartório por cada defensor dos diferentes réus, se o caso, e trabalhados em prazo individual e sucessivo de 03 dias para cada qual.

Importante frisar que nos casos em que o advogado se omite de apresentar as alegações finais, deve-se primeiramente intimar o réu para substituição do patrono omissor,

⁶⁸ CPP. Art. 500. Esgotados aqueles prazos, sem requerimento de qualquer das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, será aberta vista dos autos, para alegações, sucessivamente, por 3 (três) dias:

I - ao Ministério Público ou ao querelante;

II - ao assistente, se tiver sido constituído;

III - ao defensor do réu.

§ 1º. Se forem dois ou mais os réus, com defensores diferentes, o prazo será comum.

§ 2º. O Ministério Público, nos processos por crime de ação privada ou nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa, terá vista dos autos depois do querelante.

⁶⁹ CPP. Art. 501. Os prazos a que se referem os arts. 499 e 500 correrão em cartório, independentemente de intimação das partes, salvo em relação ao Ministério Público.

sendo desfeito antes desta medida, de se nomear defensor dativo para tal desiderato, sem conceder oportunidade ao acusado de se ver defendido por profissional de sua escolha e confiança.

Sob esse prisma, é de se afirmar que ainda que haja desídia do patrono, ou a sua renúncia ao mandato outorgado, ou até mesmo sua morte, deve o acusado ser notificado de tal fato, para que constitua outro profissional, para só após, mediante seu rogo ou em seu silêncio, ser-lhe derradeiramente nomeado defensor dativo, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.

Celso Limongi em seu voto como desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu: “A liberdade de eleição de advogado é um dos corolários lógicos da amplitude de defesa assegurada na Constituição da República”. (RJTJ 150/296).

Outro tema de muita controvérsia e incompreensível porque ainda vigora, se por política criminal, celeridade, ou outra escusa, contudo e infelizmente, o Código de Processo Penal não adotou o princípio da identidade física do juiz, o que possibilita que o magistrado que não participou de nenhum ato instrucional possa prolatar sentença.

Esta omissão constitui carência irremediável, pois muitas vezes há processos cujas inquirições envolvem múltiplos juízes, e não raro, a sentença é prolatada por magistrado alheio aos fatos diretamente, conhecendo-os apenas no papel, sem ter formado qualquer opinião quanto aos trejeitos dos depoentes ou de poder avaliar, mesmo que subjetivamente, a ‘sinceridade’ das palavras proferidas.

Para completar, muitas das vezes a sentença além de proferida por juiz alheio diretamente a instrução, ainda o é por magistrado substituto, inexperiente, que sem demérito qualquer, pois todos capazes e competentes, mas não se pode deixar de admitir que subsista uma tendência em ‘condenar’, que é aumentada quando as sentenças são desferidas por juízes mais inexperientes e que não conheceram do processo.

Por corolário, o processo penal justo muito perde com a inobservância do princípio da identidade física do juiz.

Na órbita dos crimes contra a honra, cuja ação penal procede mediante queixa ou representação do ofendido, neste particular merece algumas considerações.

Apesar da existência de três tipos penais distintos, o Código de Processo Penal indica que o rito especial se aplica aos crimes de calúnia e injúria, salvo, na difamação, quando há exceção de notoriedade; e, este diploma legal só vigora nos casos em que tais delitos são praticados de modo diverso do que através da publicação em periódicos, pois, nesse caso, prevalece a Lei de Imprensa.

Os aspectos diferenciadores quanto aos demais procedimentos no CPP, são: natureza da ação, possibilidade de formulação do pedido de explicações, audiência de conciliação e exceção da verdade.

Salvo exceções previstas, como quanto ao crime a ser intentado contra o Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro, onde a ação penal é condicionada à requisição do Ministro da Justiça, ou injúria real, cuja ação é pública incondicionada, processa-se todas as demais modalidades sob iniciativa do ofendido.

A primeira crítica a ser feita é quanto à apuração e persecução penal de tais crimes, consistente no exíguo prazo decadencial de seis meses a partir do conhecimento do fato, por parte do ofendido, para oferecimento de queixa ou representação.

Deve ser entendido que tal medida fere direito do particular em ingressar com ação penal quando lesada sua honra criminosamente. Enquanto o Estado goza de prazos prescricionais bem mais extensos e com previsão de interrupção e suspensão, o particular fica adstrito a um prazo mui curto para os padrões nacionais de administração da justiça, que não se coadunam com o lapso de conclusão dos inquéritos e subseqüentes termos processuais, sendo que não é raro os inquéritos serem remetidos à apreciação do judiciário já decadentes.

Uma outra crítica é quanto ao fato do querelado processado por calúnia [exceto por motivo político, cujo crime fica a mercê da Lei 7170/83, pois crime contra a Segurança Nacional] cometida em desfavor do Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro, de não poder provar a verdade.

Ora, a figura do Presidente da República já goza de foro privilegiado por prerrogativa de função, sendo julgado pelo Pretório Excelso, e, tal dispositivo, mesmo com a escusa de se impedir, por intermédio da prova da verdade, que proporcionasse a terceiros interferir no exercício do cargo, o que não se coaduna com o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal que aduz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. (BRASIL, 2006 a, p. 13)

Contudo, pergunta-se: e se de fato for verdadeira a acusação em desfavor do presidente, não seria o caso da supremacia do interesse coletivo suplantar tais argumentos, pois, na colisão de argumentos, e ambos em nome do interesse coletivo, temos o direito do povo de saber que é governado por Presidente que cometeu um crime; ou, o direito de ter ‘estabilidade’ e a figura do Presidente imaculada de qualquer acusação?

2.13 Nulidades

Um processo para ser válido precisa estar completamente de acordo com os preceitos legais. Se houver inobservância de princípios constitucionais estabelecidos, ou da inteligência das normas processuais penais, de modo a viciar a relação processual ou do procedimento, exsurgirá a nulidade, não havendo a necessidade da transgressão de todos, ou da maioria dos atos, bastando apenas um único como suficiente para macular a relação processual.

