

**CURSO DE DIREITO PROCESSUAL
PENAL:**

Teoria (constitucional) do Processo Penal

Walter Nunes da Silva Júnior

Mestre e Doutor em Direito. Ex-Promotor de Justiça, ex-Juiz de Direito, ex-Procurador da República, Professor Adjunto da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, membro do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, no biênio 1993/1995, Membro do Conselho Científico da Revista Constituição e Garantia de Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revista Jurídica In Verbis dos Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Conselho Editorial da Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte e do Conselho Editorial da Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, no biênio junho/2006 a junho/2008, Juiz Auxiliar da Presidência e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no período de fevereiro/junho de 2009, Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no biênio julho/2009 a julho/2011, Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça – DMF, no período de outubro de 2010 a julho/2011, Conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, escolhido para o período de abril/2013 a abril/2015, Juiz Federal e Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN.

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL:

Teoria (constitucional) do Processo Penal

2ª Edição

Revista, ampliada e atualizada

Até a Lei nº 13.047, de 2 de dezembro de 2014



Copyright@by Walter Nunes da Silva Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Wagner Dias Ferreira
Francisco Barros Dias
Francisco Marcos de Araújo
Hallyson Rêgo Bezerra
Marco Bruno Miranda Clementino
Maria dos Remédios Fontes Silva
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Paulo Afonso Linhares
Walter Nunes da Silva Júnior

FICHA TÉCNICA

Capa: **Brito e Silva - DRT/RN 166**

Projeto Gráfico e Diagramação: **M^a do Socorro de Oliveira - DRT/RN 165**

Edição: **OWL Editora Jurídica**

Catálogo

343.1

S 586c Silva Júnior, Walter Nunes da

Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal/ Walter Nunes da Silva Junior - 2. ed. / revista e ampliada - Natal: OWL, 2015.
670 p.

ISBN: 978-1515097778

1. Processo penal 2. Direito processual 3. Direito constitucional
I. Título

Ficha elaborada pela Bibliotecária Elvira Fernandes de Araújo Oliveira
CRB 15/ 294

A meu pai, não apenas em razão do exemplo de homem, pai e jurista, cuja saudade imensa tem sido recompensada pelas lições fundamentais que me deu e pelo conceito de ética e hombridade que semeou perante quantos tiveram o privilégio de conhecê-lo, mas também como forma de prestar-lhe homenagem, pelos sólidos e profundos conhecimentos humanísticos.

Aos meus alunos, especialmente os da UFRN e da ESMARN, que cooperaram, decisivamente, com os muitos debates em sala de aula, para a sedimentação das ideias esposadas neste livro.

A Aline e a Arthur pelo conforto emocional e pelas constantes lições de vida, amor e pela certeza que me transmitem de que respeitar o ser humano é o caminho para a realização da verdadeira justiça.

AGRADECIMENTOS

As minhas primeiras palavras de gratidão vão para o Desembargador Federal e Professor Francisco Queiroz de Cavalcanti que, além de constituir-se o grande incentivador e colaborador para que os juízes federais vinculados ao Tribunal Federal da Quinta Região desenvolvam a sua dimensão acadêmica, soube, com inteligência e paciência, na qualidade de professor-orientador, guiar meus passos rumo à elaboração da tese que deu origem a este livro.

Ao tempo em que manifesto o meu reconhecimento a todos os professores do Curso de Doutorado da Universidade Federal de Pernambuco, expresso a minha gratidão especial aos Professores Paulo Lobo, Ivo Dantas, Ricardo de Brito, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Margarida Cantarelli e Antenor Pereira Madruga Filho.

Quero agradecer à Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, através da Professora Maria dos Remédios Fontes Silva, Pró-Reitora Adjunta de Pós-Graduação, e do Professor José Ivonildo Rêgo, Reitor, pelo incentivo à qualificação dos Professores do Curso de Direito da UFRN.

Meu agradecimento à minha família, aos colegas juízes federais e aos servidores da Segunda Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que me acompanharam nessa empreitada e deram, cada um a seu modo e possibilidades, os estímulos imprescindíveis para que o escopo acalentado fosse alcançado.

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE

Capítulo 1

CORRENTES FILOSÓFICAS NA FORMAÇÃO DO DIREITO CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL.....	39
1.1 – Pensamento natural ou primitivo	43
1.1.1 – Vindita como ideia inicial do dever-poder de punir.....	44
1.1.2 – Excessos da vingança privada e as preocupações quanto ao estabelecimento de limitações ao exercício do direito de punir.....	46
1.2 – Concepção religiosa.....	49
1.3 – Concepção política.....	51
1.3.1 – Direito criminal como forma de dominação política.....	52
1.3.2 – Primeiros esboços da doutrina criminal.....	53
1.3.3 – Escola Clássica.....	55
1.3.3.1 – Pensamento Beccariano.....	58
1.3.3.2 – Predominância dos direitos essenciais do homem sob a modalidade de princípios processuais no pensamento de BECCARIA.....	60
1.3.3.3 – Repercussões iniciais do pensamento liberal-democrático do direito de punir de BECCARIA.....	64
1.3.3.4 – Fase jurídica da Escola Clássica.....	66
1.3.4 – Escola Positiva.....	69
1.3.4.1 – Determinismo lombrosiano.....	71
1.3.4.2 – Ideia do direito criminal como estatuto repressivo, conforme a visão de FERRI.....	72
1.3.4.3 – Mutação do processo criminal liberal para o processo repressivo, na ótica de GAROFALO.....	76
1.3.4.4 – Crítica ao pensamento repressivo do positivismo desfocado dos parâmetros democráticos.....	79
1.3.5 – Neoclassicismo.....	80
1.3.6 – Neopositivismo.....	84
1.3.7 – Escola Moderna Alemã.....	86
1.3.8 – Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal.....	87
1.3.9 – Escola da Nova Defesa Social.....	89
1.3.9.1 – A Doutrina da Escola da Nova Defesa Social na perspectiva de MARC ANCEL.....	91
1.3.9.2 – Visão crítica da Escola da Nova Defesa Social.....	94
1.3.10 – Abolicionismo penal moderno-democrático.....	95
1.3.11 – Direito penal do autor e direito penal do inimigo.....	100
1.3.12 – Garantismo como modelo inerente ao sistema democrático constitucional.....	104
1.4 – Reflexos das correntes de pensamento na formação do ordenamento processual penal brasileiro.....	105
1.4.1 – Os reflexos iniciais do pensamento beccariano nas regras processuais aplicadas no Brasil.....	107

1.4.2 – Código de Processo Criminal de 1832.....	110
1.4.3 – Predominância da filosofia liberal beccariana na feitura do Código de Processo Criminal de 1832.....	112
1.4.4 – O Viés político-filosófico-repressivo do Código de Processo Penal de 1941, instrumento adequado para o Estado ditatorial forjado com o Golpe de 1937.....	115
1.4.5 – Necessidade de novo Código de Processo Penal.....	119
1.4.5.1 – Movimento reformista no Brasil.....	120
1.4.5.2 – Reforma tópica (global) do Código de Processo Penal.....	122
1.4.6 – Projeto de novo Código de Processo penal.....	124

Capítulo 2

FUNDAMENTOS DO DIREITO (DEVER-PODER) DE PUNIR DO ESTADO: perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.....	126
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Capítulo 3

NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM.....	131
3.1 – Primeiros fragmentos normativos dos direitos do homem, como decorrência das declarações inglesas.....	132
3.2 – Declarações americanas.....	136
3.3 – Declaração dos direitos do homem e do cidadão: Revolução Francesa.....	142
3.4 – Internacionalização dos direitos fundamentais.....	145
3.5 – Constitucionalização dos direitos do homem.....	146

Capítulo 4

HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	148
4.1 – Época imperial.....	148
4.2 – Período republicano.....	152
4.2.1 – Os direitos fundamentais na Constituição republicana de 1891.....	155
4.2.2 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1934.....	156
4.2.3 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1937.....	157
4.2.4 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1946.....	160
4.2.5 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1967.....	161
4.2.6 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	163

Capítulo 5

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	165
5.1 – Incompatibilidade dos direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático Constitucional com a doutrina juspositivista.....	167
5.2 – Direitos fundamentais na estrutura do estado democrático constitucional.....	169
5.3 – Natureza jurídica dos direitos fundamentais: regra, princípio ou norma jurídica principiológica?.....	170
5.4 – Atipicidade dos direitos fundamentais.....	172
5.5 – Classificação dos direitos fundamentais.....	174
5.6 – Universalidade como característica ínsita aos direitos fundamentais.....	175

5.7 – Relatividade como característica inerente aos direitos fundamentais.....	176
5.8 – Distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.....	179

SEGUNDA PARTE

Capítulo 6

TEORIA DO PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	182
6.1 – Neoconstitucionalismo ou estado constitucional.....	182
6.2 – O modelo brasileiro: estado democrático constitucional.....	184
6.3 – Dimensão constitucional da teoria do processo penal.....	186
6.3.1 – Finalidade garantista dos direitos fundamentais do processo criminal.....	189
6.3.2 – Distinção ontológica entre os processos criminal e civil.....	190
6.4 – Perspectiva democrática do processo penal	193
6.5 – Função política do processo.....	195

Capítulo 7

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL	198
7.1 – Interpretação das normas e princípios constitucionais	199
7.2 – Regras basilares da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais.....	201
7.2.1 – Direitos fundamentais como limitações ao dever-poder de punir.....	202
7.2.2 – Relatividade dos direitos fundamentais, até mesmo, em relação ao direito à vida.....	203
7.2.3 – Garantia dos direitos fundamentais como regra a ser observada no processo penal, somente podendo ser autorizada a supressão ou suspensão temporária quando houver justificativa para a determinação.....	207
7.2.3.1 – Órgãos legitimados a decidir sobre a possibilidade de quebra das garantias constitucionais.....	209
7.2.3.1.1 – Comissões Parlamentares de Inquérito.....	210
7.2.3.1.2 – Reserva de jurisdição quanto à flexibilização de direitos fundamentais.....	211
7.2.3.1.3 – Flexibilização dos direitos fundamentais em decorrência do exercício do poder de polícia, sem a prévia autorização judicial.....	214
7.2.3.1.3.1 – Casos expressos na Constituição em que, no exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos Fundamentais, sem a Prévia Autorização Judicial.....	216
7.2.3.1.3.2 – Outras Hipóteses em que, no Exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos fundamentais, sem a prévia autorização judicial.....	217
7.2.3.1.3.3 – Inidoneidade do Ministério Público para determinar a flexibilização de direito fundamental.....	219
7.2.3.2.1 – Impossibilidade de supressão da exigência da decisão fundamentada pela realização da diligência investigatória pelo próprio juiz.....	222
7.2.3.2.2 – Malferição ao princípio da imparcialidade do juiz, quando a flexibilização de direito fundamental, ao invés de determinada em decisão judicial, é materializada pelo próprio julgador, em diligência por ele comandada	223
7.2.3.2.3 – Inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, ao impor ao juiz que ele, sempre que houvesse a possibilidade de comprometer sigilo constitucional, realizasse a diligência de coleta das provas.....	224
7.2.4 – Direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado.....	226
7.2.5 – Colisão e flexibilização de direitos fundamentais.....	228

7.2.5.1 – Princípio da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais.....	231
7.2.5.2 – Ponderação como técnica para equacionar a colisão de direitos fundamentais.....	232
7.2.6 – Os direitos fundamentais, declarados em forma de princípios constitucionais do processo criminal, na qualidade de normas que ocupam posição hegemônica no sistema jurídico	236
7.2.7 – Incidência das declarações internacionais entre as garantias constitucionais mínimas.....	237

Capítulo 8

PREMISSAS INTERPRETATIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	242
8.1 – Sistema Democrático-Constitucional.....	243
8.2 – Fundamentos do sistema Democrático-Constitucional.....	245
8.2.1 – Soberania como princípio que determina a extensão da atividade jurisdicional.....	246
8.2.1.1 – Natureza jurídica da norma que estabelece os limites da soberania jurisdicional.....	247
8.2.1.2 – (Ir)renunciabilidade ao exercício da jurisdição brasileira.....	249
8.2.1.3 – Tribunal Penal Internacional.....	250
8.2.1.3.1 – Cooperação jurídica internacional por meio dos órgãos jurisdicionais internos.....	252
8.2.1.3.1.1 – Cooperação jurídica internacional por assistência direta.....	255
8.2.1.3.1.2 – Competência e recursos no processo criminal de cooperação jurídica internacional.....	258
8.2.2 – Cidadania como princípio do processo penal.....	261
8.2.3 – Dignidade da pessoa humana.....	264
8.2.3.1 – Dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado.....	266
8.2.3.2 – Medidas alternativas como tratamento mais digno ao condenado.....	271
8.2.3.3 – Linguagem jurídico-penal	273
8.2.4 – Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.....	274
8.3 – Objetivos fundamentais do sistema Democrático-Constitucional.....	277
8.3.1 – Construção de uma sociedade livre, justa e solidária.....	277
8.3.2 – Erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais.....	278
8.3.3 – Promoção do bem de todos, sem preconceitos.....	280

Capítulo 9

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	282
9.1 – Princípio do devido processo legal: origem e definição.....	284
9.1.1 – Devido processo legal como garantia de que a persecução acusatória seja processualizada como condição para a busca da responsabilidade criminal.....	288
9.1.2 – Devido processo legal em casos especiais e nas tutelas de urgência.....	289
9.1.3 – Devido processo legal no estado democrático-constitucional como forma de encontrar alternativas para a resposta à criminalidade.....	291
9.1.3.1 – Juizado especial como função política despenalizante da conduta ilícita, no caso concreto, e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).....	292
9.1.3.1.1 – Natureza jurídica despenalizante das medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e sua distinção das penas alternativas	296
9.1.3.1.2 – Juizado especial como devido processo legal para os crimes de menor potencial ofensivo.....	300
9.1.3.1.3 – Dever do Ministério Público de propor a transação, desde que satisfeitas as condições previstas na lei.....	302
9.1.3.1.4 – Direito subjetivo do autor do fato a ter a sua conduta despenalizada,	

quando satisfeitas as condições previstas na lei.....	303
9.1.3.1.5 – Possibilidade de o juiz deferir o pedido do autor do fato de despenalização da conduta por meio do processo, mesmo diante da recusa da transação criminal pelo Ministério Público.....	306
9.1.3.1.5.1 – Despenalização da conduta por meio do processo, independentemente da transação criminal.....	308
9.1.3.1.5.2 – Natureza processual da fase preliminar do juizado especial.....	309
9.1.3.2 – Suspensão condicional do processo como medida despenalizante e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).....	311
9.1.4 – Celeridade processual como elemento indispensável para a eficiência do processo criminal e como direito do acusado de ser julgado dentro de prazo razoável (princípio da duração razoável do processo).....	313
9.1.5 – Publicidade dos atos processuais.....	320
9.1.5.1 – Informatização do processo e direito de acesso à informação.....	325
9.1.5.2 – Dever de motivação das decisões judiciais.....	330
9.1.6 – A nulidade das provas obtidas por meio ilícito como consequência do devido processo legal.....	331
9.1.6.1 – Teoria da exclusionary rule	334
9.1.6.1.1 – A adoção da teoria da exclusionary rule no direito comparado	337
9.1.6.1.2 – A Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no sistema jurídico nacional.....	340
9.1.6.2 – As exceções às exclusionary rules	348
9.1.6.2.1 – A fonte independente (independent source).....	350
9.1.6.2.2 – O descobrimento inevitável (inevitable discovery)	353
9.1.6.2.3 – A boa-fé (good faith).....	356
9.1.6.2.4 – A doutrina do purged taint ou dos vícios sanados ou da falta do nexo de causalidade	359
9.1.6.2.5 – A Prova benéfica em prol do acusado	360
9.1.6.2.6 – O princípio da proporcionalidade ou balancing test	362
9.1.6.2.7 – A destruição da mentira do imputado.....	365
9.1.6.2.8 – A teoria do risco	366
9.1.6.2.9 – A plain view doctrine e os campos abertos	368
9.1.6.2.10 – A renúncia do interessado.....	369
9.1.6.2.11 – A infração constitucional alheia.....	370
9.1.6.2.12 – A infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial	370
9.2 – Princípio da presunção de não culpabilidade.....	372
9.2.1 – Posição da doutrina e da jurisprudência quanto à nomenclatura presunção de não culpabilidade ou presunção da inocência	374
9.2.2 – Princípio da presunção de não culpabilidade como expressão mais correta.....	376
9.2.3 – A verdade real, in dubio pro reo ou favor rei como decorrência do princípio da não culpabilidade e seu alcance em relação à prova.....	380
9.2.4 – O alcance do princípio da presunção de não culpabilidade e sua inaplicação às atuações da autoridade policial e do Ministério Público.....	382
9.2.5 – O princípio da presunção de não culpabilidade e a sua repercussão no tratamento dado às partes na relação processual.....	384
9.2.6 – A presunção de inocência como garantia contra a instauração de inquérito ou de processo criminal sem justa causa	387
9.3 – Princípio acusatório.....	388
9.3.1 – Resquícios do sistema misto no código de processo penal.....	392

9.3.2 – Poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal, de acordo com o sistema acusatório.....	396
9.3.2.1 – Inexistência de privatividade da polícia judiciária para a investigação dos crimes (persecução criminal extraprocessual).....	398
9.3.2.2 – Os poderes investigatórios do Ministério Público.....	402
9.3.2.2.1 – Argumentos que confirmam os poderes investigatórios do Ministério Público.....	406
9.3.2.2.2 – Poderes investigatórios do Ministério Público no direito comparado.....	411
9.3.2.3 – Princípio acusatório e vedação do juízo de instrução.....	413
9.3.3 – Legitimidade para a persecução criminal perante o judiciário.....	417
9.3.3.1 – Sistema acusatório quanto à titularidade para o ajuizamento de ação penal.....	420
9.3.3.2 – Ação penal pública como espécie de ação coletiva	421
9.3.3.3 – Incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático.....	422
9.3.3.4 – Ação penal de iniciativa pública condicionada à representação como forma adequada de conciliar os interesses da vítima com o sistema processual democrático.....	425
9.3.3.5 – Participação da vítima no processo como direito de cidadania e de amplo acesso ao Poder Judiciário, ideia nuclear da justiça restaurativa.....	426
9.4 – Princípio do direito à intimidade em Geral.....	429
9.4.1 – Direito à vida privada.....	436
9.4.2 – Direito à imagem.....	439
9.4.3. – Garantia do sigilo bancário.....	441
9.4.3.1 – Dever de perquirir a origem dos recursos e de dar informações.....	443
9.4.3.2 – Hipóteses de prestação de informações bancárias independentemente de autorização judicial, previstas na Lei Complementar nº 105, de 2001.....	444
9.4.3.3 – Quebra do sigilo bancário por determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito.....	447
9.4.4 – Garantia do sigilo fiscal.....	449
9.4.5 – Inviolabilidade do domicílio.....	450
9.4.5.1 – Garantia da inviolabilidade do domicílio na Constituição de 1988.....	451
9.4.5.2 – Conceito constitucional da expressão casa.....	452
9.4.5.3 – O alcance da expressão morador.....	457
9.4.5.3.1 – Preponderância do jus prohibendi, no caso de discordância entre os moradores.....	457
9.4.5.3.2 – Espaço do empregado e jus prohibendi.....	459
9.4.5.4 – Compreensão do significado da expressão noite, empregada no inciso XI do art. 5º da Constituição.....	460
9.4.5.5 – Determinação judicial substitutiva do consentimento do morador.....	462
9.4.6 – Sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.....	464
9.4.6.1 – Sigilo das correspondências, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.....	467
9.4.6.2 – Sigilo das comunicações de dados, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.....	469
9.4.6.3 – Sigilo das comunicações telefônicas, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.....	471
9.4.6.4 – O Tratamento dispensado ao sigilo da correspondência e das comunicações no direito estrangeiro.....	472
9.4.6.5 – Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência e	

das comunicações telegráficas e de dados.....	475
9.4.6.5.1 – Interpretação sistêmica da expressão (salvo) no último caso, prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição.....	479
9.4.6.5.2 – Interpretação literal que conduz à conclusão lógica de que a ressalva contida no inciso XII do art. 5º da Constituição encerra cláusula de reserva de jurisdição quanto à comunicação telefônica.....	482
9.5 – Princípio da ampla defesa.....	483
9.5.1 – Direito fundamental que está expresso, no processo criminal, apenas em relação ao acusado.....	485
9.5.1.1 – Diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil.....	487
9.5.1.2 – Direito à autodefesa consistente no direito de ser intimado dos atos do processo, de participar das audiências e ao jus postulandi, como decorrência da amplitude do direito de defesa no processo criminal.....	490
9.5.1.3 – Distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa.....	499
9.5.1.4 – As peculiaridades do direito à ampla defesa no processo criminal e sua repercussão nos efeitos da revelia.....	501
9.5.2 – Direito ao silêncio ou de permanecer calado.....	504
9.5.2.1 – Direito ao silêncio (de permanecer calado) que se traduz em direito de não produzir, à força, prova contra si.....	508
9.5.2.2 – Direito ao interrogatório como materialização da autodefesa e decorrência lógica do direito ao silêncio.....	517
9.5.2.2.1 – Direito do acusado de ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento.....	521
9.5.2.2.2 – Identidade física do juiz como direito do acusado de ser julgado pelo juiz que lhe ouviu.....	523
9.5.2.2.3 – Video conferência como instrumento para preservar o princípio da identidade física do juiz.....	525
9.5.2.3 – Exercício do direito ao silêncio que não pode servir de fundamento para a condenação do acusado.....	529
9.5.2.4 – Direito da pessoa de ser ouvida perante o responsável pela acusação, antes do oferecimento da denúncia.....	534
9.5.2.5 – Incentivos legais à confissão, como forma de premiação ao acusado e, por via reflexa, de exercício, ainda que indireto, do direito de defesa: colaboração premiada.....	536
9.5.2.5.1 – Delação ou colaboração premiada: colaboração com a sociedade como forma de defesa.....	537
9.5.2.5.2 – Aspectos relevantes da colaboração premiada prevista na Lei 12.850, de 2013.....	541
9.5.3 – Direito de recorrer (duplo grau de jurisdição) como expressão do princípio da ampla defesa.....	544
9.5.3.1 – Direito ao duplo grau de jurisdição.....	546
9.5.3.2 – Ofensa ao princípio da ampla defesa do prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.....	549
9.5.4 – Inviolabilidade da advocacia.....	553
9.5.4.1 – Imunidade judiciária como corolário lógico da inviolabilidade do exercício da advocacia.....	556
9.5.4.2 – Inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e comunicações, incluídas as telefônicas ou afins.....	558
9.6 – Princípio da liberdade.....	561
9.6.1 – Prisão processual no Direito Comparado.....	563
9.6.2 – Histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.....	566
9.6.3 – Sistema prisional na redação originária do Código de Processo Penal de 1941.....	571
9.6.4 – Mudanças operadas no sistema prisional do Código de Processo Penal, antes da Constituição de 1988.....	573
9.6.5 – Tratamento dispensado pela Constituição de 1988 à prisão processual.....	578

9.6.5.A – Novo modelo do sistema prisional no código de processo penal (Lei nº 12.403, de 2011).....	581
9.6.5.B – princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão.....	583
9.6.5.1 – Prisão com ordem judicial.....	586
9.6.5.1.1 – Prisão preventiva.....	588
9.6.5.1.2 – Prisão temporária.....	591
9.6.5.1.3. – Prisão (preventiva) ou medida diversa da prisão com a sentença.....	596
9.6.5.1.3.1 – Necessidade de fundamentação da prisão imposta com a sentença recorível.....	601
9.6.5.1.3.2 – Prisão com a sentença condenatória nos casos de crime hediondo e a ele equiparado (Lei nº 8.072, de 1990) e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613, de 1998).....	602
9.6.5.1.4 – Prisão com a decisão de pronúncia.....	606
9.6.5.1.5 – Alternativas à prisão processual no Direito Comparado.....	608
9.6.5.1.6 – Adoção de medidas alternativas à prisão processual no sistema brasileiro.....	611
9.6.5.2 – Prisão (detenção) sem ordem judicial.....	613
9.6.5.2.1 – Natureza jurídica do flagrante delito.....	615
9.6.5.2.2 – Requisitos constitucionais-formais necessários à legalidade da detenção em flagrante.....	618
9.6.5.2.2.1 – Comunicação imediata da detenção ao juiz, à família ou à pessoa de confiança e ao Ministério Público.....	621
9.6.5.2.2.2 – Relaxamento da prisão como consequência da ilegalidade da prisão sem ordem judicial.....	626
9.6.5.2.2.3 – Direito à liberdade provisória.....	628
9.6.5.2.2.3.1 – Vedação à liberdade provisória.....	630
9.6.5.2.2.3.2 – Fiança como cautela para assegurar o direito de liberdade.....	635
9.6.5.3 – Responsabilidade civil do estado decorrente da prestação jurisdicional criminal.....	641
9.6.5.3.1 – Ressarcimento por condenação oriunda de erro judiciário.....	643
9.6.5.3.2 – Ressarcimento por dano decorrente de prisão indevida.....	644
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	650

Nota à 2ª edição

Vem a lume a 2ª edição deste livro, submetido a revisão, ampliação e atualização. Complementada o que nós denominamos primeira etapa da Reforma Tópica do Processo Penal, mais precisamente com a promulgação das Leis n.ºs. 10.792, de 2003, e 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, era necessária a atualização deste livro. Preferimos, no entanto, escrever uma obra específica sobre o tema, deixando para depois a tarefa de cuidar desta nova edição. Editamos o livro *Reforma Tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário*, com o novo regime das provas, principais modificações do júri, pela editora Renovar, publicado em 2009, e voltamos a atualizar este escrito.

Quando finalizamos o trabalho, eis que surgiu a Lei n.º 12.403, de 2011, implementando o que para nós constitui a segunda etapa da Reforma Tópica do Processo Penal. Mas uma vez, adiamos a nova versão deste livro, a fim de cuidar do lançamento da 2ª edição¹ da *Reforma Tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário*, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão), também sob os cuidados da editora Renovar.

Assim, em certa medida, este livro estava atualizado por meio de outra obra também lançada por mim. Todavia, a 2ª edição deste livro se impunha, e sem mais tardar. Demos continuidade a esta atualização. Promovemos as inserções de mister, com suporte em nosso pensamento, acompanhado de outras obras doutrinárias atualizadas e surgidas após a primeira versão deste escrito. Pesquisamos e incorporamos ao texto a evolução jurisprudencial sobre os mais variados temas aqui tratados.

Ampliamos os temas abordados no livro, com a conseqüente inclusão de várias obras doutrinárias, especialmente estrangeiras e precedentes jurisprudenciais, com destaque para os oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Alguns temas foram enxertados devido à atualização da obra, outros foram incluídos no escopo de proporcionar uma melhor explanação do entendimento defendido no livro.

Na primeira parte, no capítulo 1, incluiu-se a análise quanto à necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, alinhado ao perfil do sistema democrático que tem os direitos fundamentais como pedra de toque, com a revelação do movimento reformista quanto a essa temática, e as críticas sobre os inconvenientes de uma reforma tópica e, por fim, foram feitas observações sobre aspectos importantes do projeto de novo Código de Processo Penal, já aprovado pelo Senado (itens 1.4.5, 1.4.5.1, 1.4.5.2 e 1.4.6). No capítulo 2, na exposição sobre os fundamentos do direito de punir, de modo mais claro e de acordo com a doutrina a respeito, fez-se a abordagem dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva. No capítulo 4, assim como feito em relação às Cartas constitucionais anteriores, fez-se a síntese sobre a forma como os direitos fundamentais restaram declarados

¹ Na primeira edição, o título da obra era *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário*, com o novo regime das provas, principais modificações do júri.

na Constituição de 1988 (item 4.2.6).

Na segunda parte do livro, sentiu-se a necessidade de esmiuçar a doutrina acerca dos direitos fundamentais como dever de proteção (eficiente) pelo Estado, a problemática a respeito da colisão e flexibilização de direitos fundamentais, a incidência do princípio da proporcionalidade nesse tema e da utilização da técnica da ponderação para equacionar essa questão, realçando, de toda sorte, que há um desequilíbrio sistêmico em prol da maior prevalência dessa classe de direitos na perspectiva subjetiva (itens 7.2.4, 7.2.5, 7.2.5.1 e 7.2.5.2). Mais adiante, reservou-se espaço próprio para discorrer sobre o direito do acusado de ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento e o princípio da identidade física do juiz e, ainda, ressaltar que a videoconferência constitui ferramenta tecnológica expedita para preservar a aplicação do princípio da identidade física do juiz (itens 9.5.2.3.1, 9.5.2.3.2 e 9.5.2.3.3). Por último, foram lançadas reflexões a respeito do novo modelo do sistema prisional estabelecido pela Lei nº 12.403, de 2011, assim como dos princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão (itens 9.6.5.A e 9.6.5.B).

De outro lado, foram revistos pontos. Por exemplo, o *jus persecuendi*, anteriormente tratado como *poder-dever*; nesta nova edição, embora tenha sido mantido o mesmo conteúdo, em termos linguísticos, é exposto como um *dever-poder*; a realçar que se cuida mais de um *dever*, enxergado na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, do que propriamente de um *poder*. Ao contrário da 1ª edição, evoluímos para criticar toda e qualquer legitimidade conferida à autoridade policial para postular, perante o Judiciário, a flexibilização de direito fundamental. De outro lado, diante da classificação, com a Reforma Tópica, da extinção da punibilidade como hipótese de absolvição sumária, agregamos o entendimento de que, a par de a transação e a suspensão condicional do processo possuírem função política despenalizante, agora, são, igualmente, instrumentos para a obtenção da absolvição, pois ocasionam a extinção da punibilidade.

Aproveito o momento para agradecer a todos que, direta ou indiretamente, colaboraram na feitura desta 2ª edição do livro. Quero, todavia, fazer 3 (três) agradecimentos especiais.

A Gudson Barbalho e a Rochester Araújo, ex-Estagiários Docentes do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN, que fizeram minuciosa leitura deste texto, apresentaram valiosíssimas sugestões e chamaram a atenção para um olhar diferente quanto a determinados temas. Enriqueceram muito o livro.

Aos servidores da 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, que formam equipe de trabalho extraordinária, auxiliares no labor diário pela concretização de uma justiça criminal mais justa e na árdua e gratificante tarefa desempenhada no exercício da corregedoria judicial do presídio federal em Mossoró (RN).

Especialmente a Flávio de Andrade Severiano e a Raimundo Nogueira do Rêgo Medeiros, que formataram o texto e executaram a tarefa de revisar as notas de rodapé.

A 1ª edição deste livro dediquei a Aline e a Arthur, até então os bens mais preciosos de minha vida. Agora, a nossa família cresceu. Chegou, no início de dezembro do ano passado, Heloísa, linda como uma princesa. Esta obra, em sua 2ª edição, é dedicada também a ela.

Esta 2ª edição sai pelo selo da OWL, editora criada por mim, Olavo Hamilton e Paulo Linhares, que se apresenta como espaço aberto para facilitar e fomentar a publicação de livros na área jurídica.

Natal (RN), 12 de julho de 2015.

APRESENTAÇÃO

Foi com muita honra que aceitei o convite para fazer a apresentação deste livro de autoria de Walter Nunes da Silva Júnior. Trata-se de obra escrita originariamente como tese de doutoramento, apresentada com o título “*Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*” e defendida (com nota máxima e louvor) na Faculdade de Direito de Recife (UFPE).

Em razão dos inúmeros contatos pessoais que mantivemos nos últimos anos, tive o privilégio de acompanhar o desenvolvimento da tese e, agora, do livro. Sou testemunha, portanto, do quanto tudo isso custou para o autor, cuja pesquisa foi ganhando corpo a cada dia em razão de sua denodada dedicação.

O ponto de partida da obra reside na teoria do garantismo, cujo expoente máximo, no momento, é Ferrajoli. Para este autor, o sistema garantista constitucional caracteriza-se (a) pela positividade constitucional dos direitos fundamentais bem como (b) pela limitação da própria produção do Direito, que está sujeita a barreiras formais e materiais. Poder-se-ia agregar a essas duas premissas uma terceira que consiste no singular sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no nosso país.

O atento e aprofundado estudo dos limites ao direito de punir do Estado que foi concretizado neste livro, depois das considerações que acabam de ser feitas, conta com relevância ímpar, seja porque o constituinte de 88 procurou positivizar na Constituição uma série enorme de direitos e garantias do acusado, seja porque a própria produção legislativa já não pode extrapolar os limites materiais da Carta Magna, todos reconduzíveis, é certo, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A obra foi estruturada em duas partes, cuidando a primeira das bases filosóficas do direito criminal. Na segunda, a atenção do autor se voltou fundamentalmente para a discussão dos principais direitos e garantias fundamentais catalogados na Constituição de 1988. Uma das notáveis singularidades do livro, aliás, consiste no destaque que é dado ao princípio da supremacia da Constituição, que é fonte da chamada *interpretação conforme*, ou seja, todo Direito deve ser interpretado de acordo com a Constituição, não o contrário.

A constitucionalização do pensamento e das construções teóricas é, sem sombra de dúvida, a característica mais marcante do jurista do terceiro milênio. Foi sob o império dessa visão moderna que o autor fundamentou e desenvolveu este livro, que foi escrito em linguagem acessível, porém, sem perder de vista a profundidade que cada assunto requeria.

O livro espelha, destarte, um escoreito inventário do que existe de mais importante no nosso atual devido processo penal. Mas não se esqueceu da contribuição da História, muito menos da importância do pensamento político-liberal, para a construção do original Estado de Direito. Nesse tempo, os direitos valiam pelo que atestavam as leis. Hoje, como se sabe, os direitos valem pelo que são retratados nas Constituições. Até mesmo a produção da lei encontra limites, ou seja, a produção do Direito, também, está sujeita ao Direito maior (constitucional).

As duras críticas que foram feitas contra as posturas antidemocráticas da Escola Positiva italiana bem revelam o quanto esse Direito do final do século XIX em praticamente nada se corresponde ao nosso modelo atual de Estado, que é o constitucional e democrático de Direito.

Por tudo quanto acaba de ser rapidamente esboçado, não há dúvida de que se trata de obra digna de encômios, que será lida e relida pelo atento leitor que, seguramente, poucos reparos fará.

Um deles, possivelmente, consistiria no uso da locução “*presunção de não culpabilidade*”, em lugar da “*presunção de inocência*”. Nossa Corte Constitucional, como sabemos, vem conferindo primazia à primeira, quando o acertado é a segunda visto que assim está escrito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º). Os primeiros que começaram a falar em *presunção de não culpabilidade* foram os juristas italianos do período fascista. Essa origem bastante maculada da expressão já diz tudo por si só. Melhor, assim, voltar à velha e sábia Constituição francesa do final do século XVIII, que brilhou, inclusive, por privilegiar a locução “*presunção de inocência*”.

De qualquer modo, sublinhe-se que a conquista de um pensamento jurídico ponderado e amadurecido, como o do autor, não acontece da noite para o dia. O livro que acaba de ser escrito por Walter Nunes da Silva Júnior apresenta um conteúdo denso, porém exposto de forma objetiva e clara.

É fruto, portanto, de uma embaçada e extensa pesquisa, mas também e sobretudo de sua vivência e experiência profissional altamente elogiáveis.

Formado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN (1986), logo foi aprovado e nomeado Promotor de Justiça no mesmo Estado (1988). De 1988 a 1991, passou pela Magistratura estadual e, em seguida, pela Procuradoria da República (tendo exercido o cargo de Procurador da República por alguns meses). No final de 1991, viria a triunfar uma vez mais, galgando a carreira de Juiz Federal. Na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, exerce, até hoje, o cargo de Juiz Titular da 2ª Vara, especializada em matéria criminal. Na atualidade, é o Presidente da Ajufe (Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe).

Exerceu a função de Juiz Eleitoral como membro efetivo do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte durante o biênio 1993/1995, na vaga destinada à Justiça Federal. É professor de Processo Penal na Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN, desde o primeiro semestre de 1993, assim como na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Fundou e é o diretor da RCD – Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. É mestre em Direito Público o p e l a UFRN/UFPE, com área de concentração em Direito Constitucional, tendo apresentado o trabalho intitulado “Poder Judiciário Democrático-Constitucional: uma apreciação política de sua estrutura”, sendo aprovado com louvor.

Agora é doutor pela UFPE em Direito Público, com área de concentração em Direito Processual Penal. É autor, ademais, de incontáveis artigos jurídicos que sempre encontraram eco no mundo jurídico.

Que o livro tenha o merecido reconhecimento de todos.

São Paulo, 1º de maio de 2006.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG

Prefácio

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Uma das virtudes que fazem os grandes juristas — ao lado da dedicação ao estudo, da visão enciclopédica do Direito e do mundo e do compromisso com seu tempo — é a capacidade de perceber, na hora certa, a demanda por conhecimento que exista acerca de determinado objeto. Esta é uma dentre as muitas qualidades de Walter Nunes da Silva Júnior e do trabalho de fôlego que produziu: a colonização de um espaço de carência acadêmica. O processo penal, juntamente com o direito penal e outros elementos do sistema punitivo no Brasil, precisa de uma rearrumação doutrinária que redefina seu papel na sociedade democrática contemporânea, com sua complexidade, seu pluralismo e suas exigências heterogêneas por direitos fundamentais e segurança pública. O livro que aqui tenho a honra de prefaciá-lo presta valiosa contribuição a essa causa.

Penso ser de justiça chamar a atenção do leitor para dois aspectos notáveis da obra. O primeiro: a existência da pesquisa, a profundidade da reflexão e a erudição demonstrada não comprometem, em mínima medida, a clareza solar do trabalho, que ilumina de maneira simples, precisa e desafetada as ideias, categorias e institutos com os quais trabalha. O segundo aspecto é a postura humanista do autor, que situa em dimensão própria as possibilidades e os limites da repressão penal no Brasil contemporâneo.

O humanismo se alimenta de uma visão solidária da vida, da capacidade de perceber e de compreender o outro e ter empatia com ele. Não me refiro ao outro que seja muito parecido ou igual a nós mesmos — em raça, classe, interesses —, mas aos diferentes, inclusive e notadamente os que não tiveram as mesmas oportunidades de afeto, de educação, de evolução existencial. São estes os que mais precisam e os que menos recebem. Os que verdadeiramente necessitam da Constituição, de dignidade, de direitos fundamentais, de processo legal. Por vezes, precisarão também de compaixão e de perdão. Feitas estas anotações iniciais, e não desejando me alongar além da conta, passo a situar a obra no contexto atual da confluência entre o direito constitucional e os demais ramos do Direito.

O reconhecimento efetivo de força normativa às normas constitucionais e da posição de supremacia e centralidade que ocupam no ordenamento jurídico deflagrou uma reação em cadeia, ainda em curso: o Direito está se constitucionalizando. Isso não significa subordinação ou perda da identidade própria de cada ramo do conhecimento jurídico, mas tão-somente a constatação de que as regras e princípios constitucionais reclamam realização em todas as instâncias da vida, ainda que seja para assegurar aos indivíduos um espaço de liberdade existencial livre de ingerências indevidas do Estado ou mesmo de terceiros. Com efeito, a par de estabelecer a estrutura orgânica do Estado e os procedimentos para a criação da legislação ordinária, a Constituição institui balizas materiais para o processo político e para a aplicação das normas jurídicas. Dessa forma, a plena realização do ideal constitucional não apenas recomenda, mas a rigor exige que todo o Direito seja interpretado à luz da Constituição.

A partir dessas premissas, a doutrina tem procedido a uma ampla releitura de todos os ramos jurídicos sob a ótica da Constituição, fenômeno a que se convencionou denominar *filtragem constitucional*. Tornaram-se correntes as referências ao direito civil constitucional, ao direito administrativo constitucional, ao direito tributário constitucional, dentre outras construções similares. Nesse particular, o direito penal e o direito processual penal ainda carecem de trabalhos sistemáticos de releitura em bases constitucionais, sem prejuízo de importantes iniciativas recentes. A referida lacuna torna-se especialmente sentida em razão das características desses dois ramos jurídicos, que lidam com direitos fundamentais em situações não raro dramáticas, seja quando se olha pela perspectiva das vítimas, seja sob o enfoque dos acusados e condenados. A trajetória da repressão e da investigação organizada dos delitos mistura-se em diversos momentos, com a história dos direitos fundamentais e da evolução da sua garantia. Como bem destaca o autor:

“Na dimensão do neoconstitucionalismo ou do Estado democrático-constitucional, tem-se que a Constituição, em especial os direitos fundamentais, estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico criminal, daí por que, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em teoria geral do processo penal, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua teoria constitucional, pois a história desse ramo do Direito — a investigação científica demonstra — confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais. Com efeito, no exame da história dos povos, contemplando a transformação da sociedade primitiva em Estado, observa-se que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, logo cedo, preocupou-se em estabelecer limites ao exercício do dever-poder de punir do Estado, utilizando como um dos instrumentos mais importantes os direitos inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Os direitos fundamentais, portanto, formam o núcleo duro das regras processuais ou, em outras palavras, constituem a própria teoria constitucional do processo penal” (destacado no original).

Em tempos de sociedade acuada pela violência, muitas vezes em circunstâncias que sugerem um retorno à barbárie, não é simples a tarefa dos estudiosos do direito penal e do direito processual penal que estejam comprometidos com a tábua constitucional de valores. Sem complacência ou estímulo à impunidade, cabe-lhes enxergar e fazer enxergar a humanidade naqueles que comentem das pequenas transgressões aos atos inumanos, ou talvez demasiado humanos. Há diferentes indicadores do grau de civilização de uma comunidade política. Um dos mais expressivos talvez seja o tratamento que dispensa aos seus acusados — notadamente quando destituídos de influência política ou econômica — e, sobretudo, aos que caem em seu sistema repressivo. A Constituição deve incidir nesse domínio para garantir que a apuração das infrações penais seja ordenada e eficiente, mas também para assegurar que os direitos fundamentais sejam respeitados e não haja julgamentos injustos ou condenações degradantes.