Todavia, subsiste uma forte orientação no sentido de se aproveitar ao máximo os atos processuais, só cominando a eiva quando a sua manutenção cause efetivo prejuízo à parte quando for omitida formalidade que constitua elemento essencial do ato [mesmo que ainda passível de convalidação], ou quando o ato contaminado tenha o poder de influir na apuração da verdade ou no deslinde do feito.

Segundo Stocco (2005, p. 1237, grifo nosso): “[...] É a adoção do *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo. Este o princípio geral adotado pelo Código de Processo Penal”.

E prossegue:

Por força desse elemento predominante, para que o ato seja declarado nulo, é necessário que haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexó efetivo e concreto, de sorte que, se a despeito da imperfeição o ato atingiu o fim colimado, sem acarretar prejuízo, supera-se a nulidade e convalida-se o ato, ainda que se trate de formalidade que constitua elemento essencial do ato. (Stocco, 2005, p. 1237).

Assim, a regra vigente consiste na convalidação e o aproveitamento do ato, a anulação é a exceção, desde que não tenha proporcionado incontestado prejuízo.

Embora renomada corrente doutrinária capitaneada por Frederico Marques, Bento de Faria, Galdino Siqueira e outros atribuam à decretação da nulidade como uma sanção, a doutrina moderna nem de perto concorda com tal conceito, sob a assertiva de que o objetivo da lei não é o de punir quem dá causa à nulidade, mas manter a integridade do processo e assegurar ao acusado um julgamento isento de vícios.

Paulo Sérgio Leite Fernandes (2002, p. 31), asseverou: “Nulidade, modernamente, é efeito ou consequência da falta de cumprimento das disposições legais. É inexata, portanto, a expressão sob pena de nulidade, empregada no jargão forense”.

Diz o artigo 563 do Código de Processo Penal que: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. (BRASIL, 2006 b, p. 460).

Este instituto, tal como disposto na codificação processual penal termina por ser uma verdadeira salvaguarda para o não reconhecimento da nulidade, já que dotado de fração de cunho subjetivo.

Para tanto, há de ser perguntado: O que é prejuízo?

No sentido do léxico, prejuízo é o resultado de um ato danoso apto a tornar sem efeito o processo ou parte dele.

Para Fernandes (2002, p. 31), “[...] prejuízo é tudo aquilo que foi inobservado no curso do processo legal, que se diferentemente fosse, restaria à possibilidade de reversão ou atenuação da decisão ou sentença em desfavor da parte que o sofreu”.

Entende-se, inclusive, que a demonstração efetiva do prejuízo por vezes, não se consegue exibir de plano, o que faz com que tal dispositivo, que é pacificamente aceito e cultuado, se transforme em mero paliativo para sanar as nulidades perpetradas pelos agentes do Estado quando representado no processo penal, pois, o Estado impõe ao acusado sua submissão a um procedimento na averiguação da persecução penal, e, se o poder estatal não cumpre com perfeição sua parte, devido suas próprias deficiências, ao exigir do acusado que demonstre de plano o prejuízo, quebra a paridade de armas. Qual o prejuízo maior do que ser condenado?

Insta anotar que o judiciário emprega um sentido literalmente taxativo e inflexível quanto à necessidade da demonstração do efetivo prejuízo, não dando guarida às palavras de Scarance (2005, p. 24):

Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se se a perda da faculdade processual conferida á parte ou o comprometimento dos elementos colocados á disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.

Veja-se o que pode ser concluído como prejuízo analisando-se a jurisprudência contrária abaixo:

A ausência do Ministério Público, regularmente intimado, à audiência de interrogatório do réu e aos debates orais é inobservância de formalidade que não interessa a defesa e, por isso, não pode ser alegada por ela como causa

de nulidade do processo, sobre lhe não acarretar prejuízo (CPP arts. 563 e 565), constitui mera irregularidade funcional-administrativa. (TARS – Ap. – Rel. Celeste Vicente Rovani – j. 30.08.83 – RT 581/385).

Ora, o desembargador gaúcho apenas vislumbrou que a ausência do órgão do Ministério Público à audiência, só a ele pode prejudicar, contudo, pergunta-se: e se a audiência é de processo de réu preso, onde o pedido de liberdade foi suscitado oralmente, em razão das verossímeis escusas apresentadas pelo acusado, que poderia estar pessoal e diretamente à avaliação do ente ministerial, que mensuraria a graduação de sinceridade de suas palavras?

E, ao invés disso, o pedido segue ao gabinete do acusador com vista para manifestação, e este o faz, mormente por não ter assistido ao ato, opinando denegatoriamente, o que tem grande peso na decisão do magistrado, que por fim opta por não contrariar o *dominus litis* da ação penal, houve ou não prejuízo ao réu?

Óbvio que houve prejuízo, pois, se o representante ministerial estivesse presente ao ato, poderia ser convencido pelas assertivas oferecidas pelo acusado e até manifestar-se pela sua soltura, o que poderia influenciar o julgador nesse sentido e ser concedido o permissivo para o réu responder à acusação solto; mas, como demonstrar o prejuízo ora narrado se tudo está na esfera das hipóteses?

Isso demonstra que a comprovação do prejuízo só beneficia a Poder Público, que tem o dever de não errar, e não o hipossuficiente acusado, que sempre sofrerá a imposição de cumprir um processo rigorosamente nos ditames estatais, o que quebra a paridade de armas.

A questão vertente é abraçada pelo voto do Desembargador Francis Davis:

O Código de Processo Penal, em seu artigo 564, III, dispõe que ocorrerá nulidade nos caso de falta de fórmulas ou termos, dentre os quais relaciona a denúncia e a sentença. Isso porque a Justiça Criminal, principalmente, deve exteriorizar-se através de formas, absolutamente cogentes, inalteráveis ao arbítrio das partes. A falta de uma delas ou de termos já traduz nulidade por si mesma, independentemente da ocorrência ou não do prejuízo. (TACrim/SP – HC – RT 468/352).

Se todo processo segue um procedimento, e este é imposto pelo poder estatal que é o responsável pela persecução penal, é de se concluir que toda anomalia processual há de ser causada por este, por ação ou omissão, sendo defeso ou impossibilitado ao acusado, produzir qualquer nulidade que o Judiciário não corrija, ou possa ou deva corrigir. Desta forma, não é lícito ao Judiciário errar prejudicialmente no feito, ou permitir tal erro e ainda por cima

convalidar o ato invertendo o ônus para o acusado de provar o prejuízo por ato omissivo ou comissivo de sua alçada.

Se determinadas inobservâncias processuais não fossem imprescindíveis, qual o lugar e valor do devido processo legal?

Na lição do desembargador da justiça paulista Mello Freire: “Não podem as partes transigir quanto à forma do processo, ainda que para suprimir prazos legais, pena de violarem normas processuais que visam, justamente, garantir o princípio da ampla defesa”. (TACRIM/SP – AC – JUTACRIM 36/96).

É também mister consignar que muitas eivas não são observadas até mesmo quase que propositadamente, quando deveriam ser reconhecidas de ofício, em detrimento muito mais de um ‘mais célere e tranqüilo’ desfecho processual, do que propriamente concedendo-se a realização da ampla defesa ao acusado.

Assim, não há como concordar com o Desembargador Ítalo Galli, que em voto de acórdão afirmou: “Tratando-se de nulidade relativa, não pode o magistrado decretá-la de ofício, uma vez que a titularidade de tais eivas pertencem à própria parte”. (TACRIM/SP – AP – JUTACRIM 41/117)

Tal pensamento implica em se admitir um “fechar de olhos” para determinadas situações alheias ao regular prosseguimento processual, possivelmente causadoras de prejuízo, que inexoravelmente não proporcionará um processo justo, pois, vinculado à sapiência do defensor, por conseguinte, dará azo a que duas acusações rigorosamente idênticas julgadas pelo mesmo juiz poderá acarretar diferentes resultados, um, com a alegação da nulidade pela parte interessada, outro, com a desídia desta.

Uma coisa é o conhecimento da lei por parte do magistrado, outra, é o conhecimento do defensor; e, sem se desejar adentrar no debate acerca de que há portentosos advogados dotados de incomensurável conhecimento jurídico, e, ao mesmo tempo, juízes fracos que se acomodaram no cargo e não procuraram se atualizar, o fato é que a regra, principalmente pela expurgação dos bacharéis pelas incontáveis Faculdades de Direito espalhadas pelo país, são os carreiristas da magistratura e do *parquet*, os operadores, ao menos em tese, melhor preparados de conhecimentos.

Desta feita, não se pode admitir que em um processo advenha uma eiva das classificadas como relativas, e o juiz ou o promotor a detectem, e, a pretexto de se levar o processo adiante, se omitam de consertá-la, proporcionando que o vício se convalide pela preclusão de uma defesa deficiente.

Assim, não é raro nos depararmos com processos cuja denúncia oferecida em desfavor do acusado, que não preenche totalmente os requisitos contidos no artigo 41 da codificação processual penal, mormente em crimes de associação, quadrilha e outros que envolvam concurso de agentes, mesmo assim, salvo quando a peça inaugural é sofrível, vigora a prática do aproveitamento da exordial face um ‘mal maior’ que consiste o processo em desfavor do acusado, sempre visto e estigmatizado como presumivelmente culpado.

O mesmo se dá quando a nulidade ocorre na portaria ou auto de prisão em flagrante elaborado pela autoridade policial, não reconhecida sob a pífia assertiva de que ‘vícios de inquérito, que é procedimento administrativo, não eivam a ação penal’, em completo antagonismo na Teoria da Árvore Envenenada, consagrada quando o assunto é a legitimação ou não da prova penal.

Outra nulidade tolerada pela maioria dos membros da magistratura, como já apontado alhures, consiste na anuência à ausência do órgão do Ministério Público na audiência, quer de interrogatório, quer de instrução, permitindo que este assine o termo posteriormente, como se estivesse presente ao ato.

Óbvio que tal permissibilidade confronta com o artigo 564, III, ‘d’, do CPP ⁷⁰ (BRASIL, 2008b) e outras nulidades, pois ofende o princípio processual penal da imparcialidade e da paridade de armas, pois o inverso não ocorre em hipótese alguma.

⁷⁰ CPP. Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

i) a presença pelo menos de 15 (quinze) jurados para a constituição do júri;

j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;

k) os quesitos e as respectivas respostas;

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;

m) a sentença;

n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Parágrafo único - Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

A ausência do defensor proporciona que seja nomeado ao réu, um profissional ‘*ad hoc*’, mesmo que apenas para estar presente e redundar em uma defesa meramente formal, sem teor material efetivo, o que prejudica o réu, mas, tal deficiência e prejuízo jamais são reconhecidos, aduzindo-se que mesmo que decorativa, a figura do defensor nomeado “garantiu” a legalidade e a defesa do acusado.

Do elencado no inciso III do artigo 564, opina-se que é nula, não só a falta de citação, mas a citação realizada em prazo que impeça ao acusado a plena assimilação da acusação, a ponto de, se necessitar, poder diligenciar em verificar a existência de álibi e entrevistar-se com advogado. Assim, repudiamos a citação feita instantes antes da audiência ao réu preso por outro processo e requisitado para o ato, independente da nomeação de defensor ao seu favor.