A obra de Walter Nunes da Silva Júnior alinha-se com essa necessidade e proporciona uma visão abrangente do processo penal. Propõe-se a rediscutir os fundamentos teóricos da disciplina, suas categorias e institutos centrais, sempre à luz da Constituição, além de analisar de forma específica questões pontuais tormentosas como a investigação pelo Ministério Público, a admissibilidade de provas ilícitas e as prisões processuais acautelatórias, para citar alguns exemplos. O autor alia apuro acadêmico à sua rica experiência como juiz federal, proporcionando aos leitores uma viagem proveitosa e bem conduzida por um processo penal compromissado com a ordem constitucional.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2007.

Luis Roberto Barroso

Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ.

APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA TEORIA (CONSTITUCIONAL) DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.

Existe uma lacuna na doutrina nacional em relação a obras direcionadas ao estudo mais denso sobre a teoria do processo penal. Os livros de Teoria Geral do Processo, comumente, não têm se aprofundado nas singularidades da teoria do processo no ambiente criminal, especialmente quanto à repercussão dos direitos fundamentais nessa área do saber jurídico. Isso porque são escritos por processualistas civis ou devido ao fato de tratar, a um só tempo, dos aspectos cíveis e criminais.

A razão de ser deste livro é exatamente buscar preencher o mencionado vácuo doutrinário e satisfazer o compromisso assumido com os alunos, especialmente os da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN, que sempre me cobraram uma obra sistemática a respeito dos fundamentos do processo penal.

O projeto de escrever sobre a teoria do processo penal é antigo. Achei prematuro fazê-lo no Mestrado, ciente de que o assunto ainda não estava suficientemente amadurecido. Por volta do ano de 1997, passei a lecionar, na ESMARN, o que denominei, em um primeiro instante, “Processo penal: limitações do direito de punir” e, posteriormente, “Teoria constitucional do processo penal”.

Sedimentadas as ideias, pouco mais de cinco anos depois, iniciei o curso de Doutorado na Universidade Federal de Pernambuco, com a ideia de apresentar, como tese, uma *Teoria constitucional do direito processual penal*¹. Eis a origem deste livro que, agora, após as adaptações necessárias, com o acréscimo de algumas considerações e feitas as atualizações legislativas e jurisprudenciais, submeto à crítica.

Este livro busca contribuir para uma efetiva introdução a esse ramo do Direito, a partir da constatação de que os direitos fundamentais, plasmados em forma de princípios na Constituição, constituem a espinha dorsal da teoria do processo penal, com alcance distinto ao de sua aplicação no processo civil. Isso porque há uma distinção ontológica entre um e outro, na medida em que, sendo o escopo do processo civil a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, o do processo penal é o regramento do exercício do dever-poder de punir do Estado.

Os cursos de processo penal, via de regra, fazem superficial incursão sobre a teoria desse ramo do Direito, no pressuposto de que a matéria já foi devidamente tratada na teoria geral do processo, o que, infelizmente, não ocorre. Justamente por isso, este curso de processo penal pretende elaborar uma teoria do processo como estudo introdutório necessário para que se passe à análise dos institutos processuais.

¹ A tese, denominada Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro, foi apresentada, em fevereiro de 2006, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – Centro de Ciências/UFPE, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Penal, sendo aprovada com louvor e recomendada a sua publicação. A Banca Examinadora foi formada pelo Professor Livre Docente FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI, da Universidade Federal de Pernambuco, Professor-Doutor ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, do Professor-Doutor MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, da Professora-Doutora MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI, da Universidade Federal de Pernambuco e do Professor-Doutor RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS, da Universidade Federal de Pernambuco.

A ideia central deste livro parte do pressuposto de que o processo penal surgiu como instrumento hábil para limitar o exercício do dever-poder de punir do Estado, o que coincidiu, não por acaso, com o movimento iluminista, cuja preocupação macro era impor limites ao poder do Estado. Por isso mesmo, observa-se que as declarações de direitos do homem, tal como foram constitucionalizadas pelo primeiro movimento constitucionalista, apresentam-se, ainda hoje, como garantias que têm incidência maior no ambiente criminal, em razão das regras que sinalizam para o respeito a direitos pertinentes à dignidade da pessoa humana.

Evidencia-se, assim, que o processo penal não surgiu tendo como escopo armar o Estado para enfrentar a criminalidade, mas, sim, como instrumento hábil e necessário para que fosse humanizada a sua função de punir. Conquanto essa razão de ser do processo penal tenha sido substancialmente desvirtuada, após a Segunda Guerra Mundial, ao sabor do *neoconstitucionalismo ou do estado constitucional*², houve a recuperação do perfil democrático do processo penal.

No Brasil, o resgate dessa concepção do processo penal somente se fez sentir na segunda metade dos anos 80, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que os direitos fundamentais ganharam *força normativa e hierarquia superior às regras jurídicas*, passando a desempenhar função hegemônica em nosso sistema, e não apenas integrativa das lacunas do Direito, como era antes, circunstâncias que levam à assertiva de que seja mais apropriado falar em *teoria constitucional do processo penal* do que propriamente em teoria do processo penal.

a) Dimensão humanística do processo criminal.

As discussões as mais acirradas a respeito da forma como o Estado deve enfrentar a criminalidade não são recentes, sendo possível, em abordagem sintética, identificar, nessa questão, a despeito de suas mais diversas variantes, duas doutrinas ontologicamente diferenciadas:

(1) A que propõe um sistema criminal que tem como arcabouço uma visão garantista, fundada na obediência aos direitos fundamentais declarados na Constituição, concebidos como normas jurídicas que têm em mira *limitar/restringir* o dever-poder de punir (pretensão punitiva) do Estado³ e (2) outra que sugere um *olhar* do sistema mais focado na *segurança pública/defesa social*, de cunho autoritário, diante da concepção de que os direitos fundamentais são ditados para as *pessoas de bem*, daí por que, no conflito entre os direitos defendidos com a pretensão acusatória e os do acusado, deve prevalecer o primeiro, especialmente quando o delito em apuração estiver inserido no contexto da *macrocriminalidade*⁴.

Em nosso meio, quem é adepto da primeira corrente recebe o nome de garantista, o que dá a

²No livro se dá preferência para a denominação Estado democrático-constitucional.

³*Sobre o garantismo*, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Editorial Trotta, 1995. O modelo garantista no pensamento de FERRAJOLI é o reflexo de três questões fundamentais, que representam a legitimação do sistema criminal: “... por qué, cuándo y cómo castigar (o no castigar); por qué, cuándo y cómo prohibir (o no prohibir); por qué, cuándo y cómo juzgar (o no juzgar)”. (ibid., p. 232)

⁴ RICARDO DE BRITO identifica duas tendências opostas ao garantismo: “A primeira delas corresponde à ideologia penal autoritária e implica um direito concebido como expressão de um Estado, cujo poder excede os limites estabelecidos no Estado liberal de direito, assumindo a roupagem de um direito penal máximo correspondente ao absolutismo penal de todos os matizes (As razões do positivismo penal no Brasil.” Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002. p. XXIII). De acordo com essa corrente, o lema é: “estamos interessados nos ‘direitos humanos’ dos homens de bem e não nos ‘direitos humanos’ dos delinquentes.” (Ibid., p. XXIV). Nas palavras do referido autor, “... a segunda grande tendência que rejeita o garantismo penal é o abolicionismo” (Ibid., p. XXIV), pois, para este, “... direito penal bom é direito penal inexistente.” (Ibid., p. XXIV). Note-se, porém, que a corrente criminal denominada abolicionismo penal possui duas variantes, uma mais radical, que propõe mesmo a eliminação do sistema penal, e outra, mais moderada, que sugere uma nova visão da justiça criminal, centrada no ideário democrático. Nessa segunda linha, os abolicionistas não se atrimam com os fundamentos do *garantismo*.

entender que os demais, filiados à linha de pensamento mais rígida e que põem em destaque o interesse na persecução criminal, formam o grupo dos não garantistas⁵. Nas palavras de FERRAJOLI⁶, a quem é atribuída a concepção doutrinária do garantismo, em contraposição a esse sistema está o modelo penal autoritário, ... *fruto irreflexivo y consolidado de las prácticas legislativas, jurisdiccionales o policiales*” afinado com doutrinas e modelos teóricos e políticos “... *de los esquemas premodernos de la inquisición a las modernas teorías de la prevención especial, de la defensa social o del tipo normativo de autor, em sus múltiples variantes moralistas, antropológicas, decisionistas y eficientistas.*”⁷

A discussão a respeito desse tema ainda é recorrente, embora tenha sido enfrentada e dissipada pela maioria dos países em prol da primeira corrente de pensamento. É verdade que o incremento da criminalidade, não apenas em relação às ações ilícitas transnacionais sustentadas em ampla base organizativa, representadas pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de mulheres, crianças, órgãos e armas, lavagem de dinheiro, corrupção e, mais especialmente, pelos crimes de terrorismo, tem levantado divergências quanto ao modelo a ser adotado para apoiar a persecução criminal⁸. No entanto, a comunidade internacional tem, reiteradamente, asseverado o compromisso com o Estado Constitucional, que tem os direitos fundamentais como normas *hegemônicas, estruturantes e orientadoras* de todo o sistema jurídico.

Nessa linha de orientação, no projeto de declaração do 11º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado em Bangkok, Tailândia, no período de 18 a 25 de abril de 2005, os Estados Membros da ONU, dentre outros compromissos, a despeito das posições defendidas pelos Estados Unidos e Espanha, reafirmaram, com ênfase, que as medidas a serem adotadas no combate à criminalidade, até mesmo em relação ao terrorismo, devem ser compatíveis com o Direito Internacional e de conformidade com a Carta das Nações Unidas, em particular com as declarações relativas aos *direitos fundamentais*⁹.

O Brasil, assim como os demais países da América Latina, onde o regime ditatorial perdurou da década de 60 até a segunda metade dos anos 80, começa a apartar-se do *positivismo normativo*. Na década de 1990, iniciou-se a chamada virada *copérnica*, rumo à construção de um novo paradigma jurídico, no qual os direitos fundamentais, enunciados em forma de princípios, a par de possuírem força normativa, são considerados normas de hierarquia superior às regras jurídicas estampadas na legislação infraconstitucional, de modo que, além de deixarem de desempenhar mera função integrativa das

⁵ FERRAJOLI usa a expressão sistemas garantistas o antigarantistas (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 852). Por outro lado, essa discussão no nosso meio, em torno do garantismo, apresenta-se como questão bizantina, porquanto essa dimensão do processo criminal, que faz parte da sua história e da razão de seu surgimento, trata-se de um corolário lógico do sistema democrático-constitucional plasmado na Constituição de 1988, cujo suporte principiológico repousa na declaração e consagração dos direitos fundamentais. Isso implica, de toda sorte, na necessidade de enxergar os direitos fundamentais nas dimensões subjetiva e objetiva. Cf. capítulo 2 e itens 7.2.1 e 7.2.4.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 41.

⁷ *Ibid.*

⁸ As constantes notícias veiculadas nos mais diversos meios de comunicação sobre cenas de violência inquietam e amedrontam a sociedade, fazendo suscitar o sentimento de repulsa a esse tipo de comportamento e, de permeio, da falta de força do Estado para enfrentar a criminalidade. Esse estado de coisas dá margem a que cresça, na sociedade, movimento social insistindo no endurecimento do discurso e do plano de política criminal, mediante a adoção de normas criminais mais contundentes e que dêem realce à persecutio criminis.

⁹ O Brasil esteve presente, em comissão formada pelo Ministro WALDIR PIRES, Ministro de Estado do Controle e da Transparência, MARCO ANTÔNIO DINIZ BRANDÃO, Embaixador do Brasil na Tailândia, CLÁUDIA CHAGAS, Secretária Nacional de Justiça, MARIA FELICIANA ORTIGÃO, Primeira Secretária da Embaixada do Brasil em Viena, ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO, Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, CARLOS EDUARDO VASCONCELOS, Subprocurador Geral da República, WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, Juiz Federal, CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL, Membro do Conselho Nacional Criminal e Penitenciário, ROBSON ROBIN DA SILVA, Diretor do Departamento de Segurança Nacional do Ministério da Justiça, e PATRÍCIA MARIA OLIVEIRA LIMA, Primeira Secretária e Conselheira Internacional do Ministério de Estado de Controle e da Transparência.

eventuais lacunas do Direito, passaram a ocupar *posição hegemônica, estruturante e interpretativa do sistema jurídico*¹⁰.

Essa concepção jurídica embasada nos direitos fundamentais descortina que o Direito Processual Penal, mais do que qualquer outro ramo do Direito, é o que tem o maior número de normas, que são direta ou indiretamente ditadas para ser aplicadas em seu campo de atuação. Com efeito, quem examina detalhadamente os direitos fundamentais estampados na Constituição de 1988, certamente, fica surpreso com a quantidade de preceitos que são afetos à seara do processo penal¹¹.

Não se trata de característica ínsita ao perfil dos direitos fundamentais tal como eles se encontram anunciados em nossa Carta Constitucional¹², senão do fenômeno, operado pela primeira versão do constitucionalismo, de normatização das declarações dos direitos do homem, como revela a leitura das dez primeiras emendas constitucionais aditadas à Constituição dos Estados Unidos, das quais oito eram referentes ao processo penal. A esse respeito, a análise das Constituições de países, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, que serviram de guia para o constituinte nacional de 1988 e foram editadas após a Segunda Guerra Mundial, deixa patente essa vertente dos direitos fundamentais.

Escoço histórico das origens da ciência criminal revela que o seu surgimento somente se deu a partir da segunda metade do Século XVIII, cujo *take off* adveio com a edição da obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de CESARE BECCARIA. Sem desconhecer a sua importância para o Direito Penal, notadamente devido à dedução e exposição dos princípios da *reserva legal* e da *proporcionalidade entre o crime e a pena*¹³, o estudo acurado do excepcional livro do milanês revela que a sua maior e mais fundamental contribuição foi para o processo penal.

De fato, àquela época, o Estado era absoluto, e a persecução penal mero ritual – era deduzida sem o conhecimento de *regras ou limites*, circunstância que dava guarida à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação da tortura e outras práticas inconcebíveis. *O pensamento beccariano*, elaborado em compasso com o ideário *iluminista* que se lançava naqueles tempos, tinha como norte exigir do Estado a obediência aos direitos ínsitos à pessoa humana, ainda quando aquele estivesse no exercício do lúdimo e necessário direito de punir.

A doutrina confere especial destaque à contribuição de BECCARIA para o Direito Penal, esquecendo-se, todavia, de sublinhar a substância da obra de alto teor inovador e pioneiro na área processual e que levou à *processualização* do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal que, até então, não conhecia limites. Não se tem conhecimento de estudo sistemático que não apenas resgate a memória de que a sua real contribuição para o Direito deu-se

¹⁰ Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹¹ Dos 78 (setenta e oito) incisos nos quais consta a declaração dos direitos fundamentais, 40 (quarenta) são referentes ao Direito Criminal, sendo que, destes, 24 (vinte e quatro) são exclusivamente de Direito Processual Penal (art. 5º, incisos III, XI, XII, XXXVIII, XLIV, XLVII, XLIX, L, LI, LII, LIV, LVII, LVIII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII e LXXV). Estritamente de Direito Penal são apenas cinco (art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLII, XLVI e XLVII). Exclusivamente de Direito Processual Civil são apenas sete (Art. 5º, incisos XXIV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXIV).

¹² Nem muito menos a Constituição de 1988, a esse respeito, trouxe alguma inovação à nossa história constitucional. Com efeito, todas as Constituições anteriores – da Carta Imperial de 1824 à de 1967 –, igualmente sempre contiveram maior número de direitos fundamentais relacionados ao processo penal.

¹³ Não se pode negar que BECCARIA legou outras contribuições importantes para o Direito Penal, como a discussão sobre a pena de morte e os crimes de adultério e bestialismo. Todavia, note-se que a teoria do crime por ele esboçada, ao afirmar que o delito era um fato jurídico, faz com que se tenha uma visão distorcida sobre o que deve ser averiguado no processo, levando, não raro, o operador jurídico a julgar o crime em si, e não a conduta ilícita. Ainda hoje se nota esse erro, o que se verifica em leis como a que pune os crimes hediondos, na qual são alvitadas posições rígidas tendo em conta o tipo de ilícito praticado, sem levar em consideração as circunstâncias e peculiaridades do caso, assim como as condições pessoais do agente que praticou a ação, o que é um erro, até porque, antes de tudo, quem deve ser julgada é a pessoa que praticou o ilícito. Ademais, a proporcionalidade que ele defendia era entre o tipo de crime e a pena, não a graduação da pena pelo juiz.

efetivamente no campo do processo penal, mas também demonstre como as ideias por ele adotadas em forma de ensaio filosófico foram preponderantes na declaração de direitos fundamentais plasmada na Constituição americana, enxertados mediante as primeiras emendas que lhe foram incorporadas.

No mesmo passo, o exame dos direitos fundamentais da forma como estão inseridos nas Constituições americana, alemã, italiana, espanhola e portuguesa mostra a influência da doutrina *beccariana*, assertiva que se aplica, igualmente, ao constitucionalismo brasileiro, como se percebe do estudo das Cartas Políticas promulgadas ao longo do tempo, notadamente da de 1988.

O aspecto aqui assinalado da identidade das ideias de BECCARIA com o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos nos textos constitucionais é tão instigante que basta observar que princípios nunca antes consignados expressamente em nossas constituições, como o da *presunção de não culpabilidade ou de inocência, do direito ao silêncio, da publicidade* e, até mesmo, mais recentes, como o da *celeridade*, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, haviam sido pensados e justificados, com régua e compasso, pelo renomado marquês.

Esse enfoque revela que o Direito criminal – em especial o processo penal – foi concebido como instrumento adequado para preservar os direitos essenciais da pessoa humana frente ao legítimo direito de punir do Estado, mediante o estabelecimento de regras que têm o condão de limitar esse agir estatal e, assim, coibir excessos e abusos nessa área de sua atuação.

A origem, por conseguinte, do Direito Processual Penal, a par de confundir-se com o surgimento das declarações de direitos do homem mais tarde, devido *ao processo de constitucionalização*, transmudadas em direitos fundamentais –, teve como *ratio essendi* limitar o direito de punir, justamente a ideia central do movimento iluminista, que tinha a declaração dos direitos do homem, ao lado da tripartição dos poderes¹⁴, como o meio eficaz para impedir o *Absolutismo do Estado*.

Não é por outra razão que, aqui e alhures, os temas dominantes na esfera criminal – seja nos trabalhos acadêmicos, nos julgamentos pelos tribunais, nas discussões políticas travadas nos parlamentos e mesmo em fóruns nos quais se permite a participação popular – giram ao redor das garantias impostas pelos direitos fundamentais na qualidade de regras que restringem o direito de punir do Estado, tais como o devido processo legal, o direito à ampla defesa, ao silêncio, à imagem, à vida privada, à liberdade provisória com, ou sem, fiança, aos sigilos bancário e fiscal, à inviolabilidade da correspondência, dos dados, da comunicação telefônica, do domicílio, do escritório e do exercício da advocacia (*fair trial*). Ou então assuntos a elas diretamente relacionados, como a colisão de direitos fundamentais e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito e as que delas são derivadas (*fruits of the poisoned tree*) e, até mesmo, os poderes investigatórios do Ministério Público¹⁵.

Cada vez mais se intensifica e se pratica a cooperação jurídica entre os países no combate à criminalidade, o que exige a formalização de acordos multilaterais e bilaterais no sentido de preceituar normas processuais adequadas para o tratamento dessa questão e realça a dimensão internacional desse ramo do Direito e a sua íntima relação com as declarações de direitos positivadas nos textos constitucionais dos países e com as que estão catalogadas em diplomas internacionais e regionais.

Faz parte das preocupações científicas atuais perquirir as bases principiológicas do processo

¹⁴ BECCARIA, na sua obra, também faz referência à necessidade da separação dos poderes, como forma de evitar que o soberano detenha o interesse na punição do autor do crime e o poder de julgar.

¹⁵ MIREILLE DELMAS-MARTY, em análise do movimento reformista dos sistemas criminais europeus, conquanto esse fenômeno revele que nenhum deles é perfeito, também denota que, “... em princípio por causa das mudanças políticas do Sul e no Leste, em razão também de um controle supranacional exercido atualmente pela Corte de Estrasburgo, e a seu modo, pela Corte de Justiça de Luxemburgo, um movimento sem precedentes de reforma do procedimento penal apoderou-se de vários países europeus, incluindo a Europa do Leste, onde se percebe melhor a que ponto o procedimento penal está ligado – mais ainda que o direito penal material que define os delitos e as penas – ao processo de democratização.” (Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. XVII.)

penal que estão fincadas na Constituição, diante da necessidade de reorientar a visão sedimentada sobre o Direito Processual e realçar a sua dimensão política, democrática e internacional, o que deve ser feito mediante o exame amíúde das cláusulas constitucionais *orientadoras e vinculadoras* do Estado no desempenho do dever-poder de perquirir a responsabilidade penal dos agentes que praticam ilícito¹⁶. A análise dos cenários nacional e internacional demonstra a pertinência e a importância da exploração do tema no presente estudo, até porque não se enxerga, em nossa doutrina, desenvolvimento da matéria tal como aqui se propõe.

b) Garantismo como corolário lógico do sistema democrático-constitucional da Constituição de 1988.

Influenciado pelas ideias liberais de BECCARIA, que deram suporte à construção dos sistemas criminais em todo o mundo, o Código de Processo Criminal brasileiro foi editado em 1832. Paulatinamente, foram-se introduzindo modificações substanciais, agora sob a influência de outra corrente de pensamento, mais precisamente a *Escola Positiva*, capitaneada por CESARE LOMBROSO, a qual propunha a adoção de regras mais rígidas no tratamento da questão criminal. Essa nova vertente do processo criminal, depurada pela *Escola do Tecnicismo Jurídico*, fomentou a construção de outro arcabouço jurídico criminal, cujas bases, alinhavadas na Carta ditatorial de 1937, foram fincadas com especial destaque no Código de Processo Penal de 1941, ainda hoje em vigor. Sob a batuta da ordem constitucional então vigorante em nosso meio, o ordenamento processual penal trazido a lume refletiu a mentalidade antidemocrática e eminentemente *policialesca* de então.

Aquele paradigma de Direito, no qual foi forjado e edificado o monumento legislativo processual penal infraconstitucional, mercê da edição da Constituição de 1988, não existe mais, o que recomenda a releitura do Código de Processo Penal. O novo Direito, promovido com a Constituição de 1988, instaurou entre nós aquilo que já era realidade nos países da Europa Continental desde o final do segundo grande conflito mundial, ou seja, o *Estado democrático-constitucional*, aquele em que o ordenamento jurídico é compreendido em consonância com as lentes oferecidas pela compreensão e alcance dos direitos fundamentais.

Na dimensão do *neoconstitucionalismo* ou do *Estado democrático-constitucional*, a Constituição, em especial quando trata dos direitos fundamentais, estabelece a *base teórica* de todo o ordenamento jurídico criminal, daí por que, para todos os efeitos, ao invés de falar-se em *teoria geral do processo penal*, apresenta-se mais apropriado perquirir de sua teoria constitucional, pois a história desse ramo do Direito – a investigação científica demonstra – confunde-se com a própria história dos direitos fundamentais.

Na transformação da sociedade primitiva em Estado, observa-se que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, já no Século XIII, preocupou-se em estabelecer limites ao exercício do dever-poder de punir do Estado¹⁷, utilizando como um dos instrumentos

¹⁶ A influência dos direitos fundamentais nos projetos de reforma dos Códigos de Processo Penal na Europa, assim como a sua dimensão internacional, é destacada por FRANÇOISE TULKENS, ao afirmar que “No conjunto dessas reformas se apresentam as exigências da Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Ela questiona a soberania nacional no direito de julgar e introduz um controle supranacional sobre todos os aspectos do processo penal.” (O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. IN: Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia. Mireille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. 14).

¹⁷ São os chamados direitos de primeira geração, que eclodiram com a Revolução Francesa. Dentre as classificações dos direitos humanos, há uma que leva em consideração a elevação, com o passar do tempo, do conteúdo das declarações. Em consonância com essa ótica, os direitos humanos são de: a) primeira geração, que são os direitos civis e políticos, enunciados por meio de proposições negativas (o Estado não pode prender, não pode processar, não pode matar etc.); b) segunda geração, representados pelos direitos

mais importantes os direitos inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes. Os direitos fundamentais, portanto, formam o *núcleo duro* das regras processuais penais ou, em outras palavras, constituem a própria *teoria constitucional do processo penal*.

Constituindo-se os direitos fundamentais na estrutura central do processo penal, a busca científica da teoria geral desse ramo do Direito implica, em rigor, revelar a compreensão daquela categoria de direitos. Daí por que, como já se disse, o mais correto, na perspectiva do Estado democrático-constitucional, é falar-se em *teoria constitucional do processo penal*. Por conseguinte, neste livro, tem-se como norte laborar na contribuição à construção de uma efetiva teoria constitucional do Processo Penal.

No esgarçamento dogmático da matéria, parte-se da premissa de que a Constituição de 1988 é uma carta de princípios, cuja essência enuncia os direitos fundamentais, que se traduzem em limitações ao exercício do direito de punir do Estado¹⁸, valores *legitimadores e legalizadores* da atuação estatal na seara criminal.

Quando se cuida de estabelecer um sistema processual penal garantista, cuja teoria tem raiz na própria teoria dos direitos fundamentais, não se pretende propor a construção de uma ordem impotente para enfrentar a macrocriminalidade ou as ações ilícitas que exigem maior rigidez na resposta do Estado. Até porque, não se há de negar que os direitos fundamentais, em sua visão moderna, também compreende a perspectiva objetiva, o que quer dizer que, em razão dos valores deles dimanadas, o Estado tem o dever de protegê-los, sendo a persecução criminal eficiente um dos instrumentos a ser utilizado¹⁹. Com desenganado acerto, arremata LUCIANO FELDENS²⁰ que “Estado Constitucional de Direito e garantismo são realidades autorreferentes, apontando, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos fundamentais”, isso nas dimensões subjetiva e objetiva, de modo que a “... ideia de Estado (Constitucional) de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios *preventivos e repressivos* que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos.”²¹ (Os grifos constam do original) O que se quer deixar claro é que tratamento adequado e eficaz de ilícitos

econômicos, sociais e culturais que, em consequência da Revolução Industrial, apareceram no Século XIX; c) terceira geração, os chamados direitos de solidariedade internacional, nos quais os beneficiários não são apenas os indivíduos, mas igualmente os povos, tendência que se manifestou após a Segunda Guerra Mundial, merecendo especial destaque a Carta das Nações Unidas, editada em 1945. (Cf. ALMEIDA, Fernando Barcellos. Teoria geral dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996); d) quarta geração, ligados à questão do biodireito, na proteção da pessoa contra o avanço tecnológico, como formação de humanização do progresso científico, regulando, mediante a incorporação de conceitos bioéticos, a relação entre os cientistas e os cidadãos comuns, quanto a pesquisas e procedimentos referentes questões como transplante de órgãos, fecundação in vitro, aborto, descriminalização do suicídio, barriga de aluguel, transformação de sexo; e) quinta geração, cuidam das questões pertinentes à cibernética e à informática, com foco na preservação da privacidade e, enfim, no direito à paz; f) sexta geração, referentes à globalização ou mundialização das relações interpessoais, como o direito à democracia, à informação plena e ao pluralismo.

¹⁸ O direito de punir do Estado desenvolve-se por meio de política implementada pelos três níveis de poder político. Por isso mesmo, as garantias constitucionais estabelecidas servem de limitação não só da atuação do Poder Executivo – em Juízo e fora dele –, como igualmente do Legislativo, que detém a avaliação política quanto à conveniência da feita das leis pré-traçadas pelos parâmetros constitucionais, e do Judiciário, que, no exercício da atividade jurisdicional, deve se comportar, a um só tempo, como guardião último desses direitos fundamentais, emprestando a última palavra interpretativa sobre o alcance dessas normas, e como órgão obediente a esses mandamentos. Realçando esse campo de vinculação dos direitos fundamentais, a Constituição da Alemanha, no art. 1º, 3, deixa consignado que “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial.”

¹⁹ Para realçar esse aspecto e no desiderato de conferir a devida atenção a esse ponto de tensão do sistema processual penal, que é a colisão entre a limitação do dever-poder de punir e o dever de proteção, o item 7.2.1 do livro, a partir de sua 2ª. edição, passa a ser Direitos fundamentais como limitações ao direito de punir e a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

²⁰ FELDENS, Luciano. Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 57.

²¹ *Ibid.*

que reclamam atuação mais contundente do Estado no trato da criminalidade não se confunde com maltrato aos direitos fundamentais. A premissa é a de que, por mais *hediondo, grave ou organizado* que seja o crime, na persecução criminal, o Estado tem de pautar o seu agir de acordo com o perfil democrático desenhado na Constituição de 1988, cuja espinha dorsal está consubstanciada nos direitos fundamentais e que o ambiente do processo penal é pautado pela tensão ou colisão entre os direitos fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva, devendo o sistema criminal ser concebido e manuseado tendo em mira buscar o justo equilíbrio entre esses interesses²².

c) Metodologia empregada.

Tendo em consideração que a teoria (constitucional) do processo penal se confunde com a dos direitos fundamentais, resta patente adimensão internacional desse ramo do Direito. Os princípios informadores do processo penal, conquanto preceituados como normas mínimas em respeito à dignidade da pessoa humana, devem ser cumpridos em todo e qualquer lugar, independentemente da nacionalidade do agente, fazendo parte da luta e do patrimônio da humanidade. Os Estados Membros da Organização das Nações Unidas, em diversos fóruns, têm assumido e *ratificado* esses princípios que precisam ser contextualizados na perspectiva das declarações de direitos internacionais e regionais, bem assim do Direito Comparado.

Dessa forma, no estudo aqui planejado e desenvolvido, procura-se esquadrihar os direitos humanos da forma como estão catalogados em tratados ratificados pelo Brasil e a forma como foram agasalhados, sob a modalidade de direitos fundamentais²³, nas Constituições dos países que legaram maior influência na feitura da Constituição de 1988, como foram os casos das Cartas da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, além da dos Estados Unidos.

Sem embargo da exposição e debate das posições doutrinárias, ressalta-se que a *função hegemônica e a natureza normativa* dos direitos fundamentais no contexto do Estado democrático-constitucional colocam a *jurisdição constitucional*, exercida pela adoção das técnicas concentrada e difusa, como inesgotável fonte orientadora do alcance dos preceitos dessa categoria de direitos, razão pela qual aqui se propõe fazer amplo exame crítico da jurisprudência firmada sobre o tema, especialmente aquela proveniente do Supremo Tribunal Federal.

Na estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro, o STF tem como missão maior manter a *inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação* das normas constitucionais. Parte-se da premissa – de todo verdadeira – de que, caso se queira analisar, com a profundidade necessária, os direitos fundamentais que informam a teoria constitucional do processo penal, mostra-se imprescindível a investigação do entendimento da excelsa Corte de Justiça acerca dos direitos fundamentais, porquanto os seus enunciados, além de polissêmicos, às mais das vezes, especialmente nos chamados *hard cases* de *DWORKIN* (colisão de direitos), somente podem ser descortinados quando do exame do caso concreto.

d) Tratamento dogmático do assunto.

²² Em trabalho com tema central refletindo sobre essa problemática, FÁBIO ATAÍDE, após ponderar “... que a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa não deve ser resolvida pela preponderância de nenhum dos elementos” (ATAÍDE, Fábio, *Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 32), pois “Tanto interessa ao Estado punir os culpados como absolver os inocentes”, (ibid.), indaga se “Existiria mesmo uma saída para a colisão entre o poder punitivo e o direito de defesa? (se) Seria possível alcançar um equilíbrio sustentável, a ponto de se atingir um alto grau de eficácia punitiva e, ao mesmo tempo, assegurar a absolvição dos inocentes?” (Ibid.), e dá como resposta que, “Numa primeira vista, a resposta a qualquer dessas questões se torna mais difícil, porque nem mesmo o Estado consegue cumprir satisfatoriamente a promessa de punir os culpados e absolver os inocentes.” (Ibid.)

²³ A nomenclatura direitos fundamentais corresponde aos direitos humanos inscritos na Constituição, como resultado do processo de constitucionalização que acompanhou a Revolução Francesa.

A base científica deste livro se escora na consideração dos princípios constitucionais processuais sob a categoria de limitações ao exercício do direito de punir, mediante o estudo das normas constitucionais referentes ao processo penal, contextualizando-o como um estatuto das liberdades públicas, inserido na ótica do Estado democrático-constitucional normatizado pela Constituição de 1988, com paradigma dissonante daquele perquirido por um diploma *repressivo*, próprio dos regimes de força. Por conseguinte, conquanto os direitos fundamentais devam ser observados nas suas duas dimensões, subjetiva e objetiva, o sistema criminal moderno, de perfil democrático, é mais garantista, no sentido de que os direitos fundamentais que limitam o *dever-poder* de punir do Estado possuem posição de destaque²⁴, nada obstante dessa classe de direitos seja extraída a assertiva de que o ente estatal tem de organizar-se para ser eficiente no *dever de proteção* aos bens jurídicos mais caros da sociedade.

A teoria (constitucional) do processo penal, pinçada neste livro introdutório ao estudo do Direito Processual Penal, está dividida em *duas partes* bem delimitadas, de modo que o leitor familiarizado com o tema, desde que tenha uma base sólida do processo histórico das escolas penais e de normatização dos direitos fundamentais quanto à repercussão que eles tiveram no ambiente do processo penal, pode dedicar-se à leitura apenas da segunda, procedendo, caso queira, à conferência das remissões feitas nas notas de rodapé sobre o que já havia sido tratado anteriormente ao longo do trabalho.

A primeira parte trata do surgimento do processo penal e (ao mesmo tempo) das escolas penais e das primeiras declarações dos direitos dos homens, até o processo de normatização dessa categoria de direitos, mostrando como esses acontecimentos se entrelaçam, até o esboço da teoria geral dos direitos fundamentais. No desenvolvimento lógico dessa argumentação, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a luta dos povos, desde o pensamento natural do Direito Criminal até a *concepção política*, para estabelecer freios ao exercício do poder político. Esse movimento fez com que, em resposta ao *Direito Penal do terror*, que se firmava sob a plataforma da dominação política do indivíduo mediante a sua subjugação física à força do Estado, depois da metade do Século XVIII, sob a orientação das ideias de BECCARIA, surgisse a *Escola Clássica*, corrente de pensamento que deu origem propriamente à ciência criminal, concebida como conjunto de regras básicas que veiculam direitos indispensáveis à condição humana que devem ser respeitados pelo Estado, quando este se encontra no exercício do dever-poder de punir.

Evidencia-se, nesse momento do estudo, que o Direito Criminal – aí entendidos o Direito Penal e, especialmente, o Direito Processual Penal²⁵ –, ao contrário do que, à primeira vista, se pode supor, não surgiu tendo como escopo armar o Estado na *repressão* à criminalidade. A intenção, na verdade, era impor limites ao *jus perseguendi*, por meio da edificação de regras indispensáveis à legitimação desse agir estatal, o que, posteriormente, foi desvirtuado pela *Escola Positiva*. O positivismo surgiu com a pretensão de mudar o foco da questão para privilegiar, na relação processual penal, a posição do Estado. Este foi desconstruído com a radicalização do discurso jurídico operada por Escolas neopositivistas, principalmente a do *Tecnicismo Jurídico Penal*, que tanto influenciou o legislador nacional na edição do Código de Processo Penal de 1941, ainda hoje em vigor, circunstância que o identifica com o Estado ditatorial desenhado na Constituição de 1937. Por isso mesmo, em seguida, é esmiuçada a necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, compassado com o sistema democrático, feitas considerações sobre o movimento reformista no Brasil e os acertos e desacertos da reforma processual criminal experimentada por meio de leis tópicas, e, por fim, são lançadas impressões sobre o projeto de novo Código de Processo Penal.

O capítulo segundo, inserido na primeira parte do trabalho, faz incursões doutrinárias so-

²⁴ Esse desequilíbrio em prol dos direitos fundamentais na perspectiva subjetiva decorre, essencialmente, do princípio da presunção de não culpabilidade ou do *in dubio pro reo*. Cf. item 9.2 e segs., *infra*, especialmente o 9.2.3.

²⁵ No livro, a expressão Direito Criminal será utilizada, via de regra, como gênero dos Direitos Penal e Processual Penal

bre o *direito de punir*, mediante o exame da origem do Estado para, então, concluir que se trata mais de um dever do que um poder *direito* ou *poder* exercido em nome do povo e é mais político do que jurídico e que a política criminal há de encontrar a sua fundamentação nos cânones constitucionais, que se radicam na preservação da dignidade da pessoa humana. Eles estabelecem o compromisso ético do Estado no trato da criminalidade e, ademais, na perspectiva objetiva, atribuem ao Estado o *dever de proteção eficiente*.

Em passo adiante, procede-se à exposição do processo de normatização dos direitos humanos, com registro para os primeiros fragmentos normativos dessa categoria de direitos nas declarações inglesas, que adquiriu, já com as dez primeiras emendas aprovadas à Constituição americana, em 1789, a configuração que hoje lhe é emprestada por todos os países organizados sob orientação das cláusulas democráticas. Ressalta-se, ainda, a sua dimensão internacional, em razão das declarações encartadas em tratados e convenções e a sua constitucionalização.

Para situar como se deu o processo de constitucionalização dos direitos insitos à condição humana em nosso meio, procede-se, no capítulo quatro, ao histórico constitucional dos direitos fundamentais no Brasil, a partir da época imperial até a Constituição de 1967. Chama-se a atenção para a circunstância de a Constituição Imperial de 1824 ser considerada, por alguns doutrinadores, como o primeiro texto a contemplar, em sua redação originária, uma declaração de direitos²⁶. Na nossa tradição constitucional, a enunciação desses direitos sempre se processou em escala crescente, com exceção da Carta Constitucional de 1937, exatamente aquela que serviu de paradigma para a elaboração do Código de Processo Penal vigente.

Por fim, no capítulo quinto e que integra, ainda, a primeira parte do livro, traz-se à baila esboço sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, para, no primeiro instante, desenvolver raciocínio que leva à conclusão quanto ao descompasso entre os direitos fundamentais, declarados sob a forma de princípios, e a doutrina *juspositivista*. Arremata-se com o debate sobre o papel dessa espécie de direitos no Estado democrático-constitucional, com especial destaque para a sua natureza, na seara criminal, de norma de proteção contra o direito de punir, conquanto se presta para limitá-lo.

Com o capítulo sexto, dá-se início à segunda parte do livro, com o qual se faz esboço do *Estado Constitucional* ou *neoconstitucional*, organizado de acordo com a orientação dimanada dos direitos fundamentais, o que tem o condão de justificar a teoria constitucional do processo penal e a natureza garantista desse ramo do Direito. Aproveita-se para pinçar o papel diferente desempenhado pelos direitos fundamentais nos processos criminal e civil, o que resulta na demonstração da diferença ontológica entre um e outro. Para finalizar essa parte do estudo, reafirma-se o caráter democrático do processo penal como decorrência lógica do sistema que permeia o Estado Constitucional contemporâneo para, em seguida, patentear a sua função política.

Tendo em conta que a exegese constitucional exige a compreensão de uma hermenêutica que é peculiar ao equilíbrio dessas normas quanto aos seus conteúdos político e jurídico, o capítulo sétimo se ocupa em delinear critérios indispensáveis para a interpretação das regras e princípios de ordem constitucional, tendo em consideração três assertivas indispensáveis para a delimitação e compreensão dos direitos fundamentais enunciados na Constituição: (1) categoria de direitos que se apresentam como limitações ao direito de punir; (2) relatividade desses direitos, por mais fundamentais que eles sejam; (3) garantias que devem ser asseguradas como regra, somente sendo admissível a supressão temporária quando houver plena justificativa para tanto, ainda assim, salvo caso de flagrante delito, mediante decisão prévia e fundamentada de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito; (4) garantias que, na dimensão objetiva, contemplam o *dever de proteção eficiente pelo Estado*.

Para concluir o raciocínio, faz-se, nessa parte, discussão sobre a *colisão de direitos fundamentais* e a utilização do critério da ponderação no equacionamento da *vexata quaestio*, a função

²⁶ Afirmativa, porém, que não se apresenta muito verossímil, como se verá no item 4.1, infra.

hegemônica hoje ocupada por eles no sistema jurídico e, ainda, a repercussão, no Direito interno, das declarações de direitos insertas em diplomas internacionais.

No penúltimo capítulo, para fins de orientação quanto à busca do alcance dos direitos fundamentais, deduz-se ideia de que os princípios declarativos dessa categoria de normas devem ser compreendidos de acordo com o contexto do sistema democrático, tal como ele está concebido na Constituição, ou seja, em consonância com os seus *fundamentos e objetivos*.

Nessa perspectiva, no exame dos direitos fundamentais tal como eles estão catalogados em nosso ordenamento jurídico, além de não se perder de vista que o nosso sistema é o *democrático-constitucional*, a sua compreensão impõe a observação dos postulados da (1) *soberania, cidadania*, (3) *dignidade humana* e (4) dos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, e suas repercussões no ambiente criminal. Há necessidade de considerar, ainda, os objetivos fundamentais desse sistema, que tem em mira (1) *construir uma sociedade livre, justa e solidária*; (2) *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais*; além de (3) *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

O nono e último capítulo foi reservado, agora sim, para o estudo das espécies de direitos fundamentais contemplados para o processo penal, exceto em relação ao habeas corpus e ao tribunal do júri, os quais não foram considerados de maior relevância para o escopo aqui pretendido, até porque o primeiro se trata de um tipo de ação penal e o segundo, de um modelo de organização do Judiciário e de julgamento, ambos comportando tratamento que não deve ser aqui dispensado. Quanto à análise de cada um desses direitos fundamentais enunciados em forma de princípios, teve-se a preocupação de conferir abordagem sistemática, mediante a divisão em grupos tendo em consideração a função e os bens jurídicos por eles tutelados.