No que tange as nulidades previstas quando do procedimento do júri, destacamos que mui comumente ocorre um procedimento que ofende princípios como da amplitude de defesa e paridade de armas, consistente quando sobrevêm a não localização, e conseqüente não intimação de testemunha arrolada em caráter de imprescindibilidade, cujo endereço antes conhecido, deixou de o ser, sem que o juízo conceda a defesa os mecanismos de que dispõe, como a emissão de ofícios de praxe para a localização da testemunha, tal como concede à acusação, sob alegação que cabe a parte [ignorando implacavelmente que mui das vezes é notoriamente hipossuficiente] o ônus de oferecer os meios para a localização da testemunha.

Sob esse raciocínio, sabe-se que muitas das oportunidades, o réu só conta com o meio do ‘ouvir dizer’, dependente da informação informal de vizinhos, conhecidos e parentes que nem sempre são corretas, dificultando ou impossibilitando que dada testemunha, que pode ser determinante para a perpetração da efetiva justiça, seja relegada, o que implica na consecução de uma justiça formal, e não, material.

Outro ponto não levado muito á sério é quanto à incomunicabilidade dos jurados.

Na maioria das vezes, tal providência fica representada pela advertência do magistrado Presidente do Júri, sem o oferecimento de condições efetivas de sua garantia, sendo que os sete julgadores leigos normalmente ficam ao crivo de um, no máximo, de dois Oficiais de Justiça, que pela insuficiência numérica acabam por não conseguir cumprir seu desiderato.

Um aspecto a se apontar é o que atine ao recurso de ofício, pois entende-se que mormente após o advento da vigente Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo

129, I,⁷¹ (BRASIL, 2008b) proporcionou que o reexame necessário não se coaduna com a atual sistemática jurídica.

Por corolário lógico, socorre-se aos dizeres de Bonilha (2002, p. 14): “Sentença que se sujeita necessariamente ao reexame do órgão jurisdicional superior, não pode ser considerada como tal, por que não tem potencialidade para dirimir o conflito de interesses, encerrando o processo”.

O referido reexame subsiste em contrariedade com o ordenamento, pois, em tese, é para por em dúvida decisão que apenas só pode ter favorecido o réu.

Ora, quando é suscitado pela parte processada que um ato é nulo, e esta se vê obrigada a demonstrar o prejuízo e não o consegue, o ato é dado como sanado, convalidado, e doravante de nada adianta argüir novamente a mesma nulidade, pois é tida como aperfeiçoada.

Assim, como pode o julgador recorrer de ofício quando concede a ordem de habeas corpus ou absolve sumariamente um processado, que constitucionalmente é presumivelmente inocente, e, não faz o mesmo quando aplica uma severa sentença condenatória?

Trazendo novamente à colação um tema gerador de muitas controvérsias, é um grande equívoco da legislação penal pátria o não reconhecimento de nulidade em inquérito policial, devido este ser peça apenas informativa.

Ora, se mui das vezes as informações colhidas no inquérito são aptas para motivar édito condenatório, porque, então, não permitir que as deficiências deste contaminem o processo, já que para este é que passou a existir?

Se o Supremo Tribunal Federal acolheu a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a qual uma prova ilícita originária teria o condão de contaminar os frutos, ou seja, as demais provas decorrentes, gerando assim a ilicitude por derivação, por que assim não se admitir dos atos?

Também se critica o código quando este elenca no artigo 564 as situações previsíveis de reconhecimento de nulidade, pois se entende que tal rol não pode ser taxativo.

Por fim, repisa-se que o direito processual penal hodierno, talvez por questões políticas, tem demonstrado uma vocação em amenizar o reconhecimento de nulidades, sendo que tal comportamento prejudica única e exclusivamente o réu; e, a acusação, *dominus litis* da ação penal, acaba sendo privilegiada.

⁷¹ CF. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Como justificar que um juízo receba a suscitação de nulidade por parte de uma diligente defesa, e não a reconheça, sob as mais diferentes alegações, apenas e tão somente para não “conturbar” o processo, ou, não “dar o braço a torcer”, e, quando novamente apontada em sede de apelo para apreciação de segunda instância, vê-se que a mesma é aceita, dessa forma, há de ser concluído que o julgador com a existência da eiva não anuiu, simplesmente por que não quis, pois, tão clara a sua existência, que reconhecida no Tribunal ad quem, o que caracteriza parcialidade do juiz que forçou sua convalidação.

A nulidade absoluta pode ser alegada a qualquer tempo, “[...] mesmo que a sentença condenatória fique acobertada pela coisa julgada. Daí permitir o Código à impetração de habeas corpus quando o processo for manifestamente nulo ou até mesmo a revisão criminal”. (TOURINHO FILHO, 1979, p. 158)

Não tem se observado que a anulação do processo, mesmo que *ab initio*, não impede seja realizada sua renovação, pois, eventual anulatória não implica, necessariamente na absolvição do acusado, salvo sua soltura, se preso e somados a outros aspectos.

Isso posto, não se pode permitir que a legalidade das formas seja desprezada, ainda que se leve em conta ter o ato atingido a finalidade desejada.

Fernandes (2002, p. 19) asseverou:

É preciso que se convençam de que o processo, enquanto processo e como processo, não tem dono nem senhor. Há, é claro, uma função de comando a ser exercida no impulso processual, mas comando sempre vinculado à lei. Em regra, o ato processual, para ser válido, deve assimilar a fórmula previamente traçada pela lei.

E prossegue:

O processo penal deve ser, neste aspecto, mais legalista que o civil, no sentido de prover, por meios normativos precisos, os requisitos fundamentais da atividade a cumprir-se, deixando-se excepcionalmente ao juiz, e, excepcionalmente às partes, a disposição desses requisitos no cumprimento dos atos; sendo que a observância da forma tende a três finalidades fundamentais: desenvolver regularmente a atividade processual, impedir surpresas e favorecer a lealdade.

Não se afirma que a formalidade deva ser deificada, mas é imperativo que haja equilíbrio, nos moldes propostos pelo princípio da proporcionalidade.

E ainda nos dizeres de Fernandes (2002, p. 32):

Se de um lado os abusos devem ser coibidos, de outro, a severidade excessiva prejudica a plenitude do contraditório. Frequentemente juízes se irritam a análise de uma causa de nulidade localizada em processos submetidos à sua jurisdição. Impedidos de examinar o mérito da pretensão punitiva, derramam-se em irrisignação com decisões não muito corretas, censurando o advogado que lhes criou empecilhos à decisão de mérito. Esquecem-se das muitas vezes em que a preterição da forma gera, na prova defeituosa colhida, condições para injusta condenação.

E continua de modo percuciente o renomado autor (2002, p. 33):

É claro que as chicanas processuais devem ser evitadas; mas ninguém pode chamar de chicanista ou chicaneiro, o advogado que aponta a incorreção de um procedimento. O silêncio ou omissão resultaria em prejuízo ao jus libertatis.

Em prosseguimento, as palavras de Manzini *apud* Fernandes (2002, p. 33): “Não se pretende dar às nulidades o caráter de armadilhas estendidas á boa fé, do juiz, do Ministério Público, e das partes privadas, como fazem crê certos leguleios de baixa estirpe”.

2.14 Recursos - algumas considerações

Finalizando este trabalho, insta o oferecimento de breves considerações acerca de alguns institutos recursais.

Em uma primeira análise, uma ressalva que consiste em sugerir que em caso de manifestação de inconformismo, deve ser dado andamento ao recurso tão logo seja interposto primeiro, ou pelo sentenciado, ou pelo defensor, inexigindo-se que se aguarde o termo de recurso assinado pelo réu.

Tal providência homenagearia a celeridade processual e seria acertada em duas vertentes, pois, mesmo que o entendimento do defensor e do acusado seja diferente em relação ao recurso, se o recurso da parte é interposto primeiro, estará sendo privilegiada a sua vontade, e, se do patrono, mesmo que posteriormente advenha termo consignando que a parte não quer recorrer, entendemos que a defesa técnica, em caso de recurso, deve suplantar a vontade da parte, muitas vezes ignorante e desconhedora da necessidade e possibilidade, e, mesmo por que, tal decisão não lhe trará prejuízo.

Outra consideração é sobre o artigo 585 da Lei Processual Penal⁷² (BRASIL, 2008b) que veda direito ao réu pronunciado em recorrer em sentido estrito, se não se recolher à prisão.

Tal dispositivo consiste em regra caracteristicamente formalista, que ofende a ampla defesa e a presunção de inocência, principalmente se o mesmo acusado foi pronunciado a revelia, ou qualquer outra condição que não presente para responder a imputação, pois, se o Estado pode processar e condenar o réu ausente, deve permitir que a defesa constituída ou nomeada possa interpor tempestivo recurso em igual condição; ademais, no que tange à apelação, é conhecido e julgado o recurso interposto pela Defensoria Pública, independentemente do conhecimento ou ratificação do acusado, e se assim, por que não o mesmo direito ao advogado constituído?

Uma marca elogiável no recurso em sentido estrito é o juízo de retratação, pois, da mesma forma que, em se admitindo que pela própria natureza humana qualquer juiz é falível, a possibilidade de retratação impede que suba ao Tribunal recursos desnecessários, ou até mesmo natimortos, principalmente quando se tratar de matéria de direito.

Quanto à apelação, um defeito inconcebível consiste na impossibilidade de uma segunda pelo mesmo fundamento, ainda que o primeiro apelante tenha sido a outra parte, em processos sob rito do júri. Assim, absolvido o réu e julgado novamente por provimento de recurso da acusação, se condenado neste último, não poderá interpor novo recurso respaldado no mesmo fundamento, que quase que invariavelmente é quando a decisão é tida como manifestamente contrária à prova dos autos.

No que atine a *reformatio in mellius*, deve ser observado que em caso de sentença condenatória que sobrevier recurso exclusivo da acusação para aumento da reprimenda imposta, apesar do brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, uma vez devolvida a matéria ao Tribunal, este pode, em nosso entendimento, além de denegar o recurso da acusação, prolatar decisão mais favorável ao réu.

Já o artigo 594 do CPP⁷³, (BRASIL, 2008b) principalmente após a entrada em vigência da Constituição Federal de 1988, caiu por terra, mormente pelo fato que com a consagração do princípio do duplo grau de jurisdição, proporciona-se ao réu o direito de ver a sentença condenatória submetida à apreciação do Tribunal Superior, independente do seu recolhimento à prisão, se o caso.

⁷² CPP. Art. 585. O réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei a admitir.

⁷³ CPP. Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Ainda nesta seara recursal, não se pode concordar peremptoriamente com o disposto no parágrafo 3º do artigo 600⁷⁴, (BRASIL, 2008b) que confere prazo comum aos defensores de dois ou mais réus para oferecimento das razões de apelo, por conseguinte, impossibilitando a retirada dos autos fora da serventia, por ferir a ampla defesa, mormente no que tange a paridade de armas.

Quanto ao protesto por novo júri⁷⁵, embora recurso privativo da defesa, o que sugere imaginar que seja benéfico, ao contrário, se transformou em inconteste prejuízo ao condenado, já que no intuito de se evitar um novo júri, os magistrados sentenciantes fazem um verdadeiro malabarismo para encontrar um modo de apenar o condenado a uma reprimenda bem próxima dos 20 anos.

Ora, pena é para ser aplicada conforme o caso concreto e nos ditames do artigo 59 do Código Penal, e não para ser ‘adequada’, salvo se visando a individualização do réu. Se atinge-se 20 anos, não pode dar azo a um novo júri apenas pela sua dimensão, sendo imperativo que novo júri se dê por causa levada à duplo grau de jurisdição através do competente recurso de apelo; inclusive, uma vez o juiz presidente do plenário quando aplica uma pena aquém dos 20 anos para evitar novo júri e a acusação recorre para aumentar no tanto justo, não pode o réu ser beneficiado com o dispositivo, que se tornou imprestável.