Em razão da classificação esboçada no livro, cuja preocupação é a exposição dogmática e lógica da teoria constitucional do processo penal, o capítulo nono está *dividido* em princípios relativos: (1) ao devido processo legal; (2) à presunção de não culpabilidade; (3) ao sistema acusatório; (4) à preservação da intimidade; (5) à ampla defesa; e (6) à liberdade.

Com essa divisão dos direitos fundamentais, são abordados os principais direitos fundamentais estampados na Constituição que têm pertinência e formam a teoria constitucional do Direito Processual Penal, com ampla análise da jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para demonstrar quão vasta e rica é a nossa produção nessa área, apesar de a nossa Constituição atual ter pouco tempo de vigência – principalmente se comparada com a dos Estados Unidos e a de países como Alemanha, França, Itália e mesmo Espanha e Portugal.

Se é certo que, em sentido lato, o devido processo legal na seara criminal compreende a observância, na persecução penal, de todos os direitos fundamentais catalogados explícita e implicitamente na Constituição, pode-se, no sentido estrito, alinhar como direitos fundamentais pertinentes ao devido processo legal somente aqueles que são diretamente a ele relacionados, fazendo-se a distinção de que o *due process of law* varia conforme seja a natureza do processo – *principal ou cautelar* –, a ponto de, em alguns casos de tutela de urgência, a exemplo do que ocorre nos pedidos de interceptação de contato telefônico, o contraditório apenas ocorrer em momento posterior à decisão e quando a diligência já tiver sido encerrada.

Destaca-se, na análise do devido processo legal, que alguns institutos processuais, como a transação e a suspensão condicional do processo, são concebidos na qualidade de instrumentos para lograr obter a despenalização da conduta no caso concreto e, ainda, após as duas etapas da Reforma Tópica do Processo Penal, implementadas em 2008 e 2011²⁷, a absolvição do agente. Após

²⁷ Sobre os aspectos centrais da reforma tópica do Código de Processo Penal, promovida até agora em duas etapas, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão), 2. ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 45-68.

esmiuçar os princípios da publicidade e da celeridade processual como categorias ínsitas ao devido processo legal e a razão de ser de suas inclusões nesse rol, procede-se a amplo exame sobre o direito fundamental à inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, certamente inserido na Constituição 1988 sob a inspiração da Constituição portuguesa, cuja finalidade é sancionar, com a nota de ineficácia, as diligências probatórias tisdadas de ilegalidade.

Complementa-se essa parte do capítulo com a discussão sobre a aplicação, em nosso meio, da teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisoned tree*), assim como das regras de exclusão (*exclusionary rules*): (1) a fonte independente; (2) o descobrimento inevitável; (3) a boa-fé (*good faith*); (4) a doutrina do purged taint ou dos vícios sanados; (5) a prova benéfica em prol do acusado; (6) o princípio da proporcionalidade ou *balancing test*; (7) a destruição da mentira do imputado; (8) a teoria do risco; (9) a plain view doctrine e os campos abertos; (10) a renúncia do interessado; (11) a infração constitucional alheia e (12) a infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.

No item 9.2, passa-se ao exame do princípio da *presunção de não culpabilidade*, expondo os argumentos que denotam ser esta expressão, em nosso meio, diante da dicção normativa com a qual a referida cláusula constitucional foi agasalhada na Constituição de 1988, mais correta do que a *presunção de inocência*. Depois de realçar que os princípios da verdade real, do in dubio pro reo ou do favor rei germinam do preceito da *presunção de não culpabilidade*, que, em rigor, se faz sentir no contexto da valoração da prova somente se e quando se faz juízo de *culpabilidade*, conclui-se que não se há de observá-lo para fins de orientação em relação às atuações da autoridade policial e do Ministério Público.

Nessa parte, ainda se sustenta que o princípio da *presunção de não culpabilidade*, diante da sua repercussão favorável ao acusado quanto à valoração da prova, implica tratamento na relação processual privilegiada daquele no confronto com o Ministério Público. Por fim, defende-se que a *presunção de inocência*, a bem da verdade, é uma garantia contra a instauração de inquérito ou de processo criminal sem justa causa. Por consequência, para que uma pessoa seja indiciada ou denunciada pela prática de um crime se exige que, antes, tenha sido apurada a sua *culpa sumária*, consubstanciada no binômio *prova da existência do crime e indícios de autoria*.

Em passo seguinte, enfrenta-se discussão a respeito dos contornos do *princípio acusatório*, no desiderato de desenvolver a ideia de que a Constituição de 1988, ao romper com o *sistema misto* então vigente em nosso sistema jurídico, conquanto mantenha o poder geral de cautela do juiz, veda algumas iniciativas do julgador, especialmente aquelas referentes a investigações pré-processuais, na medida em que se permite a sua participação nessa fase apenas para o fim de decidir sobre a realização de diligências para as quais há necessidade de tergiversar-se com algum dos direitos fundamentais catalogados na Constituição, argumento que, mais adiante, serve para rechaçar a possibilidade de instauração do juízo de instrução. Diante da pertinência da matéria, aprofunda-se o debate sobre os poderes investigatórios do Ministério Público, partindo-se da premissa de que não existe privatividade da chamada polícia judiciária (polícia civil ou federal) quanto à investigação dos delitos.

Quanto à repercussão desse princípio em relação ao processo criminal propriamente dito, acentua-se que a titularidade da ação penal nas mãos do Ministério Público representa para o acusado uma garantia fundamental de que o responsável pela persecução criminal tratará o caso guiado pela imparcialidade, no sentido de que não age movido pelo ódio ou sentimento de vingança, senão pelo interesse em estabelecer a verdade e laborar quanto à realização da justiça.

Evidencia-se que o manejo da ação penal pelo *parquet* revela, antes de mais, que se trata de espécie de ação coletiva, mediante a qual aquele defende o *interesse difuso e coletivo* do grupo social malferido com o crime perpetrado, o que demonstra a incongruência da existência da ação penal de *iniciativa privada*, até porque ela não se coaduna com o postulado do Direito Penal mínimo, presente em todo e qualquer ordenamento jurídico criminal arquitetado em compasso com o sistema democrático-constitucional. Por fim, nesse item, ainda há espaço para se ocupar da problemática referente à participação ativa da vítima no processo criminal, estreme de dúvidas, a grande esquecida do *drama* exibido perante o Judiciário, que está a merecer novo enfo-

que, tendo como *norte* as ideias da denominada *justiça restaurativa*.

O item 9.4 foi destinado a cuidar das cláusulas constitucionais que têm como escopo tutelar o direito à intimidade, com considerações a respeito do direito à vida privada, à imagem, à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Nota-se que o constituinte de 1988, não sem razão, foi extremamente pródigo quanto à intenção de conferir a devida proteção à intimidade, a partir mesmo da declaração expendida no art. 5º, X, da Constituição de 1988 – seguramente a mais polissêmica dentre as cláusulas constitucionais –, na medida em que incorpora à nossa cultura jurídica os direitos fundamentais consistentes no direito à vida *privada* e à *imagem*, que vão muito além da garantia dos sigilos bancário e fiscal.

Quanto à inviolabilidade do domicílio, faz-se ampla análise dos *conceitos constitucionais* de expressões como *casa*, *morador*, *noite* e *determinação judicial*, as quais se prestam para denunciar o verdadeiro alcance da norma em foco. Em seguida, são destacadas as questiúnculas referentes aos sigilos das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, para, daí, arrematar a insustentabilidade da tese do caráter absoluto de qualquer um desses meios de comunicação, tendo como premissa nuclear a assertiva de que nenhum direito fundamental, por mais essencial que seja, detém natureza absoluta.

Tendo em consideração que a ampla defesa configura parte essencial da teoria constitucional do processo penal, dá-se especial atenção à forma como deve ser compreendida essa garantia esposada em forma de direito fundamental, esclarecendo, desde logo, que ela, até então, possuía *status* constitucional apenas quanto ao processo criminal e, ainda hoje, nesse ambiente, contempla somente a figura do acusado, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que o preceito diz respeito tanto ao autor quanto ao réu.

A par dessa distinção, destaca-se a diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil, porquanto naquele o seu comando não exige apenas que seja dada a oportunidade para que a defesa seja desenvolvida, mas que ela seja *efetiva* e *eficiente*. Sem embargo dessa consideração, ao lado da defesa técnica, que se processa mediante defensor constituído ou nomeado, ainda se faz referência à *autodefesa*, que se traduz no direito de ser cientificado dos atos processuais, participar das audiências e de exercício do *jus postulandi*, agregando-se, outrossim, a repercussão do princípio da ampla defesa nos efeitos da revelia.

No estudo aqui feito, inclui-se o direito ao silêncio no contexto do princípio da ampla defesa, pois se tem que se trata da garantia de que o acusado não pode ser obrigado a produzir, à força, prova contra si, não podendo isso servir de fundamento para a sua condenação, o que tem o condão de transformar o *interrogatório* em direito à autodefesa. Além de a cláusula do direito ao silêncio importar na oportunidade de o agente ser ouvido antes do oferecimento da denúncia pelo responsável pela sua acusação, concebe-se a *colaboração premiada* como reflexo do direito à ampla defesa.

Adotando a mesma orientação, sustenta-se que o *direito de recorrer* ou *duplo grau de jurisdição* sobressai do alcance a ser emprestado ao preceito da ampla defesa, razão pela qual se identifica maltrato a esse *princípio* na *regra* que elege o prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo de admissibilidade da manifestação recursal. Encerra-se o item 9.5 com a troca de ideias sobre a inviolabilidade da advocacia, considerada na compreensão do princípio da ampla defesa, diante da assertiva de que ela foi imaginada e estabelecida mais em prol do acusado do que do profissional do Direito. O destaque maior a respeito desse assunto fica por conta da abordagem sobre as nuances que devem ser consideradas quanto à eventual determinação da expedição de busca e apreensão em escritório de advocacia.

No item 9.6, que é o último, procede-se ao estudo pertinente ao direito de liberdade e ao sistema prisional contemplado como medida processual. Principia-se o exame do assunto por meio da exposição histórica do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro. Daí é feita a análise de como o Código de Processo Penal de 1941, com sua redação originária, cuidou da matéria no ambiente subconstitucional, om as posteriores modificações ocorridas ao longo do tempo, que, ao invés de servirem para aprimorá-lo, serviram para desconstruí-lo, até a concepção do novo modelo do sistema prisional no Código de Processo Penal, em decorrência das alterações trazidas com a Lei nº 12.403, de 2011. São apresentados, ainda, os princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão.

No desencadeamento lógico do tema, expõe-se a forma como a prisão processual foi tratada na Constituição de 1988, Passo adiante, são abordadas as duas modalidades de encarceramento, uma sem ordem judicial, que corresponde à *prisão* em flagrante (embora tecnicamente o mais correto seja detenção em flagrante), outra mediante decisão *escrita e fundamentada* da autoridade judicial, denominada processual, classificada como preventiva ou temporária. Ressalta-se, na sequência, a natureza acautelatória da prisão processual, até mesmo quando decretada com a sentença condenatória.

Destaca-se a inovação trazida com a Lei 12.403, de 2011, quanto à adoção das medidas alternativas à prisão processual no nosso sistema jurídico, para, de outro lado, em seguida, imiscuir-se na discussão sobre a natureza jurídica da *prisão/detenção* em flagrante e os requisitos *constitucionais-formais* estampados como direitos fundamentais para a sua legalidade, consubstanciados na comunicação imediata ao juiz, à família ou pessoa de confiança e ao Ministério Público.

Aprofundando esse tema, demonstra-se que o instituto do *relaxamento da prisão* pressupõe uma prisão pautada em ilegalidade de ordem formal, o que o diferencia do direito à liberdade provisória com ou sem fiança, que deve ser concedida quando, a despeito da liceidade da prisão, não houver *necessidade* para que seja mantido, como medida acautelatória, o encarceramento do agente.

Em seguida, apresenta-se crítica às leis que vedam a concessão de liberdade provisória nos crimes nelas especificados, o que, caso cumprido pelo juiz em sua literalidade, tem o efeito deletério de restaurar, em nosso meio, a famigerada *prisão preventiva obrigatória*²⁸. Na mesma linha de pensamento, rechaçam-se as normas jurídicas que vedam, em relação a crimes mais graves, a possibilidade de concessão da fiança, o que termina fazendo com que se dê tratamento mais rigoroso aos crimes menos graves, ao tempo em que se propõem alternativas para revigorar esse instituto.

Enfim, cuida-se da responsabilidade civil do Estado quando identificado erro judiciário na sentença condenatória ou advém para a pessoa dano material e/ou moral decorrente de prisão indevida, deduzindo-se tese de que se deve dar interpretação elástica do texto constitucional que alberga essa garantia (art. 5º, LXXV, da Constituição).

e) Últimas considerações à guisa de primeiras palavras.

Evidentemente, não se pretende, com este trabalho, apresentar a verdade real, pronta e acabada, sobre a teoria (*constitucional*) do *processo penal*, nem muito menos se quer, com ela, dar a impressão de que as assertivas lançadas traduzem ideias propriamente inovadoras ou revolucionárias.

Todavia, não seria despropositado dizer que o livro pode ser considerado como uma contribuição interessante para o debate pertinente ao tema, na medida em que alberga visão e exposição singular a respeito da matéria, chegando, em alguns pontos importantes, a tratar, com originalidade, assuntos que ainda não despertaram a atenção ou que não foram suficientemente analisados na doutrina e, mesmo, na jurisprudência.

Por conseguinte, se não por outro motivo, as assertivas aqui lançadas – que não são nem pretendem ser *as ideias das ideias* –, amadurecidas ao longo de mais de dezessete anos de magistratura federal e de mais de quinze anos de magistério lecionando a disciplina Direito Processual Penal, prestam-se mais para dar contribuição ao desenvolvimento do que deve ser compreendido como *teoria constitucional do processo penal*, tema que, malgrado ainda não venha sendo tratado sob essa nomenclatura, de certa forma, tem sido objeto de reflexão e assanhado a mente de quantos têm se debruçado na tarefa de perquirir o alcance dos direitos fundamentais no ambiente criminal.

²⁸ Essa vedação, que constava da Lei dos Crimes Hediondos, foi revogada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.

PRIMEIRA PARTE

Capítulo 1

CORRENTES FILOSÓFICAS NA FORMAÇÃO DO DIREITO CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL

Conquanto nem sempre tenha existido o Estado, a vida em sociedade é própria da condição humana, tendo ela surgido desde os primeiros momentos do aparecimento do ser racional, com todas as consequências daí emergentes, merecendo menção especial as diferenças e os conflitos gerados em virtude da própria convivência em grupo²⁹. ARISTÓTELES³⁰, em *A política*, ao defender que a natureza (vida) era o fim das primeiras sociedades formadas a partir da reunião do homem com a mulher, acrescenta que “nascida (a sociedade) principalmente da necessidade de viver, ela subsiste para uma vida feliz. Eis por que toda cidade se integra na natureza, pois foi a própria natureza que formou as primeiras sociedades.” A vida em sociedade é considerada, assim, um acontecimento natural e necessário³¹, não foi imposta ao homem, mas por ele necessitada e querida, pois se apresenta como o instrumento indispensável para a sua própria subsistência e realização dos mais primários dos seus anelos.

FUSTEL DE COLANGES³², em interessante estudo escrito em 1864, com base nas antigas regras de direito privado, conclui que, muito embora não se possa precisar ou estimar datas, o certo é que, durante muitos séculos, a *família* aparece como a única forma de sociedade existente, a despeito da consideração de que ela congregava *vários milhares de seres humanos*. Em razão da religião particular cultuada pelas várias famílias, cada uma tinha os seus próprios deuses e somente com o passar do tempo, para atender às suas necessidades – que não se continham no mundo estreito dos laços de parentesco –, sem prejuízo da religião específica professada, estas se uniram a fim de celebrar outro culto que lhes fosse comum, formando o que se chamou de *fratía* (pelos gregos) e de *cúria* (pelos romanos). A partir daí, advieram as *tribos*, também com um culto especial e, por fim, da reunião destas

²⁹ Por meio da criação de uma fábula, DANIEL QUINN, com assertivas instigantes, confere uma visão provocativa da história da humanidade, com a qual testemunha o egocentrismo do ser humano, a começar mesmo da falsa concepção de que o mundo gira em torno dele e de que ele representa a espécie mais evoluída dos seres, revelando, de permeio, a degradação moral e a irracionalidade de nosso cotidiano, fomentada por essa mitologia da superioridade humana, que se assemelha, em tudo, à crença de HITLER de que a supremacia da raça ariana justificava que fosse feito o necessário para que essa concepção restasse estabelecida como a verdade das verdades (cf. *Ismael: um romance da condição humana*. Tradução Thelma Médice Nóbrega. São Paulo: Petrópolis, 1998).

³⁰ *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995. p. 14.

Há tese no sentido de que a vida em sociedade é mais fruto dos desejos do homem. ARISTÓTELES, em outra passagem, reafirmando que o homem é um animal político, destinado por natureza a viver em sociedade, defende que, mesmo quando ele não necessita do auxílio de seus semelhantes, ainda assim, “... o interesse geral reúne os homens, pelo menos enquanto dessa união possa resultar a cada um uma parte da felicidade.” (Op. cit., p. 97).

³¹ *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 68-112.

³² Em sua filosofia, ARISTÓTELES explicava que a família foi a primeira sociedade naturalmente constituída, cuja finalidade era atender às necessidades cotidianas do grupo. Depois – acrescenta o grande filósofo grego –, em busca da utilidade comum, as famílias passaram a reunir pequenos burgos, formando uma espécie de família e, finalmente, os pequenos burgos foram reunidos, dando origem a uma “... cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, e tendo atingido, por assim dizer, o fim que se propôs” (Op. cit., p. 13-15).

formaram-se as cidades³³.

A sociedade, que é da *condição humana*³⁴, reflete o homem no meio coletivo, com todos os seus conflitos e suas singularidades, daí por que ela, ao tempo em que é boa, também é má, exterioriza sentimentos nobres e mesquinhos e, por mais paradoxal que pareça, confe re segurança e insegurança, previne e produz a criminalidade³⁵. Sem embargo de a sociedade manifestar-se como uma necessidade natural para o desenvolvimento da condição humana, há aqueles que dela se utilizam para a consecução de seus fins legítimos e aqueles que se valem desse ambiente não só para efetivar as suas aspirações permitidas, como igualmente para lograr êxito em outros propósitos escusos.

Do mesmo modo como existem pessoas para o bem, há aquelas voltadas para o mal³⁶ ou que, a despeito de serem portadoras de elevados padrões ético-morais, em alguns momentos cometem, pelos mais diversos fatores³⁷, deslizes que afrontam os bens jurídicos mais caros da sociedade³⁸. Com isso se pode dizer que o *crime* não existe senão em sociedade, até porque não há o crime contra si próprio³⁹, e que ele é o resultado mais negativo da associação de pessoas em um grupo social.

Nas linhas a seguir, será *esboçada e demonstrada* a ideia de que a forma de encarar o fenômeno criminoso flutua ao sabor das correntes *filosófico-políticas* de pensamento da humanidade, sofrendo, ao longo do tempo, sensíveis e fundamentais mutações, conforme as circunstâncias históricas, sociais, culturais e políticas dos povos, sem perder de vista que o pensamento criminal, sendo o resultado mais evidente dos movimentos filosóficos e políticos, sempre possuiu conotação universal, de modo que os

³² A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 68-112.

³³ Em sua filosofia, ARISTÓTELES explicava que a família foi a primeira sociedade naturalmente constituída, cuja finalidade era atender às necessidades cotidianas do grupo. Depois – acrescenta o grande filósofo grego –, em busca da utilidade comum, as famílias passaram a reunir pequenos burgos, formando uma espécie de família e, finalmente, os pequenos burgos foram reunidos, dando origem a uma “... cidade completa, com todos os meios de se abastecer por si, e tendo atingido, por assim dizer, o fim que se propôs” (Op. cit., p. 13-15).

³⁴ Segundo doutrina de ANNA HARENDT, o trabalho e a ação, duas das três atividades humanas fundamentais que formam o que ela denomina *vita activa*, correspondem à característica associativa do homem, e por isso mesmo é que os “... homens, e não o homem, vivem na terra e habitam o mundo.” (A condição humana. 7. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 15.

³⁵ O crime é, antes de tudo, um acontecimento social, como produto da vida em sociedade. Em verdade, trata-se de fato social que recebe a pecha de crime, não possuindo uma diferença ontológica em relação a outras ações sociais tidas como proibidas. Esses dois aspectos serão objeto de melhor detalhamento mais adiante (Cf. item 1.3.10 infra.)

³⁶ Aqui não se adota a teoria do determinismo de Lombroso, muito embora não se descarte que, em relação a determinadas pessoas, há componentes genéticos que as impelem à prática de crimes, como é o caso do psicopata.

³⁷ FERRI, expressando a visão da escola positiva sobre o crime, aponta cinco categorias antropológicas de delinquência: a) delinquente nato; b) delinquente louco; c) delinquente habitual; d) delinquente ocasional; e e) delinquente passional (Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. 2. ed. Tradução Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998. p. 245 e segs.) Em outra obra fundamental – El homicida: em la psicología e y en la psicopatología criminal. Trad. J Masaveu y R. Rivero de Aguilar. Madrid: Editorial Reus S.A. –, FERRI faz profundo estudo sobre as duas primeiras categorias de delinquência e discorda que exista uma sexta espécie – delinquente político –, pois, em verdade, “la observación de los hechos, prescindiendo de las abstracciones, fantásticas o interesadas, demuestra incontestablemente que los homicidas políticos pueden pertenecer, y pertenecen en los diversos casos, a una u otra de las cinco categorías de delinquentes.” (p. 344).

³⁸ Em interessante estudo sobre as altas taxas de crime violento, suicídio, abuso de drogas e outros crimes, DANIEL GOLEMAN aponta o mal-estar emocional como uma das causas mais determinantes para esse estado de coisas. Com suporte em argumentação sólida, ele desenvolve uma teoria que identifica a inteligência humana no equilíbrio emocional e mostra os diversos fatores que fazem com que a paixão domine a razão e impulsiona ações violentas e inexplicáveis, mesmo em pessoas da melhor índole e que não possuem características delinquentes ou mesmo impetuosas. (Cf. Inteligência emocional. 29. ed. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995).

³⁹ JEREMY BENTHAM, conhecido por desenvolver o utilitarismo, acentuava que o legislador deve ingressar o mínimo possível em questões autolesivas, deixando que os atos de prudência consistente na promoção da própria felicidade sejam regulados pela ética privada. (Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os pensadores) p. 63-67). Note-se que, no nosso sistema jurídico, quem se prostitui não pratica crime, sendo tipifi-

modelos de política criminal, com pequenas variações, estenderam-se, se não a todos, pelos menos aos principais países, o que denota o seu *caráter supranacional*.⁴⁰

A despeito dessa circunstância, neste estudo, procura-se mostrar que, no instante em que o ordenamento jurídico-penal se ocupa dos fundamentos do direito de punir e dos limites da atuação do Estado na persecução criminal, os Direitos Penal e Processual Penal apresentam-se revestidos pelo manto filosófico⁴¹ e, mesmo que não se concorde, em sua inteireza, com essa assertiva, não se pode deixar de reconhecer, forte no pensamento de CARRARA, a *origem filosófica do juízo penal*⁴², lição corroborada por BETTIOL, ao assegurar que o Direito Penal e Processual Penal *nasceram como filosofia*⁴³.

Por fim, resta esclarecer que a ideia criminal sempre levou em conta o *procedimento/instrumento* pertinente para a aplicação da sanção, circunstância que não escapou da argúcia de CARRARA⁴⁴, a ponto de o insigne mestre italiano arrematar:

A ideia de uma ciência do processo penal é muito mais antiga do que a de uma ciência do direito penal, a qual, no início deste século, podia considerar-se ainda no nascedouro, depois se elevando a tamanha altura aos olhos da presente geração. As cátedras penais das universidades, até a metade do século passado, se ocuparam apenas da explicação de algumas leis positivas sobre os delitos mais graves, mas já tinham começado a tratar, de um modo racional, do procedimento.

Parece mais do que evidente a observação do preclaro criminalista italiano. A própria dogmática jurídica moderna ensina que a norma penal não é uma criação do intelecto do legislador, até porque não é razoável supor que ele tenha a *premonição* de quais crimes poderão ser praticados pelos integrantes de um determinado grupo social e, com base apenas na abstração teórica, defina a conduta a ser punida. Se mesmo no estágio atual de organização e aparato tecnológico alcançado pelo mundo moderno, as normas não são criadas tendo como suporte apenas a percepção intelectual, uma vez que provêm dos fatos sociais que, pela frequência de suas ocorrências e consequências daí resultantes, denotam a necessidade de seu disciplinamento, o que não dizer nos primórdios das civilizações, nos quais as normas definindo os crimes somente foram surgir depois de muito tempo.

Naturalmente que a falta de normas criminais não era sinal de que não havia os atos violentos que atingiam, nas mais diversas formas, a vida, o patrimônio e a honra das pessoas, pois, conforme foi

⁴⁰ Assim como as correntes filosóficas não encontram fronteiras e influenciam a humanidade em seu todo, o pensamento penal, fomentado por elas, também se faz sentir em todos os espaços, com uma ou outra variação, diante das realidades locais. Observe-se que os direitos fundamentais, desde a sua origem, possuem dimensão internacional. Isso explica os movimentos no sentido da criação de Tribunais Penais Internacionais e da elaboração de códigos penais-tipo para algumas regiões, como é o caso do Projeto de Código Processual Penal-Tipo Para Ibero-América e, sobretudo, os tratados e convenções internacionais. Essa dimensão internacional dos direitos fundamentais resta evidenciada na análise do processo de normatização dos direitos do homem, o que se permite observar que desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, a ideia era de que esse rol de garantias fosse assegurado a todos, independentemente da nacionalidade ou do local no qual o homem se encontre (Cf. os itens 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 5.6 e 7.2.7, *infra*).

⁴¹ TOBIAS BARRETO, muito embora não negue a carga filosófica do Direito Penal, não vê nisso fundamento para se defender que a filosofia, nessa seara, desempenhe papel maior do que o de uma ciência auxiliar indispensável, assim como ocorre no âmbito civilista, que também lida com categorias metafísicas, como a capacidade de querer e obrar, a declaração da vontade, o dolo e a culpa (Estudos de direito. Campinas: Bookseller, 2000. p. 191).

⁴² CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 2. p. 289.

⁴³ BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. Tradução Fernando de Miranda. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. p. 15. Como se verá mais adiante, o surgimento do Direito Penal, ocorrido com a obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de BECCARIA, foi, em sua essência, um discurso filosófico, preocupado na preservação dos direitos essenciais da pessoa contra o Absolutismo do Estado (Cf. itens 1.3.3.1, 1.3.3.2 e 1.4.3, *infra*).

⁴⁴ Programa do curso de direito criminal. p. 289. Essa obra fundamental de CARRARA foi escrita em 1859.

ressaltado no início, o comportamento antagônico e os valores do grupo social surgiram junto com a convivência em sociedade, por menor que ela fosse, como é exemplo a história bíblica do assassinato de Abel. De todo modo, a punição sempre existiu e, juntamente com ela, as regras sempre foram expostas. Como o princípio da reserva legal é uma conquista que se pode chamar de recente – somente passou a ser prevista nos ordenamentos jurídicos depois da ampla reforma criminal implementada com esteio nas ideias verberadas por BECCARIA, ou seja, é postulado que começou a ser cultuado a partir do Século XIX –, a preocupação primeira foi em estabelecer as regras pertinentes a como fazer a punição.

Essa constatação é interessante, e a análise a seu respeito será aprofundada mais adiante, com especial destaque para o momento do exame da obra de BECCARIA, quando se observará que o legado maior desse extraordinário pensador não foi na seara do Direito Penal material, mas, sim, no ambiente próprio das normas processuais, com a preconização dos mais diversos princípios que, ainda hoje, fazem parte do *patrimônio humanístico*, com consolidação na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas mais diversas Constituições, destacando-se, dentre elas, a brasileira⁴⁵.

Do mesmo modo, observar-se-á que, consoante as próprias palavras de FERRI – juntamente com LOMBROSO e GAROFALO formou o tripé doutrinário da Escola Positiva –, a maior reforma a ser empreendida com as novas ideias sustentadas em resposta ao que pregavam os adeptos da Escola Clássica era justamente no campo do processo penal. Por conseguinte, ao contrário do que se supõe, as duas maiores Escolas Penais – *Clássica e Positiva* –, fonte nas quais se radica a base de todo o pensamento criminal contemporâneo, malgrado chamem maior atenção para as grandes discussões em torno do conceito do crime e quanto a se o seu elemento constitutivo deve ser a *culpa* ou a *periculosidade*, esse não era propriamente o foco principal de ambas. A preocupação efetiva era em relação às regras que deveriam ser adotadas pelo Estado na persecução criminal.

Partindo a Escola Clássica, sob a pena de BECCARIA, CARRARA, ROMAGNOSI e outros, da constatação de que o Estado não conhecia barreiras na sua função de punir e, por isso mesmo, praticava toda sorte de abusos, a corrente de pensamento instaurada, em obséquio aos direitos inerentes à condição humana, sentia a necessidade de que fossem preceituados *limites* para o Estado, daí por que a necessidade da edição de normas criminais que, acima de qualquer outra coisa, deveria ter como norte o estabelecimento dos parâmetros dentro dos quais a persecução criminal deveria ser levada adiante. Sob outra ótica diametralmente oposta, a *Escola Positiva* tinha como premissa que o pensamento *classicista* havia privilegiado demais os direitos do *delinquente*, em detrimento da *legítima e necessária* atuação do Estado no sentido de puni-lo, razão pela qual o processo penal deveria revestir, antes de tudo, o perfil de um instrumento *eficaz* de proteção da sociedade, diante mesmo de seu caráter punitivo. Ou seja, se para a Escola Clássica o processo penal era visto como um estatuto de proteção das liberdades, diante da concepção de que era previsto para estabelecer limites ao direito de punir, na visão da Escola Positiva, o processo penal deveria servir para dar ao Estado a ferramenta necessária para conseguir defendê-lo. Na primeira corrente, a ideia central do processo penal era a *defesa dos direitos essenciais da pessoa, enquanto, na segunda, a defesa social – defesa do Estado*⁴⁶.

Os últimos esclarecimentos se impõem. Evidentemente que não há como delimitar concretamen-

⁴⁵ Como se verá mais adiante, no livro *Dos delitos e das penas*, que demarcou o surgimento da Escola Clássica e, mesmo, do Direito Penal como ciência, o Marquês de BECCARIA, ao esmiuçar o seu pensamento no sentido de humanizar o sistema penal, findou elencando mais princípios de ordem processual penal do que propriamente de Direito Penal, até porque o centro de suas preocupações era exatamente o excesso de poderes conferidos ao juiz, que não conhecia limites na condução do processo e aplicação das sanções. Sobre esse assunto, vale conferir MICHEL FOUCAULT (*Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis (RJ): Vozes, 1977).

⁴⁶ Na doutrina da Escola Positiva, defesa social se confundia com defesa do Estado, razão pela qual ela se amoldou com perfeição aos Estados ditatoriais. Em estágio posterior, especificamente após a Segunda Guerra Mundial, com a reumanização do Direito

te o surgimento de cada corrente de pensamento, até porque ideias *surgem e se desenvolvem*, continuamente, muito antes de serem consolidadas e reconhecidas. Ademais, como será observado, já naquela que é tida como a primeira concepção penal – a *primitiva* – são notados traços da ideia de função política da justiça criminal e mesmo a forte influência dos dogmas religiosos. Por fim, diga-se, ainda à guisa de explicação, que o enfoque maior da abordagem se concentra, naturalmente, nos aspectos processuais das principais correntes criminais, com especial destaque para as Escolas Clássica e Positiva, ante a consideração verdadeira de que, após o surgimento dessas, todas as demais escolas delas derivaram, algumas dando ênfase à atuação repressiva do Estado, outras conferindo maior relevância para a proteção do cidadão contra os abusos que podem ser praticados no exercício do dever-poder de punir.

Para uma melhor compreensão do assunto, será feita a análise dos pensamentos primitivo e religioso do crime, para, daí, falar-se propriamente de uma ciência criminal, que tem início com o surgimento da *Escola Clássica*, aprimora-se com a *Escola Positiva* e expande-se com os pensamentos neoclássicos e neopositivistas, com marchas e contra- marchas guiadas pelas turbulências dos períodos que envolveram as duas grandes Guerras Mundiais, até a concepção de um pensamento *criminal democrático*, cujo valor supremo do direito se ancora nos direitos fundamentais do homem, bem difundida em boa parte da doutrina da *Escola da Nova Defesa Social*, complementada por algumas das ideias da corrente *abolicionista* contemporânea e outros estudos que têm como base um sistema criminal arquitetado sob o regime democrático-constitucional.

1.1 – Pensamento natural ou primitivo.

Conforme examinado acima, desde as primeiras civilizações, sempre existiu o crime, destacando-se este como um dos efeitos mais negativos da vida em grupo. O *crime*⁴⁷ é um fato social presente entre os homens desde os primeiros instantes da sociedade⁴⁸ e, enquanto esta houver, aquele, em maior ou menor grau, haverá⁴⁹. O comportamento ilícito é assim caracterizado em decorrência da proteção aos interesses/direitos da outra pessoa agredida e da coletividade em geral. A sociedade, portanto, criação natural do homem, na medida em que é o seu habitat, produz como efeito negativo os conflitos, a violência, a corrupção, enfim, o ilícito cível e penal⁵⁰.

Penal, surgiu a Escola da Nova Defesa Social, que empregou essa expressão em seu sentido democrático, identificando-a com a defesa da sociedade. Na análise dos fundamentos da Escola da Nova Defesa Social, estudo objeto de tópico específico, a matéria será melhor explicitada (Cf. itens 1.3.9, 1.3.9.1, 1.3.9.2, infra).

⁴⁷ É preciso esclarecer que o crime não é um fato ontologicamente distinto de outro fato social desconforme com os valores do grupo social. Certamente que a expressão crime é uma valoração do fato social formada pela sociedade e, muito provavelmente, no início, os atos violentos e/ou contrários à sociedade, apesar de reprovados, não eram qualificados por meio dessa expressão. A palavra aqui está sendo empregada no sentido de fato social reprovado. Sobre a indiferença ontológica entre o crime e os demais fatos sociais que, embora violentos ou agressivos à ordem jurídica, não são considerados pelo Direito Penal, cf. o item 1.3.7, infra.

⁴⁸ O crime é ofensa a bem jurídico alheio, cuja proteção é do interesse da coletividade, razão pela qual a sua própria ratio essendi é a vida societária. Não fosse a vida societária e a conseqüente necessidade de proteção dos direitos das diferentes pessoas que compõem o grupo social, não haveria razão para a tipificação das condutas em lícitas e ilícitas. A ação do homem relacionada a si mesmo, sem nenhuma repercussão na esfera alheia, não suscita a tutela do Direito.

⁴⁹ Essa ideia se aproxima do pensamento neopositivista do determinismo social, com a consideração de que não é o modelo econômico – o capitalismo – como acreditava MARX, que conduz à criminalidade nem muito menos ela é resultante apenas das distorções sociais e da miséria, ou mesmo da falta de maior padrão cultural de um determinado grupo social. Por mais culto que seja o grupo social, por mais desenvolvida que seja a sociedade, ainda assim o crime estará presente. Ao lado daquilo que se convencionou chamar de delinquência de inadaptação, que compreende a pequena e média criminalidade, convivem a delinquência de adaptação, que tem como móvel a integração e a ascensão sociais e, por fim, a delinquência de sobre Adaptação, que agrega os tradicionais crimes do colarinho branco (white color), na qual se observa que aos seus agentes não faltam poder nem riqueza – políticos, servidores públicos, diretores de empresa etc. –, mas a facilidade de possuir mais poder ou/e riqueza. Cf. MAILLARD, Jean. Crimes e

Quando se diz *ubi sociatas, ibi jus*⁵¹, não há dúvidas de que a manifestação mais clara dessa parêntese é vista com os mecanismos de punição dos crimes, até porque as primeiras preocupações nas sociedades primitivas foram no sentido de coibir os atos violentos⁵² no desiderato de colocar o mínimo de ordem na vida societária.⁵³ Isso nos permite acentuar que, no estágio rudimentar de vida social, o esboço de ordem jurídica tinha como pensamento central a proteção contra as agressões, com a consequente punição do agente. Por conseguinte, não é possível olvidar-se do acerto em se estabelecer que se *há sociedade, há crime* e que, desde os primeiros instantes, foi estabelecido um ritual para a punição deste.

1.1.1 – Vindita como ideia inicial do dever-poder de punir.

As normas criminais, ainda que sem estrutura científica, sempre se fizeram sentir nas organizações sociais, servindo de instrumento para a manutenção da ordem. De qualquer modo, ainda que a ideia *jurispenal* tenha sempre existido nas mais elementares civilizações, não se duvida que, somente em estágio mais maduro do grupo social, com a efetiva criação do Estado, é que as regras jurídicas *adquiriram estrutura e valor próprios*, afastados das concepções costumeiras ou religiosas⁵⁴.

Ao lado do crime, como consequência própria do sentimento humano, é impossível olvidar-se da existência da reprovação moral contra o agente que pratica a conduta dissonante com os valores sociais e, ainda, da comisseração pela vítima. Essa sensibilidade humana sem o viés jurídico-científico, cuja inquietação consistia no esforço da auto-proteção por meio da punição exemplar, deu lugar ao *sentimento atávico de vingança*⁵⁵, que corresponde ao que aqui se convencionou chamar de pensamento primitivo e outros de período primitivo ou consuetudinário⁵⁶. VON LISZT⁵⁷ chama a atenção que o sentimento de vingança, oriundo do instinto de conservação, é encontrado em todas as formas sociais e fases da civilização, comandado por ideias e sentimentos fundamentalmente semelhantes. A *vingança privada*, lembra ADOLPH PRINS⁵⁸, é “... a mais antiga e a mais rudimentar manifestação de uma reação social

leis. Tradutor Olímpio Ferreira. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos Ltda., 1994.

⁵⁰ Insurgindo-se contra a tese do determinismo biológico pregado por LOMBROSO, alguns doutrinadores, com base em estudos sociológicos, passaram a defender que o crime é um fenômeno coletivo, dirigido por um certo determinismo sociológico. DURKHEIM, em lições que até hoje são acolhidas, com inteligência, demonstrou que o crime é um acontecimento normal na sociedade e que, em certa medida, ele é um elemento funcional – teoria da anomia. Cf. O suicídio. 2. ed. Tradução Luiz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconcelos Esteves. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 162- 210 (Coleção Os pensadores).

⁵¹ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 2.

⁵² Os primeiros artigos do Código de Hamurabi tratavam, justamente, das normas penais de ordem processual e material. Só nos dispositivos seguintes, é que passou a cuidar das questões cíveis, o que reflete a maior preocupação em legislar sobre os atos de violência.

⁵³ Assim como ainda nos dias de hoje, o direito não surge pela pena do legislador, “O antigo direito não é obra de um legislador; o direito, pelo contrário, impõe-se ao legislador. Na família, teve a sua origem. Nasceu ali espontaneamente e inteiramente elaborado nos antigos princípios que a constituíram. Derivou das crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências, sobre as vontades” (COLANGES, Fustel de. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. p. 68)

⁵⁴ MIGUEL REALE acentua que, somente muito tempo depois, é que a humanidade passou a estudar o Direito como uma categoria autônoma, configurando-se essa percepção, “... no momento crucial e decisivo na história da espécie humana, podendo-se dizer que a conscientização do Direito é a semente da Ciência do Direito.” (ibid., p. 3)

⁵⁵ FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. 2. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 28.

⁵⁶ Conquanto a maioria prefira chamar de período da vingança privada, ADOLPH PRINS prefere qualificar de período primitivo ou consuetudinário (Ciência penal e direito positivo. Tradução Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1915. p. 14 e seguintes).

⁵⁷ LISZT, Franz Von. Tratado de direito penal alemão. Tradução José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003. v. 1. p. 44.

contra os actos que perturbam as relações sociais”.

Na ótica desse *pensamento humano natural* – sentimento atávico de vingança –⁵⁹, a reação instintiva e primitiva traduz-se em uma vingança defensiva, que não é apenas um direito, mas também um dever, pois necessária/útil para a conservação da espécie. Impõe-se considerar, como nota VON LISZT⁶⁰, que nenhuma sociedade humana, ainda que quisesse, teria como se subtrair à *necessidade imperiosa de reagir contra o culpado*. Por outro lado, parece correta a posição defendida por LISZT de que, ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores, a origem da pena não é encontrada no instinto de conservação individual, pois a *vindita* não é a “... simples reação do indivíduo, mas *reação do agregado social* como ordem da paz e do direito”. (Grifo do original). O autor alemão, sufragando a ideia de que a evolução da vida em sociedade compreende período equivalente à infância e à juventude da pessoa, demonstra que, em um primeiro estágio, o que havia, em rigor, era uma *vingança do sangue*, posto que era a família ou a parentela, e não o agredido, quem pensava e queria a reação punitiva⁶¹. Por isso mesmo, nesse estágio de desenvolvimento da civilização, a reação era do grupo – família ou a parentela do agredido – vingança que não se continha na pessoa do agressor, porquanto se estendia contra o grupo do qual este fazia parte⁶². O indivíduo que, nesse período da infância da sociedade, nada representava fora do contexto do grupo, tinha o dever de reagir por meio de sua família, de modo que⁶³

Levada pelo sentimento de sua solidariedade, a família do ofendido levanta a bandeira da vendetta contra a do ofensor. ‘Acende-se entre as duas uma guerra, em que cada membro de uma família se apresenta como inimigo dos membros da outra, assim como na guerra entre dois Estados cada soldado de uma das partes beligerantes é inimigo dos soldados da outra parte’.