Já os embargos infringentes e de nulidade somente são admissíveis em apelação e recurso em sentido estrito, o que se lamenta, pois em sede de habeas corpus e demais recursos, sua previsão ampliaria a possibilidade de defesa e a obtenção de um resultado mais justo.

Quanto aos embargos de declaração, estes, em regra, não possuem efeito modificativo do julgado, contudo, indagamos: e no caso de omissão? Ora, esclarecer o que está obscuro, ambíguo ou contraditório no acórdão não pode dar azo à modificação do conteúdo do julgado, mas, entendemos que o que foi omitido, se preponderante, não só poderá, como deverá modificar o teor da decisão, nos precisos termos atingidos pelo tema omitido.

⁷⁴ CPP. Art. 600. Assinado o termo de apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de 8 (oito) dias cada um para oferecer razões, salvo nos processos de contravenção, em que o prazo será de 3 (três) dias.

§ 1º. Se houver assistente, este arrazoará, no prazo de 3 (três) dias, após o Ministério Público.

§ 2º. Se a ação penal for movida pela parte ofendida, o Ministério Público terá vista dos autos, no prazo do parágrafo anterior.

§ 3º. Quando forem dois ou mais os apelantes ou apelados, os prazos serão comuns.

§ 4º. Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal *ad quem* onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.

⁷⁵ Há ao tempo da confecção deste trabalho o Projeto de Lei 4203/01 em tramitação política para tal finalidade, entre outras modificações

Obvio que há casos em que a omissão é suprida com facilidade, com a mera inserção do pronunciamento faltante, todavia, haverá os casos em que a correção da omissão incide sobre o julgamento de outra questão, o que obrigará ao julgador modificar algum ponto da sentença, por vezes, de modo a interferir no julgado.

E, Guimarães (2003, p. 49) vai mais além, incluindo a contradição como possibilitadora de tal efeito, com o que anuímos integralmente.

Na obra citada, aduz que quando admitida à contradição, reabre-se o julgamento, e com suma propriedade explica:

Reaberto o julgamento, o julgador reexaminará as proposições contrastantes, a fim de harmonizá-las. Na tentativa de atingir tal desiderato, pode ocorrer a exclusão de uma proposição, com prevalência de outra. Nesse caso, o julgamento será depurado, expungida a idéia ou a proposição inadequada. Poderá ocorrer, também, o afastamento de duas proposições contraditórias e, via de consequência, ser agregada à decisão uma nova proposição. Tanto em um como no outro caso haverá uma inovação, que poderá, sem sombra de dúvidas, importar em modificação da decisão.

São essas, pois, as considerações mais urgentes e necessárias que envolve a sistemática de recursos penais insculpida em nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Findamos este nosso trabalho na expectativa de termos conseguido trazer à apreciação dos leitores, um estudo fidedigno e comparativo da legislação ordinária processual penal, à luz da aplicabilidade ou não, das garantias e princípios incutidos na Constituição Federal vigente.

Procurou-se promover uma interligação entre os princípios, de um modo geral, e, mais especificamente, o Princípio da Proporcionalidade, o da Dignidade da Pessoa Humana, o do Contraditório e o da Ampla Defesa e o do Devido Processo Legal; as garantias e o conceito de Estado Democrático de Direito, vistos sob a ótica garantista estabelecida pela inteligência da interpretação da norma constitucional, em relação a sua efetividade, quando aplicado no Direito Processual Penal.

A partir desta proposta, foram oferecidas considerações a respeito do inquérito policial e quais garantias este comporta e deve observar. Deste tema, partiu-se a análise da ação penal, e desta, ao instituto da busca e apreensão e restituição de bens, tecendo críticas sugestivas.

Falou-se do sistema de provas e indícios e sob qual ótica são efetivamente observados.

Após, foi apresentado um estudo acerca do interrogatório do acusado, testemunhos e reconhecimentos.

Momento relevante do trabalho foi quando do oferecimento dos estudos sobre as modalidades de prisão e liberdade, bem como no capítulo reservado aos operadores do Direito que intervêm no processo, aproveitando para clarear que não houve qualquer predisposição em criticar negativamente esta ou aquela classe de operadores, sendo todas elas criticadas, principalmente os advogados, sendo que os elogios foram poupados, pois a boa condução por esses caminhos trata-se de múnus.

O último terço deste labor de pesquisa abordou temas como comunicação dos atos processuais, sentença, processos de competência do Tribunal do Júri, nulidades e recursos, que de certa forma, foram as argumentações, até então realmente originais, prejudicadas por mais uma dentre tantas constantes modificações legislativas, que estão sempre inertes nas Casas Políticas, ávidas a serem animadas sempre que o clamor popular, fruto de algum caso provocador de grande comoção social, exsurge.

Pelo colhido, em se analisando sob a órbita da positivação e dos postulados teóricos que com tais se afinam, indubitavelmente que nosso país, que dantes da promulgação da Carta Política de 1988 estava sob a égide de uma Constituição imposta por um regime autoritário e regido pela dureza militar [igual performance dos Códigos Penal e de Processo Penal, inspirados em legislação fascista dos idos da 2ª Grande Guerra], hoje atravessa um momento de privilégio impar, ‘transpirando’ princípios democráticos e de direito, bem como, garantismo, por todos os seus ‘poros’, contudo, sob o prisma material, tudo se torna diferente, pois não se vislumbra a plena efetividade das normas constitucionais, mormente as mais garantistas, quando atinentes ao direito penal, em sua prática.