Essa visão primitiva e tosca teria sido, estreme de dúvidas, a primeira manifestação de consciência do Direito, difundindo a concepção vulgar da justiça do *mal pelo mal*. Não se pode, é verdade, dizer que essa *vindicta primitiva* se confunde com o Direito Penal e Processual Penal, até porque o Direito, ainda que preexistente em toda sociedade humana, com a sua característica de coercitividade heterônoma, somente é admissível com a evolução da civilização para a categoria de Estado. Ainda assim, sem embargo de somente se poder falar em Direito como ciência com o nascimento do Estado⁶⁴, ou seja, a partir passou a ter a missão de impor o seu cumprimento, em compasso com o que aqui já foi esposado, não se há de negar que, mesmo na mais primitiva forma de organização humana, já existia um sistema penal⁶⁵.

⁵⁸ Ibid., p. 16.

⁵⁹ Consoante expõe FERRI, “O homem, como todo ser vivo, tem três instintos fundamentais e imperiosos: – a conservação individual – a reprodução da espécie – a defesa-ofensa.” (Ibid., p. 33).

⁶⁰ Op. Cit. P. 16.

⁶¹ PRINS sustenta que o direito de vingança privada encontra fundamento na ideia da fraternidade do sangue, da solidariedade familiar e no restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo ataque (Ciência penal e direito positivo. p. 17).

⁶² VON LISZT. Op. cit. p. 45. Infelizmente, ainda hoje, mesmo com a evolução da vida em sociedade, em alguns lugares, em especial nas cidades do interior, ainda existem casos de matança entre grupos familiares que gozam de inimizade histórica.

⁶³ Ibid. p. 45.

⁶⁴ Embora não seja possível precisar a data em que surgiu o Estado – aliás, na história, tudo que diz respeito a acontecimento que se desenvolve por meio de um lentprocesso político, não há uma data que determine quando começou ou terminou –, o certo é que ele, na sua concepção moderna, começou a aparecer a partir do SéculoXV. De todo modo, o Direito Penal, como ciência autônoma, como advverte BETTIOL, é conquista recente, pois somente exsurgiu com a Escola Clássica, quando se inicia a sua fase propriamente jurídica, o que ocorreu no início do Século XIX. (BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1973. p. 16-18).

⁶⁵ BETTIOL, embora chame a atenção para o fato de que o Direito Penal, tomando-se como parâmetro o Direito Civil, é uma

Nesse passo, FERRI⁶⁶, rebatendo a crítica dos clássicos à concepção da existência de um sistema penal na época da vingança privada, ressalta ser evidente a presença de um Direito Criminal, conquanto primitivo e embrionário, mesmo antes da constituição do Estado, formado a partir das necessidades naturais (vingança defensiva), nele reunidos os costumes, as práticas religiosas e também jurídicas, domésticas (patriarcais) e interfamiliar (tribais). O próprio CARRARA⁶⁷, que foi um dos expoentes da Escola Clássica⁶⁸, adverte que o *juízo penal, quanto a sua ratio essendi*, pode ser explicado objetivamente – *pronunciamento do homem sobre o estado de culpabilidade ou de inocência do outro homem* – ou considerado subjetivamente – *formas que circunscrevem a autoridade judicial*, concordando, assim, que, mesmo antes da existência de um poder social com o domínio do poder/dever de punir, sob uma das perspectivas expostas, pode-se defender a existência pelo menos de um *pensamento penal*.

Certamente que não se mostra inadequado estabelecer, com base nas palavras de PRINS⁶⁹, que “O direito de vingança privada é o direito penal dos povos que se encontram ainda no início da sua organização e que não têm um poder central bastante forte para refrear os impulsos dos indivíduos entregues a si mesmo”. Até porque, ainda que o Direito Criminal, como objeto de ciência autônoma, somente venha a aparecer com o movimento iluminista, mais precisamente a partir da obra *Dos delitos e das penas*, de autoria de BECCARIA⁷⁰ e, como elemento histórico, tenha vindo a lume com as primeiras legislações, como categoria jurídica, ele se confunde com o nascimento do próprio *pensamento humano*⁷¹.

1.1.2 – Excessos da vingança privada e as preocupações quanto ao estabelecimento de limitações ao exercício do direito de punir.

O cunho emocional e *reativo-defensivista* da vingança privada inevitavelmente conduzia a reação a excessos cometidos contra pessoas da mesma tribo, importando, muitas vezes, na dizimação de grupos inteiros, circunstância que, senão por razões morais ou por motivos *políticos* – necessidade de preservar a vida de homens fortes para utilizá-los nas guerras contra os grupos sociais inimigos —, levou a própria coletividade a impor limites à vindita. Essa necessidade de conter a violência da *vingança* e promover a *paz interna*, a par do crescimento de uma autoridade central, deu margem ao surgimento da Lei do Talião – *olho por olho, dente por dente*⁷² – e à *paulatina interferência no exercício da vingança, primeiramente com o auxílio à reconciliação entre as partes envolvidas, por meio da composição (compositio)*, e o

ciência relativamente nova, acrescenta que existia, porém, uma filosofia do Direito Penal, até porque os problemas do fundamento do direito de punir, da natureza da pena, dos fins desta, da licitude ou não licitude da pena de morte, sempre foram temas objeto da meditação dos filósofos. (Ibid., p. 18-19). Por conseguinte, embora não houvesse uma ciência do Direito Penal e Processual Penal, havia uma filosofia do Direito Penal e Processual Penal.

⁶⁶ Princípios de direito criminal, p. 33.

⁶⁷ Programa do curso de direito criminal, p. 289.

⁶⁸ CARRARA, na qualidade daquele ao qual se atribui a primazia de dar início à fase propriamente jurídica da Escola Clássica, como não poderia ser diferente, acosta-se a essa opinião comum entre os doutrinadores de que o Direito Penal como ciência somente teve início com o aparecimento da corrente de pensamento da qual ele foi o precursor da fase jurídica.

⁶⁹ Op. cit., p. 16.

⁷⁰ Cf. *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

⁷¹ NUVOLONE, Pietro. O sistema do direito Penal. Tradução Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 1. p. 1.

⁷² FERRI lembra que as limitações à punição primeiramente foram introduzidas pelo talião e, em seguida, pela composição, mas somente tinham aplicação em relação a indivíduos pertencentes a uma mesma tribo. Acrescenta ele que “Para os indivíduos de tribo diferente – ao contrário – e contra eles, nenhum limite é imposto à reação de vingança, pois, para a utilidade do grupo, todo o excesso de reação violenta contra indivíduos de outra tribo é razão de glória e de maior consideração pessoal.” (Princípios de direito criminal. p. 34.

estabelecimento da duração da reação, para, em passo seguinte, impor ao agente agressor a busca da reconciliação e à vítima a obrigação de aceitar a reparação pecuniária⁷³.

A progressiva ingerência de uma autoridade central, no afã de limitar o exercício da vingança privada, corresponde à substituição da concepção da vingança e da reparação privadas pela noção de *crime e pena*⁷⁴. De qualquer maneira, o mais importante a observar-se aqui é que a primeira normatização criminal, originada com o advento do talião, de que se tem notícia, e a imiscuição em si, ainda que embrionária, do poder social na reação à ação criminosa, com consequente diminuição dos poderes de vingança da vítima e de sua família, tiveram em mente pretraçar parâmetros limitadores ao direito de punir. Ou seja, já nos primeiros fragmentos da concepção jurídica da criminalidade, nota-se que o desiderato da norma penal, ao invés do que à primeira vista se supõe, era o de podar os excessos praticados no exercício do direito de punir. Conferindo a essa circunstância o seu devido prestígio, FERRI⁷⁵ ressalta que “O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque *impôs um limite, uma medida à reação pela vindicta defensiva (olho por olho, dente por dente)*”⁷⁶.

Nessa fase primitiva, os fragmentos normativos dos quais se tem registro denotam a preocupação com o modo como eram feitos os julgamentos, principalmente no que diz respeito às provas⁷⁷. Com efeito, no Código de Hamurabi, que é o referencial normativo mais antigo que se tem como parâmetro⁷⁸ – em verdade antes uma coletânea de normas sobre diversos assuntos do que propriamente um código –, os primeiros artigos foram dedicados justamente ao regramento da prova, no sentido de punir o acusador que não lograva comprovar as suas afirmações⁷⁹, o falso testemunho⁸⁰ e a prevaricação dos juízes⁸¹. Observa-se, por conseguinte, que os primeiros artigos do Código de Hamurabi se ocuparam das normas

⁷³ PRINS. Op. cit. p. 17-18.

⁷⁴ Ibid., p.18

⁷⁵ Princípios de direito criminal. p. 34.

⁷⁶ Conforme será examinado no decorrer deste estudo, o surgimento propriamente dito do Direito Criminal, que se deu com a Escola Clássica, contém impregnada essa ideia de limitação do direito de punir. Ainda que aqui e ali essa perspectiva seja esquecida, mesmo hoje, como decorrência do Estado democrático-constitucional, a norma penal, acima de tudo, é vista sob o prisma garantista, cujo suporte principiológico encontra guarida nos direitos fundamentais e demais normas plasmadas na Constituição e nas declarações internacionais dos direitos humanos.

⁷⁷ CF. ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989. MEIRA, Silvio A. B. A lei das XII tábuas. 5. ed. Belém: CEJUP-, 1989.

⁷⁸ O Código de Hamurabi é a legislação antiga mais conhecida, muito embora se saiba que antes dele tenham existido outras leis escritas. Continha 282 artigos e data do segundo milênio a.C. (ALTAVILLA, Jaime de. Op. cit., p. 37-38). De todo modo, o Código de Hamurabi é o corpo de lei mais antigo do qual se tem registro histórico de seu texto com inscrições em pedra (BOUZON, Emanuel. Código de Hamurabi. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 24). Parte do texto, esculpido em estela de direito negro, encontra-se em exposição no museu do Louvre, em Paris.

⁷⁹ De acordo com o art. 1º do Código de Hamurabi, aquele que acusasse outrem de crime cuja pena era a morte, não conseguindo provar, seria condenado à morte. Já no art. 2º, caso a acusação fosse de feitiçaria, não tendo ocorrido a comprovação, ainda assim o acusado seria lançado ao rio e, caso conseguisse se salvar, seria purificado, ficando, assim, demonstrada a sua inocência, o que levaria à morte o seu acusador (BOUZON, Emanuel. Código de hamurabi. p. 46-48). Esses dois dispositivos, como se vê, a fim de evitar acusações injustas, movidas por sentimentos escusos, impunham estreitos limites para o início do processo. A vítima, ao fazer a acusação contra o seu agressor, tinha de se cercar de provas robustas, sob pena de sofrer as consequências pelo fato de não conseguir comprovar as suas afirmações. Essa disciplina rígida arrefecia, naturalmente, o ímpeto acusatório. Merece realce, ainda, a regra referente à acusação de bruxaria. Nesse caso, mesmo não sendo provada a acusação, o medo do homem do antigo oriente em relação à magia negra apresenta-se como justificativa para a previsão de um procedimento mais cauteloso na apuração da verdade, de modo a submeter o acusado a um ordálio (Juízo de Deus). Ou seja, tendo em conta a gravidade do crime, cujos efeitos atingiam não apenas a vítima como os demais integrantes do grupo social, era estabelecido um rito mais severo na sua apuração

⁸⁰ Nos arts. 3º e 4º do Código de Hamurabi, estava prevista a pena para o falso testemunho, que poderia ser, até mesmo, de morte (Ibid., p. 48-49).

⁸¹ A prevaricação do juiz era tipificada com a alteração por ele realizada na sentença após o julgamento (art. 5º). A punição era pecuniária e de perda definitiva da função judicante. EMANUEL BOUZON faz considerações sobre essa questão, com as quais re-

processuais penais, o que mostra a relevância demonstrada pelo homem antigo em relação ao tema. A tipificação das condutas consideradas criminosas só aparecia, no Código de Hamurabi, após as normas processuais penais.

O Código de Manu, promulgado aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C.⁸², redigido em linguagem poética e organizado em forma de livros – ao todo continha doze livros⁸³, manteve a ideia de dar destaque às normas processuais. De fato, no livro oitavo, há, de início, uma parte geral, que dispõe sobre regras processuais, aí compreendidas normas referentes à administração da justiça e aos meios de prova, enquanto a parte especial, que aparece depois, trata das normas cíveis e penais. Mais uma vez o texto normativo revela a preocupação dos povos antigos com o descobrimento da verdade e a punição do falso testemunho, circunstância que justifica a existência de uma rubrica específica no Código de Manu – *Dos meios de prova* – para abrigar as diversas normas que disciplinavam as espécies de prova permitidas e a forma como o juiz deveria valorá-las.

Por fim, resta considerar que os grandes filósofos gregos da Antiguidade, SÓCRATES (470-399 a.C.)⁸⁴, PLATÃO (428-348 a.C.)⁸⁵, ARISTÓTELES (384-322 a.C.)⁸⁶, em seus estudos, debateram a autoridade do Estado em punir, a razão e a finalidade da pena, sem, contudo, representar marco do pensamento humano contra as barbáries praticadas em nome da justiça criminal. O próprio SÓCRATES, em diversos diálogos narrados por PLATÃO, sustenta a obediência irrestrita às leis, admitindo, até mesmo, a pena de morte. Aliás, SÓCRATES aceitou, resignadamente, para dar bom exemplo quanto ao cumprimento das leis, a sua sentença de morte, muito embora lhe tenha sido oferecida a oportunidade de fugir. PLATÃO, no Livro IX, no diálogo *As leis*, embora ensine que a pena deve ter a finalidade de tornar o agente que pratica o ilícito melhor, assevera que “se se demonstrar que o delinquente é incurável, a morte será para ele o menor dos males”⁸⁷.

Importa considerar que a concepção *aristotélica* da formação orgânica do Estado, embasada na

vela a dificuldade de interpretação da norma, em virtude da utilização de diversos termos técnicos e também porque os julgamentos babilônicos eram realizados por mais de um juiz (Ibid., p. 50).

⁸² O Código de Manu foi promulgado pelo menos 1500 anos após o de Hamurabi (Cf. Código de Hamurabi: Código de Manu: Lei das XII Tábuas. Supervisão Jair Lot Vieira. Bauru: EDIPRO, 1994. p. 45).

⁸³ É considerado, tecnicamente, o primeiro código da história.

⁸⁴ Apesar de não existir o registro de nada escrito por SÓCRATES, ele é considerado um dos maiores filósofos da história. Vivía a vagar, perambulando nas ruas e mercados, literalmente filosofando. O que se sabe de SÓCRATES deve-se, sobretudo, aos seus diálogos descritos por PLATÃO. Ele acreditava que uma força divina lhe dava a consciência para dizer o certo. Expressava o seu pensamento filosófico por meio de questionamentos, o que fazia com que ele desse a impressão de que, ao invés de ensinando, estivesse querendo aprender. No pensamento socrático, o homem sabe que não sabe, mas deve, sempre, procurar saber.

⁸⁵ Fundou, em Atenas, a famosa Academia, sua escola de investigação científica e filosófica, representando um acontecimento de fundamental importância para o pensamento ocidental. Foi discípulo de SÓCRATES e ficou decepcionado com a democracia, em razão da execução de seu grande mentor. A sua investigação científico-filosófica se interessava pelo que era eterno e imutável na natureza e procurou identificar o que também era eterno e imutável no campo da moral e da sociedade.

⁸⁶ Considerado o maior filósofo e cientista do mundo antigo. Estudou na academia de PLATÃO e, ao retornar para a Macedônia, foi preceptor de ALEXANDRE, o Grande. Era um sábio, com uma produção científica impressionante, com escritos sobre Astronomia, Zoologia, Embriologia, Geografia, Geologia, Física, Anatomia, Fisiologia. A sua contribuição na filosofia é vasta, com escritos sobre Ética, Metafísica, Psicologia, Economia, Teologia, Política, Retórica e Estética. Na pretensão de estabelecer a certeza científica, desenvolveu a teoria da lógica, concebida com base nos silogismos, ao argumento de que, para se construir o conhecimento seguro, era preciso estabelecer normas de pensamento. Foi idolatrado na Antiguidade e durante toda a Idade Média, tornando-se o pensamento aristotélico verdade absoluta, universal e permanente. Algumas de suas ideias eram reacionárias, como as que justificavam a escravidão, a pena de morte e a inferioridade da mulher. (Cf. ARISTÓTELES. Tópicos: dos argumentos sofisticos. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983.)

⁸⁷ Apud BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 161.) Acrescenta BOBBIO que Platão, no diálogo *As Leis*, menciona a pena de morte para diversos delitos, desde estes contra as divindades e os cultos, até aqueles contra os genitores e, em regra, para os homicídios, ressaltando que, para PLATÃO, a pena de morte era a pena natural para esses crimes (Op. cit., p. 161-162). Não se pode deixar de registrar, contudo, que PLATÃO, no diálogo *As leis*, difunde ideias a respeito da punição do agente em virtude da prática de ilícito, que serviram de fundamento para o desenvolvimento da Escola da Nova Defesa Social (Cf. item 1.3.9, infra).

premissa de que o *todo* está acima *das partes*, que vigorou como dogma incontestável na Antiguidade e na Idade Média, serviu de suporte à sustentação dos argumentos em prol da aplicação de penas severas aos errantes, até mesmo a de morte, nas suas mais diversas modalidades. A lógica era de que o homem é um *animal político*, não podendo viver fora do corpo social, e que o *homem individual* se constituía apenas uma parte da vida do corpo social, daí por que a vida de um deve ser sacrificada em benefício da vida do todo, a fim de expungir o risco de contaminação que o ser infectado apresenta.

1.2 – Concepção religiosa⁸⁸.

A vingança privada, ditada comumente pelo ódio, não raro, representava uma nova violação do direito e, cada vez mais, sentia-se a necessidade de retirar das mãos da vítima e de sua família o direito de punir, passando-o para o Estado, uma vez que não se mostravam suficientes as limitações previstas nas normas. Em outro passo, nesse mesmo intervalo de tempo, a doutrina cristã, surgida na Palestina, difundiu-se no mundo civilizado, modificando as concepções sobre o Direito e o Estado, muito embora inicialmente não tivesse ela significado jurídico ou político, porém apenas moral, possuindo como princípio a *caridade*, o *amor* e a *fraternidade*⁸⁹. Partia da concepção de que o mundo é governado por um Deus pessoal, de modo que o Estado, em verdade, era uma instituição divina, e o direito criado seria emanado da vontade sobrenatural. Na antiguidade clássica, o indivíduo tinha o dever de comportar-se de conformidade com as regras impostas, reconhecendo a supremacia do Estado, sob pena de penalizado por afronta aos deuses.

Nesse período, despontam os dois maiores filósofos religiosos, SANTO AGOSTINHO e SÃO TOMÁS DE AQUINO e, como efeito do Cristianismo, formula-se nova concepção de Estado, assim como se define a sua relação com a Igreja, sobrepondo-se esta àquele, pois trata das coisas *eternas*, e não apenas *temporárias*, como é a vida terrena. O Direito Canônico, diante da crescente expansão da autoridade da Igreja, estende os crimes nele previstos a pessoas não sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de fatos de natureza espiritual, prevendo penas excessivas e cruéis para os hereges, infligindo as penas privativas de liberdade em detrimento das penas patrimoniais, como forma de buscar, com a segregação do indivíduo, a expiação da culpa.

Como os povos estavam acostumados a respeitar apenas a força, eles não tinham base para aceitar a superioridade do Estado, na figura de um ser humano. Diante da falta de *legitimidade/força do Estado* para impor a sua autoridade, buscou-se, na *legitimidade/força da religião*, o fundamento para entregar ao poder estatal a missão de impor as sanções, de modo que a “... primeira palavra de justiça foi ditada aos homens em nome de Deus”⁹⁰. ROUSSEAU⁹¹, explicando a razão pela qual, em um primeiro

⁸⁸ O sentimento de justiça, desde as suas primeiras manifestações, sempre foi uma resultante dos valores culturais, neles inseridos os morais, políticos, jurídicos e, naturalmente, religiosos. Como vimos, no pensamento primitivo, a reação social, conquanto arraigada na ideia da vindita, detinha colorido religioso, como se observa não apenas dos juízos de Deus, estabelecidos como forma de prova, mas principalmente da leitura do prólogo do Código de Hamurabi (Cf. Código de Hamurabi: Código de Manu: Lei das XII Tábuas. p. 11). De todo modo, a tônica distinta entre as concepções primitiva e religiosa é que nesta, diferentemente daquela, o crime era tido como uma agressão aos deuses e deveria ser punido pelos homens, a fim de defender aqueles.

⁸⁹ Essa época da justiça divina teve inspiração, inicialmente, com a visão mitológica do mundo, que não é considerada uma concepção filosófica, pois por filosofia entende-se uma forma completamente diferente de pensar, surgida na Grécia aproximadamente em 600 a.C., em que os primeiros filósofos da natureza contestaram as explicações religiosas passadas de geração para geração por meio dos contos míticos.

⁹⁰ CARRARA, ao justificar a razão pela qual a justiça foi passada ao homem em nome de Deus, explica que, àquela época, não “... podia ser de modo diverso, uma vez que os povos, acostumados apenas a respeitar a força, não teriam concebido nem respeitado um princípio de razão que atribuisse superioridade a seres que eles sobrepujavam na força.” (Op. cit., p. 284).

⁹¹ O contrato social. In: Jean-Jacques Rousseau e O contrato social. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978.

momento, o poder se explicou por meio da palavra de Deus, atesta que, em *um povo nascente*,

... não podendo o legislador usar a força nem o raciocínio, é mister que recorra a uma autoridade de uma outra ordem, que possa conduzir sem violência e persuadir sem convencer.

Foi isso que obrigou, em todos os tempos, os pais das nações a recorrer à intervenção do Céu e honrar os deuses por sua própria sabedoria, a fim de que os povos, sujeitos tanto às leis do Estado como às da natureza e reconhecendo o mesmo poder na formação do homem e na da cidade, obedecessem com liberdade e suportassem docilmente o jugo da felicidade pública.

Eis aí a segunda concepção da justiça criminal, de criação religiosa⁹², tendo como suporte a expiação do criminoso culpado por haver atentado contra a Divindade, que se mostra, segundo a precedente advertência de CARRARA, como a primeira força civilizadora da justiça criminal, cuja intervenção na vindicta privada teve em mira eliminar “... as lutas brutais que, perpetuando as guerras privadas, ensanguentavam a Terra.”⁹³ Como se vê, a transposição da concepção da vindicta privada para a religiosa representou uma maior humanização das punições⁹⁴ e teve como pano de fundo a imposição de *limites ao direito de punir*, que não conhecia fronteiras em razão do sentimento de ira da vítima e de seus familiares.

No período medieval, o Direito Eclesiástico constitui-se a base jurídica da concepção penal, que se estende até a secularização. Opõe-se à vindicta privada até porque, na visão religiosa, o crime suscitava a cólera dos deuses, que só seria escoimada com o castigo correspondente. Assim, pune-se com rigor o agente, a fim de satisfazer o deus atingido, obtendo o seu perdão. Tal concepção de justiça criminal coincide com o estágio de organização alcançado pela sociedade, superando o pensamento da repressão à criminalidade com a pura vingança privada⁹⁵. A sanção penal não está a serviço do homem que sofreu com o crime, mas, sim, de Deus, tendo o Direito Penal índole teocrática e sacerdotal, havendo uma mesclagem do crime (pecado) e a ofensa com pressupostos religiosos.⁹⁶ Na doutrina eclesial, o príncipe e o magistrado exercem o poder por inspiração deífica e estes, por *delegação divina*, são quem possui poder punitivo, e não o ofendido ou a sua família⁹⁷.

A pena, no Código Canônico, tinha duas finalidades: castigo divino e purificação da alma do agente⁹⁸, sendo a confissão o escopo fundamental, elevada à categoria de *a rainha das provas*, não apenas como forma de obter o arrependimento do réu, mas de *tranquilizar a consciência do juiz acerca da culpabilidade do imputado*⁹⁹. O processo judicial com a influência canônica era marcadamente inquisi-

p. 118-119.

⁹² Não se pode, evidentemente, confundir a religião das civilizações mais antigas com aquela das sociedades primitivas, na qual cada família possuía um deus específico, que não podia ser adorado por outro grupo familiar, com característica preponderantemente doméstica (COLANGES, Fustel de. Op. cit., p. 28).

⁹³ CARRARA. Op. cit., p. 284.

⁹⁴ Embora represente uma suavização da forma de punir, o Direito Canônico previa punição severa para alguns crimes, como era o caso da feitiçaria.

⁹⁵ CARRARA faz ver que “O conceito de justiça não podia ser aceito nessa sua primeira promulgação, se não se associasse à ideia de uma força divina misteriosa, invisível, mas pairando acima de todas as criaturas.” (Ibid.)

⁹⁶ Note-se que os doutrinadores ressaltam que uma das características fundamentais do Direito Penal dos romanos, a despeito de alguma influência da concepção religiosa penal, era a “firmeza com que o crime é considerado como atentado contra a ordem jurídica estabelecida e guardada pelo Estado, e apenas como reação do Estado contra o crime”. (LISZT. Op. cit., p. 78)

⁹⁷ FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. p. 40. FERRI elucida que o Direito Penal eclesial, estrategicamente, confiava “... ao ‘braço secular’ a execução das penas mais atrozes, que muitas vezes se estendiam aos descendentes, aos parentes, aos concidadãos do réu” (Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. p. 40)

⁹⁸ Ibid. p. 40.

⁹⁹ Ibid. p. 40. BOBBIO lembra que SÃO TOMÁS, arraigado à ideia aristotélica da formação orgânica do Estado, defendeu, em seus

tório e, calcado na confissão, adotava a tortura como meio de prova¹⁰⁰.

A concepção religiosa introduziu profundas modificações nos rituais dos julgamentos, sendo as mais importantes a adoção do sistema inquisitivo e a busca da verdade real por meio da tortura, aplicada largamente como forma de obter a confissão, que servia não apenas como prova irrefutável da culpabilidade, mas também como demonstração de expiação da culpa¹⁰¹.

1.3 – Concepção política.

O novo pensamento da justiça criminal, que acompanha o movimento da separação dos fins do Estado dos da Religião, deixa o campo religioso propriamente dito, para adentrar mais especificamente a órbita política. Aparece com o Renascimento¹⁰², iniciado no Século XIV, que deu suporte ao processo de libertação da filosofia e da ciência da Teologia cristã. O homem, com o Renascimento, volta a ser o centro de tudo, libertando-se o seu espírito crítico, sufocado com a ideologia cristã. Se, na Idade Média, a raiz de tudo era Deus, no Renascimento, o ponto de partida era o próprio homem. Os grandes pensadores da Renascença, a exemplo de ERASMO DE ROTERDÃ e MAQUIAVEL, diante das guerras religiosas, da descoberta de novos continentes, dos inevitáveis efeitos econômicos daí decorrentes e dos avanços científicos da Física e da Astronomia, percebendo o abalo da mentalidade medieval e a insegurança crítica, passaram a desenvolver ideias interrogando os dogmas, doutrinas e opiniões então aceitas, além de apresentar respostas mais adequadas a essas inquietações, fornecendo os alicerces para que os cidadãos se libertassem dos senhores feudais¹⁰³. A proposta do Renascimento era *voltar às fontes do saber*, sendo a principal delas o *humanismo da Antiguidade*¹⁰⁴.

De todo modo, para fins metodológicos, pode-se dizer que a justiça criminal, com supedâneo nas ideias implantadas com o Renascimento, não teria mais como fim aplacar a ira dos deuses, mas sim o de proteger a *ordem e a paz pública* perquirida pelo *Soberano*¹⁰⁵. Ao tempo em que o desenvolvimento das relações comerciais fortalece os Estados e elimina paulatinamente as fronteiras, as *cruzadas* dão origem

escritos, que “Cada parte está ordenada ao todo como o imperfeito ao perfeito (...). Por causa disso, vemos que, se a extirpação de um membro é benéfica à saúde do corpo humano em seu todo, (...) é louvável e até salutar suprimi-lo”, concluindo, assim, que seria louvável e salutar “matá-lo para salvar o bem comum” (A era dos direitos, p. 181)

¹⁰⁰ VOLTAIRE, em reflexões sobre a tortura, suscita que o seu surgimento, tudo indica, deveu-se ao interrogatório de ladrões de estrada, os quais tinham, quando se negavam a revelar o local no qual estava guardado o dinheiro, os polegares serrados e os pés queimados. (VOLTAIRE, François Marie Aouet de. Dicionário filosófico. 3. ed. Tradução de Bruno da Ponte e João Lopes Alves. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 293) (Coleção Os pensadores.) A tortura, por conseguinte, embora tenha sido difundida no Direito Canônico, não teve aí a sua origem.

¹⁰¹ Devido a essa disseminação da tortura nessa época, a maioria da doutrina tributa à inquisição a institucionalização dessa prática.

¹⁰² O Renascimento – etimologicamente significa nascer de novo e, na qualidade de movimento, representa a releitura da arte e da cultura da Antiguidade – foi um período de efervescência cultural que surgiu nos fins do Século XIV, no Norte da Itália. Cf. CARVALHO, Mário A. Santiago. In: LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia: Renascimento. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo. v. 4. p. 698-703. LEITE, José Roberto Teixeira. In: Enciclopédia Barsa: Renascimento. Rio de Janeiro – São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1989. v. 13. p. 264-279.

¹⁰³ É importante consignar que o pensamento renascentista ganhou fôlego com a invenção da imprensa, pois isso contribuiu para a difusão de suas ideias por meio dos escritos e retirou da Igreja o seu monopólio na transmissão do conhecimento. Mostra-se relevante, ainda, ter em consideração que a invenção da bússola, com conseqüente facilitação da navegação, também agilizou a difusão da cultura humanista do Renascimento

¹⁰⁴ Em rigor, o humanismo renascentista “... opera a reconquista do patrimônio filosófico, literário e artístico da Antiguidade e o coloca a serviço do homem, visto agora como ser racional e não mais como entidade que se explicasse através da teologia medieval.” (LEITE. José Roberto Teixeira, Op. cit., p. 266).

¹⁰⁵ LISZT, em exame histórico do Direito Penal alemão, sustenta que, desde as leis bárbaras – leis de iniciativa ou com o assentimento do povo alemão –, a concepção política da reação ao crime já era notada. Lembra, ainda, que a pena pública não foi desconhecida do Direito alemão antigo, principalmente como resposta aos crimes de natureza político-militar (Op. cit., p. 88). FERRI,

à passagem de desocupados e de bandos errantes, ao surgimento de desempregados e aventureiros, enfim, de novas condições de vida, de novas classes e, por via de consequência, de novo tipo de delinquência, para a qual a pena pecuniária não se mostrava com o condão de estabelecer a resposta satisfatória, senão por outro motivo, pelo fato de as desigualdades sociais torná-la inócua para os pobres, que não tinham como pagar pelos seus crimes¹⁰⁶.

Afirma PRINS¹⁰⁷ que “O poder aproveita esta situação para transformar o direito penal, eliminar do sistema repressivo a antiga noção de reparação e da multa e fazer triunfar a noção da pena pública e corporal, e o princípio da intimidação.” Com isso, a repressão ao comportamento antagônico à ordem e à paz estabelecida passa a representar a forma de se impor a autoridade do Estado¹⁰⁸.

1.3.1 – Direito criminal como forma de dominação política.

Essa fase em que o Direito Criminal aparece como forma de dominação política corresponde à época do Direito Penal do terror, no qual a intimidação é o seu princípio reitor. Parece, à primeira vista, um certo antagonismo o aparecimento de um Direito Penal rígido e cruel como rescaldo do movimento renascentista, especialmente quando se sabe que a base deste era justamente o humanismo. Acontece que o Renascimento, ao tempo em que contestava a autoridade da Igreja, propugnava um humanismo escorado em um *individualismo* mais consistente do que a própria filosofia da Antiguidade, o que suscitou o *contra-renascimento* e o conseqüente *anti-humanismo* patrocinados pela Igreja e pelo Estado, que se tornaram mais autoritários ainda. Para manter a sua autoridade no campo penal, o soberano adotou os mecanismos mais bárbaros não apenas no propósito de punir, mas também, o que é pior, no escopo de descobrir a verdade¹⁰⁹. O corpo do homem, que era o objeto da pena, além de se manifestar como o responsável pelos atos criminosos, transformou-se, de igual forma, no objeto do processo e passou a merecer provações para esclarecer o crime.¹¹⁰

É a época dos suplícios. O corpo do agente do crime, diante da necessidade de afirmar-se, pela força, a autoridade do soberano, passa a ser penalizado duas vezes: primeiramente, durante o processo, em que o suplício do corpo com a tortura é a técnica empregada para descortinar a verdade do crime¹¹¹; depois, com a aplicação da pena, que era corporal, em cerimônia realizada diante da sociedade, para servir de exemplo e atuar como medida de prevenção geral. A prisão era prevista, de regra, apenas como

discorrendo sobre a contribuição mais importante dada pelo Direito germânico na formação da justiça penal na Itália, ressalta que ela consistiu “na progressiva prevalência da autoridade do Estado contra os direitos e os excessos privados da vindicta” (Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime, p. 39)

¹⁰⁶ PRINS. Op. cit., p. 19.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ JOSTEIN GAARDER informa que “durante o Renascimento floresceu também aquilo que chamamos de ‘anti-humanismo’. Refiro-me com isto a uma Igreja e a um poder estatal autoritários. Durante o Renascimento houve também processos contra bruxos e bruxas, execuções em fogueiras, magia, superstição, sangrentas guerras religiosas e ainda brutal conquista da América.” (O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia. Tradução João Azenha Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 220).

¹⁰⁹ Constata-se, no exame da evolução da justiça criminal, que o período da vingança pública, em termos de barbárie, representa o período mais sombrio do Direito Penal, sendo comum a morte pela força, pelo fogo (o condenado era amarrado a um poste, em praça pública, para ser consumido pelas labaredas de fogo, ou imerso em chumbo fundido), por afogamento, pela roda (o condenado era amarrado em uma imensa roda, a fim de que os seus membros fossem esmagados, pelo esquarteramento, decapitação, estrangulamento, enterro em vida etc.).

¹¹⁰ FOUCAULT explica que, na base dessa concepção política da justiça criminal, encontrava-se a ideia de que o crime era uma forma de contestar e comprometer a autoridade do soberano, daí por que a pena deveria ser aplicada por este de modo severo e forte, a fim de mostrar a sua superioridade. A forma mais eloquente para a demonstração dessa autoridade do soberano era com a demonstração pública de submissão do agente, o que explica a publicidade que era dada às execuções das sentenças e as mais diversas punições corporais aplicadas, que iam do açoite à morte, realizada de forma ultrajante (Vigiar e punir. p. 11-32). Cf. Ibid. Microfísica do poder. 17. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

a forma de deter-se o homem para a aplicação da pena corporal correspondente.

Nada obstante os suplícios ao corpo, todo o processo, até sua execução, quando então se fazia importante levar a conhecimento do grupo social o suplício final, permanecia secreto, dele não tendo participação o acusado¹¹². O processo não era do conhecimento do acusado, tornando-se o saber do drama judiciário privilégio único e exclusivo da acusação¹¹³. O acusado não sabia qual era a imputação que lhe era feita, não tinha conhecimento dos depoimentos tomados nem muito menos das provas apuradas. Imperava o entendimento de que, sendo inocente, de defesa o acusado não precisava, enquanto se fosse culpado, a ela não tinha direito. Era a influência, ainda, de alguns dogmas da concepção religiosa. Informa FOUCAULT¹¹⁴ que, na Ordenação francesa de 1670, que vigorou até a Revolução, o processo era *opaco não só para o público* como para o próprio acusado, de modo que

... era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa.

A forma secreta e escrita do processo era de mister ao estabelecimento da verdade, tendo o Sobe-rano e os seus juizes direito absoluto e poder exclusivo para encontrá-la. O acusado não tinha o direito, sequer, de defesa.

1.3.2 – Primeiros esboços da doutrina criminal.

Nesse período, não havia ainda uma doutrina criminal, até porque, como sustenta FERRI¹¹⁵, somente após a fase dos glosadores é que são encontradas *as primeiras afirmações da doutrina criminal*, isso nos albores do Século XIII. Conforme FERRI¹¹⁶, o desenvolvimento autônomo da doutrina criminal coube aos administradores da justiça, mediante a prática judiciária e a interpretação das várias leis, tendo como suporte o Direito romano e os costumes locais. Na época dos pós-glosadores, começam a surgir os criminalistas práticos italianos e, já na segunda metade do século XV, sente-se uma maior consistência teórica da orientação empírica, com a criação de critérios gerais e a adoção de exposição mais sistemática¹¹⁷. Porém, essa doutrina emergente experimentou um declínio nos séculos XVI e XVII, uma vez que as publicações, nesse intervalo de tempo, resumiram-se a compilações e dicionários.¹¹⁸

A doutrina desses criminalistas práticos italianos não se conteve nos Alpes, ultrapassou fronteiras e teve grande influência nos outros países, principalmente na Alemanha, França, Holanda e Espanha, para os quais as obras foram traduzidas¹¹⁹. LISZT¹²⁰ reconhece a penetração e influência dos estudos jurídicos dos juriconsultos práticos italianos na Alemanha, cujos trabalhos, conhecidos por meio de

¹¹¹ Na época da concepção política da justiça criminal, segundo MICHEL FOUCAULT, “O corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer a lume a verdade do crime.” (Vigiar e punir. p. 35).

¹¹² MICHEL FOUCAULT realça que, na maior parte dos países europeus, incluindo aí a França, apresentando-se como exceção apenas a Inglaterra, o processo, até a sentença, era secreto. (Ibid. p. 35).

¹¹³ Ibid. p. 35.

¹¹⁴ Ibid. p. 35.

¹¹⁵ Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. p. 46.

¹¹⁶ Na Itália, assim como ocorria em outros países europeus, o julgamento era confiado a um magistrado, a um prefeito ou a um cônsul auxiliado por juizes assessores, recrutados dentre pessoas com conhecimentos jurídicos (Ibid., p. 46).

¹¹⁷ Ibid., p. 46. FERRI diz que os dois maiores escritores italianos desta época foram JULIO CLARO DE ALEXANDRIA, que era senador em Milão, e o romano PRÓSPERO FARINACI.

¹¹⁸ Ibid. p. 46.

¹¹⁹ Ibid., p. 46.

¹²⁰ Op. cit., p. 95. LISZT mostra a sua insatisfação diante da constatação de que, nada obstante o Renascimento doutrinário do Direito

manuscritos e de impressos, foram inseridos na literatura jurídica e popular alemã, circunstância corroborada por HANS WELZEL¹²¹, ao ressaltar que “*Durante los siglos XV y XVI se originaron nuevos y poderosos impulsos por la fuerte influencia de la ciencia jurídica italiana (glosadores e postglosadores), cuyos méritos científicos residen sobre todo en la elaboración de las teorías generales del Derecho Penal.*” A legislação alemã que, mesmo entre a segunda metade do Século XV e primeira do Século XVI, era pequena, conquanto também hospedasse normas de Direito Penal material, essencialmente tinha como objeto regular o processo penal¹²². Evidencia LISZT¹²³ que a Constituição Criminal Carolina, assim “... como as Constituições sobre a justiça criminal que a precederam e cuja influência se evidencia ao primeiro exame, toma o processo penal para objeto principal da sua regulamentação”, destinando-se ao Direito Penal material lugar secundário¹²⁴.

A legislação Carolina exerceu considerável influência na ciência jurídica alemã, em especial entre os juristas saxônicos do Século XVII, com destacada relevância para o tratamento a respeito da administração da justiça. A par de estabelecer a prudência como princípio reitor da atividade judicante para que, desse modo, “... *los juicios penales sean ordenados en la mejor forma y a nadie se cause injusticia, puesto que a estas grandes cosas, que conciernen ao honor, vida y bienes humanos, les es enherente diligencia sumamente atenta y permanente*(Art. 1.)”¹²⁵, a Carolina impunha ao juiz, a fim de conter a sua arbitrariedade, a obediência aos ditames da lei, de modo que “... *El juez, por principio, está ligado a la ley*”¹²⁶, somente lhe sendo dado utilizar-se da analogia nos casos de lacunas legais¹²⁷. De qualquer modo, conquanto a Carolina seja uma obra de conciliação e de moderação¹²⁸ e contenha uma acentuada atenuação das penas corporais com a aplicação das penas privativas em seu lugar¹²⁹, até a Revolução Francesa, o Direito repressivo, mesmo na Alemanha, possuía penas muito rigorosas.

PRINS¹³⁰ narra que a passagem para a concepção política da justiça penal fez com que, durante uma parte da Idade Média, coexistisse, em luta renhida, o Direito romano escrito contra o Direito nacional consuetudinário, o Direito feudal ou de vingança privada contra o direito do Estado ou da pena pública, de modo que, nas localidades em que a autoridade pública desde logo se estabeleceu, a concepção política se implantou mais rapidamente, como foi o caso da França, ao passo que em outros países, como a Alemanha, isso demorou mais um pouco. Todavia, no final da Idade Média, o uso da repressão como forma de ostentação do poder do soberano¹³¹ se faz sentir de maneira generalizada, em que prepondera a pena corporal, cruel e humilhante, com a plena admissibilidade de “... uma terrível variedade de mutilações, de suplícios, de torturas, que durante séculos se sucedem.”¹³²

Penal – expressão cunhada por FERRI –, a literatura jurídica alemã do Século XVI estava “... entregue às mãos de copistas destituídos de espírito e de crítica, a quem é tão alheio o Direito romano quanto o germânico.” (Ibid.. p. 105)

¹²¹ WELZEL, Hans. Derecho penal aleman: parte geral. 11. ed. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial jurídico de Chile, 1976. p. 23.

¹²² HANS WELZEL registra que a legislação alemã dos Séculos XV e XVI foi fortemente influenciada pela doutrina italiana. (Ibid. p. 23.)

¹²³ Op. cit., p. 99.

¹²⁴ Isso reforça, uma vez mais, a maior preocupação que se teve, desde o início, com as normas processuais, diante da necessidade de se estabelecerem as regras referentes à forma de realização dos julgamentos.

¹²⁵ WELZEL. Op. cit., p. 24.

¹²⁶ Ibid. p. 24.

¹²⁷ Ibid. p. 24.

¹²⁸ PRINS. Op. cit., p. 21.

¹²⁹ WELZEL. Op. cit., p. 24. Isso fomentou a criação da penitenciária de Amsterdã de 1595 (Ibid. p. 24).

¹³⁰ Op. cit., p. 20.

¹³¹ LISZT assevera, com inteiro acerto, que “O desenvolvimento do Direito Penal está em íntima conexão com o declínio ou o progresso do Poder Público” (Op. cit., p. 91). Ou seja, a concepção política ou pública do Direito Penal tem relação direta com o desenvolvimento do Estado, sendo a este reconhecida a missão de aplicar as sanções penais.

¹³² Ibid.. p. 20-21.

Esse Direito Penal cruel tinha duas características básicas: desigualdade na aplicação do Direito, que oscilava de acordo com a condição social do réu, e o amplo arbítrio na aplicação da pena, que dependia essencialmente da vontade do juiz. Era próprio do Absolutismo reinante na época, em que a atividade jurisdicional, quando não exercida pelo próprio rei ou príncipe, por delegação do soberano era desempenhada por outrem em seu nome¹³³. Esse terceiro estágio da história do Direito Penal corresponde ao surgimento da magistratura, na medida em que a multiplicidade das tarefas governamentais e a repugnância *de que fosse o ofensor julgado por quem representava o ofendido*¹³⁴, faz com que a atividade jurisdicional seja delegada. Contudo, o juiz era apenas o longa manus do rei, de modo que ele devia autoridade àquele e em seu nome a exercia, cabendo-lhe o desempenho do papel desgastante de aplicar as penas cruéis e comandar os suplícios públicos¹³⁵. Ademais, o poder do juiz, como representante subserviente do soberano, em um Estado Absolutista que não admitia a possibilidade de os indivíduos possuírem direitos inerentes à condição humana, não conhecia limites, era arbitrário e suscitava uma insegurança muito acentuada.

1.3.3 – Escola Clássica¹³⁶.

Uma vez mais, os excessos do direito de punir, agora praticados pelo Estado como forma de firmar/reafirmar a sua autoridade, legaram insatisfações de toda ordem, com o surgimento de profundos protestos contra a falta de limites do poder estatal, fato que comprimia o direito de liberdade dos indivíduos¹³⁷. As descobertas de COPÉRNICO (1473-1543)¹³⁸, KEPLER (1571-1610)¹³⁹ e GALILEU

¹³³ CARRARA expende que a paulatina intervenção na vingança privada, a fim de limitar a reação da vítima, foi transferindo para o Estado o poder punitivo e, muito embora, em um primeiro momento, o direito de punir se tenha concentrado nas mãos eclesiais, diante da ideia da vingança divina, puderam as autoridades seculares pou a pouco arrancar do sacerdócio a autoridade judiciária (Op. cit., p. 286).

¹³⁴ Ibid. p. 287.

¹³⁵ PRINS, com enfoque na afirmação de VOLTAIRE, que chamou os magistrados de seu tempo de bárbaros togados, destila incontida crítica à magistratura, ao arrematar: "... podemos perguntar-nos até que ponto o poder judiciário – habituando o povo aos suplícios e ao desprezo pelo sofrimento e pela vida humana, e convertendo-se em uma escola de crueldade – não teve a sua parte de influência nas orgias sangrentas ...?" (Op. cit., p. 21). Não parece adequada a crítica lançada, até porque aqui ainda se tinha o embrião do Poder Judiciário, porquanto o magistrado não tinha independência em relação ao Executivo e estava a serviço do soberano, como se fosse mais um de seus subordinados. VOLTAIRE tinha, como se verá logo adiante, razões mais do que justas para a sua ira em relação aos juizes.

¹³⁶ Também foi denominada idealista, filosófica, humanitária e jurídica. A denominação mais corrente, no entanto, é mesmo Escola Clássica, que foi assim chamada pelos adeptos da corrente seguinte – a Escola Positiva –, que assim se referiam aos seguidores daquela linha de pensamento, no desiderato de qualificá-los como antigos.

¹³⁷ As atrocidades das execuções públicas, precedidas de suplício com a utilização da roda, mutilações, chicotadas, arrastão por meio de cavalos, conta FOUCAULT, tornam-se insuportáveis pelo povo, que se sente, cada vez mais, ameaçado e passa a enxergar, na ostentação do poder estatal, um exemplo de tirania (Cf. Vigiar e punir).

¹³⁸ O grande astrônomo polonês, durante o tempo em que viveu na Itália, acreditando na ideia do filósofo grego ARISTARCO DE SAMOS (Século III a.C.) de que a terra, assim como os outros planetas, girava em torno do sol, duvidou da teoria geocêntrica defendida pela Igreja, publicou um livro sobre a rotação das esferas celestiais, no qual defendeu a hipótese heliocêntrica e formulou a matemática aplicável a ela, o que revolucionou o conceito sobre o universo e provocou grandes mudanças na perspectiva filosófica. (cf. HART, Michael H. Nicolau Copérnico. In: As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p.147-150)

¹³⁹ A maioria dos cientistas da época não concordava com a teoria heliocêntrica de COPÉRNICO, mantendo, assim, a teoria de que os planetas giravam em torno da terra (teoria geocêntrica de PTOLOMEU), e não do sol. KEPLER, porém, astrônomo alemão, fez minucioso estudo e publicou o livro Astronomia nova, com o qual divulgou duas leis sobre o movimento planetário, que explicaram de forma completa e correta os movimentos dos planetas em torno do sol. (cf. HART, Michael H. Johannes Kepler. In: As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 423-426).

(1564-1642)¹⁴⁰, ao tempo em que desmistificaram a ilusão geocêntrica e antropocêntrica, conferiram as bases para um pensamento reformista das leis e das organizações políticas¹⁴¹. O Absolutismo do *Ancien Régime*, que suponha o homem a serviço do Estado, e não o contrário, nem reconhecia a existência de direitos senão aqueles dados e reconhecidos pelo próprio Estado, serviu de lastro para a propagação de um movimento *humanístico-individualista*, preocupado em estabelecer limites concretos ao poder social. O abalo da mentalidade medieval – calcada no mundo estático dos dogmas cristãos e do pensamento aristotélico –, proveniente das guerras religiosas, da descoberta de novos continentes e as consequências econômicas daí decorrentes, além das conquistas científicas da Física e da Astronomia, foi o campo fértil para a propagação de um movimento não apenas filosófico, mas religioso, científico e político e, por fim, jurídico, que teve início na segunda metade do Século XVII e envolveu a Europa no Século XVIII¹⁴². Vinha a lume o movimento iluminista, que começou a despertar no Renascimento, por obra dos filósofos não escolásticos, que tiveram de entrar em conflito com o Estado e a Igreja, a fim de assentar a liberdade quanto ao estudo das ciências da natureza. *O Iluminismo*¹⁴³, tencionando instaurar o livre-pensamento, hostiliza, sem ser antirreligioso, a fé nos milagres¹⁴⁴, põe em dúvida o *historicismo bíblico*, não só por suas raízes positivas germinadas da fé nas leis invioláveis da natureza, mas também em razão da desconfiança contra as pessoas que asseveraram a autenticidade da narrativa propugnada pela Igreja¹⁴⁵.

Desapartando-se do pensamento da Igreja e de ARISTÓTELES¹⁴⁶, os iluministas se escoram em

¹⁴⁰ Cientista italiano foi um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento do método científico. Viveu no mesmo período de KEPLER, mas ignorou as leis criadas por ele e, por meio das observações feitas com o telescópio, dentre outras, verificou que o planeta Vênus tinha fases semelhantes às da lua e, com a sua autoridade, defendeu a hipótese de COPÉRNICO, posição que lhe acarretou, embora ele fosse religioso e não tivesse a menor pretensão de afrontar a sua autoridade, a perseguição da Igreja. Proibido de divulgar o seu pensamento, foi julgado diante da Inquisição, em Roma, sendo-lhe aplicada, por influência de alguns eclesiásticos e mesmo do papa Urbano VIII, uma pena branda de prisão domiciliar, porém com o dever de retratação pública do conceito de rotação da terra em torno do sol, sentença que ele cumpriu resignado. (cf. HART, Michael H. Galileu Galilei. In: As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7. ed. Tradução Antonio Canavaro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 110-115).

¹⁴¹ FERRI. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. p. 49. O valor absoluto e único da civilização foi colocado em dúvida pelas descobertas geográficas e arqueológicas. Cf. In: Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo/Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1980. v. 11. p. 5980-5981.

¹⁴² Malgrado imprecisa a situação histórica espaço-temporal do Iluminismo, o certo é que esse movimento cultural propagou-se universalmente, principalmente na Europa Ocidental. Em verdade, o movimento iluminista teve várias correntes, sendo, as principais delas a inglesa, a francesa, a alemã, a italiana e a espanhola. Estreme de dúvidas, o iluminismo francês é o mais conhecido e difundido no mundo.

¹⁴³ As características fundamentais do iluminismo foram assim sumariadas por SOARES GOMES: “autonomia da razão, instituída como instrumento capaz de libertar o ser humano da ignorância, do obscurantismo e da superstição; aversão profunda ao princípio de autoridade tradicional, por esta se apoiar, muitas vezes, em pretensas tradições históricas não comprovadas; tendência a considerar, como norma última da conduta humana, as paixões em toda a sua pureza original; crença na possibilidade de uma ciência universal, que se tornava imperioso estabelecer com o máximo rigor” (Iluminismo. In: Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. Lisboa/São Paulo: Verbo. v. 2. p. 1302).

¹⁴⁴ Os iluministas defendiam a autonomia da razão (liberdade do pensamento) em contraposição ao pensamento então estabelecido, que tinha a razão como uma inteligência divina inata, condicionada por leis eternas e imutáveis, quer no âmbito da moral, quer no ético, religioso e mesmo jurídico.

¹⁴⁵ O antiautoritarismo iluminista propunha um exame crítico da história por meio da leitura dos textos do passado, não admitindo que ela fosse aceita sem discussão. Por outro lado, com a nova fé nas leis invioláveis da natureza e a desconfiança na historicidade bíblica e difundida pela Igreja, o movimento hostiliza a fé nos milagres, sem, contudo, daí se poder dizer que os adeptos do movimento fossem anti-religiosos. Até porque o que ele provocou foi uma renovação também na religião, fazendo surgir vários tipos de movimentos religiosos. Todavia, o cepticismo acionalista despertou, em alguns, como MAUPERTUIS, BOUFFON, BONNET e ROBINET, o panteísmo e, em outros, como LA METTRIE, HELVETIUS, D’HOLBACH, incluindo-se, entre esses, DIDEROT, o ateísmo e o materialismo. (GOMES. Op. cit., p. 1306).

¹⁴⁶ Desde a Antiguidade até a Idade Média, ARISTÓTELES foi a grande autoridade em matéria filosófica e científica. Na concepção metafísica aristotélica, o universo físico era constituído por uma hierarquia inalterável, regido por um Deus que atrai o movimento do mundo para si como causa final, em que “cada ser ocupa, definitivamente, um lugar que lhe seria destinado pela Natureza e do

nova filosofia, difundida por LOCKE (1632-1704)¹⁴⁷ e NEWTON (1642-1727)¹⁴⁸. LOCKE, filósofo inglês fundamental para o desenvolvimento do Iluminismo, na sua magistral obra o *Ensaio sobre o entendimento humano*¹⁴⁹, após demonstrar, com habilidade, que não existem ideias inatas no espírito humano¹⁵⁰, deduz o pensamento político de que não existe poder inato e divino e que os homens, depois de um primeiro estágio de vida em estado natural, processado em perfeita liberdade e igualdade, diante da necessidade de uma força coletiva para a execução das leis naturais, por meio de um pacto social¹⁵¹, criaram a sociedade política, cuja missão seria preservar a vida, a liberdade e a propriedade e, ao mesmo tempo, coibir e punir as malfeições a esses direitos naturais.

Na ideia de LOCKE, o poder dos governantes não era absoluto, tinha limites, expressos nos direitos naturais, até porque os homens, ao outorgarem o poder, não renunciavam os seus direitos naturais. A filosofia dos iluministas parte das leis da natureza, competindo a VOLTAIRE (1694-1778)¹⁵² difundir

qual ele só se afasta provisoriamente através de movimentos violentos.” (ARISTÓTELES. Tópicos: dos argumentos sofisticos. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983. v. 1. (Coleção Os pensadores) p. 21). Com suporte nessa premissa, em seu pensamento lógico-formal, ARISTÓTELES sustenta que, por força da natureza, assim como ocorre entre os animais, o macho é mais perfeito e, por isso mesmo, é predisposto a governar, enquanto a fêmea, sendo inferior, é feita para obedecer (A política. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995. p. 18). Do mesmo modo, para ARISTÓTELES, há homens, também devido à natureza, inferiores a outros e que devem ser dominados pela força física, até porque não possuem “... razão além do necessário para dela experimentar um sentimento vago; não possui(em) a plenitude da razão.” (Ibid., p. 19)

¹⁴⁷ As ideias políticas de LOCKE influenciaram o pensamento ocidental e constituíram a base teórica das democracias liberais constitucionais. Elas deram suporte à Revolução Gloriosa na Inglaterra, no fim do Século XVII, à Revolução Americana e foram utilizadas, no Século XVIII, pelos iluministas franceses para fomentar as ideias fundamentais para a Revolução Francesa. O seu pensamento era revolucionário, na medida em que, partindo da premissa de que o poder era outorgado pelos homens, por estes poderia ser revogado, quando verificado abuso em seu exercício, defendendo, em última razão, o direito à revolução. (Cf. LOCKE, John. Vida e obra. In: Os pensadores. Tradução Anoar Aiex. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1984. p. VII-XVII).

¹⁴⁸ Este cientista inglês, considerado o maior de todos os astrônomos, com as suas descobertas científicas, revolucionou não apenas a tecnologia e a economia, mas também de forma substancial a política, o pensamento religioso, a arte e a filosofia. Apesar de COPÉRNICO, KEPLER e GALILEU terem mostrado a verdade da afirmativa quanto à rotação da terra em torno da lua, coube a NEWTON descobrir e formular os princípios por meio de leis (a Segunda Lei, a Terceira Lei do Movimento e a Lei da Gravitação Universal), além de demonstrar, com o uso delas, como os planetas se movem em torno do sol. Ele equacionou, definitivamente, a dúvida sobre o assunto. (HART, Michael H. Isaac Newton. In: As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7.ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 55-60)

¹⁴⁹ Cf. LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. 3. ed. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. 133-344.

¹⁵⁰ VOLTAIRE, um admirador de LOCKE, desenvolve essa tese de que as ideias são adquiridas e até mesmo a noção da existência de Deus não é inata ao homem, porquanto há povos sem nenhum conhecimento de um Deus criador, assim como “não há criança alguma, entre os povos policiados, que tenha em sua cabeça a menor ideia de um Deus” e ressalta, por fim, que “É com dificuldade que lhe (à criança) inculcamos tal ideia e, frequentemente, pronuncia durante toda sua vida a palavra Deus sem atribuir-lhe qualquer noção precisa.” (Tratado de metafísica. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. 63)

¹⁵¹ Essa ideia do pacto social tinha sido desenvolvida por outro filósofo inglês, THOMAS HOBBS. A diferença é que HOBBS empregava a expressão para justificar o Absolutismo (HART, Michael H. John Locke. In: As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 279)

¹⁵² Teve uma vida tumultuada, marcada por muitas querelas, o que lhe rendeu passagens pela prisão na Bastilha e, em 1726, o exílio na Inglaterra, somente regressando à França em 1729. A estada na Inglaterra fez muito bem à formação intelectual de VOLTAIRE. Em suas famosas Cartas Inglesas, mostrava-se impressionado com a relativa igualdade política entre burgueses e nobres. Esse seu encantamento certamente era impulsionado pela injustiça que tinha sido praticada contra ele que, depois de ser surrado por um duque na França, teve o seu desafio para um duelo recusado, porque um nobre não cruzava armas com qualquer um – VOLTAIRE era um simples burguês. Além de não aceitar o desafio, o nobre teve o poder político de colocar VOLTAIRE na prisão e, ainda, de exilá-lo para a Inglaterra. Nas mencionadas Cartas Inglesas, ao tempo em que revelava a sua admiração pelas obras de NEWTON, BACON e, principalmente, de LOCKE, o grande filósofo cuidou de difundir essas ideias de igualdade das classes sociais entre os franceses. (Cf. Obra e vida. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. VII-XIII)

a ideia de que há uma lei – a lei da gravidade de Newton – que rege a natureza e o universo inteiro¹⁵³, sendo inviolável, regular e racional, daí por que renega qualquer intervenção sobrenatural no desenvolvimento do mundo. VOLTAIRE, partindo do pressuposto de que Deus existe¹⁵⁴ e é livre¹⁵⁵, nega que Ele aja e determine o agir do homem. De acordo com VOLTAIRE, o homem, a despeito da criação divina, é dotado de *razão* e isso, diferentemente do que ocorre com a pura matéria, fornece-lhe o *poder de agir*, que é nada mais nada menos do que o *livre-arbítrio* e, em última palavra, a *liberdade*.

Transpondo esse pensamento para a seara jurídica, HUGO GRÓCIO negou a origem divina do direito natural, ao estabelecer que, a despeito das leis adotadas e reconhecidas pelo governo dos homens, existem outras que, conquanto não escritas, mesmo assim devem ser observadas, uma vez que elas decorrem da própria condição humana. ROUSSEAU (1712-1778), em O contrato social, indo mais além da tese de GRÓCIO, criticou-o por admitir a escravidão e acrescentou que, como nenhum homem tem autoridade natural sobre o seu semelhante, a razão da autoridade legítima está nas convenções pactuadas pelos homens, de modo que não é crível que eles, na formulação dessa avença, alienem a sua liberdade, pois seria o “... mesmo que renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, até mesmo, a seus deveres.”¹⁵⁶

Assim, na medida em que o movimento iluminista contesta o autoritarismo da Igreja, do rei e da Aristocracia, preocupou-se em estabelecer, de forma prática, o seu ideário humanístico¹⁵⁷. Essa característica é o ponto de destaque do iluminismo francês que deu especial atenção para a necessidade de realçar as bases teóricas sobre a posição do homem frente ao Estado, mas, antes de tudo, de estabelecer uma afirmação dos direitos naturais do homem, que lhe pertencem em razão da própria condição humana e representam a *inviolabilidade do indivíduo*. Na concepção francesa do movimento iluminista, era imprescindível proclamar os direitos de que todas as pessoas são titulares, decorrentes do simples fato de tratarem-se de seres humanos, não sendo lícito ao Estado deixar de respeitá-los. Ademais, as afirmações normativas dos direitos do homem, plasmadas pelos ingleses na Carta Magna de 1215 e *no Bill of Rights*, estavam a exigir uma mudança de paradigma na relação da autoridade do poder para com os seus súditos.

1.3.3.1 – Pensamento beccariano.

Seguindo as ideias do movimento iluminista, CESARE BECCARIA (1738-1794)¹⁵⁸, na segunda

¹⁵³ Coube a VOLTAIRE expor as conclusões filosóficas de NEWTON formuladas com base na lei da gravidade.

¹⁵⁴ Quanto à existência de Deus, VOLTAIRE, para quem a ignorância e a presunção impedem o homem de reconhecer que não sabe sobre os atributos de Deus (presciência e onisciência), pois não foi feito para saber de sua própria essência, arremata que a resposta às objeções à existência de Deus resume-se na impossibilidade de provar a sua existência, o que importa em estabelecer a impossibilidade de sua não-existência (Tratado de metafísica. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores). p. 65).

¹⁵⁵ De conformidade com VOLTAIRE, “Se Deus é livre, então a liberdade é possível e o homem pode tê-la. E assim, não têm razão alguma para dizer que o homem não a tem. Em vão podem dizer: o homem é determinado pelo prazer. Ao dizê-lo, admitem, sem pensar, a liberdade, pois fazer o que dá prazer é ser livre.” (Ibid., p. 77). Aqui VOLTAIRE revela a sua influência ao pensamento sensualista de LOCKE, externado com profundidade na sua obra Ensaio acerca do entendimento humano.

¹⁵⁶ O contrato social. p. 80.

¹⁵⁷ Falando sobre o movimento iluminista, FERRI leciona que “No campo jurídico- social, as doutrinas sobre direito natural – Grócio (f. 1645), Puffendorf (f. 1694), Thomaz (fl. 1728), Vico (fl. 1744), Wolf (fl. 1754) –, sobre contrato social – Hobbes (fl. 1679), Locke (fl. 1704), Rousseau (fl. 1778) – e as doutrinas dos enciclopedistas sobre a vontade popular em contraposição à delegação divina da soberania política – Voltaire (f. 1778), D’Alembert (f. 1783), Condorcet (fl. 1794) –, afirmaram os direitos da pessoa humana contra a tirânica ‘razão de Estado’”. (Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. p. 49.)

¹⁵⁸ Em verdade, BECCARIA não era um jurista nem muito menos era reconhecido, mas a sua obra é um ensaio jurídico-filosófico que impressiona pelo fato de expressar um pensamento que estava muito à frente de seu tempo. Muitos dos princípios pinçados em sua monumental obra ainda hoje têm plena aplicação.

metade do Século XVIII, mais precisamente em 1764¹⁵⁹ – antes, portanto, da Constituição americana (1787)¹⁶⁰ e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) –, com a obra “*Dos delitos e das penas*”, criticando as atrocidades dos sistemas penais existentes, principalmente em virtude da presença da tortura e da pena de morte, inicia a etapa da *concepção jurídica* da justiça criminal, fundando a *Escola Clássica*, assim denominada mais tarde pelos adeptos da Escola Positiva.

Procurou BECCARIA, fundamentado no utilitarismo¹⁶¹, difundir a ideia da concepção de um sistema penal embasado na legalidade pura (sem margem a interpretações de ordem subjetiva)¹⁶² quanto aos crimes e punições, expungindo, assim, o arbítrio do juiz¹⁶³. Sob a influência de MONTESQUIEU, ele desenvolveu a ideia de que o direito de punir do Estado deve ser limitado pela lei, só podendo ser exercido dentro dos parâmetros concebidos pela sociedade, que são conhecidos com a feita da norma jurídica¹⁶⁴. Liberdade e legalidade, eis a base da doutrina. O preceito da legitimidade das leis e o seu papel de preservação da liberdade, sustentados por MONTESQUIEU¹⁶⁵ no *Espírito das leis*, e o do pacto social, defendido por ROUSSEAU em “*O contrato social*”, servem de supedâneo para o desenvolvimento da tese de BECCARIA.

BECCARIA parte do princípio de que o indivíduo se compromete, perante a sociedade, com o pacto social, aceitando viver de conformidade com as leis que vão representar a vontade de todos, e confere ao Estado o dever-poder de puni-lo, infligindo-lhe o castigo merecido, quando vier a transgredir as normas de conduta, a fim de que, assim, seja restabelecida a ordem jurídica e a punição sirva de prevenção aos demais¹⁶⁶. O direito de liberdade, com o pacto social, é entregue, como espécie de depósito, ao

¹⁵⁹ O livro foi escrito em dez meses, de março de 1763 a janeiro de 1764, quando BECCARIA tinha apenas 26 anos de idade. PIETRO VERRI, grande amigo e incentivador de BECCARIA, em uma carta reproduzida na biografia feita sobre o marquês de Bonissana, em 1884, disse que a maior parte do pensamento exposto era o resultado das conversações diárias entre ele (VERRI), BECCARIA, ALEXANDRO e LAMBERTENGI. VERRI revelou que foi ele quem deu o tema para BECCARIA e, durante a tarde, quando o grupo de trabalho se reunia para as conversas, “... falava-se dos erros da jurisprudência criminal, debatia-se, questionava-se e, à noite, BECCARIA escrevia. (Dos delitos e das penas, p. 20). Na primeira versão, o livro foi publicado com um pseudônimo.

¹⁶⁰ Aqui cabe destacar que, na sua primeira versão, a Constituição americana não trouxe uma declaração de direitos. Ela somente veio com as dez emendas aprovadas em 1789. Até a Constituição do Estado da Virgínia (1776), como se verá mais adiante, contemplou as ideias verberadas por BECCARIA. Cf. item 3.2, *infra*.

¹⁶¹ BECCARIA adotou o utilitarismo hobbesiano para explicar o direito de punir, cuja doutrina tem a utilidade como princípio da atividade do ponto de vista moral. Malgrado a primazia de HOBBS, JEREMY BENTHAM (1748-1832), filósofo e jurista inglês, é que é considerado o fundador da Escola Utilitarista, cuja doutrina detalhou com densidade na obra *An introduction to the principles of morals and legislation*, editada em 1789. Para o mencionado filósofo, conforme os designios da natureza, o gênero humano foi colocado sob o domínio de dois senhores soberanos – a dor e o prazer –, apresentando-se a razão e a lei os instrumentos com os quais deve ser estabelecida a maior felicidade possível para o maior número possível de pessoas (Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Editora Abril S.A, 1974. (Coleção Os pensadores). p. 9). De forma categórica, ele resumiu o utilitarismo como “... aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, como o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo.” (Op. cit., p. 10).

¹⁶² Em razão dessa tese defendida por BECCARIA, BOBBIO, com muita propriedade, aponta o marquês como um dos precursores do positivismo jurídico que foi, anos mais tarde, rascunhado por HANS KELSEN (Cf. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.)

¹⁶³ LOCKE queria que o juiz não passasse da boca que pronuncia as palavras da lei (REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. pág. 5).

¹⁶⁴ VOLTAIRE dizia que o Estado ideal seria aquele em que não se obedece senão às leis (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. cit.).

¹⁶⁵ Na doutrina de MONTESQUIEU, conquanto indispensável a separação das funções dos poderes, a fim de que um limite o outro – todo poder tende ao abuso, por isso mesmo, precisa ser limitado –, o direito de liberdade do cidadão somente deve encontrar esteio na lei. Isso porque, assevera o filósofo francês: “Se o Poder Legislativo deixa ao Executivo o direito de prender cidadãos que podem prestar caução por usar conduta, não há mais liberdade. A menos que sejam detidos para responder, sem demora, a uma acusação considerada capital por lei, em cuja hipótese eles serão livres na realidade, porquanto não estarão sujeitos senão ao império da lei.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 168).

¹⁶⁶ *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 38.

Estado, que haverá de restringi-lo quando isso for necessário para o restabelecimento da ordem social¹⁶⁷. Resoluto na ideia de limitar o arbítrio dos juízes, para BECCARIA¹⁶⁸ “... somente as leis podem decretar as penas relativas aos delitos”, pois somente o legislador, que representa toda a sociedade formada sob o pacto social, possui autoridade para defini-los, não sendo dado àqueles, na concepção *beccariana*, sequer a autoridade de interpretar as leis¹⁶⁹.

Na época, o juiz era uma espécie de longa manus do soberano e, com a ausência de limitação dos seus poderes pela lei, findava aplicando penas capitais a fatos menos relevantes e abrandava a punição quando era de seu interesse. Dentro dessa realidade, BECCARIA¹⁷⁰ advertiu que “Erro não só comum, quanto contrário ao fim social – que é a convicção da própria segurança pessoal – é o de dar ao magistrado, executor das leis, o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade a um inimigo por pretextos frívolos, de deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade.” Nessas passagens, denota-se a grande influência exercida pelas lições de MONTESQUIEU a respeito do papel reservado à magistratura e a necessidade da literal subserviência do juiz à autoridade da lei, até porque ele é “... apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.”¹⁷¹

Alargando as ideias da legalidade de MONTESQUIEU e de ROUSSEAU, BECCARIA¹⁷² acrescentou que não basta a lei declarar quais são os delitos, pois se mostra necessário que as provas – o conhecimento público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento de um companheiro de delito, as ameaças e a constante inimizade em relação ao ofendido, o corpo do delito, e semelhantes indícios¹⁷³ – suficientes para a incriminação do agente sejam “... estabelecidas pela lei, e não pelos juízes, cujos decretos são sempre opostos à liberdade política, quando não forem proposições particulares de uma regra geral existente no código público.” Como se observa, o princípio da legalidade, previsto por BECCARIA, não se resumia ao campo do Direito Penal material, ia muito além, no sentido de abranger o Direito Processual Penal, até mesmo porque a preocupação maior que ele tinha era com relação à falta de limitações aos poderes do juiz¹⁷⁴.

1.3.3.2 – Predominância dos direitos essenciais do homem sob a modalidade de princípios processuais no pensamento de BECCARIA.

¹⁶⁷ Aqui BECCARIA explica, igualmente, o direito de punir do Estado. Ele ressalta que foi a necessidade de estabelecer a segurança na vida em sociedade que levou o homem a abdicar de parte da própria liberdade, colocando-a no depósito público, que se trata da mínima porção possível, ou seja, somente aquela suficiente a induzir os outros a defendê-lo, constituindo-se, o conjunto dessas porções mínimas, o direito de punir, de modo que, para ele, “As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza”. (Op. cit., p. 39). Na visão de BECCARIA, a despeito do seu caráter humanitário, a pena é encarada como a retribuição pelo mal praticado: é o mal infligido ao agente em razão do mal provocado à sociedade.

¹⁶⁸ Nessa passagem, BECCARIA cunhou o princípio da legalidade (Op. cit., p. 39) e, na crítica à obscuridade das leis, plantou as raízes do princípio da reserva legal (Ibid., 43)

¹⁶⁹ Para BECCARIA, o papel do juiz deveria resumir-se em verificar se o agente praticou, ou não, o delito, de modo que ele “... deve fazer um silogismo perfeito: a lei geral deve ser a maior; a menor a ação conforme ou não à lei; a consequência a liberdade ou a pena. Quando o juiz for forçado a construir mais de um silogismo, ou queira fazê-lo, abre-se a porta à incerteza” (Ibid. 40-41).

¹⁷⁰ Op. cit., p. 44.

¹⁷¹ Op. cit., p. 176. MONTESQUIEU, em O espírito das leis, a despeito de defender que os julgamentos fossem feitos por pessoas recrutadas do meio do povo, formando um corpo renovável para cada julgamento, à semelhança do que se observa ainda hoje em relação ao tribunal do júri, dizia que os julgamentos deveriam ser “fixos”, “A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juízes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos.” (Ibid., p. 168).

¹⁷² Ibid. p. 168.

¹⁷³ Esses foram os tipos de prova mencionados por BECCARIA.

¹⁷⁴ O pior, porém, era que como havia a tradição de que o condenado seria perdoado caso a execução fracassasse, os juízes, nas sentenças, cuidavam de descrever, de forma minuciosa, como deveria ser o ritual a ser seguido pelo carrasco. FOUCAULT, no livro Vigiar e punir, com base na análise de textos antigos, faz o relato de como, nas sentenças, os juízes esmiuçavam a força bárbara de execução pública dos condenados.

Tendo despertado o seu pensamento filosófico para a matéria penal em razão da análise dos processos criminais, nos quais chamaram a sua atenção a circunstância de o acusado não ter o direito de defesa, de ser-lhe negado o conhecimento das provas produzidas no processo, de ser possível a decretação da prisão sem uma culpa formada, de ser utilizada a tortura como meio de coleta da prova e de o juiz não ter limites em sua atuação, cuja vontade ficava subjugada apenas à vontade do soberano, BECCARIA deslocou o foco do raciocínio político de LOCKE para o âmbito criminal, desenvolvendo a ideia da limitação do poder para a seara do exercício do direito de punir. Por isso mesmo, o seu pensamento se concentrou mais em estabelecer regras para os *juulgamentos*, instrumento do qual se serve o Estado para levar a efeito a condenação do agente que pratica o delito. A concepção do Estado liberal-democrático, pensado e difundido pelos iluministas, foi transposta para a seara do processo criminal, de modo que este seria menos um instrumento a serviço do Estado do que do cidadão. Na ótica liberal-democrática *beccariana*, o processo penal compreenderia um conjunto de normas protetivas dos direitos do homem contra os excessos que o Estado poderia praticar ou querer praticar em nome da manutenção da ordem.

Naturalmente, as ideias processuais esboçadas na doutrina de BECCARIA foram sobremaneira avançadas para a época. Ele lançou as bases para o estabelecimento da verdade real para a condenação, pois “A certeza que se requer para considerar um homem réu é, pois, a mesma que determina cada homem nas ações mais importantes das provas”¹⁷⁵. A quem não era assegurado, sequer, o direito de defesa, BECCARIA queria que o Estado somente estivesse autorizado a condená-lo, caso escorado em provas seguras, o que, se hoje é verdade sabida e defendida, em um passado, que não é tão distante assim, apresentava-se como um absurdo.

Ele rechaçou as acusações e julgamentos secretos, na certeza de que, sendo públicos os julgamentos, “a opinião pública, que é talvez a única fortaleza da sociedade, imponha (impõe) freio à força e às paixões”¹⁷⁶. O princípio da publicidade do processo e dos julgamentos demorou muito para cair na consciência das sociedades, mas não tardou muito para ser relacionado nas primeiras declarações dos direitos do homem, a começar pelas declarações americanas. Não há quem, nos dias de hoje, não defenda esse postulado como um dos esteios do Estado democrático.¹⁷⁷ BECCARIA mostrou a contradição existente entre os que não aceitavam os interrogatórios sugestivos, mas, de outro lado, defendiam a tortura como instrumento para o *descobrimto da verdade*, e indagava: “... qual interrogatório será mais sugestivo do que a dor?”¹⁷⁸ Com inteligência, argumentava que era mais razoável o culpado resistir à força da dor do que o inocente, pelo simples fato de aquele ter a resistência ao sofrimento como a pena a ser paga pelo mal que praticou, enquanto para este um *non sense*, pois, muitas vezes, o meio cruel empregado para o descobrimto da *verdade* era tão ou mais desumano do que a própria pena prevista para o ilícito. Embora a vedação expressa à tortura tenha vigorado apenas nas Constituições de 1824 e de 1888, e não se possa esconder que ela foi praticada, às escâncaras, durante os regimes ditatoriais de VARGAS e dos militares e até hoje, infelizmente, ainda seja recorrente, ninguém nos meios científicos¹⁷⁹, há bastante tempo, tem a ousadia de contestar a prevalência dessa ideia¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Ibid., p. 46. Previu o princípio da verdade real. Para BECCARIA, perfeitas eram as provas que excluem a probabilidade de culpa do acusado, enquanto imperfeitas aquelas que não a excluem (Ibid.).

¹⁷⁶ Ibid., p. 47. Estabelece aqui o princípio da publicidade.

¹⁷⁷ Esse princípio só veio a ficar expresso em nosso sistema, dentre os direitos fundamentais, com a Constituição de 1988 (cf. item 9.1.5, infra).

¹⁷⁸ Ibid., p. 53.

¹⁷⁹ Não é raro pessoas leigas, e mesmo aquelas a quem é confiada a missão investigatória, defenderem a ideia de que a tortura é necessária para obter informações importantes para o combater à criminalidade, como se o sistema criminal fosse o instrumento a ser usado em uma guerra ou luta contra um inimigo.

¹⁸⁰ Porém, a imprensa nacional e internacional divulgou que, para a captura e morte de BIN LADEN, responsabilizado por ter dirigido os ataques terroristas às torres gêmeas em Nova York e ao Pentágono, em 11 de setembro de 2001, a CIA utilizou, nas in-

Na mesma linha de raciocínio, BECCARIA criticou os juramentos *de dizer a verdade* que os réus eram obrigados a fazer nos interrogatórios, até porque, nesse caso, avultava uma contradição entre as leis e os *sentimentos naturais dos homens*, uma vez que se exige do acusado que ele “... seja sincero, quando tem o maior interesse em ser mentiroso; como se o homem pudesse jurar sinceramente que irá contribuir para a própria destruição”¹⁸¹. Com isso, forneceu os alicerces da cláusula do *direito ao silêncio*. Esse foi outro princípio que, sem demora, foi incorporado aos ordenamentos jurídicos, tratando a Constituição americana de erigi-lo à categoria de direito fundamental naquele país, expondo que, em respeito à dignidade da pessoa humana, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si. Essa declaração de direito, que somente encontrou guarida constitucional no nosso meio com a Constituição de 1988, desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, encontra-se, de certa forma, encartada no nosso ordenamento infraconstitucional (cf. item 9.5.2 e 9.5.2.1, *infra*).

Em outra passagem¹⁸², BECCARIA volta a falar da tortura, agora para rebater a crueldade desse método, “... abuso que não deveria ser tolerado no século XVIII¹⁸³.” E, para dar início ao desenvolvimento do seu raciocínio, partiu do pressuposto de que “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada”¹⁸⁴, criando as raízes do princípio da *inocência ou da não culpabilidade*¹⁸⁵. Em verdade, esse princípio havia sido esboçado na doutrina beccariana a partir do momento em que ele defendeu a necessidade de que o decreto condenatório fosse amparado em prova robusta. Essa cláusula, sem hesitação maior, foi adotada pelos sistemas jurídicos e, a despeito da ferrenha e contundente crítica que lhe endereçou a Escola Positiva, hoje se mantém inabalável como princípio retór dos códigos de processo penal democráticos.

Mudando o foco de suas preocupações, BECCARIA defendeu que os processos tinham de ser céleres, já que, para ele, a rapidez da pena era um dos principais freios para combater os delitos¹⁸⁶. Reconheceu a necessidade de a lei (processual) preceituar o tempo e os meios oportunos de defesa do acusado

vestigações, técnicas de interrogatório intensificadas, o que significa, dentre outras medidas torturantes, a simulação de afogamento (waterboarding) (BRASIL. UOL. Disponível em: notícias.uol.com.br. Data da publicação: 12/12/2012. Acesso em: 17 jan. 2013.). Na sua defesa, o governo americano, com evidentemente eufemismo, salientou que as técnicas intensificadas não representam tortura e são admissíveis, por se tratar de um ato de defesa. A tortura, portanto, mesmo em nações que se posicionam, formalmente, contra a sua prática, em determinadas circunstâncias, adotam medidas que nada mais representam do que evidente tortura.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 54. BECCARIA, com suporte no racionalismo, alerta que “... tem-no provado também a razão, que declara inúteis e, por consequência, prejudiciais, todas as leis que se opõem aos sentimentos naturais do homem”. Cf. item 9.5.2, *infra*.

¹⁸² Uma das críticas feitas ao livro *Dos delitos e das penas* é quanto à falta de sistematização, censura que procede e é perceptível da mera leitura da obra. Os doutrinadores que se ocuparam em analisar o livro ressaltam que BECCARIA não se preocupou em organizar dogmaticamente as suas ideias. Escreveu a sua obra deixando fluir as ideias refletidas desde algum tempo. Na já mencionada carta de VERRI, ele relatou que BECCARIA escrevia com esforço e, “... depois de uma hora para e não pode continuar” (*Dos delitos e das penas*, p. 20) e que ele “... começou a escrever algumas ideias em dois pedaços de papel soltos, mas foi ajudado, com entusiasmo, e estimulado pelo grupo, daí sendo escritas grande quantidade de ideias.” (*Ibid.*, p. 20) Na carta, VERRI diz, ainda, que, após “... acumulado o material, eu o escrevi, deu-se-lhe uma ordem e formou-se um livro.” (*Ibid.*, p. 20)

¹⁸³ *Ibid.*, p. 59.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 55. Embasado na sua concepção humanística, BECCARIA expôs diversos fundamentos para afastar a prática da tortura e, nada obstante, demonstrou como ela se assemelha aos juízos de Deus, da antiga e selvagem legislação, porquanto “A única diferença que existe entre a tortura e as provas do fogo e da água fervente é que o resultado da primeira parece depender da vontade do réu, e o da segunda, de um fato puramente físico e extrínseco.” (*Ibid.*, p. 56)

¹⁸⁵ A maioria da doutrina, e mesmo da jurisprudência (vide súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça), prefere a expressão princípio da presunção de inocência, o que, segundo será visto mais à frente, tecnicamente não é correta. Cf. item 9.2 e segs., *infra*.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 60. Fixou o princípio da celeridade processual, aqui com o argumento de que a demora da aplicação da pena, e consequente impunidade, fomenta a criminalidade. De toda sorte, ele defendia a celeridade do processo a fim de poupar “... ao réu os inúteis e cruéis tormentos da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza.” (*Op. cit.*, p. 76). Cf. item 9.1.4, *infra*.

no processo criminal, mas sem que isso prejudique a rapidez da pena¹⁸⁷. Esse preceito, conquanto não tenha merecido agasalho em dispositivo expresso nas constituições de alguns países, restou sufragado em declarações internacionais. Somente agora, por obra da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, esse princípio está consagrado dentre os direitos fundamentais (art. 5º, inciso LXXVIII).

Ao meditar sobre a presteza da pena, BECCARIA, de soslaio, fez menção à prisão preventiva¹⁸⁸ e, ao argumento de que a própria privação da liberdade, em rigor, se trata de uma pena, arrematou que ela “... não pode preceder à sentença senão quando a necessidade o requer”, daí por que, para ele, essa modalidade de prisão somente deve ser aplicada quando “...necessária ou para impedir a fuga, ou para não ocultar as provas dos delitos¹⁸⁹”. Deu-lhe, assim, a feição de medida acautelatória. Esse princípio, muito embora tenha demorado a ser compreendido ou adotado pelos Estados, hoje é um dos fundamentos do processo penal moderno e, da leitura da Constituição de 1988, tem-se que a prisão processual é uma medida acautelatória, de modo que, para a sua decretação, a despeito das provas referentes à materialidade e à autoria, deve ser observada a necessidade de privar-se o agente do direito de liberdade, antes da declaração de sua culpa por meio de uma sentença.