Concluimos que falta, portanto, uma “constitucionalização” efetiva da legislação infra-constitucional, que ou por influência de eventuais *tabus* incutidos no seio da sociedade que ainda persistem em subsistir, ou por um inexplicável dissimulado sentimento que encarna os operadores do direito, ainda é mui comum a Carta Magna se demonstrar visivelmente garantista, e as leis [ou, a interpretação das leis] de fato serem, senão violadoras, ao menos indiferentes, quanto à prevalência de direitos maiores, como é a liberdade, em relação a outros, ou ainda, se dar a “constitucionalizar” institutos flagrantemente inconstitucionais, tais como, a Lei 8072/90, dos Crimes Hediondos; a Lei 11705/08, Lei Seca, e, por aí afora.

Ora, após a vida, nada mais existe que valha mais que a liberdade, sendo invariavelmente injusta e desproporcional a sua privação quando fere direitos menores de outrem.

Por muitas vezes, e sem embargo, o Princípio da Proporcionalidade é interpretado às avessas. O mais comumente presenciado é a utilização da ‘proporcionalidade’ para justificar a prisão de um comezinho e insignificante infrator da norma posta, sob o manto do raciocínio – *por mais que sua liberdade tenha valor [e isso é só para ele], prejudicou direito de alheio, deve, portanto, pagar pelo seu ato ofensivo com a custódia prisional* – e isso, sem se considerar quaisquer outras circunstâncias, pois basta mirarmos nos inúmeros exemplos de árduas e extensas prisões aplicadas por cometimento de delitos não tão expressivos ou completamente destituídos de periculosidade.

A liberdade, dentre tantos outros princípios embaixadores do Estado Democrático, talvez seja o direito fundamental mais difícil de ser materializado, em razão de sua essência teórica, pois, trata-se de uma grandeza que pode transparecer abrangente, porém, agregada a ‘limitadores’ nem sempre perceptíveis.

A seguir vem a igualdade, pois, difícil detectar quando está sendo comparativamente aplicado um tratamento justo, de igualdade ou de desigualdade, melhor dizendo, proporcional em relação a outrem.

Inevitável não se concluir como correta a afirmação atribuída a Baratta, que ensinou: “A lei penal não é igual para todos. O status de criminoso aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles”.

Neutralidade tal qual imparcialidade é algo que mitológico, e, desejá-las é aspirar rumo a “desumanização” do ser enquanto julgador.

Há inconteste e notória permissividade avalizada pela sociedade em se omitir, ou extirpar, o direito daqueles acusados ou condenados, mormente quando não deixam dúvidas que pertencem às classes desfavorecidas e marginalizadas do seio social, salvo se o réu é pessoa de alguma forma, do meio do avaliador.

É o efeito “pedra e vidraça”. Ou seja, uma coisa é analisar o acusado desconhecido, geralmente pobre, negro e das periferias, que não obstante se mostra não ostentar traços ou comportamentos esperados para se assimilar ao modelo requisitado por dada sociedade; outra, é analisar o filho do vizinho que viu crescer, o primo distante, o filho do conhecido, o filho do patrão. Estes, vias de regra, independente da eventual periculosidade apresentada podendo até ser inata, passam a ser tratados sempre como os ‘frutos do meio’, os ‘influenciados’ exatamente por aqueles protótipos de desgraçados invariavelmente pré-julgados e condenados. Para o observador, estes não “são”, apenas “estiveram” meliantes.

A malsinada Lei dos Crimes Hediondos nasceu inconstitucional, vigorou inconstitucional [garantida sua vigência pelos guardiões das leis e da democracia], surtiu efeitos inconstitucional, para ao final, haver rendição e se declarar inconstitucional, o que deixa claro que a interpretação se amolda a interesses.

A tez escura maciçamente presente como maioria nos presídios comprova que o que proporciona que alguém fique próximo ou distante de uma prisão em nosso país é muito mais sua raça ou nível social do que a periculosidade apresentada.

Todos nós já nos deparamos com decisões em processos de vulto. Já vimos uma Suzane ser agraciada com uma “prisão preventiva domiciliar”[é isso mesmo, só não me peçam para fornecer o artigo de lei que a fundamenta]; um Nardoni ter concedido seu Hábeas Corpus em fase de coleta de provas em local do crime que estava sendo devassado; um Pimenta Neves não ser recolhido à prisão; um Daniel Dantas ter uma conversa legalmente interceptada, e publicada dizendo: “meu medo é em primeiro grau, que lá em cima (diga-se,

STF) eu ‘ajeito’ tudo (fica a mercê da imaginação do leitor)” ser solto por ordem do presidente do Pretório Excelso ao magistrado singular e suprimindo instâncias, apesar do aludido comentário.

Enfim, a questão é se caso fosse um João Qualquer, negro ou pardo que se abriga em favela, as decisões seriam as mesmas?

É corolário notório que a aplicação da lei penal foi contextualizada por uma ideologia massificante...

Assim, obramos em demonstrar a verdade oculta, a parte mais obscura do procedimento processual penal. Aquela parte que não está demandada em livros, aquela que todos sabem que existe, e, ao mesmo tempo que a ignoram, cultuam sua existência.

É o eterno conflito do ‘*ser*’ e do ‘*dever ser*’, ou seja, a interpretação [ou mesmo a elaboração, já que reiteradamente há edição de normas tidas por constitucionais, mas são inconstitucionais] das leis ordinárias da forma como é nas delegacias, na instrução criminal, na sentença, nos tribunais... em relação a como deveria ser se a norma constitucional fosse devidamente constitucionalizada na interpretação das leis.

Enfim, procuramos mostrar o processo penal tal qual ele é.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos Recursos no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ARANHA, Márcio Iório. **Interpretação constitucional e garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.
- ARAÚJO NETO, Raimundo. **Princípio da reserva legal e direito criminal**. Curitiba: Juruá, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- BADARÓ, Gustavo Henrique e Lopes Jr. Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- BANDEIRA, Leonardo Costa. **Do direito constitucional de recorrer em liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. **Princípio da proporcionalidade**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROS, Wellington Pacheco de. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **Dimensões do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. **O princípio do contraditório no processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BRANCO, Tales Castelo. **Teoria e prática dos recursos criminais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 a.