Naturalmente que o livro *Dos delitos* e das penas possui vários fundamentos de Direito Penal material, como o disciplinamento da proporcionalidade das penas tendo como parâmetro a gravidade do delito¹⁹⁰; a concepção do crime como um fato jurídico; a moderação das penas como forma de humanizá-lo¹⁹¹; a certeza da aplicação da pena, e não a sua crueldade, como verdadeiro freio à prática dos crimes¹⁹²; o tratamento da pena como forma de defesa da sociedade, afastando a sua ideia de vingança¹⁹³; a eliminação de alguns crimes como o adultério e, acima de tudo, a defesa da abolição da pena de morte¹⁹⁴ e, enfim, a defesa daquilo que atualmente pode ser denominado Direito Penal mínimo¹⁹⁵. Ainda assim, não restam dúvidas de que a contribuição de BECCARIA, no âmbito do Direito Processual Penal, foi de

¹⁸⁷ Note-se que a Reforma Tópica de 2008 teve como orientação a duração razoável do processo, inclusive, estabelecendo prazo para o encerramento, a depender do tipo de procedimento: ordinário, 60 dias; sumário, 30 dias; 90 dias, tribunal do júri. Sobre a forma de contagem desses prazos, Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão), 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 51-62.

¹⁸⁸ Ele não utiliza a expressão prisão preventiva ou provisória, mas trata, claramente, da prisão processual, da qual a preventiva é a sua principal espécie.

¹⁸⁹ Como se verá mais adiante (Cf. item 9.6.5.1.1, infra), quando for abordada a questão da prisão preventiva, depois de alguma vacilação, hodiernamente, em consonância com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a prisão preventiva é uma medida cautelar, que somente deve ser decretada quando houver “necessidade”.

¹⁹⁰ BECCARIA não pretendia que houvesse uma exatidão matemática na estipulação da pena, mas um cálculo das probabilidades, na aritmética política, pois “Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendam desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte que os impeça de cometer o delito maior, se a este encontrem unida uma vantagem maior.” (Op. cit., p. 83)

¹⁹¹ FOUCAULT acredita que a mitigação das penas decorreu mais em razão da mudança do tipo de criminalidade que, cada vez menos era de sangue, pelo que se mostrava inadequado punir com a pena capital delitos de menor gravidade. Acrescenta, ainda, que a previsão da prisão como a pena mais eficaz teve, igualmente, uma fundamentação econômica, pois os presos serviriam de mão-de-obra para a realização de serviços. (Cf. Vigiar e punir.)

¹⁹² Segundo BECCARIA, “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a infalibilidade destas.”, até porque “A certeza de um castigo, ainda que moderado, causará sempre impressão maior do que o temor de um outro mais terrível, mas associado à esperança de impunidade.” (Op. cit., p. 78)

¹⁹³ Por assim pensar, entendia que a verdadeira medida dos delitos era o seu dano causado à sociedade (Op. cit., p. 84).

¹⁹⁴ A despeito da fundamentação humanística aplicada à crítica feita para a tortura, reiterada por BECCARIA em relação à pena de morte, com base na teoria do pacto social, ele dizia que o homem, em medida extrema, podia dispor de sua liberdade, mas não de alienar o seu direito à vida. Por outro lado, agora com esteio no utilitarismo, acreditava que a pena de morte somente se justificaria caso “... a morte dele (do agente) fosse o único e verdadeiro freio para dissuadir outros de cometer delitos.”, o que não correspondia à realidade, pois a pena capital jamais fora eficaz na prevenção da criminalidade. (Op. cit., p. 68).

¹⁹⁵ BECCARIA, com uma lucidez impressionante, dizia que “Proibir grande quantidade de ações indiferentes não é prevenir os delitos que daí possam nascer, mas é criar novos”. (Op. cit., p. 110)

dimensão incomensurável e não é despropositado dizer que foi mais incisiva até mesmo do que a que foi dada ao Direito Penal. A esse respeito, ANTHONY BOTTOMS assevera que o *classicismo* ao definir o crime como uma *normative category*, não estabeleceu apenas que “... devem ser, e precisam ser, em uma determinada sociedade, desenvolvidos nesses debates sobre que tipos de conduta devem ser definidos como crime (*the content of the criminal law*); mas também sobre o processo pelo qual os crimes devem ser investigados, provados (*criminal procedure*) e, se provados, punidos (*penology*)”¹⁹⁶.

Muitos doutrinadores dizem, e estão certos na afirmativa, que a obra *Dos delitos e das penas* não era propriamente jurídica, apresentando-se mais como espécie de ensaio filosófico e político da ciência criminal, embasado no pensamento humanístico defendido pelos iluministas. É verdade. BECCARIA estabeleceu princípios *filosóficos e políticos* da ciência criminal. O exame acurado da obra do grande marquês demonstra que a maior parte do pequeno grande livro é destinada à teoria humanística do processo penal. Por isso mesmo, as ideias insculpidas por ele ainda hoje são contempladas como *verdades* para o ordenamento jurídico democrático contemporâneo e, consolidadas na Constituição dos Estados Unidos e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Revolução Francesa, estão plasmadas nas constituições vigentes dos mais diversos países, na categoria de direitos fundamentais .

1.3.3.3 – Repercussões iniciais do pensamento liberal-democrático do direito de punir de BECCARIA.

É pertinente ressaltar que, se BECCARIA não era jurista, ele também nunca nem chegou a ser considerado um grande filósofo. Aliás, os grandes filósofos, até então, em suas manifestações humanísticas, eram favoráveis à pena capital e, ademais, não contestavam a crueldade dos procedimentos criminais. Na introdução dos *Delitos e das penas*, BECCARIA¹⁹⁸ ressalta que, nada obstante a extraordinária contribuição dos grandes filósofos do Século XVIII quanto ao conhecimento das razões que dirigem as relações entre o soberano e os súditos, entre as diversas nações e a forte influência no trato dos atos comerciais, “... pouquíssimos examinaram e combateram a crueldade das penas e a irregularidade dos procedimentos criminais, parte tão importante da legislação, e tão descuidada em quase toda a Europa.”

Essa assertiva de BECCARIA era verdadeira. Os dois maiores filósofos do Século XVIII, KANT e HEGEL, em que pese o primeiro tenha se insurgido contra o abuso do Direito Penal em detrimento da liberdade moral¹⁹⁹, defenderam ardorosamente a pena de morte. KANT, embora influenciado por LOCKE e ROUSSEAU, apresentou uma fundamentação diferente para o pacto social, uma vez que para ele, ao contrário de ocorrer a renúncia de uma parte da liberdade própria do estado de natureza – lembre-se que BECCARIA partiu desse fundamento *rousseauiano* –, com a convenção firmada pelo homem, este, na concepção kantiana “... deixou inteiramente sua liberdade selvagem e sem freio para encontrar toda a sua liberdade na dependência legal, isto é, no estado jurídico; porque esta dependência é o fato de sua vontade legislativa própria”²⁰⁰, daí por que ele era um adepto incondicional do “estado de direito”

¹⁹⁶ BOTTOMS, Anthony. The relationship between theory and empirical observations in criminology. IN: KING, Roy D.; WINCUP, Emma (Orgs.) Doing research on crime and justice. Cambridge: Oxford University Press., 2. ed., 2008, p. 85. (“... significant debates can be, and need to be, generated in any given society not only about what kinds of conduct ought to be defined as ‘criminal’ (the content of the criminal law); but also about the process by which alleged crimes ought to be investigated and proved (criminal procedure) and, if proved, punished (penology)”).

¹⁹⁷ Mais adiante esse tema merecerá aprofundamento.

¹⁹⁸ Op. cit., p. 36.

¹⁹⁹ PRINS. Op. cit., p. 22.

²⁰⁰ KANT, Emmanuel. Doutrina do direito. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 155). Esse livro de KANT foi editado em 1797, como sendo a primeira parte da *Metafísica dos costumes*. Veio a lume, por conseguinte, depois da obra *Dos delitos e das penas* (1764), da *Revolução Francesa* e da *Declaração dos Direitos do homem e do cidadão* (1789).

e defendia, contrariando a ideia revolucionária *lockeana*, que não se podia opor à aplicação da lei²⁰¹. Claramente refutando o pensamento de BECCARIA a respeito da proporcionalidade da pena, KANT, ao argumento de que “Há somente o direito de talião (*jus talionis*) que possa proporcionar determinada-mente a qualidade e a quantidade da pena ...”²⁰², no desenvolvimento lógico de seu raciocínio jurídico, sustenta que, no caso de crime de morte, não há nenhuma comutação capaz de satisfazer a justiça, a não ser pela eliminação do culpado, ressaltando, porém, que não seria necessário, para a aplicação desse tipo de pena, impor maus tratos ao homem²⁰³. Como se vê, KANT exteriorizou irresignação, apenas, com a crueldade das execuções da pena capital, concordando que fossem eliminados os suplícios, mas, de todo modo, entendia que ela era a medida adequada a ser utilizada nos casos em que a ação ilícita consistia na morte da vítima.

Como se não bastasse a resistência de KANT, o pensamento de BECCARIA, a respeito do Direito Penal e Processual Penal, recebeu azedas críticas, principalmente por parte da Igreja, sendo acusado de negar

... uma justiça puramente divina, ser inimigo do cristianismo e do Ser supremo, lançar blasfêmia contra os ministros da religião, atribuir aos sacerdotes a invenção dos suplícios, escrever imposturas sacrílegas contra a inquisição, ser escritor sem fé, para o qual os eclesiásticos não são senão charlatães; os monarcas, tiranos; os santos, fanáticos; a religião, impostura e que não respeita a majestade do Criador e de não conferir ao monarca o direito de castigar com a pena de morte²⁰⁴.

Todavia, muitos filósofos e juristas aplaudiram as ideias de BECCARIA, que se constituíram as primeiras vozes que se levantaram contra os arbítrios dos juízes, as injustiças dos processos criminais da época e os complexos problemas referentes ao direito de punir, de modo que, já em 1766, por obra do abade ANDREA MORELLET, o livro foi traduzido para o francês, caiu na simpatia dos *enciclopedistas*²⁰⁵ e mereceu efusivos elogios destes, com especial destaque para os encômios feitos por DIDEROT, HELVETIUS, BUFFON, HUME e D’ALEMBERT. Não haveria de ser diferente, porquanto BECCARIA foi o precursor da defesa dos direitos humanos na seara criminal, campo no qual mais se evidenciavam as atrocidades praticadas, institucionalmente, contra as pessoas. No seu livro, ele proclamava e defendia os direitos do homem, antecipando o que viria a ser chancelado, 25 anos depois, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciada como substrato do movimento revolucionário francês.

Anota FERRI²⁰⁶ que o *frêmito entusiasmo* com a série de reformas propostas por BECCARIA

²⁰¹ KANT dizia que o povo tem de ser submisso à vontade universal legislativa e agregava que “A razão do dever, em que se acha o povo ao suportar até o abuso do poder soberano declarado insuportável, consiste no fato de que a sublevação contra o poder legislativo soberano deve sempre ser considerada como contrária à lei ...” (Ibid., p. 162). Em obra fundamental sobre o pensamento político kantiano, ANNA HARENDT, ao advertir que KANT nunca escreveu uma filosofia política, de modo que o seu pensamento a esse respeito somente pode ser pinçado da leitura de passagens da sua vasta produção literária, demonstra que o filósofo alemão, a despeito de ter admirado a Revolução Francesa e ter influenciado SIEYÉS, um dos mais importantes membros da Assembleia Constituinte encarregado de elaborar a Constituição Francesa após a revolução, em vários momentos, reafirma a sua doutrina da legalidade.

²⁰² Ibid., p. 177. Fazia a ressalva, apenas, de que o julgamento deveria ser levado a efeito por um tribunal, e não pelo juízo privado.

²⁰³ Ibid. p. 177.

²⁰⁴ Essas acusações constam do apêndice ao livro escrito por BECCARIA, que corresponde à Resposta às notas e observações de um frade dominicano sobre o livro *Dos delitos e das penas*.

²⁰⁵ Assim ficaram conhecidos os grandes filósofos do Iluminismo que, tendo à frente DIDEROT e D’ALEMBERT, escreveram uma monumental obra, contendo vinte volumes, no qual restou compreendido o ideal do Iluminismo francês. O Abade MORELLET, que cuidou da tradução *Dos delitos e das penas* para o francês, tinha alto conceito entre os iluministas, contando com artigos publicados na enciclopédia. Foi ele quem se encarregou de apresentar a obra de BECCARIA a DIDEROT, D’ALEMBERT e HUME, dentre outros renomados filósofos franceses.

²⁰⁶ Princípios de direito criminal. p. 50.

tomou conta de toda a Europa, não só entre os filósofos e criminalistas,

mas também entre os reinantes legisladores: Catarina da Rússia, nas suas Instruções (1767) à Comissão para a reforma das leis penais, transcreve quase as páginas de Beccaria; Leopoldo da Toscana promulga a reforma de 1786, que dele acolhe as propostas mais radicais, a principiar pela pena capital; Nas duas Sicílias, a pragmática de Fernando IV (ministro Tanucci) que impõe a motivação das sentenças conservava a tortura; mas esta depressa foi abolida pela ordenança militar de 1789; Giuseppe II de Áustria (1787) abole a pena de morte (exceto para os crimes militares); Frederico, o Grande, com as *Allegemeines Landrecht* extingue a tortura (1794) e a Revolução Francesa, pela generosa reação contra os abusos medievais, estabelece, na Declaração dos Direitos do Homem, que ‘a lei não tem o direito de proibir senão as ações nocivas às sociedades’ (art. 5) e ‘não deve estabelecer senão as penas estritamente necessárias (art. 8) pelo que ninguém pode ser punido senão por força de uma lei promulgada anteriormente ao crime e legalmente aplicada (art. 8) e ‘ninguém pode ser acusado, preso, metido em cárcere senão nos casos determinados pela lei e conforme a forma por ela prescrita’ (art. 7). E porque ‘os homens nascem e ficam livres e iguais em direitos’ (art. 1), assim ‘a lei deve ser a mesma para todos, sejam quais forem os protegidos, ou os punidos por ela’ (art. 6).

O trabalho de BECCARIA, menciona LISZT, suscitou um *movimento reformista* da legislação penal, com forte base humanitária²⁰⁷, que tinha como ideias capitais “... a proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, supressão da tortura, abolição ou pelo menos limitação da pena de morte, acentuação da tese de a pena só ter fins políticos, desprezadas todas as exigências religiosas ou puramente morais”, logo acolhidas na *legislação penal dos mais importantes países*²⁰⁸.

PRINS²⁰⁹ realça que o movimento reformista se propagou na Alemanha, na Inglaterra, na França, na Rússia e “Nunca se louvará bastantemente o espírito de caridade e de fraternidade de que ele deu provas. O sentimento de piedade social, que sucedeu à dureza e ao rigor do antigo regime, é a honra da nossa época”.

No âmbito doutrinário, a profundidade e a genialidade dos fundamentos das ideias de BECCARIA fizeram com que, depois dele, viesse a ser pensado o Direito Penal e Processual Penal como uma ciência autônoma. Com efeito, consoante já foi dito, BETTIOL²¹⁰ lembra que, até os fins do Século XVIII, antes das ideias de BECCARIA, não havia propriamente uma ciência penal, que era apenas um apêndice do Direito Civil. Mas, a partir de então, adveio uma extensa bibliografia sobre Direito e Processo Penal e ninguém, *dos mais antigos aos mais modernos*, informa EVANDRO LINS E SILVA,²¹¹ “... pôde ignorá-lo porque ele é o marco criador, é o ponto de partida da ciência do direito e do processo penal”.

1.3.3.4 – Fase jurídica da Escola Clássica.

A primeira fase da Escola Clássica foi essencialmente filosófica e política, não tendo a classe jurídica tomado participação de destaque. Todavia, plantadas as raízes filosóficas da Escola, necessário que viesse a fundamentação jurídica. Começa, então, a segunda fase, na qual entram em cena os juristas, distinguindo-se como os mais notáveis, criminalistas do escol de ROMAGNOSI (1761-1835), FILANGIERI (1752-1788), MÁRIO PAGANO (1749-1800), PELLEGRINO ROSSI (1787-1829),

²⁰⁷ Alguns doutrinadores chegam a chamar essa corrente de pensamento de Escola humanitária (PRINS. Op. cit., p. 23) e outros, de Período Filosófico (Ibid. p. 111).

²⁰⁸ LISZT. Op. cit., p. 114. JIMÉNEZ DE ASSÚA prefere destacar, da obra de BECCARIA, a influência de GRÓCIO, proclamando “que la justicia penal no tiene nada que ver con la de Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número” (La ley y el delito: principios de derecho penal. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959. p. 34).

²⁰⁹ Op. cit., p. 23.

²¹⁰ O problema penal. p. 15-16.

²¹¹ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). De Beccaria a Filippo Gramática. In: Sistema penal para o terceiro milênio: atos colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 21

CAMIGNANI (1768-1847), FRANCESCO CARRARA (1805-1888), ELLERO (1833), e PESSINA (1828- 1917). A fundamentação jurídica da Escola Clássica teve como maior expoente FRANCESCO CARRARA²¹², que foi chamado o príncipe dessa corrente de pensamento. O venerado juspenalista italiano tratou de elaborar dogmaticamente o estudo do Direito Penal de acordo com as ideias fundantes que guiaram o movimento reformista criminal iniciado com base na obra *Dos delitos e das penas*, expondo as suas lições por meio do exercício da cátedra na Universidade de Pisa e, especialmente, com a publicação do seu *Programa do curso de direito criminal*²¹⁴.

Em sua monumental obra, seguindo as pegadas filosóficas esposadas por BECCARIA, o mestre CARRARA²¹⁵ adverte, logo no primeiro instante, que a efetiva função do Direito Penal é moderar os abusos da autoridade social quanto à ação de proibir, reprimir e julgar os atos praticados pelos agentes, até porque, se o *direito é a liberdade*, “... a ciência penal é, pois, o código supremo da liberdade, que tem por escopo subtrair o homem à tirania dos demais, e ajudá-lo a subtrair-se à sua própria, bem como à de suas paixões.” Essa é a ideia central de suas lições: ao invés de o Direito Penal ser considerado um instrumento de repressão, ele “.. é, ao contrário, protetor da liberdade humana”²¹⁶, razão pela qual “O ordenamento penal se destina à proteção da liberdade individual”²¹⁷. Com a sua lógica jurídica, CARRARA²¹⁸, ao afirmar que não é verdade a assertiva de que o Direito Penal possua o caráter restritivo da liberdade humana, ensina que não exprime uma limitação do direito de liberdade o impedimento que se interpõe entre o assassino e a vítima, porque a liberdade humana não é mais que a faculdade de exercitar a própria atividade sem lesão aos direitos alheios. A liberdade de um deve coexistir com igual liberdade de todos. A restrição nasce da lei natural.²¹⁹

Na exposição das bases de seu raciocínio jurídico, CARRARA alerta que o efetivo exame da ciência criminal se atém às deduções lógicas da razão, com a investigação da *verdade* estampada no *Código imutável da razão*, daí por que não se pode pensar que a sua *raiz* e a sua *norma* estejam comprimidas na palavra do legislador²²⁰, pois, se assim fosse, “... o estudo dessa ciência seria restrito ao árido comentário do Código da cidade; os seus preceitos variariam com o variar dos tempos, dos lugares, das necessidades e das opiniões.” Assim, para ele, o que importa para o estudo são os *princípios cardiais* da ciência criminal, que são leis absolutas “... e não se podem tornar relativas senão na forma da sua

²¹² CARRARA, ainda hoje, é considerado se não o mais eloquente, um dos maiores juristas italiano. Liberal com forte formação religiosa – representava o liberalismo católico –, advogado ovacionado, com profunda visão humanística, diante da cultura e da dedicação incansável aos estudos, era chamado não apenas por seus alunos, como também pelo povo, de il professore (CARRARA, Francesco. O programa do curso de direito criminal. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 1, p. 8.).

²¹³ A esse respeito, RICARDO DE BRITO afirma que “... Carrara dedicou-se bem mais que os seus antecessores à tarefa da construção técnica do direito penal ...” (Op. cit., p. 43-44). Acrescenta que “ele foi substancialmente um homem do século XIX com todas as implicações que tal afirmação acarreta, inclusive no que tange à sua anacrônica adesão a vários aspectos da tradição iluminista, como o jusnaturalismo, por exemplo, o que, em boa parte, pode ser explicado pela realidade política da Itália onde nasceu e viveu e ainda pela ideologia que abraçou, totalmente compatível com a sua posição enquanto teórico do direito penal.” (Ibid., p. 44)

²¹⁴ No prefácio à quinta edição de sua magnífica obra, o próprio CARRARA menciona que muitos acharam, pela substância do escrito, a expressão programa um tanto quanto modesta, objeção à qual ele se contrapunha, ao argumento de que a referida palavra transmite a ideia de que se pretende, com a doutrina expandida, “resumir na fórmula mais simples a verdade reguladora de toda a ciência” (Ibid., p. 23).

²¹⁵ Ibid., p. 24.

²¹⁶ Ibid., p. 36.

²¹⁷ Ibid., p. 41.

²¹⁸ Op. cit., p. 36.

²¹⁹ Essa é a tese das limitações imanentes dos direitos fundamentais. Cf. item 5.7 e 7.2.2, infra.

²²⁰ Nessa parte, como se vê, vai uma crítica a BECCARIA, quando ele defendeu, no seu livro *Dos delitos e das penas*, que o juiz deveria se ater a reproduzir o que a lei estabelecia, sem nenhuma margem à interpretação. Aliás, na nota de rodapé, CARRARA, expressamente, reprovou MONTESQUIEU e BENTHAM pelo fato de os dois filósofos erigirem a palavra do legislador a uma posição suprema.

aplicação.” Por isso mesmo, CARRARA²²² afirma que

... o ensinamento filosófico, ocupando-se das supremas razões de ser do processo penal, desenvolve uma série de princípios absolutos e uma doutrina que é idêntica para todas as nações, servindo – 1º, ao jurista, para meditar sobre as melhores formas do juízo penal e sugerir os seus progressos; 2º, ao legislador, para conhecer as regras que pode ou não pode, que deve ou não ditar em matéria de procedimento penal; 3º, ao crítico, para julgar comparativamente as qualidades e os defeitos das instituições judiciárias adotadas pelas diversas nações; 4º, ao prático, para interpretar e aplicar, de acordo com a razão, as instituições impostas ao seu país em matéria de conhecimento dos delitos e do rito destinado a alcançá-lo.

Note-se que o insigne mestre de Pisa, ao fazer a exposição jurídica do Direito Processual Penal, mantendo a coerência de suas deduções, pensa nos princípios com função hegemônica não apenas para o jurista e para o julgador, mas mesmo para o legislador, que lhes deve obediência quando da feitura das leis. Um outro aspecto que chama a atenção é o caráter universal dos princípios, pensamento próprio dos iluministas, cuja doutrina tinha como verdade os direitos inerentes à condição humana oponíveis em qualquer situação e contra qualquer governo.

Tendo como ponto de partida que, na ordem natural das coisas, ocorre a infração da lei (delito), advindo daí o *desejo normativo de impor a devida punição*, mediante a *verificação de tal violação pelo magistrado*, para fins de aplicação da pena²²³, CARRARA esclarece que as normas processuais visam atender não apenas os homens inculcados, que têm o direito de ser absolvidos, como também os culpados que, embora devam ser condenados, não devem sofrer *mal maior que o exigido pela tutela jurídica*²²⁴, de modo que “... serve aos honestos, não apenas enquanto os ajuda na descoberta dos delinquentes, mas como preservá-los de serem vítimas de erros judiciários; e, ainda, favorece devidamente os próprios culpados, enquanto impede que se lhes irroque castigo que, ultrapassando a justa medida, viesse a constituir um fato delituoso”²²⁵.

Forte nessa concepção, na ótica da Escola Clássica deduzida por CARRARA²²⁶, “... todos os preceitos relativos ao processo penal, à competência, às formas, ao direito de defesa, à liberdade e amplitude de discussão, e, numa palavra, à regularidade das provas e dos pronunciamentos pertencem à ordem pública, porque interessam a todos os cidadãos e são instrumentos de proteção do direito.” Nota-se que, além de considerar o processo penal como um *instrumento de proteção do direito*, para a Escola Clássica – na voz de seu principal doutrinador – o respeito às normas processuais não interessa apenas ao réu, mas a *todos os cidadãos*, até porque a adequação do direito de punir aos preceitos normativos é “... a razão de ser da autoridade social e a legitimidade do governo que uns poucos exercem sobre muitos.”²²⁷

Em apertada síntese, pode-se dizer, servindo-se da autoridade de FERRI²²⁸, que a Escola Clássica “... teve uma orientação político-social em pleno acordo com as reivindicações dos *direitos do homem*”,

²²¹ Op. cit., p. 42.

²²² Ibid., p. 278-279.

²²³ Ibid., p. 43.

²²⁴ Ibid., p. 27.

²²⁵ Ibid., p. 27-28.

²²⁶ Ibid., p. 28.

²²⁷ Ibid., p. 28.

²²⁸ FERRI fez pós-graduação na Universidade de Pisa e conheceu, de perto, FRANCESCO CARRARA. Na biografia feita no primeiro volume do Programa do Curso de Direito, está dito que tem sido erro comum, praticado, até mesmo, por autores italianos, afirmar que FERRI foi aluno de CARRARA (Op. cit., p. 10). Entretanto, na biografia de FERRI, feita por JAIME MASAVEU em 1930, o jurista espanhol informa que ele foi aluno de CARRARA, tendo este chegado a exclamar: “Enrico Ferri, en vez de venir a perfeccionarse, ha venido a perfeccionarnos” (FERRI, Enrique. El homicida. Tradução Jaime Masaveu. Madrid: Editorial Reus, 1930. p. 8).

razão pela qual, inspirada na doutrina do direito natural e valendo-se do *método dedutivo*²²⁹, como reação aos excessos da justiça penal, sedimentou as suas ideias tendo como premissas essenciais a exposição e o estabelecimento da razão e dos limites do direito de punir do Estado, a oposição à crueldade das penas, criticando e conseguindo a *abolição das penas capitais, corporais e infamantes, com a mitigação geral das penas carcerárias, detentivas, pecuniárias e interditórias* e, por fim, a reivindicação das *garantias do agente, quer durante o processo, quer na aplicação da lei punitiva*²³⁰.

Não se pode perder de vista, entretanto, que as preocupações de BECCARIA se concentraram, sobretudo, em relação ao processo penal, daí por que as suas ideias foram mais densas em relação às garantias processuais, a ponto de MARC ANCEL reconhecer como “... sendo sua (de BECCARIA) concepção do processo penal aquela que servirá de base ao sistema clássico.” Por conseguinte, não é exagerado agregar que o arcabouço político-filosófico do processo penal, idealizado por BECCARIA, moldou a Escola Clássica em si, de modo que ela foi desenvolvida sob o prisma da *teoria humanística do processo*. Ao destacar que o movimento de reforma pensado por BECCARIA *ataca, de início, o processo penal*, MARC ANCEL ainda faz as seguintes considerações:

Na proporção em que esse movimento é humanitário, ele se revolta contra a tortura e os suplícios; na medida em que se preocupa com os direitos humanos, se esmera em garantir os direitos da defesa; e nas inovações fundamentais de 1789 a 1791, o reconhecimento da presunção de inocência conduz a substituir o velho sistema inquisitório do Antigo direito pelo processo acusatório. A Declaração dos Direitos Humanos, neste ponto, cristaliza e afirma uma aspiração difusa, porém a preocupação essencial é evitar a condenação de inocentes.

Não sem razão, anota MARC ANCEL, a partir das leis de 1790 e do Código de 1791 ao código dos delitos e das penas de Brumaire e ao código de 1808, essa preocupação com o processo penal, mais do que com o penal material, evidencia-se como a tônica.

1.3.4 – Escola Positiva²³¹.

A tônica das reformas penais, implementadas sob o influxo da Escola Clássica, foi a diminuição da severidade penal, tendo como vetor a concepção do Direito Penal e Processual Penal como limitação ao direito de punir e a transferência da punição do corpo para a alma do agente. Nessa visão, não seria o corpo que deveria ser castigado, mas o crime em si, de modo que o *fato delituoso* é que ia a julgamento, não o corpo do agente. A verdade é que, muito embora os espetáculos da punição física – os suplícios – tenham desaparecido logo nos primeiros momentos do Século XIX, as transformações alvitadas pelos reformistas não se fizeram sentir com igual avanço em todos os países, certamente até mesmo diante das realidades culturais, sociais, políticas e jurídicas. Se as reformas foram rápidas na Áustria, Rússia, Estados Unidos e na França²³², a pena de morte não foi de todo eliminada e alguns países, por um bom

²²⁹ Os iluministas, no estabelecimento das verdades que sobressaíam da razão, valiam-se do método dedutivo para expor o pensamento, que era o modelo de investigação, na época, das ciências morais e sociais.

²³⁰ Princípios de direito criminal. p. 58-59.

²³¹ Também foi chamada italiana, nova, moderna, antropológica, etc. (LYRA, Roberto. Novíssimas escolas penais. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956. p. 6).

²³² A pena de morte foi abolida na Romênia (1864), em Portugal (1867), na Holanda (1870), na Itália (1890) e em alguns cantões suíços e em certos Estados dos Estados Unidos. Países como a Inglaterra, França, Alemanha, Suécia, Finlândia, Rússia, Áustria, Espanha, Bélgica e Noruega, embora tivessem diminuído os crimes que tinham como pena a morte, mantiveram esse tipo de sanção. (PRINS. Op. cit., p. 399). De todo modo, segundo PRINS, a Noruega e a Bélgica, mesmo mantendo a pena de morte na legislação, não a aplicavam, sendo que, nesta, a última sanção dessa espécie tinha sido infligida em 1863. (Ibid., p. 395).

tempo, ainda mantiveram os suplícios²³³ e outros, como a Inglaterra, registraram, ainda no ano de 1819, 223 execuções capitais, número superior ao do ano de 1760²³⁴.

Por isso mesmo, ainda que a redução do suplício tenha sido uma tendência marcante a partir do surgimento da Escola Clássica, a tortura e a pena capital se mantiveram em prática e foram utilizadas, largamente, por mais paradoxal que pareça, pelos próprios atores da Revolução Francesa²³⁵, nada obstante o aspecto humanístico no qual se fundamentaram os iluministas.

De uma forma ou de outra, sem embargo de algumas resistências, o núcleo do pensamento da Escola Clássica reinou absoluto como paradigma orientador da ciência criminal, experimentando as modificações por ela propostas no âmbito da legislação penal e do sistema penitenciário o mesmo entusiasmo que envolveu o movimento iluminista em si. Contudo, cerca de um século após o aparecimento do livro de BECCARIA, as expectativas otimistas estimuladas com ênfase pelos seguidores da Escola Clássica não se confirmaram, porquanto a criminalidade, ao invés de diminuir, como se pensava, aumentou e diversificou-se de forma alarmante, revelando altas taxas de *reincidência*²³⁶. Esse estado de coisas suscitou a mudança do foco das discussões, de modo a aprofundar debates sobre a natureza e as causas do crime. A tese classicista de que o crime advém da vontade de delinquir, uma vez que o agente possui o livre-arbítrio de escolher, segundo a sua razão, entre viver de acordo com a legislação ou praticar crimes, não mais contentava as inquietações que giravam sobre o tema.

A insatisfação com o modelo penal sugerido pelo *classicismo* residia fundamentalmente na *frouxidão* com que o agente era tratado, ao qual eram reconhecidos direitos em relação ao poder de punir do Estado, limitando sobremaneira a atuação deste no combate à criminalidade. Para aplacá-la, acreditava-se que era preciso *armar* o Estado de instrumentos mais *eficazes/contundentes* no exercício de sua atividade punitiva. Ao invés de a lei penal estabelecer limites ao Estado, ela deveria ser mais rigorosa no tratamento dispensado ao agente, que não deveria mais ser visto como vítima da tirania do Estado do *ancien régime*²³⁷.

A decepção com as fórmulas mágicas para o combate à criminalidade, exteriorizadas pela Escola Clássica, que se apoiava no *racionalismo metafísico*, fomentou o surgimento de uma nova corrente filosófica criminal, isso já na primeira metade do Século XIX. Ela logo é denominada de Escola Positiva²³⁸ alinhada que estava, pelo menos quanto ao método de investigação científica, ao positivismo de AUGUSTO COMTE²³⁹, doutrina assim denominada em virtude de o referido filósofo ter, em 1830, batizado

²³³ Conforme notícia ADOLPH PRINS, os rigores das penas corporais (chicotadas e varadas) sobreviveram na Inglaterra, Irlanda, Dinamarca e Suécia, sendo usadas como medida disciplinar em prisões nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Rússia.

²³⁴ FOUCAULT. Vigiar e punir. p. 19. No ano de 1760, portanto, antes do surgimento da Escola Clássica, e, por conseguinte, do movimento reformista criminal, o número de execuções na Inglaterra fora de 160. (Ibid. p. 19).

²³⁵ FOUCAULT era juiz na França, mas era conhecido como grande filósofo, autor de várias obras reverenciadas, com especial destaque, na literatura jurídica, para o livro Vigiar e punir, escrito no ano de 1975. Embora escrito na década de setenta, em Vigiar e punir, ele chega a dizer "... que a prática da tortura se fixou por muito tempo – e ainda continua – no sistema penal francês." (Ibid. p. 19)

²³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 11.

²³⁷ Uma das críticas mais contundentes que se fazia à Escola Clássica era o fato de esta tratar o agente como vítima. (FERRI. Princípios de direito criminal, p. 132.)

²³⁸ Em extensa obra sobre As razões do positivismo penal no Brasil, RICARDO DE BRITO sumaria as gêneses da referida escola criminal na visão da maioria doutrinária: "O advento de novas ideologias, entre as quais o socialismo; o surgimento da concepção positivista da ciência com o conseqüente declínio do jusnaturalismo; a influência das ideias de Darwin, Spencer, Haeckel etc., as transformações operadas no âmbito do Estado que então se direcionava para o intervencionismo e, ligado diretamente ao problema penal, a crise do padrão clássico de combate à criminalidade." (Op. cit., p. 49). O mencionado professor da Faculdade de Direito de Recife apenas não concorda com o exagero quanto à influência do marxismo sobre essa corrente de pensamento, pois, dentre os seus arautos, LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, apenas o segundo se declarou marxista. (Ibid., p. 50) Agrega, ainda, que GAROFALO era um aristocrata profundamente conservador no plano político (Ibid., p. 50).

²³⁹ Cf. DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. Positivismo. In: Dicionário de filosofia. 2. ed. Tradução Marina Appenzeller. Campinas: Papyrus, 1996. p. 374-375. Positivismo. In: Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo – Rio de Janeiro: Encyclopaedia

o seu sistema de pensamento de *philosophie positive* – doutrina que tinha como admissíveis somente as verdades científicas extraídas dos estudos experimentais, rejeitando o conhecimento *a priori*, centrado na essência das coisas (metafísica)²⁴⁰, como era o pensamento *classicista*.

1.3.4.1 – Determinismo lombrosiano.

Inserido nessa nova forma de pensar – método indutivo ou positivo (de observação e de experiência) –, CESARE LOMBROSO (1835-1909), que não era jurista, mas sim médico, no afã de buscar as razões que levam à criminalidade, empreendeu uma criteriosa série de estudos da vida e dos traços anatômicos dos condenados, com base nos critérios e utilizando-se dos instrumentos da Antropologia geral, para daí formular uma teoria penal, deduzida na obra fundamental *O homem delinquente*²⁴¹, publicada em 1876. Em sua tese, ao contrário do propagado pela Escola Clássica, o homem não comete o crime pelo fato de fazer essa opção – livre-arbítrio –, mas sim porque ele é levado ao crime por um fenômeno biológico – *determinismo biológico*. Para ele, há homens que já nascem potencialmente delinquentes, predispostos ao crime, enquanto outros, por um processo de degeneração orgânica, seriam levados à criminalidade.

Em seu meticuloso estudo científico, LOMBROSO, dando realce aos caracteres físicos, morais e intelectuais do homem, conclui que há um tipo humano destinado ao crime por sua própria organização e, por isso mesmo, classifica-o de *criminoso nato*. Antes de expor os resultados dos estudos antropológicos e anatômicos dos autores de crimes, na primeira parte de seu livro, sob o título Embriologia do crime, LOMBROSO demonstra como o delito, à semelhança do que se dá entre os homens, ocorre com as mesmas características entre os animais e as plantas. Mediante criteriosa descrição do comportamento dos animais irracionais, LOMBROSO revela que, mesmo domesticados, eles possuem, por instinto, uma *ferocidade provocada*, assim como se verifica a *maldade brutal de alguns delinquentes*, o que revela um determinismo dirigido por tendências atávicas, decorrentes fundamentalmente das *condições orgânicas do cérebro*²⁴². Acorado nessas observações, LOMBROSO revela que, assim como as punições infligidas aos animais domésticos têm pouca utilidade e que é possível *obter resultados melhores por meios menos brutais*²⁴³, o mesmo se aplica aos homens, pois resta “... demonstrado que certos indivíduos são delinquentes desde a primeira infância, qualquer que seja o peso das causas hereditárias ...”²⁴⁴, em muitos deles nada influenciando a educação²⁴⁵.

Sem embargo do momento favorável, não apenas no campo jurídico como no médico – até por representar a mudança de um paradigma advindo de um movimento como o iluminista –, o pensamento verdadeiramente revolucionário de LOMBROSO²⁴⁶ sofreu severas críticas. O próprio LOMBROSO,

Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1980. v. 17. p. 9238-9243.

²⁴⁰ A Escola Clássica se escorava no fundamento metafísico do livre-arbítrio e elaborava o seu discurso de acordo com o método dedutivo.

²⁴¹ Na tradução brasileira feita por Maria Carlota Carvalho Gomes, o título do livro ficou O homem criminoso.

²⁴² O homem criminoso. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. p. 23. Tradução da 5. ed.

²⁴³ Em seus estudos científicos, LOMBROSO alega que “No que se refere à eficácia das penas, a observação exata demonstrou que entre os animais domesticáveis, obtém-se frequentemente muito mais com um bom tratamento ou medidas indiretas que lisonjeiam a vaidade ou a gulodice do que com torturas, tanto menos eficazes quanto mais cruéis” (Op. cit., p. 27).

²⁴⁴ Op. cit., p. 103.

²⁴⁵ BECCARIA, consciente de que era melhor prevenir os delitos que puni-los, no pressuposto de que o homem detém o livre-arbítrio para a prática do crime – exceção naturalmente para os loucos, as crianças e quem não possa, no momento da ação, entender o caráter ilícito da ação –, colocava a educação como a principal forma para inibir a prática dos crimes. (Op. cit., p. 109-113). De acordo com LOMBROSO, se mesmo entre as pessoas mais cultas o crime não deixou de se produzir, isso é uma prova incontestada de que a causa reside no atavismo. (Op. cit., p. 74).

²⁴⁶ É inteiramente procedente a afirmação de que os dois grandes marcos da ciência penal são representados por BECCARIA e LOMBROSO. Daí em diante, tudo o que se escreveu sobre a ciência criminal não só teve de fazer referência aos dois, como as

socorrendo-se das críticas construtivas feitas por criminalistas, como FERRI (Itália, 1856-1929)²⁴⁷, GAROFALO (Itália, 1851-1934)²⁴⁸ e mesmo de adversários como GABRIEL TARDE, cuidou de aprimorar o seu pensamento²⁴⁹. Redimindo-se das limitações experimentais emprestadas pela exegese extraída pelo processo do *diagnóstico-clínico*, que o conduziu a exagerar na semiótica *morfológica e fisiológica*, LOMBROSO, depois, agregou a influência psicológica e sociológica para a compreensão do *criminoso*²⁵⁰ e admitiu que a sua doutrina, explicitada em sua obra fundamental, tinha aplicação apenas ao delinquente nato, pois as outras formas de delinquência, “... que têm como origem a loucura, a ocasião, o alcoolismo, a paixão, estão estritamente ligadas às suas causas eventuais.”²⁵¹

1.3.4.2 – Ideia do direito criminal como estatuto repressivo, conforme a visão de FERRI.

A nova linha de pensamento chamou-se Escola Positiva mais pelo método indutivo, científico, experimental do que pela filiação à filosofia de COMTE²⁵². FERRI, que, junto com GAROFALO, se ocupou de revestir o pensamento antropológico lombrosiano com o verniz jurídico-criminal, na obra fundamental na qual condensa todo o seu pensamento positivista, admoesta que a escola criminal positiva não “... perfilha nem modela nenhum sistema filosófico ou social, a começar pela ‘filosofia positiva’ (COMTE, SPENCER, ARDIGÓ, etc.), nem nenhuma doutrina biológica (DARWIN, LAMARCK, MOLLESCHOTT, etc.)”²⁵³. Admitia apenas que, como ela “... apareceu quando as doutrinas desses grandes pensadores estavam em pleno apogeu e por isso – como todas as ciências biológicas e sociais – não deixou de lhes servir o reflexo”²⁵⁴.

Na compreensão de FERRI, o *fato decisivo* que afasta a linha de pensamento da Escola Positiva da ideia tradicional – Escola Clássica – é o *método científico*²⁵⁵, até porque, em relação às conclusões particulares, ele julga possível se estabelecer um acordo entre os adeptos do positivismo e do classi-

demais correntes de pensamento são variantes das escolas penais por eles criadas ou mesmo uma simbiose das duas teorias.

²⁴⁷ A produção doutrinária de ENRICO FERRI foi fecunda. Nos seus primeiros trabalhos, a sua análise foi essencialmente sociológica, o que lhe valeu o título de pai da Sociologia Criminal. Escreveu *Socialismo e criminalità* em 1888 e *l’omicidio* em 1884. No livro *Sociologia criminal*, ele desenvolveu, com rara felicidade, as cinco categorias de delinquentes: o instintivo, o louco, o habitual, o ocasional e o passional. Ele completou o pensamento de LOMBROSO, que se tinha ocupado apenas do delinquente nato (FERRI preferia a expressão instintivo). Depois, LOMBROSO reconheceu que a sua tese, exposta em *O homem delinquente*, somente se aplicava ao criminoso nato. A obra capital de FERRI, porém, foi *Principii di diritto criminale*, com a qual ele fez a construção jurídica de seu pensamento criminal-positivo, o qual foi consolidado, como ele mesmo afirma no prefácio do livro, cuja primeira edição foi publicada em 1928. Confessou ainda que, com os *Principii di diritto criminale*, concluiu a sua vida científica, fazendo a aplicação jurídica das doutrinas da Escola Positiva. Pena que o segundo volume da obra, que se ocuparia propriamente do processo penal, ele não teve a oportunidade de concluir, devido ao seu falecimento. A comunidade jurídica ficou órfã dessa sua completa contribuição.

²⁴⁸ GAROFALO produziu uma extensa bibliografia. O seu escrito mais completo, no qual expôs o seu pensamento jurídico da Escola Positiva, foi *Criminologia*, editado em 1885. Outros escritos que merecem destaque foram *Ripparazione alle vittime del delitto* (1887) e *La superstition socialiste* (1895) (Cf. DIAS; ANDRADE. Op. cit., p. 17). Atribui-se-lhe o início da elaboração jurídica da Escola Positiva, trazendo como elemento novo aos aspectos antropológicos de LOMBROSO e sociológicos de FERRI as questões de ordem psicológica.

²⁴⁹ Na primeira edição, *O homem delinquente* continha apenas 252 páginas, mas, na quinta, que foi a última, ele já alcançava cerca de 2.000 mil páginas (DIAS; ANDRADE. Op. cit. p. 16).

²⁵⁰ LYRA. Op. cit., p. 31-32.

²⁵¹ Op. cit., p. 502.

²⁵² LYRA. op. cit., p. 7.

²⁵³ Op. cit. p. 63.

²⁵⁴ *Ibid.* p. 63.

²⁵⁵ *Princípios de direito criminal*. p. 64. Conforme foi ressaltado anteriormente, o pensamento jurídico da Escola Positiva somente foi esboçado de forma sistemática por FERRI no final de sua vida científica. Ele publicou *Princípios de direito criminal* em 1928. No prefácio do livro, ele diz que a sociologia criminal – para ele a ciência que trata a defesa social contra a criminalidade – “... vem esclarecida neste livro e sê-lo-á mas extensivamente num volume a seguir acerca da pena, do processo e da execução, completando

cismo. Essa assertiva de FERRI, todavia, só é válida em termos. Não há dúvidas sobre a possibilidade da convivência, até certo ponto harmônica, em um mesmo ambiente normativo, das ideias clássicas e positivas, e a legislação criminal que se sucedeu nos mais diversos Países, inclusive no Brasil²⁵⁶, é a mais viva prova dessa verdade.

Malgrado essas considerações, não se apresenta correto dizer que a distinção basilar de uma escola e outra se concentra no método de investigação – dedutivo, de lógica abstrata, na Escola Clássica e – indutivo, de observação dos fatos, na Escola Positiva. O modo de investigação, estreme de dúvidas, acarretou conclusões jurídico-criminais diametralmente dissonantes daquelas sufragadas pelo *classicismo*, pois o manuseio do método indutivo teve em mente abandonar o formalismo jurídico da Escola Clássica, que se preocupava mais com o fato criminoso em si do que com o homem que o pratica. Pelo método indutivo, para a aplicação da pena, não basta ao juiz verificar, apenas, o fato delituoso, todavia perquirir do comportamento do agente, a fim de identificar a sua *periculosidade ou temibilidade*²⁵⁷ e, assim, aplicar a pena mais adequada quanto à defesa da sociedade. O homem que pratica o crime deve ser objeto de estudo científico, com o auxílio das ciências afins, no sentido de se perscrutar a sua personalidade²⁵⁸. Em compasso com essa ótica criminal, o criminoso, sendo o *protagonista da justiça penal prática*²⁵⁹, deve sê-lo, outrossim, da ciência penal. De acordo com ANTHONY BOTTOMS o contraste entre uma e outra escola fomentou a criação de famoso aforismo, segundo o qual “a escola clássica mandou os homens estudar a justiça, mas os positivistas mandaram a justiça estudar os homens.”²⁶⁰

Adotando essa forma de ver as coisas, no discurso *positivista* pune-se o *delinquente* não em razão de vindita pública, mas porque é preciso defender a sociedade da periculosidade observada diante do estudo nela feito, afastando-se, assim, a ideia *retributiva* da *pena*, tão ao gosto dos *classicistas*. A pena deixa de ter o caráter meramente retributivo, para servir de esteio à defesa social, sob a figura de medida de segurança, permitindo, assim, que se construa o pensamento da possibilidade de sua aplicação aos menores e às pessoas portadoras de deficiência mental e, como forma de prevenção real, chega ao extremo de aliviar que a punição ocorra, até mesmo, antes da prática delituosa.

Repita-se, porém: ainda assim, não se concentra no método indutivo a maior distinção entre as Escolas Positiva e Clássica. A diferença é muito mais profunda: é filosófica e política. Diz respeito à ideologia subjacente na Escola Positiva quanto à função da legislação penal. Note-se que a Escola Positiva apareceu acusando a Escola Clássica de conferir um tratamento sobremaneira benevolente ao autor do crime, que o trata como *vítima do Estado*, e estabelece como *princípio dos princípios* a máxima de

assim as minhas anteriores publicações de antropologia, psicologia, estatística e sociologia criminal e apresentando uma ordem de princípios, de que já fiz parciais, mas contínuas e felizes aplicações nas minhas defesas penais e estudos de jurisprudência.” (Op. cit. p. 19). Todavia, no ano seguinte, em 1929, ele faleceu, deixando, assim, de editar o segundo volume, justamente aquele no qual ia falar especificamente do processo penal. De qualquer modo, mesmo no primeiro volume, ele expõe as suas ideias básicas sobre o processo penal.

²⁵⁶ Os Códigos Penal e de Processo Penal em vigor são uma confluência das ideias clássicas e positivas.

²⁵⁷ Periculosidade era a expressão utilizada por FERRI e temibilidade, por GAROFALO. A doutrina e o legislador brasileiro, como se verá depois, preferiram a nomenclatura de FERRI.

²⁵⁸ A aplicação da lei pelo juiz, ainda que na seara criminal, não pode ser, como defendia BECCARIA, uma mera operação mecânica. Tem-se de entender que BECCARIA pensava em leis claras e a colocação do princípio da legalidade como dogma penal, com o firme propósito de pôr fim a condenações sem lastro normativo, como era bem próprio na época em que escreveu o livro *Dos delitos e das penas*. Em outra perspectiva, não se pode deixar de conferir razão a RECASÉNS SICHES quando, com acuidade, expõe que, em matéria penal, nada obstante o juiz esteja jungido ao princípio da interpretação estrita, pode e deve, consoante os fatos, aplicar a lei de forma mais suave ou severa (*Nueva Filosofía de La Interpretación Del Derecho*. México: Editor Porrúa, 1973. págs. 231/232).

²⁵⁹ Op. cit. p. 66.

²⁶⁰ “the classical school bade men study justice, but the positivists bade justice study men.” BOTTOMS, Anthony. The relationship between theory and empirical observations in criminology. IN: KING, Roy D.; WINCUP, Emma (Orgs.) *Doing research on crime and justice*. Cambridge: Oxford University Press., 2. ed., 2008, p. 85.

que a ciência penal deve se preocupar em estabelecer as verdades que anunciam as limitações do direito de punir do Estado.

Na percepção da nova corrente de pensamento, antes e acima de tudo, o Direito Penal e Processual devem ser instrumentos a serviço do Estado eficazes à repressão penal. À ideia de limitação do direito de punir da Escola Clássica, os defensores da nova ótica criminal davam ênfase à função repressiva da ciência criminal. Evidencia-se, a exame ainda que perfunctório, a proposta contundente, *repressiva* mesmo da Escola Positiva, como uma forma de dar resposta mais satisfatória no combate à criminalidade, missão da qual, no conceito do novo paradigma de justiça criminal, a Escola Clássica fracassou devido à complacência com que tratou o autor do crime. Até mesmo a linguagem dos *positivistas* se apresenta mais forte, ante a escolha de expressões como *delinquente*²⁶¹, para referir-se ao agente que pratica o delito, e direito repressivo, como sinônimo de Direito Penal. Verifique-se que, na oratória clássica, pelo menos na escrita de BECCARIA e de CARRARA, há um compromisso com a deontologia da linguagem, de modo que o autor do crime é tratado com cortesia, não se dispensando a ele tratamento tão forte quanto o empregado pela Escola Positiva.

Denunciando essa postura da Escola Positiva, FERRI acredita que o Estado, ao contrário do que propugnavam os clássicos, na sua atuação criminal, não se deve dar ao trabalho de nenhuma *missão filosófica, religiosa ou ética*, porquanto a sua atenção deve estar voltada apenas a *organizar a defesa social repressiva contra a delinquência*²⁶². De forma contundente, ele nega que o direito de punir seja um mero direito subjetivo do Estado, visto que, no seu ponto de vista, este, ao executar a justiça penal, exerce uma autoridade soberana e proeminente²⁶³ e não aceita que o processo penal contenha uma relação jurídica na qual o acusado seja sujeito de direitos, sendo-lhe assegurada igualdade de tratamento na arena judiciária. No pertinente a essa última questão, FERRI²⁶⁴, de modo incisivo e avivando a voz, revela a ideologia positiva, ao exclamar:

... eles (os clássicos) concebem a justiça penal, por um lado, como direito do Estado à ‘obediência política penal’ e, por outro, como direito do criminoso perante o Estado, como se fossem dois sujeitos de direito com relativa “pretensão” de débito e crédito, com igualdade de nível moral e jurídico! Do mesmo modo, colocados neste plano inclinado, alguns dentre esses chegam a considerar o processo penal como uma série de ‘relações jurídicas processuais’ na mesma medida do processo civil, como se o Ministério Público fosse um autor que cita judicialmente um réu (o acusado) para fazer liquidar pelo juiz a pena a infligir ao vencido na demanda.

Indo mais além, com suporte em discurso que não se contém ao perfil de um Estado democrático, FERRI²⁶⁵, confirmando a sua rejeição à ideia da igualdade entre Estado e réu no espaço processual, brada que, competindo à ciência penal apenas sistematizar “... nas suas formas repressivas, a defesa social contra a criminalidade – é necessário rejeitar essa igualdade, também por motivos jurídicos e por razões de ordem moral.” Para não deixar dúvidas sobre o assunto, avisa o renomado criminalista que a Escola Positiva, desde o início, tem o compromisso de restabelecer o equilíbrio entre os direitos do delinquente e os direitos da sociedade, uma vez que, no seu pensar, BECCARIA e os seus seguidores, além de sobrepujarem as razões da defesa social, ainda se esqueceram da superioridade jurídica e moral do Estado

²⁶¹ A expressão foi utilizada por LOMBROSO no título de seu livro fundamental – O homem delinquente – e foi acolhida, sem a menor restrição, por FERRI e GAROFALO.

²⁶² Op. cit. p. 67.

²⁶³ Ibid., p. 130.

²⁶⁴ Ibid., p. 131.

²⁶⁵ Ibid. p. 131.

de BOUTROS-GHALI, que a ideia dos direitos humanos é “... tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão e, em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade.”

A história propriamente dita dos direitos humanos principia na *Baixa Idade Média*, muito embora, nessa fase, ainda não tenha sido feita, efetivamente, a afirmação de direitos decorrentes da condição humana, porém deu-se o início da preocupação quanto ao estabelecimento de limites ao poder dos governantes⁵⁹⁵. A partir do Século XI, após o prolongado período de esfacelamento do poder político e da economia do Estado, experimentado com o feudalismo, houve uma tendência ao (re)fortalecimento do poder central, ocorrendo a reconstrução da unidade política, com consequente desenho de uma imagem mais forte e concentrada do poder absolutista monárquico. Os abusos daí advindos suscitaram movimentos sociais de insatisfação, dirigidos pelos senhores feudais, eclodindo, na Península Ibérica, já nos fins do Século XII, a *Declaração das Cortes de Leão*, datada de 1188. Tempos depois, na Inglaterra, veio a *Magna Carta de 1215*. Esses dois diplomas ostentam a característica de expor, normativamente, os direitos inalienáveis do homem, que não podem deixar de ser reconhecidos pelo Estado. Neles está o embrião dos direitos humanos, muito embora esses dois diplomas não se tenham preocupado com a liberdade em geral do homem, mas apenas em relação àquela afeta ao clero e à nobreza.

Muito embora JELLINEK, em obra fundamental sobre o assunto *Die Erklarung der menschen und buergerrecten* – tenha creditado a origem histórica dos direitos fundamentais à Reforma Religiosa, liderada por MARTINHO LUTERO⁵⁹⁶, a maioria considerável dos doutrinadores atribui à Magna Carta de 1215 a primazia quanto à declaração dos direitos fundamentais na história, reforçada pelas demais declarações de direitos inglesas, enquanto há quem defenda – como se verá nas linhas adiante – não sem razão, que, em sua verdadeira essência, a positivação dos direitos naturais encontrou o seu primeiro disciplinamento na declaração da independência americana.

Quanto às declarações inglesas, observe-se que a Magna Carta de 1215 surgiu em meio a um período de instabilidade do governo monárquico inglês, pressionado interna e externamente, com sensíveis problemas de ordem financeira devido a diversos fatores⁵⁹⁷. Ante a necessidade de aumentar a arrecadação por via do aumento da carga tributária para fazer frente aos gastos com a guerra, a nobreza inglesa, com sabedoria, permutou, consensualmente, a aceitação das exações fiscais que o monarca queria pelo reconhecimento formal de seus direitos. No auge da crise, os barões lideraram uma revolta armada, chegando a ocupar Londres, restando ao rei apenas a alternativa de assinar a Magna Carta, como condição para o retorno da normalidade⁵⁹⁸. Esse documento histórico que teve em mira garantir o respeito dos *direitos e costumes dos súditos* é um dos símbolos históricos do incessante movimento promovido pelo

⁵⁹⁵ Com base no fundamento de que, no Código de Hamurabi, o Rei Hamurabi da Babilônia, com alta sensibilidade e inteligência, motu proprio, autolimitou os seus poderes, FERNANDO BARCELLOS DE ALMEIDA contesta essa afirmação. (Teoria geral dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996. p. 43.) Para ele, na evolução histórica dos direitos humanos, há uma primeira fase, anterior à Magna Carta de 1215, que corresponde às concessões espontâneas feitas por um monarca detentor de poderes absolutos, como as que foram feitas pelo Rei HAMURABI, da Babilônia, há mais de 3.700 anos; pelo Imperador CLAUDIUS TIBERIUS, de Roma, entre os anos de 41 e 54; e por FREDERICO II, da Suábia, Imperador das Duas Sicílias e do Sacro Império Romano, na primeira metade do Século XIII. (Ibid., p. 54)

⁵⁹⁶ Apud FERREIRA, Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 477.

⁵⁹⁷ Havia disputa pelo trono e guerra contra a França. Ademais, JOÃO SEM-TERRA estava enfraquecido com a divergência travada com o Papa Inocêncio III, que chegou a excomungá-lo. (COMPARATO. Op. cit., p. 49.)

⁵⁹⁸ ALTAVILA. Origem dos direitos dos povos. p. 150. Fulcrado em afirmação feita por HERSÍLIO DE SOUZA e nos estudos feitos sobre o assunto, JAYME DE ALTAVILA assevera que a Magna Carta foi inspirada no Direito Romano. (Op. cit., p. 154)

homem, ao longo da história, no sentido de opor-se aos abusos do Estado⁵⁹⁹.

Dentre as disposições mais importantes para o nosso estudo, são dignas de nota as encartadas no art. 21, ao estabelecer as bases do tribunal do júri e o princípio da proporcionalidade entre o crime e a pena. *Sobressai, igualmente, a cláusula 39, ao dispor que nenhum homem seria privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o julgamento de seus pares e disposição da lei nacional, com a qual se reafirmou a ideia do tribunal do júri e, de permeio, consagrou o postulado do due process of law.*⁶⁰⁰ O princípio do devido processo legal, como anota COMPARATO, é considerado o coração da Magna Carta, até porque, da forma como foi redigido, ele teve a propriedade de afastar do monarca a possibilidade de ditar as leis e mesmo de julgar, sugerindo, de permeio, o primado da separação dos poderes⁶⁰¹.

Conquanto mesmo antes da Magna Carta o habeas corpus já existisse na Inglaterra, mediante a garantia do direito de pedir, em caso de prisão arbitrária, um *writ* para escoimar a ilegalidade à liberdade de locomoção, esse instrumento, à míngua da existência de regras processuais pertinentes, não era muito utilizado⁶⁰². Havia a declaração do direito de o indivíduo não se submeter à prisão quando não fossem cumpridas as formalidades previstas para a sua efetivação, porém essa proteção jurídica, a despeito das ilegalidades frequentes, não era colocada em prática. O conturbado momento político por que atravessava a Inglaterra durante todo o Século XVII, com rebeliões e guerras civis incrementadas pelas querelas religiosas, em que cada vez era mais comum a prisão de opositores políticos sem a observância regular das normas processuais penais, forneceu as condições favoráveis para se pensar na necessidade da adoção de normas regulamentadoras dessa medida de proteção do direito de liberdade, vindo a lume, por conseguinte, a Lei do Habeas Corpus, de 1679. A nuance de o habeas corpus, antes da existência de norma processual específica, ser pouco manejado, conforme KONDER COMPARATO, consagra a tradição jurídica do povo inglês vazada no brocardo *remedies precede rights*, o que quer dizer que a proteção jurídica da pessoa não advém com a declaração dos direitos, mas, sim, por meio das *garantias processuais*⁶⁰³.

Ainda no Século XVII, o agitado ambiente inglês fomentou a *Revolução Gloriosa* contra JAIME II, na qual o grande filósofo JOHN LOCKE teve participação ativa, mesmo se encontrando refugiado na Holanda, devido às perseguições promovidas contra ele pelo Monarca CARLOS II, não permitindo a divulgação de suas ideias revolucionárias, que defendiam a existência de direitos inalienáveis por parte do homem, fortes o suficiente para estabelecer limites ao poder e negar a sua origem divina, certo de que este era proveniente de um pacto firmado entre os súditos. Com a Revolução Inglesa, exurgiu outro documento histórico, o *Bill of Rights*, editado em 1689, que precedeu à declaração formal dos direitos humanos.

A instabilidade política na Inglaterra, que tinha como pano de fundo as querelas religiosas, fez com que o *Bill of Rights* fosse imposto à aceitação do Príncipe de Orange, GUILHERME, como condição para que ele assumisse o trono inglês. A influência do pensamento lockeano na redação do texto do *Bill of Rights* é evidente diante da ativa participação que ele teve no movimento revolucionário inglês.

⁵⁹⁹ Tanto JAYME DE ALTAVILA quanto KONDER COMPARATO trazem o texto da Magna Carta inglesa, porém se identifica uma divergência entre eles, o que, certa mente, é motivado pela tradução livre. No presente estudo, adotou-se a redação do texto, conforme apresentada por COMPARATO (Op. cit., p. 68-72).

⁶⁰⁰ Em verdade, a expressão *due process of law* só vai aparecer mais tarde, em 1354. Na Magna Carta inglesa a nomenclatura era *law of the land*. Cf. Itens 3.2 e 9.1, infra.

⁶⁰¹ Op. cit., p. 67. Nos arts. 52 e 55, vem reafirmado o princípio que delega ao júri, composto de vinte e cinco Barões, a competência para os julgamentos.

⁶⁰² COMPARATO. Op. cit., p. 73.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 74. Essa peculiaridade, agrega o ínclito doutrinador, distingue a tradição inglesa da francesa, visto que, de acordo com esta, o mais importante é a declaração dos direitos, diante de sua força político-pedagógica. (*Ibid.*) Essa circunstância revela a razão pela qual os direitos fundamentais declarados nas constituições dos países, em sua maioria, correspondem a garantias processuais, notadamente as de natureza criminal. Cf. capítulos 3 e 4.

De fato, como se não bastasse a leitura do *Bill of Rights* denunciar a presença do pensamento de LOCKE, ele, mesmo na Holanda, disfarçado sob o pseudônimo de Dr. VAN DER LINDEN, para fugir da perseguição que lhe infligiam agentes de CARLOS II, aproveitando-se de suas relações de amizade com o editor de um periódico literário em Amsterdam, nominado Biblioteca Universal e Histórica, publicou diversos artigos difundindo a sua doutrina⁶⁰⁵. Como se isso não fosse suficiente para mostrar a efetiva participação de LOCKE na redação do *Bill of Rights*, em sua biografia, consta que ele somente retornou à Inglaterra com a vitória da Revolução Gloriosa e, não por acaso, no mesmo navio que transportava GUILHERME de ORANGE e sua esposa, MARIA⁶⁰⁶, para ela, após aceitar assinar o referido documento, assumir o trono.

A Declaração de Direitos foi de significativa importância no processo histórico de afirmação dos direitos do homem⁶⁰⁷ e, ainda hoje, constitui-se uma das Leis Fundamentais do reino inglês. Teve a preocupação de impor limites ao poder absoluto do monarca, separando, pela primeira vez na história dos povos, os poderes Executivo e Legislativo, sendo passada a este a função típica para legislar e criar tributos, não mais permitindo que o rei tivesse voz nessa matéria. Note-se que o poder de julgar, com a Magna Carta, havia sido retirado das mãos do monarca, de modo que, com a Declaração de Direitos inglesa, completou-se a divisão dos poderes. Esse tratamento normativo-político da organização do poder na Inglaterra, esmiuçado e complementado no *Bill of Rights*, impressionou de tal maneira MONTESQUIEU na elaboração de sua célebre teoria da divisão dos poderes, que o filósofo iluminista francês, ao enfrentar o assunto em sua obra *O espírito das leis*, no respectivo capítulo, empregou a rubrica Da constituição da Inglaterra – a divisão dos poderes⁶⁰⁸. O essencial dessa declaração escrita, obviamente, reside na instituição formal da separação dos poderes, mas, ao lado dessa disposição, convivem outras garantias fundamentais de extrema relevância e, ainda hoje, asseguradas aos cidadãos, de ordem processual penal, como a que assegurou o *direito de petição* (art. 5º), como forma de reclamar contra as injustiças, embrião do direito fundamental do *acesso à justiça*.

Merece distinção, ainda, o *direito de defesa* plasmado no art. 7º, até porque, na época, os processos eram secretos, até mesmo, para os acusados, que não tinham o direito de contrapor-se à legítima pretensão punitiva do Estado. Observe-se que o direito de defesa, como garantia processual criminal, somente passou a fazer parte dos ordenamentos jurídicos após as bem lançadas ponderações feitas por BECCARIA, em seu livro *Dos delitos e das penas*, que somente foi editado em 1764. Dessa forma, bem antes, mas precisamente desde 1689, na Inglaterra, esse direito fundamental era assegurado. Por fim, na qualidade de direito dos súditos, restaram coibidas as *fianças exorbitantes* e as *prisões demasiado severas* (art. 10º) e determinou-se o alistamento e o sorteio dos jurados do tribunal do júri (art. 11º), como forma de assegurar a imparcialidade e o direito ao julgamento do homem pelos seus pares⁶⁰⁹.

Interessante observar, nesse passo, que todas essas garantias processuais penais, embutidas expressamente no *Bill of Rights* foram defendidas, alguns anos mais tarde, por BECCARIA. Conforme

⁶⁰⁴ As divergências religiosas, que já tinham dado causa à deposição e execução de CARLOS I, em 1642, sob a acusação de pretender restabelecer o catolicismo como religião do Estado, com a restauração da dinastia STUART, em 1658, voltaram a se fazer sentir com mais intensidade, principalmente pelo fato de CARLOS II, então no trono, apegado à religião católica, nos últimos quatro anos de seu reinado, não ter feito a convocação do parlamento para a votação de impostos. Quando CARLOS II faleceu, houve uma rebelião por parte da nobreza e do alto clero, para não deixar que seu irmão JAIME II assumisse o trono, vindo ele a fugir para a França. Em consequência, com o trono vago, ele foi oferecido a GUILHERME, Príncipe de Orange, e a MARIA, sua mulher, filha de JAIME II, que era protestante, desde que eles aceitassem, em sua inteireza, assinar o *Bill of Rights*. (Cf. COMPARATO. Op. cit., p. 77-78).

⁶⁰⁵ LOCKE. Obra e vida. p. IX.

⁶⁰⁶ p. VIII.

⁶⁰⁷ Editado um século antes da Revolução Francesa, ainda se encontra em vigor.

⁶⁰⁸ Op. cit., p. 164.

⁶⁰⁹ ALTAVILA. Op. cit., p. 288.

foi visto supra, o precursor da ciência criminal, dentre muitas outras ideias, com veemência, criticou a ausência do direito de defesa na maioria das legislações, clamou pela mitigação das penas severas, até mesmo, pela eliminação da tortura e da pena de morte e defendeu o julgamento imparcial do acusado por meio de um júri formado por pessoas do povo. A influência que o Bill of Rights exerceu sobre BECCARIA é patente. Isso tanto é verdade que ele, na introdução de seu livro, cuidou de esclarecer: “Se eu não tivesse outro mérito senão aquele de ter sido o primeiro a apresentar à Itália, com alguma evidência maior, o que *outras nações ousaram escrever* e começaram a praticar, considerar-me-ia feliz”⁶¹⁰. (Grifei).

3.2 – Declarações americanas.

Outro passo decisivo na história para a consolidação dos direitos fundamentais do homem veio com a independência dos Estados Unidos⁶¹¹. As divergências das colônias americanas em relação à política fiscal da Grã-Bretanha fizeram eclodir, em abril de 1775, a guerra revolucionária cujo final somente permitia duas alternativas: a declaração de independência ou a negociação com o governo inglês, o que implicava submissão. Em consequência, tomou-se a decisão de redigir um documento explicando ao povo os motivos pelos quais era tomada a decisão pela revolução. Esse anúncio, feito por intermédio de Uma Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral, datada de 4 de julho de 1776, possui a mais alta relevância política, uma vez que nele se ressaltou a crença na soberania popular e que o governo era instituído sob o *consentimento dos governados, para assegurar as verdades autoevidentes de que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade*.

Não sem razão, COMPARATO⁶¹², com lucidez, aponta que a importância histórica da Declaração de Independência das colônias americanas reside no fato de ser “... o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.” Reforçando essa impressão, CARL SCHMITT, admitindo que reina controvérsia a respeito, avisa que alguns doutrinadores apontam, como primeira Declaração dos Direitos do Homem, a Magna Carta de 1215, outros, a Lei do Habeas Corpus, de 1679, e há quem defenda que a primazia cabe ao *Bill of Rights*, de 1688. Argumenta, ainda, que, na realidade, esses diplomas são meras regulamentações contratuais ou legais dos direitos dos barões ou burgueses ingleses e, embora as regras neles estampadas tenham sido vazadas em forma de princípios, *não tiveram o sentido de derechos fundamentales*⁶¹³. Daí por que, também para o constitucionalista alemão, “*La historia de los derechos fundamentales comienza propriamente com las declaraciones formuladas por los Estados americanos em el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra.*”, se bem que “... *aquellas declaraciones estaban, como Bill of Rights, en la línea de la tradición inglesa.*”⁶¹⁴

Na análise do texto da Declaração de Independência Americana, percebe-se que o prestígio devotado às ideias de LOCKE é mais do que evidente, não só na proclamação da igualdade e dos direitos inalienáveis, mas sobretudo na parte em que ele enuncia, como um dos direitos fundamentais do povo, o de promover a *revolução, toda vez que alguma forma de governo tornar-se nociva à consecução* de suas finalidades, que é o de assegurar o usufruto dos *direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade*⁶¹⁵. Ainda há outro aspecto a ser destacado: a ideia de redigir-se um documento

⁶¹⁰ Dos delitos e das penas. p. 37.

⁶¹¹ A independência das treze colônias americanas representou o ato inaugural da democracia moderna.

⁶¹² Op. cit., p. 90.

⁶¹³ Teoría de la constitución. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 164.

⁶¹⁴ Ibid. p

⁶¹⁵ Essa parte do texto estava assim redigida: “Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nesses princípios, e cuja organização

formal dando as *razões* da decisão partiu de RICHARD HERNY LEE, da Virgínia, mas, diante das divergências entre os representantes das Colônias que estavam reunidos, resolveu-se adiar a votação dessas propostas, com a nomeação de uma comissão para preparar a minuta do texto.

THOMAS JEFFERSON, como representante da Virgínia, tomou parte dessa comissão e, segundo consta, redigiu, praticamente sozinho, o texto que, após pequenas modificações decorrentes de debates travados durante dois dias, foi finalmente aprovado em 4 de julho. JEFFERSON conhecia e defendia as doutrinas de LOCKE e VOLTAIRE, principalmente as ideias do filósofo inglês, mas não tratou apenas de repeti-las e, desde os primeiros instantes do movimento revolucionário americano, procurou fazer com que os direitos do homem ficassem normatizados e realçados como os limites de todo o poder⁶¹⁶. Não foi por outra razão, portanto, que o documento de Declaração da Independência Americana já se constituiu, ele mesmo, uma declaração dos *direitos políticos*, seja quanto ao reconhecimento do homem como o lídimo titular do poder, seja em relação ao limite que aquele estabelece para o exercício deste. Até porque, não se sabia, àquela altura, que seria sequer adotada uma Constituição única para todos os novos Estados americanos e que, nela, fossem declarados os direitos inalienáveis.

Aliás, não se tinha acertado nem mesmo que cada um dos novos Estados cuidasse de elaborar uma Constituição. Isso só foi determinado mais tarde, porquanto, declarada a independência pelas treze colônias em 1776, com a consequente transformação delas em Estados soberanos, para a consolidação da separação definitiva da Coroa Britânica, percebeu-se a necessidade de uma completa reformulação na estrutura organizacional das ex-colônias, o que ensejou a adoção pelos novos Estados de suas próprias Constituições⁶¹⁷. Os fundamentos expendidos no texto da Declaração da Independência americana, esboçados por JEFFERSON, serviram de paradigma para a feitura das Constituições estaduais. Tanto isso é verdade que todas as Constituições estaduais, com exceção da de Nova York, cuidaram de fazer o elenco do *Bill of Rights*⁶¹⁸. Os maiores destaques vão para as cartas dos Estados da Virgínia⁶¹⁹ e da Pensylvania, ambas datadas de 1787, e a de Massachusetts, de 1780, que se escoraram nas ideias de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, albergando disposições sobre os direitos naturais, soberania popular, freios e contrapesos, conforme o pensamento dominante do Iluminismo⁶²⁰.

A maior referência normativa dentre as constituições estaduais, todavia, foi justamente o texto da *Declaração de Direitos da Virgínia*, publicado em 12 de junho de 1787, que trouxe a lume um documento com a normatização dos direitos humanos, ao preceituar, logo no artigo 1º, que todos os homens são, em razão de sua natureza, nas mesmas condições de igualdade, livres e independentes, e possuem direitos que lhes são inerentes, como os direitos de viver, de liberdade, de propriedade e de segurança⁶²¹. Aqui, os direitos à liberdade e à igualdade ganham foros de universalidade, de *uma razão universal*,

de poderes lhe pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe a segurança e a felicidade...” (COMPARATO, op. cit., p. 92). Ao justificar a colocação de JOHN LOCKE como a 44ª personalidade histórica mais influente da história, à frente de VOLTAIRE e THOMAS JEFFERSON, diz MICHAEL HART que ele “virtualmente expressou as principais ideias da Revolução Americana quase um século antes de sua eclosão. Sua influência sobre Thomas Jefferson é particularmente marcante e suas ideias penetraram também o continente europeu – em especial a França, onde constituíram fator indireto que levou à Revolução Francesa e à versão local da Declaração dos Direitos do Homem.” (Op. cit., p. 280).

⁶¹⁶ HART, Michael. Op. cit., p. 370.

⁶¹⁷ SCHWARTZ, Bernard. Los poderes del gobierno: comentario sobre la constitución de los estados unidos. Tradução José Juan Olloqui Labastida. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966. p. 13. PINTO FERREIRA conta que a organização política das colônias americanas, em 1776, era constituída de um governador escolhido pela Coroa, com atribuição muito assemelhada à do Monarca inglês, duas câmaras legislativas, uma alta e outra baixa, a primeira com membros nomeados pela Coroa e a segunda, com integrantes escolhidos por meio de eleição e de um judiciário composto de órgãos locais e intermediários, além de uma alta corte e uma última instância na Inglaterra, o Privy Council. (Princípios gerais do direito constitucional moderno. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. Tomo 1. p. 107-108)

⁶¹⁸ COMPARATO. Op. cit., p. 104.

⁶¹⁹ GEORGE WASHINGTON e THOMAS JEFFERSON eram da Virgínia e participaram da elaboração de sua Constituição. BENJAMIM FRANKLIN era da Pensylvania e contribuiu para a elaboração da carta do referido Estado.

⁶²⁰ FERREIRA. Op. cit., p. 108-109. Cf. ainda: COMPARATO. Op. cit., p. 94-95.

⁶²¹ ”Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais,

como a própria pessoa humana⁶²². Atestou que a autoridade, em verdade, pertence e emana do povo, constituindo-se, por isso mesmo, os magistrados, apenas *os seus mandatários, seus servidores* (art. 2º), e que a razão de ser do governo é a realização do bem comum, no escopo de buscar a *proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade*. A leitura desses dispositivos não apenas parece, como é mesmo a repetição do que constava do texto da Declaração de Independência, até porque, não se pode deixar de notar, JEFFERSON era da Virgínia e participou da elaboração da carta desse novo Estado. Por outro lado, chama a atenção, ainda, o fato de a Carta da Virgínia ter sido editada sob a nomenclatura *Declaração de Direitos da Virgínia*, o que descortina a elevada consideração do pensamento político de JEFFERSON a esse tema.

Se o respeito aos direitos fundamentais do cidadão era o centro da preocupação política do pensamento de JEFFERSON, naturalmente que ele, como um dos mentores da *Declaração de Direitos da Virgínia*, não deixaria de dar atenção para as delicadas questões filosófico-políticas que permeiam o exercício do dever-poder de punir. Certamente os arautos da Virgínia sentiram que de nada adiantaria dizer que o poder pertence ao povo, que dele é originado e que o seu exercício deve ter como finalidade atender os interesses daquele, caso não fossem preceituadas, ao lado da separação dos poderes, regras rígidas e claras quanto aos limites do direito de punir.

Por isso mesmo, as garantias na seara criminal não passaram despercebidas no texto do Estado da Virgínia. Quanto às garantias de Direito Penal material, naquele corpo normativo, rejeitou-se a adoção de leis com efeito retroativo, feitas *para punir delitos* anteriores ao fato identificado como criminoso (art. 9º) e foram abolidas as penas *cruéis e desumanas* (art. 11º). No pertinente ao processo penal, porém, a preocupação, como não poderia ser diferente, foi bem mais acentuada, de modo a inscrever entre os direitos catalogados naquela declaração o de *defesa* (art. 10º); *de contraditar e de produzir as provas que sejam a seu favor* (art. 10º); à celeridade processual (art. 10º); a um julgamento imparcial (art. 10º); a ser julgado pelo júri (art. 10º); de *não ser forçado a produzir provas contra si próprio* (direito do silêncio - art. 10º); de liberdade, salvo prisão determinada em *juízo de seus pares* (art. 10º); de não se sujeitar às *cauções excessivas; de exigir provas suficientes* (culpa sumária) para a ordem de prisão (art. 12º) e de *buscas em lugares suspeitos* (art. 12)⁶²³.

Do exame dos direitos fundamentais processuais penais estampados na Constituição da Virgínia, nota-se, sem muito esforço, o grau de prestígio conferido à extraordinária obra *Dos delitos e das penas*, de autoria do preclaro BECCARIA, publicada havia pouco tempo antes, em 1764⁶²⁴. Nada menos do que todas as disposições supramencionadas inseridas na *Declaração de Direitos da Virgínia* haviam sido defendidas por BECCARIA, em obséquio à dignidade da pessoa humana. Com efeito, BECCARIA, em seu livro, certamente influenciado pelo *Bill of Rights*, havia defendido a previsão do direito de defesa; a humanização e suavização das penas; a eliminação de penas cruéis como a tortura e a pena de morte; o julgamento pelo tribunal do júri, com garantia da imparcialidade; e, indo mais além, bradou pelo respeito ao direito de silêncio, que a prisão não ocorresse senão por ordem judicial embasada em culpa sumária; e elencou, também, como direito do réu, a publicidade e a celeridade do processo. Mas não pode deixar de ser levado em consideração, sem dúvida nenhuma, que a simpatia de JEFFERSON pelo *Bill of Rights* inglês foi determinante no sentido de fazer com que, no corpo da Constituição do Estado

ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.”

⁶²² “Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações.” (COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 38.)

⁶²³ Na segunda parte desse dispositivo, ao vedar a realização de buscas em lugares suspeitos senão mediante ordem embasada em provas suficientes, restou, ainda que implicitamente, resguardado o direito à inviolabilidade do domicílio

⁶²⁴ Portanto, o monumental livro de BECCARIA havia sido publicado doze anos antes da Constituição da Virgínia, sendo logo traduzido para o francês e recebeu plena adesão de vários pensadores do Iluminismo. Sobre esse assunto, cf. nº 1.3.1, supra.

da Virgínia, fossem inseridos os direitos fundamentais do cidadão. JEFFERSON, mais tarde, lutaria com tenacidade para que isso também fosse feito na Constituição Federal.

Sem embargo das constituições estaduais, sentiu-se, ainda, ser inevitável a elaboração de um documento solidificando a união entre os treze novos Estados, daí por que, através de convenção, foram redigidos os *Artigos da Confederação* (1781), porém contendo dois defeitos fundamentais, apontados por BERNARD SCHWARTZ: *“El primero provino del hecho de que la autoridad de la nación no descansa ba sobre el pueblo, sino sobre los estados. (...) El segundo .. Fue la falta de eficaz autoridad coercitiva de la Unión. Puesto que la autoridad del congreso de la Confederación no se extendia a los ciudadanos individuales de los diferentes estados, sus medidas sólo podían aplicarse si las ejecutaban los estados mismos.”*⁶²⁵

Não suprida a necessidade do estabelecimento de um comando central com eficácia para impor uma diretriz uniforme, principalmente em relação às questões de comércio⁶²⁶, convocou-se a Convenção da Filadélfia de 1787, cuja pauta era a revisão dos Artigos da Confederação. Todavia, os *notáveis* da Convenção formada por representantes dos novos Estados, de elevada estatura intelectual e moral, como GEORGE WASHINGTON (1732-1799)⁶²⁷, THOMAS JEFFERSON (1743-1826)⁶²⁸, BENJAMIN FRANKLIN⁶²⁹ e ALEXANDER HAMILTON⁶³⁰, foram muito além de suas atribuições e, com certa ousadia, deliberaram elaborar um documento novo, o que deveria ser aprovado pelo próprio povo, mediante convenções realizadas nos novos Estados, especialmente convocadas para esse fim⁶³¹. Nascia, aí, a venerável Constituição norte-americana, porém ela não trouxe uma declaração dos direitos funda-

⁶²⁵ Op. cit., p. 13-14.

⁶²⁶ Ibid., p. 15.

⁶²⁷ Ele foi um dos delegados do Estado da Virgínia e presidiu a Convenção Constituinte. Além de líder político, era um pensador, embora não tivesse o mesmo brilho de JEFFERSON, MADISON, HAMILTON e FRANKLIN. Possuía uma grande liderança militar, devido à participação nas guerras contra os franceses e ao comando das tropas americanas na Guerra da Independência. (Cf. HART. Op. cit., p. 178-179), atributo que preponderou em sua escolha como o primeiro Presidente dos Estados Unidos.

⁶²⁸ Era delegado pelo Estado da Virgínia. Foi o terceiro Presidente dos Estados Unidos. Como já foi dito, atribui-se a ele a redação da minuta da Declaração da Independência. Participou da elaboração da Declaração de Direitos da Virgínia, da Constituição Federal e das dez primeiras emendas que inseriram na Carta americana uma declaração dos direitos do homem. Desde o primeiro momento, defendeu a edição de uma Constituição Federal e que nela ficasse constando a declaração de direitos. Embora vencido na primeira oportunidade, persistiu nessa ideia até a sua materialização. Formado em Direito, falava quatro línguas (cinco ou seis) e apoiava-se nas ideias de LOCKE, filósofo que era de sua simpatia, assim como VOLTAIRE. Criou o Partido Democrático (Cf. HART. Op. cit., p. 363-371.).

⁶²⁹ Foi um dos delegados pelo Estado da Pensilvânia. Embora tenha se destacado mais na política, também foi um homem de negócios (nascido pobre, ficou rico com a impressão de jornal), da ciência (realizou pesquisas sobre a eletricidade e a ação dos relâmpagos e, ainda, criou vários objetos de extrema utilidade, como as lentes bifocais e o pára-raios) e da literatura (era reconhecido pelo talento em compor frases interessantes). (Cf. HART. Op. cit., p. 565).

⁶³⁰ Travou acirrados debates interessantes com JEFFERSON, uma vez que tinha uma visão política diferente. Na Convenção de Filadélfia, foi contrário à inclusão dos Direitos do Homem na Constituição, conseguindo vencer JEFFERSON, mas, depois, foram aprovadas as emendas. Em outro ponto fundamental, a polêmica entre os dois deu-se em função do Poder Judiciário, tendo HAMILTON defendido a incumbência deste quanto ao controle de constitucionalidade, o que era objetado por JEFFERSON. Formaram-se dois blocos políticos opostos, a ponto de os que apoiavam HAMILTON constituírem o Partido Federalista e os que seguiam JEFFERSON, o Partido Democrático. (Cf. HART. Op. cit., p. 367; COMPARATO. Op. cit., p. 104); ROCHA, Lincoln Magalhães. A constituição americana: dois séculos de direito comparado. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1987. p. 5).