BRASIL. **Decreto-Lei 3689/41 – Código de Processo Penal**. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 b.

BRASIL. **Decreto-Lei 2848/40 – Código Penal**. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 c.

BRASIL. **Decreto 19841/45 – Carta das Nações Unidas – Declaração Universal dos Direitos do Homem**.

BRASIL. **Decreto 678/92 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica**. In Choukr, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos. Bases para sua compreensão e o direito interno brasileiro*. Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL. **Decreto 592/92 - Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. In Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003 a.

BRASIL, **Decreto 50215/61 alterado pelo Decreto 98602/89 – Declaração Universal dos Direitos Humanos**. In Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003 b.

BRASIL, **Decreto 112/02 – Estatuto do Tribunal Penal Internacional**. In Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003 c.

BRASIL, **Lei 7210/84 – Lei de Execução Penal**. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 d.

BRASIL, **Lei 8906/94 – Estatuto da Advocacia**. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 e.

BRASIL, **Lei 10826/03 – Estatuto do Desarmamento**. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 f.

BRASIL, **Lei 8072/94 – Crimes Hediondos**. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 g.

BRASIL, **Lei 9099/95 – Juizados Especiais**. Códigos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006 h.

BRASIL, **Lei 5869/73 – Código de Processo Civil**. In Negrão, Thetônio. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual em vigor*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1511-7-DF – Liminar.** Pleno. D. J. 06.06.2003. Rel. Min. Carlos Velloso. Ementário: 2113-1. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1313>. Acesso em 17.08.2008a.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 73271-2.** DJU 04.10.96. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/27758,2>. Acesso em 17.08.2008b.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70742-RJ.** DJU 30.06.2000. Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em <http://www.stf.gov.com.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia>. Acesso em 19.08.2008c.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. **O direito à defesa na Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1994.

CABETTE, Eduardo Luís. **O processo penal e a defesa dos direitos e garantias fundamentais.** Campinas: Péritas, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CALDAS NETO, Pedro Rodrigues; e, SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional.** São Paulo: Método, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas em el proceso civil.** Buenos Aires: Europa-América, 1972.

_____. **Juízes irresponsáveis.** Porto Alegre: SAFE, 1989.

_____. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARAM JÚNIOR, Moacyr. **O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Pesquisa Jurídica: metodologia da aprendizagem.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição**. Bauru: Edipro, 1999.

_____. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: RT, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2001.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: RT, 1985.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Recurso C 816/95**. Relator: Carlos Augusto Machado Faria. Julgado em 05 de outubro de 1995. Pesquisa 24.08.2008.

DUARTE, Walter Antônio Dias. **Identidade do juiz e o processo penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Humberto. **Princípios constitucionais do processo penal brasileiro**. Brasília: Jurídica Brasileira, 2006.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Nulidades no processo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1994.

FERRACINE, Luiz. **Direito, Moral, Ética e Política**. Campo Grande: Solivros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988: Legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- FRANÇA, R. Limongi. **Formas e aplicação do direito positivo**. São Paulo: RT, 1969.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2005.
- FRIEDE, Reis. **Vícios de capacidade de subjetiva do julgador**: do impedimento e suspeição do magistrado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**, vol. I, 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.
- GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado Democrático de Direito**. Forense: Rio de Janeiro, 2001.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aideeditora, 2000.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- _____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **A filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.
- GUIMARÃES, Renato Lobo. **Embargos de declaração com efeito modificativo do julgado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista. **Prescrição penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994.

LOPES Jr. Aury. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 2003.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1949.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. Brasília: Saraiva, 2007.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maurício Zanoíde. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

- NERY JR., Nelson. **Processo e Constituição**. São Paulo: RT, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: Princípios Constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei: A face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- PASSOS, Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PASSOS, Paulo Roberto da; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Princípios Constitucionais no inquérito e no processo penal**. São Paulo: Themis, 2001.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Nulidades no processo do júri**. São Paulo: Edipro, 1999.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: O direito de defesa: repercussão, amplitudes e limites**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **O direito de defesa na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- PICO, Giovanni. **A dignidade do homem**. 2. ed. Campo Grande: Solivros, 1999.
- PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da sentença**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993.
- PIOVESAN, Flávia. **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos anotado**. São Paulo: DJP, 2008.
- PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. 4ª ed. Campinas: Millenium, 2008.

RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

RIO GRANDE DO SUL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal 589.069.004** – 1ª C. Rel. Des. Celeste Vicente Rovani. J. 12.12.89 – RT 652.335. Disponível em <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/jur1.htm>. Acesso em 23.08.2008a.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional**. São Paulo: Método, 2007.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. **Princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão 1116513**. 1ª Câmara de Direito Criminal. D. J. 17/10/2006. Habeas Corpus 978.305.3/0. Voto 5714. Relator: Borges Pereira. Revisor: Marco Nahum. Disponível em <http://consulta.tj.sp.gov/esaj/cpo/sg/show.do>. Acesso em 17.08.2008.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal 919.001/6**. Julgada em 31.06.95. Relator Ary Casagrande. Verificado em 24.08.2008 a).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Constituição**. São Paulo: RT, 1995.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**: 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, Marco Antônio Marques. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2001.

SILVA, Paulo Napoleão N. B. Nogueira da. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Solimar Soares. **Prazos na lei penal**. Porto Alegre. Sagra. 1999.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Temas de direito processual penal constitucional aplicado**. Niterói: Impetus, 2006.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana**. São Paulo: RT, 2000.

STRECK, Lênio Luiz e FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STOCO, Rui; Franco, Alberto Silva. **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2005.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: RT, 1993.

VASSOURAS, Vera Lúcia C. **O mito da igualdade jurídica no Brasil**. São Paulo: Edicon, 1995.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)