⁶³¹ Ibid., p. 16. SCHWARTZ, debruçando-se sobre a atitude dos fundadores da Constituição americana, que haviam sido designados para o fim apenas de revisar os Artigos da Confederação, denuncia que *“... si para nuestros abuelos y nuestros padres la obra de los Constituyentes fue un ejemplar sagrado de la ciencia de estado norteamericana, en nuestros días el péndulo há oscilado un tanto hacia el outro lado. Ahora se nos dice que la Constitución fue menos un producto de sagacidad previsora, que un intento interesado de sus Autores para salvaguarda de sus propios intereses económicos.”* (Ibid., p. 16-17). O constitucionalista americano, contudo, reconhece que essa posição tomada não seria possível, caso não fossem os 55 integrantes da Convenção homens notáveis, uma assembleia de semideuses (Ibid., p. 17). De fato, nela estavam homens como THOMAS JEFFERSON, GEORGE WASHINGTON, ALEXANDER HAMILTON, BENJAMIN FRANKLIN, entre outras figuras ilustres da história americana. Reforçando esse aspecto, o autor em foco descobre que todos eles eram admirados e tinham representatividade: 39 tiveram assento no Congresso durante a vigência dos Artigos da Confederação; oito haviam subscrito a Declaração de Independência; oito ajudaram a redigir as Constitui-

mentais. Tentativa nesse sentido tinha sido feita, em virtude de proposta da lavra de GEORGE MASON, sugerindo que, no seu prefácio, a Constituição insculpisse um *Bill of Rights*, mas findou prevalecendo a tese de que a missão confiada à Convenção de Filadélfia se circunscrevia à reorganização política dos Estados Unidos e, ainda, o argumento de que a matéria pertinente aos direitos dos cidadãos já era objeto de regulamentação nas constituições estaduais, pelo que não havia motivo para a sua reiteração⁶³².

Vencido na primeira oportunidade, JEFERSON voltou a insistir na importância de inserir-se, na Constituição, a declaração dos direitos fundamentais, sendo, desta vez, os seus argumentos acolhidos, o que permitiu a JAMES MADISON, logo em 1789, durante a primeira legislatura do Congresso, fazer a proposta de emenda constitucional aditiva. Ao todo, foram aprovados dez artigos dos doze sugeridos, cada um sendo objeto de uma emenda distinta, daí por que as dez primeiras emendas à Constituição americana formam, justamente, a declaração dos direitos fundamentais americanos.

No estudo dessas Emendas, verifica-se que, na primeira, expressamente se afirmou o *direito de petição ao governo para a correção de injustiças*, garantindo-se mais do que o mero *direito de acesso ao Poder Judiciário*, na medida em que se sinalizou, propriamente, para o *direito de justiça*, que compromete não apenas o referido segmento do poder político, outrossim também o Legislativo, o Executivo e, de soslaio, submete as pessoas jurídicas e físicas integrantes do grupo social ao respeito dos postulados normatizados, sob pena de serem acionadas para esse fim. Como se nota, na *Declaração dos Direitos da Virgínia*, houve omissão em relação a esse direito, mas o direito de petição foi resgatado do *Bill of Rights* inglês, o que denota a atenção que as garantias nele preceituadas mereceram dos *iluminados* fundadores do constitucionalismo americano.

Em proteção à *liberdade*, à intimidade (vida privada) e à propriedade, a Quarta Emenda, em redação mais clara, fala no *direito à segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias*, submetendo estas a mandamento judicial, cuja expedição precisa dispor de *razão plausível*, amparada em *juramento* ou *declaração solene* (sumário de prova), com a efetiva descrição do local em que deva ser feita a busca e identificadas as pessoas ou coisas a serem apreendidas. Por essa via, reafirmou-se o que dispunha o art. 12 da Constituição da Virgínia.

Em outro passo, para evitar que o cidadão seja exposto a desgastes quanto à sua imagem por uma demanda criminal temerária, a Quinta Emenda, no seu primeiro enunciado, indo mais além do que previa uma das partes do art. 10 da Constituição da Virgínia, assegurou que, afora os casos referentes às forças armadas, aquele somente poderá ser *considerado réu*, após o *indiciamento ou denúncia* deliberada pelo júri de acusação (grand jury). Note-se que a garantia, aqui, não é propriamente do direito à presunção de inocência ou da não culpabilidade, mas de não admitir que uma pessoa seja considerada ré, antes de a imputação criminosa que lhe é feita ser aceita pelo Poder Judiciário, medida que, em visão mais alargada, permite a elaboração daquela presunção. Até porque a reminiscência desse postulado, muito provavelmente, advém da afirmação feita por BECCARIA, de acordo com a qual *não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz*⁶³³.

No seu segundo comando, a Quinta Emenda coíbe o *bis in idem*, e sinaliza para o respeito à coisa julgada – ninguém será sujeito duas vezes, *pelo mesmo crime, a penas que afetem sua vida ou integridade física*. Na sua terceira parte, reafirma o direito do réu *de não produzir provas contra si próprio*, conforme já estava expresso no art. 10 da Constituição da Virgínia, consolidando, assim, o *direito ao silêncio*. Na outra mensagem de conteúdo criminal, ainda contida na Quinta Emenda, repetiu-se a boa

ções de seus Estados; sete tinham sido chefes do executivo de seus Estados. Para finalizar sobre as credenciais desses notáveis, ele acrescentou: dos de ellos llegaron a ser presidentes; uno, vice-presidente; dos, presidentes de la Suprema Corte; tres, magistrados de la Suprema Corte; y seis gobernadores de los Estados. Dieciocho fueron elegidos para el Primeor Congreso después de entrar em vigencia la Constitución.” (Ibid., p. 17).

⁶³² De fato, o único Estado americano que não tinha a declaração dos direitos fundamentais era Nova York.

⁶³³ Op. cit., p. 56.

ideia inglesa declarada na Magna Carta (art. 39), consignando-se que *ninguém será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico*⁶³⁴, logo se tornando esse preceito um dos esteios do sistema americano⁶³⁵

Imiscuindo-se em aspectos processuais mais técnicos, porém não menos importantes para a garantia contra abusos, a Sexta Emenda à Constituição americana abonou o direito à imparcialidade do julgamento e à celeridade processual que já estavam ratificados no art. 10 da Declaração de Direitos da Virgínia, mas agregou o direito à publicidade do julgamento, como tinha pregado BECCARIA⁶³⁶. Em inovação interessante, noutra parte dessa Emenda, pinçou-se a regra do juiz natural, ao estabelecer que o julgamento seria no *distrito em que o crime foi cometido*, conforme prévia disposição em lei⁶³⁷. Realçando, ainda mais, o seu sentido protecionista, não se satisfazendo em confirmar os direitos de defesa, ao contraditório e à produção de provas, que já tinham merecido a atenção da Constituição da Virgínia (art. 10º), o legislador constitucional americano alçou a direito fundamental a *assistência de um advogado para a defesa do réu*.

Por fim, nas Sétima e Oitava Emendas, foram ratificados o direito ao julgamento pelo tribunal do júri, a vedação da estipulação de fianças ou multas excessivas e, também, a supressão das penas cruéis ou aberrantes. Como se verifica do exame dos dispositivos das Emendas que enxertaram a declaração dos direitos do homem na Carta constitucional norte-americana, no campo criminal, as garantias que foram objeto da Quarta, Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Emendas são diretamente relacionadas à matéria processual e, igualmente, foram previstas na Declaração de Direitos da Virgínia. Quanto às circunstâncias de essas declarações constarem também na Carta da Virgínia, isso não é de se estranhar, até porque quem, desde o início da feitura da Constituição americana, levantou a voz querendo a inserção de uma declaração dos direitos fundamentais foi GEORGE MASON que, juntamente com JEFFERSON e WASHINGTON, participou da redação da Constituição da Virgínia. A despeito da patente influência da Carta da Virgínia, na discussão do tema, o *Bill of Rights* inglês veio à baila, pois, como bem assinala COMPARATO, em uma das discussões envolvendo os notáveis da Assembleia de Filadélfia, HAMILTON, para rebater os argumentos de JEFFERSON que achava por bem a Constituição contemplar, em seu texto, uma declaração de direitos, em evidente sofisma, advertiu que *todas as declarações de direitos inglesas* tinham sido em forma de concessão dada pelo rei aos seus súditos, de modo “... que a expressão bill de direitos não se aplica a uma constiução expressamente fundada sobre o poder do povo, e cuja execução é confiada aos seus representantes e delegados imediatos. Nesta, não abandona o povo os seus direitos; e como conserva tudo, não tem necessidade de reservas particulares.”⁶³⁸

Mais uma vez, nesse documento histórico de relevante importância para a afirmação normativa dos direitos do homem, a presença da doutrina de BECCARIA se faz sentir de forma bastante marcante. Os princípios que não constavam nem na Constituição da Virgínia nem nas declarações inglesas, principalmente no *Bill of Rights*, os notáveis legisladores americanos foram haurir das lições brilhantes e inovadoras contempladas na obra *Dos Delitos e das Penas*, chegando, em alguns pontos, a inovar, como foram os casos das cláusulas constitucionais que aclamaram a vedação do *bis in idem.*, o respeito à coisa julgada e os direitos ao juiz natural e à assistência de um advogado.

Chama a atenção o fato de que, conforme *comunnis opinio doctorum*, se a Independência das

⁶³⁴ A redação da cláusula 39 da Magna Carta de 1215 estava assim posta: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, conta ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”

⁶³⁵ Consagrou a expressão *due process of law* que, germinada da *Parmênia law of the land* da Magna Carta inglesa, foi utilizada pela primeira vez em 1354, pelo Parlamento inglês. Cf. Itens 3.1, supra, e 9.1, infra.

⁶³⁶ Op. cit., p. 47

⁶³⁷ Note-se que diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro, no Código de Processo Penal, ao tratar da competência, elege, como regra geral, o local da ocorrência da infração como o juízo para o processo e julgamento do delito (art. 70 do CPP).

⁶³⁸ Op. cit., p. 104.

colônias, por si só, já representou um fato marcante na história, a consciência dos notáveis quanto à necessidade de uma Constituição Federal que cumprisse a missão de dar forma e fixar os limites da atividade governamental, deu início ao movimento constitucionalista, ao transferir o fundamento do poder da pessoa do rei para uma Carta que expressa o sentimento e a vontade do povo. Realçando esse aspecto, SCHWARTZ⁶³⁹ leciona que os *Fundadores*, em substituição ao poder do rei, “... *instituyeron el gobierno limitado ordenado por la Constitución. El documento orgánico es al mismo tiempo la carta y medida del poder gubernamental.*”⁶⁴⁰

Observe-se que a ausência de uma declaração formal dos direitos humanos na Constituição de 17 de setembro de 1787 não se deu pelo fato de não se acreditar que ela fosse um instrumento fundamental para a limitação do poder político. Como ficou registrado acima, desde o primeiro instante, THOMAS JEFFERSON e outros baluartes da Convenção da Filadélfia defenderam a necessidade de que a carta constitucional albergasse um *Bill of Rights*, porém findou sendo acolhida a tese de HAMILTON, no sentido de que isso não era preciso, uma vez que a declaração dos direitos do homem já constava nas constituições estaduais. Mas a consciência quanto a essa função política da declaração dos direitos do homem, sempre defendida por THOMAS JEFFERSON, não tardou a se alastrar na mente dos sábios americanos, de modo que, quando da Convenção de 1789 – portanto, dois anos depois –, realizada para o fim de que os Estados fizessem a ratificação da Constituição Federal editada, houve a exigência de que fossem incluídas as declarações, sendo aprovadas, por conseguinte, as dez Emendas acima esmiuçadas⁶⁴¹.

O resultado mais evidente do movimento de independência americano, conquanto tenha sofrido influência do pensamento iluminista, principalmente de figuras eminentes, como LOCKE, VOLTAIRE e outros, foi a criação de um modelo constitucional peculiar, em que o poder possui a sua *autoridade e legitimidade* fundamentadas na Constituição, sendo ela o pacto social que expressa a vontade do povo – o verdadeiro titular do poder político. Nessa ideia, sendo o povo o titular do poder, quem o exerce o faz em nome daquele, daí por que não há de falar-se em soberano e súdito, mas em representante e cidadão, até porque o exercício do poder é limitado, antes de tudo, pelos direitos do homem.

Alguns doutrinadores, a exemplo de PINTO FERREIRA, afirmam que o conteúdo novo do *constitucionalismo*, germinado da obra da Convenção da Filadélfia, exprime-se pela concepção de que a Constituição é instrumento para a limitação do poder que, para cumprir com eficiência essa missão, confia na *separação das funções* desempenhadas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, para obter essa limitação no plano vertical, e no federalismo para assegurar aos Estados-membros independência entre si e nas relações com a União, sistema que é complementado com as regras da república democrática e do controle judicial das leis, que é a forma de manter a higidez da Magna Carta⁶⁴².

3.3 – Declaração dos direitos do homem e do cidadão: Revolução Francesa.

O pensamento iluminista, conforme foi visto, contestava o absolutismo do poder, arraigado à ideia de que aquele era, antes de tudo, a *razão*, produto do homem, daí por que, em rigor, ele pertencia ao homem, e não a uma pessoa nem muito menos era uma manifestação divina. Assim, o exercício do poder

⁶³⁹ Op. cit., p. 45.

⁶⁴⁰ Por isso mesmo, “Para la Constitución de los Estados Unidos – dijo el magistrado Wilson en una causa de 1793 – la palabra soberano es totalmente desconocida” (SCHWARTZ. Op. cit. p. 46).

⁶⁴¹ Corroborando essa assertiva, PINTO FERREIRA esclarece que, promulgada a Constituição americana de 1787, não ficou nela encartada uma declaração de direitos, devido à circunstância de ela já constar das cartas magnas dos Estados-membros, porém “... dois anos mais tarde, em 1789, foram acrescentados 10 artigos à constituição da União, como uma declaração de direitos contida na própria carta fundamental e suprema, a que se submeteriam naturalmente os sistemas adotados pelos Estados-membros. Essa declaração de direitos do homem que, assim, não estava contida no texto da constituição de Filadélfia, proposta pela convenção americana de 1787, foi mesmo exigida pelas próprias convenções estaduais encarregadas de examiná-la” (Op. cit., p. 109)..

⁶⁴² Op. cit., 110.

não era absoluto, pelo contrário, encontrava limite maior no necessário respeito aos direitos inalienáveis do homem. Essa doutrina iluminista de que o *poder* é forjado do *pacto* (consentimento) dos governados e que ele não é para *ser servido*, mas sim para *servir* ao homem, já tinha sido objeto da *Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral*, em 4 de julho de 1776.

Não se quer dizer, com isso, que a doutrina da soberania popular e dos direitos humanos tenha sido originada pelos notáveis americanos ou com a redação da Declaração da independência norte-americana, até porque, como se afirmou acima, as ideias do direito à revolução e do pacto social como o instrumento de formalização e legitimação do poder político foram hauridas das lições de LOCKE e MONTESQUIEU. O amplo movimento reformista do Estado embasado no pensamento de que ele deve servir ao homem, e não este àquele, principiado com o Renascimento, ganha fôlego maior com o suporte filosófico-político emprestado pelos iluministas. ROUSSEAU, amparado na doutrina de LOCKE, em *O contrato social*, confirmou a relatividade do poder do Estado, limitado sobretudo em razão dos direitos naturais pertinentes a todo homem e, ao lado de MONTESQUIEU, transformou-se em um dos pensadores mais influentes dos revolucionários franceses⁶⁴³.

Embora tenha como pano de fundo o mesmo pensamento filosófico, o movimento francês guarda peculiaridade distinta do americano, até porque este foi um movimento separatista, enquanto aquele teve em mira romper o sistema político do Estado para instaurar outro, cujo poder político, embasado na premissa de que ele emana do homem e deve respeitar os direitos naturais deste, não seria pertinente apenas à França, mas a todos os povos. Com propriedade, CARL SCHMITT⁶⁴⁴ tece comentário sobre esse detalhe, ao reconhecer que, apesar de todas as conexões *históricas*, há um conteúdo distinto na declaração francesa em relação à americana, porquanto “*En la Declaración francesa se da por supuesto el concepto de ciudadano, y se continúa un Estado nacional ya existente; no se errige, como en las colonias americanas, un nuevo Estado sobre unas nuevas bases.*” Essa característica é importante, e talvez explique o porquê de, na história, ressaltar-se, com mais veemência, a importância da declaração dos direitos do homem emitida pelos franceses. Ademais, ao contrário do que sucedeu no caso americano, a primeira providência dos comandantes da Revolução Francesa de 1789, forjada pelo movimento iluminista que forneceu a base filosófica da reconstrução do Estado francês, foi estabelecer uma *declaração dos direitos do homem*, deixando para depois a tarefa de redigir uma Constituição, até porque esta deveria ser escrita em consonância com esses direitos naturais, agora positivados no ordenamento jurídico, os quais deveriam ser observados por todos, até mesmo pelo constituinte.

Os revolucionários franceses, acreditando que professavam a verdade das verdades – ao contrário dos americanos que estavam mais preocupados em concretizar a sua independência e criar o seu próprio regime político –, “... julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos em todos os tempos vindouros.”⁶⁴⁵ TOCQUEVILLE, apud COMPARATO, atento para esse espírito de universalismo militante da Revolução Francesa, disse⁶⁴⁶:

Vimo-la (a Revolução Francesa) aproximar ou separar os homens, a despeito das leis, das tradições, dos temperamentos, da língua, transformando por vezes os compatriotas em inimigos e os estrangeiros em irmãos; ou antes, ela formou, acima de todas as nacionalidades particulares, uma pátria intelectual comum, da qual os homens de todas as nações puderam tornar-se cidadãos.

⁶⁴³ ROUSSEAU chega a ser considerado, por muitos, como o pai espiritual da Revolução Francesa

⁶⁴⁴ Teoria de la constitución. Madrid: Alianza editorial, 2001. p. 166.

⁶⁴⁵ Ibid. p. 166.

⁶⁴⁶ Ibid., p. 116. Ressaltando esse aspecto, COMPARATO, em citação a DUQUESNOY, assevera que “Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.” (Ibid. p. 116).

Isso explica a circunstância de, em pouco tempo, a filosofia de respeito aos direitos dos homens dos franceses ultrapassar os limites da Europa, indo muito além, fazendo-se sentir em regiões longínquas, como a Índia, a Ásia Menor e a América Latina. Há registro de que, na Conjuração Mineira de 1789, as ideias revolucionárias francesas já tinham chegado ao Brasil⁶⁴⁷. Os lemas da Revolução Francesa – *liberdade, igualdade e fraternidade* – constituíram o discurso dos movimentos de contestação dos regimes totalitários, cuja densidade estava inserta na declaração dos direitos do homem. Que essa declaração, tal como enunciada pelos revolucionários, era uma das bases do pensamento filosófico dos iluministas, isso é indubitável, e, conforme foi demonstrado, a ideia humanística subjacente nesse movimento serviu de lastro para a independência americana e a sua correspondente declaração dos direitos do homem. Todavia, a influência do texto americano – com especial destaque para a declaração da Constituição do Estado da Virgínia – parece irrefutável e merece consideração a assertiva de COMPARATO de que THOMAS JEFFERSON⁶⁴⁸, em 1789, exercia as funções de embaixador dos Estados Unidos perante a Corte francesa e “... inspirou a redação do primeiro projeto de declaração de direitos, depositado por LAFAYETTE junto à Mesa da Assembleia em 11 de julho.”⁶⁴⁹ Três outras circunstâncias mencionadas por COMPARATO como fundamento para mostrar que a declaração de direitos americana foi uma das fontes do trabalho dos revolucionários franceses não devem ser deixadas de lado: a primeira, que as Constituições dos treze Estados americanos, pouco antes da instalação da Assembleia de Versalhes, tinham sido traduzidas para o francês; a segunda, que JEFFERSON havia oferecido ao deputado RABAUD DE ST. ETIENNE o projeto de uma Carta de Direitos; a terceira, que nos debates da Assembleia Nacional, em diversas passagens, os deputados fizeram menção aos exemplos da *América*⁶⁵⁰.

Consoante adverte KONDER COMPARATO, muito embora, no seu art. 1º, esteja dito que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, assim como sucedeu com a Declaração de Independência Americana, o documento solene não teve em conta a preocupação com “a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.”⁶⁵¹

Da leitura do documento francês, tem-se que, dos seus dezessete dispositivos, três possuem conteúdo eminentemente processual, conforme se observa da leitura dos arts. 6º, 7º e 9º, sem que isso tenha representado, efetivamente, nenhuma novidade além do que já havia sido proclamado solenemente nas Cartas inglesa e americana. A declaração francesa dos direitos do homem teve mais consistência em relação às questões de ordem política e que diziam respeito à liberdade individual civil da pessoa. Isso justifica o fato de o catálogo de direitos do homem francês, em sua expressão formal, em que pese a repercussão que a obra de BECARRIA havia tido no meio do movimento iluminista, não conter a mesma densidade normativa verificada na Constituição americana.

Com efeito, o art. 6º apenas reforçou o direito de igualdade de todos perante a lei. Noutro passo, o art. 7º, na medida em que tornou clara a necessidade de obediência ao princípio da legalidade quanto à imputação criminosa e à prisão ou detenção, ressaltou, vagamente, sem estabelecer qualquer parâmetro, que, em todo o caso, devem ser cumpridas as formalidades previstas nas leis. Não cuidou, sequer, de adiantar alguns requisitos, como sabiamente já tinham feito as declarações inglesas e americanas. De modo tão lacônico quanto o outro, no art. 9º, malgrado tenha redigido, com letras fortes, que o homem se presume *inocente até que tenha sido declarado culpado*, ao tratar da prisão antes desse julgamento,

⁶⁴⁷ Por isso mesmo, foi criado o mito em relação a Tiradentes, como símbolo do movimento republicano (BUENO, Eduardo. Brasil: uma história. 2. ed. rev. São Paulo: Ática, 2003, p. 131.

⁶⁴⁸ Na biografia de THOMAS JEFFERSON, consta que ele foi embaixador na França, só retornando para os Estados Unidos no final do ano de 1789. (HART. Op. cit., p. 367).

⁶⁴⁹ COMPARATO. Op. cit., p. 129.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 129-130.

⁶⁵¹ São os chamados direitos humanos de primeira geração.

contentou-se em dizer, apenas, que, de todo modo, sendo *indispensável detê-lo*, a medida pode ser adotada, cabendo à lei reprimir *todo o rigor desnecessário* empregado.

Nota-se, assim, que as ideias lançadas por BECCARIA no livro dos *Delitos e das penas* exerceu, sim, importante influência na declaração dos direitos do homem direcionados à limitação do direito de punir, até porque, as ideias do marquês, conforme foi salientado, tiveram grande repercussão entre os arautos do movimento iluminista, diante da peculiaridade com que foram abordadas e demonstradas as arbitrariedades praticadas pelo Estado, desrespeitando os direitos mais básicos da pessoa humana, a pretexto de buscar a punição dos infratores.

3.4 – Internacionalização dos direitos fundamentais.

O liberalismo experimentado com essa declaração de direitos humanos, nada obstante embasado na segurança da legalidade e na cláusula da igualdade perante a lei, deixou milhares de pessoas desassistidas, o que motivou a inauguração de novos direitos humanos, agora nas dimensões econômicas e sociais, cuja consolidação se deu nas Constituições mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919, como legado do movimento socialista principiado na primeira metade do Século XIX.

Sem embargo do caráter universal dos direitos humanos em sua própria essência, já na segunda metade do Século XIX, sobreveio a fase de formalização dessa dimensão internacional dos direitos humanos. O primeiro documento normativo que expressou essa ideia no plano internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, vindo a sedimentar-se essa dimensão ao fim da Segunda Guerra Mundial, mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Como acentua Flávia Piovesan, depois da Declaração Universal de 1948, que trouxe uma nova concepção de direitos humanos, inicia-se a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais, com a construção de um amplo sistema normativo, por ela denominado de *sistema normativo global de proteção dos direitos humanos*, constituído por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Sociais e Culturais de 1966), e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções Internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação.

Na fase atual da internacionalização dos direitos humanos, a despeito do sistema normativo global, ou seja, da declaração universal pela Organização das Nações Unidas – ONU, surgiu o processo de internacionalização dos direitos humanos no plano regional, como são os casos da Europa, América⁶⁵⁴ e África. Tendo em conta a pluralidade de documentos internacionais e nacionais com o catálogo de direitos fundamentais, o Direito Internacional tem recomendado a adoção do princípio de que, ocorrendo eventual hipótese de antinomia entre o direito interno de um país e um tratado ou convenção, ou mesmo entre uma declaração geral e uma regional, deve preponderar, sempre e sempre, a regra que mais protege⁶⁵⁵.

⁶⁵² Cf. item 7.2.7, *infra*.

⁶⁵³ O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

⁶⁵⁴ A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrou em vigor em 1978, fazendo dela parte 25 dos 35 países membros da Organização dos Estados Americanos – OEA. O Brasil somente aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992.

⁶⁵⁵ TRINDADE. *Op. cit.* p. 25. Esse sentido protetivo dos direitos fundamentais foi o que orientou o movimento humanitário promovido pela Escola Clássica, daí que o Direito Criminal, em sua origem, não foi concebido como um instrumento de força, mas sim como limite do poder de punir, cuja regra mais saliente foi a da legalidade, impondo ao Estado obediência à lei. Essa perspectiva garantista do Direito Criminal foi perdida com a Escola Positiva e, depois de recuperada pela Escola da Nova Defesa Social, encontra suas vigas mestras na ossatura dos direitos fundamentais insertos na Constituição de 1988.

3.5 – Constitucionalização dos direitos do homem.

Depois da declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, o movimento constitucionalista teve como uma de suas características marcantes a inserção, em seu texto, de um *Bill of Rights*. Isso foi fomentado diante da concepção de que a limitação do poder político se escora, de um lado, na garantia dos direitos fundamentais e, de outro, na separação das funções dos poderes aos quais é confiada a ação política em nome do povo, verdade reconhecida e exaltada na declaração de 1789, mediante a assertiva de que “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.” (art. 16)⁶⁵⁶.

A partir daí, até os dias de hoje, vem sendo mantida a tradição de que, nas Constituições, venham enunciados os direitos fundamentais. Há, todavia, divergência doutrinária quanto à primeira Constituição a incorporar, em seu corpo, a declaração desses direitos. Alguns doutrinadores brasileiros tributam a precedência à Constituição Imperial de 1824. Sem desconhecer os enunciados anteriores, JOSÉ AFONSO DA SILVA coloca que, sob a perspectiva da *subjetivação e positivação* dos direitos do homem e consequente *concretização jurídica efetiva*, a Constituição do Brasil de 1824 deve ser considerada a primeira no mundo a inscrever uma declaração desses direitos, anterior, assim, à da Bélgica de 1821, que tem merecido, de alguns doutrinadores, a homenagem pela primazia⁶⁵⁷.

Interessando-se pela discussão, EDILSON NOBRE JÚNIOR⁶⁵⁸, em alentado estudo, indica dois textos constitucionais anteriores à Carta Imperial de 1824: a *Royal Charter de Rhode Island* de 1663 e a Constituição francesa de 3 de setembro de 1791. Afirma o ínclito professor e desembargador federal, com respaldo nas palavras de GARCÍA DE ENTERRÍA, que a Carta da referida colônia americana consagrou a liberdade religiosa e de consciência, matriz dos direitos fundamentais de opinião, de imprensa e de reunião. Agrega, ainda, com inteira razão, que não procede a alegação de que não se tratava de um Estado soberano, porquanto, ainda que, quando da edição da mencionada Carta, *Rhode Island* fosse apenas uma colônia na América do Norte, com a Independência Americana, ela alcançou a categoria de entidade política autônoma, status no qual permaneceu até o advento da Constituição Federal americana de 1787, portanto, durante um período de onze anos⁶⁵⁹. Contudo, essa Carta não continha, propriamente, um elenco de declaração de direitos fundamentais, porquanto restringiu-se em anunciar, apenas, as liberdades religiosa e de consciência, muito aquém, como se vê, do que estava plasmado em outros documentos constitucionais, como era o caso da Constituição do Estado da Virgínia, que, do mesmo modo, com a Independência Americana, ainda que por lapso temporal efêmero, gozou de autonomia política plena.

Na defesa de que a outra referência constitucional antecedente à Carta brasileira é a Constituição francesa de 1791, EDILSON NOBRE lembra que esta continha o enunciado de direitos fundamentais como a igualdade, a liberdade de locomoção, opinião, reunião, o direito de petição e a garantia da inviolabilidade da propriedade⁶⁶⁰. Não se há de concordar, porém, com a assertiva de que a Constituição francesa de 1791, publicada dois anos depois da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), pode vir a ser considerada, em detrimento da Constituição americana de 1787, como o primeiro texto constitucional a albergar os direitos fundamentais, apenas pelo fato de, nesta, essa categoria de direitos ter sido incorporada somente em 1789, com a aprovação de suas primeiras emendas⁶⁶¹. Naturalmente que, em certo sentido, não se pode deixar de dar razão ao autor, porém, em termos efetivos,

⁶⁵⁶ Note-se que o realce em relação aos direitos fundamentais como limitação ao poder político é de tal ordem que, no histórico art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ele está mencionado antes mesmo da própria separação dos poderes.

⁶⁵⁷ Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 152.

⁶⁵⁸ Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 15.

⁶⁵⁹ Ibid. p. 15. Nesse passo, o autor busca apoio em posição defendida por GARCÍA PELAYO.

⁶⁶⁰ Ibid., p.18.

⁶⁶¹ EDILSON NOBRE rejeita a Constituição americana como antecedente histórico à francesa, sob o enfoque de que a declaração

não há margem a dúvidas de que, tenha vindo na redação originária ou não, a normatização dos direitos fundamentais na Constituição americana é anterior à francesa. Ademais, conquanto se reconheça que a Constituição francesa de 1791 – que tinha como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – tenha acrescentado, sob a epígrafe *Disposições fundamentais garantidas pela Constituição*, alguns direitos vitais ao ser humano – a exemplo da liberdade religiosa e de reunião pacífica –, em sua essência, ela foi uma mera repetição do que já estava assegurado naquele documento revolucionário que lhe foi incorporado como exórdio. Por outro lado, até mais do que a própria Declaração dos Direitos de 1789, a Constituição de 1791 foi extremamente lacônica quanto ao que ela prescreveu como direito fundamental, muito distante da efetiva substância emprestada a esses preceitos na Constituição americana e – há de reconhecer-se – na Carta Imperial brasileira.

Que a Constituição Imperial de 1824 detinha força *subjéctiva e positiva* maior do que a francesa de 1791, não há a menor dúvida e aqui não se pode deixar de concordar com AFONSO DA SILVA. Mas o mesmo não pode ser dito em relação à Constituição americana, com os seus enxertos promanados das emendas aprovadas em 1789. Conforme foi visto acima, as emendas aprovadas ao texto da Carta americana foram substanciosas tanto na enumeração quanto no esgarçamento do conteúdo, conferindo aos direitos fundamentais energia *subjéctiva e positiva*.

De todo modo, pode-se dizer que a Constituição de Portugal de 1822, mesmo com a sua efêmera vigência, em seu texto, conforme anuncia CANOTILHO⁶⁶², “... incorporava no Título I o catálogo dos direitos e deveres individuais sobre a epígrafe Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses.” Logo, ela é um registro histórico de constituição anterior à brasileira, que continha, em seu texto, uma declaração dos direitos fundamentais. O Professor de Coimbra acentua, ainda, que os direitos fundamentais cunhados na primeira Constituição portuguesa eram *rigorosamente direitos individuais (pessoais)* mais de garantia do que de liberdade, justamente a característica que assinala o catálogo estampado na Carta brasileira de 1824, o que não parece ser uma mera coincidência.

O entrelaçamento das ideias constitucionais entre os dois países existia, até porque – ver-se-á adiante –, como o Brasil era colônia portuguesa, no primeiro instante, a Constituição elaborada em Portugal ia ser aplicada aqui, no Brasil. Houve até juramento nesse sentido, e D. JOÃO chegou a determinar a eleição de procuradores das cidades e vilas mais importantes, especificamente para o fim de estudar a Constituição de Portugal e adaptá-la à realidade brasileira. Não se desconhece, como será mais à frente ressaltado, que as divergências com Portugal e o gradual distanciamento entre os dois países levaram à convocação de uma Assembleia Constituinte brasileira e que a Constituição de 1824 foi elaborada, efetivamente, por um Conselho constituído no Brasil e outorgada pelo Imperador. Mas não se há de ter dúvidas de que o tratamento dispensado aos direitos fundamentais na Carta portuguesa serviu de guia para o constituinte brasileiro. Recorde-se, ainda, que a elite dos juristas brasileiros havia sido formada nos bancos das universidades lusitanas. E não é só: conforme os próprios constitucionalistas portugueses reconhecem, na Constituição de Portugal de 1826, o que se teve de mais inovador foi a previsão do poder moderador, instituto que já se encontrava incorporado à nossa Constituição de 1824, devido à inteligência de BENJAMIN CONSTANT⁶⁶³, fato que confirma a interação e contínua troca de informações entre os intelectuais dos dois países⁶⁶⁴, mesmo depois da Independência do Brasil.

de direitos, como já foi visto, não veio com a sua edição, mas apenas posteriormente, com as aprovações das dez emendas, em 1789 (Ibid., p. 17).

⁶⁶² Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 282.

⁶⁶³ Esse aspecto é ressaltado por JORGE MIRANDA (Op. cit. p. 144).

⁶⁶⁴ A identidade entre os dois países era tanta que JORGE MIRANDA, ao tratar dos Sistemas e famílias constitucionais no mundo, chega a considerar que a similitude do tratamento constitucional das Cartas de Portugal e Brasil, antes da Proclamação da República nos dois países, permite falar-se que, na época, existia uma família ou subfamília constitucional luso-brasileira. (Op. cit., p. 144).

Capítulo 4

HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Após a revisitação às reminiscências históricas da normatização dos direitos fundamentais, a preocupação agora deve ser com o tratamento dispensado pelas Constituições brasileiras ao tema. Conforme foi visto, por influência das teorias políticas em voga na Europa, que giravam em torno, principalmente, do Liberalismo, a declaração de direitos essenciais encontraram abrigo na promulgação da Constituição de 25 de março de 1824, não deixando, a partir de então, de ostentar status constitucional em nosso meio. A disciplina a esse respeito foi tão incisiva que doutrinadores, como JOSÉ AFONSO, se animaram a apontar a Constituição Imperial de 1824 como a primeira Constituição no mundo a substantivar e positivizar os direitos fundamentais de forma efetiva⁶⁶⁵. Daí em diante, todas as constituições brasileiras, a exemplo da atual, contemplaram os direitos fundamentais, enunciando-os sob a forma de princípios constitucionais, que, no regime da Carta de 1988, tem como função *fundamental, interpretar e suprir a ordem jurídica*.

Com a clarividência que lhe é peculiar, PAULO BONAVIDES, com inteiro domínio do assunto, mostra que quem se dispuser a analisar, com a devida profundidade, a evolução constitucional do Brasil irá identificar, sem muito esforço, que essa parte da nossa história é demarcada por três etapas bem distintas. Ei-las, de conformidade com a palavra do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará: “a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do século XX.”⁶⁶⁶

Do exame detalhado dos princípios elencados nas Constituições brasileiras, primacialmente na atual, que exprimem a positivação dos direitos fundamentais do homem em nosso sistema, observa-se que o maior número deles tem em mira estabelecer aquilo que podemos denominar *legalidade constitucional* quanto ao exercício do direito de punir ou limitações ao exercício do direito de punir ou, em outras palavras, o devido processo penal.

4.1 – Época imperial.

As agitações filosófico-políticas da Europa, alimentadas pela Declaração da Independência Americana e pela Revolução Francesa, não tardaram a se fazer sentir em Portugal e no Brasil que permaneceu como colônia portuguesa até o começo do Século XIX.⁶⁶⁷ Assinala CLÁUDIO PACHECO⁶⁶⁸ que o mo-

⁶⁶⁵ Essa afirmação foi refutada no n° 3.5, supra.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 290.

⁶⁶⁷ Cf. GOMES, Laurentino. 1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

⁶⁶⁸ *Novo tratado das constituições brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 39.

vimento constitucionalista no Brasil, propriamente, só se iniciou em 1821, “... como um eco dos acontecimentos que, no ano anterior, se deram em Portugal, com o caráter de pronunciamento revolucionário, que levantou o lema de uma *regeneração política da nação portuguesa*”. A nova concepção de Estado democrático-liberal, cujas linhas mestras deviam estar assentadas em uma Carta Constitucional, na qual estivessem assegurados a divisão dos poderes e os direitos dos homens⁶⁶⁹, como movimento filosófico-político universal, impôs a necessidade da adoção de uma Constituição em Portugal⁶⁷⁰ e no Brasil⁶⁷¹.

O movimento constitucionalista brasileiro, embutido nas ideias filosófico-políticas que deram suporte à Independência Americana e à Revolução Francesa, a par de pregar os postulados da separação dos poderes e da declaração dos direitos fundamentais, defendia ideias como a República e o federalismo que conduziam, necessariamente, à independência do Brasil. As divergências com Portugal, portanto, eram muitas e profundas, o que transbordou, inevitavelmente, para a resolução quanto à edição de uma Constituição própria para o Brasil. Para tanto, D. Pedro I, na qualidade de Príncipe Regente do Brasil, convocou, pelo Decreto de 3 de junho de 1822⁶⁷², uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa. Realizados os trabalhos *constituíntes*, submeteu-se à apreciação do Imperador o *Projeto de Constituição para o Império do Brasil, elaborado pela Comissão da Assembleia Constituinte*, porém o Príncipe Regente, por meio do Decreto de 12 de novembro de 1823, diante divergências verificadas no processo legislativo, houve por bem dissolver a comissão⁶⁷³. No mesmo decreto, o *Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil* disse que tinha resolvido pela dissolução da Assembleia Constituinte, pelo fato de ela ter

⁶⁶⁹ No Brasil colônia, o poder monárquico era absoluto, não continha divisão nem qualquer forma de participação popular. Era altamente discricionário e estendia-se por todo o longo território nacional por meio da delegação de poderes a governadores-gerais. Não havia, assim, limites para o governo, ante a ausência da divisão dos poderes e da declaração de direitos fundamentais, agravado pelo caráter unitário.

⁶⁷⁰ A primeira Constituição de Portugal data de 23 de setembro de 1822, elaborada de acordo com os princípios liberais da Revolução Francesa, tendo como eixo a titularidade do poder pelo povo, a adoção do sistema representativo e a consagração dos postulados da separação dos poderes e da igualdade jurídica. Todavia, a sua vigência não foi superior a pouco mais de dezoito meses, muito embora somente tenha sido promulgada outra em 1826. (SILVA JÚNIOR. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 127). Ocupando-se do inusitado, CANOTILHO revela que a nova Constituição só foi promulgada em 1826 e, a despeito de ter conservado a declaração dos direitos do homem, perdeu o viés liberal da Revolução Francesa, comprometeu a democracia em privilégio do princípio *monárquico* embasado na hipertrofia do Rei e previu a separação dos poderes apenas simbolicamente, na medida em que não estabeleceu a real divisão de suas funções. (CANOTILHO. *Direito constitucional*. p. 282-295).

⁶⁷¹ A notícia dos trabalhos constituíntes em Portugal chegou ao Brasil no ano de 1821. A ideia era, naturalmente, que a Constituição lusitana viesse a valer, igualmente, no território brasileiro, e houve, até mesmo, precipitadamente, juramento antecipado de que aquela Carta seria aqui aplicada (PACHECO. Op. cit., p. 39.). D. JOÃO VI, com receio de que o movimento constitucionalista tivesse as mesmas consequências das que precipitaram a Independência Americana e a Revolução Francesa, logo tratou de expedir o Decreto de 18 de fevereiro de 1821, assegurando que a Constituição de Portugal seria adotada no Brasil, mas ressaltou que alguns dispositivos daquela Carta poderiam não ser aplicáveis aqui, razão pela qual determinou a eleição de procuradores das Câmaras das cidades e vilas principais, para estudar e adaptar o seu texto à realidade brasileira. Todavia, pressionado pelas tropas portuguesas estabelecidas no Rio de Janeiro, D. JOÃO VI voltou atrás e, mediante o Decreto de 24 de fevereiro de 1821, aprovou a aplicação em nosso território da Constituição de Portugal. Isso não foi suficiente para contentar o *movimento* que se instalara em Portugal, o que exigiu a volta de D. JOÃO VI a Portugal, mas, ainda assim, a *pressão* continuou no sentido de que D. PEDRO I, que aqui ficara encarregado do *governo provisório*, também regressasse à Côte. Isso precipitou a famosa decisão do Príncipe de aqui permanecer, conhecida na história como *O dia do fico*, declaração datada de 9 de janeiro de 1822 (Cf. PACHECO. Op. cit., p. 36-49.).

⁶⁷² A convocação, por conseguinte, deu-se antes da Independência do Brasil, mas esta, que somente ocorreu formalmente em 7 de setembro de 1822, foi apenas a consolidação de um processo que contava com vários antecedentes importantes, sendo o maior deles a convocação da Assembleia Constituinte meses antes. Indica PINTO FERREIRA que, durante todo o período do Império brasileiro, a sua estrutura ideológica e constitucional estava assentada sobre a base econômica da monocultura latifundiária do açúcar e na força de trabalho escravo. A revolução da independência foi dirigida pelos fazendeiros, senhores de engenho e comerciantes das grandes capitais das províncias, que contavam com representações no parlamento, no governo, no clero e nas camadas sociais de importância (*Princípios gerais do direito constitucional moderno*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. Tomo 1. p. 121).

⁶⁷³ DIAS, Floriano Aguiar. *Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1975. p. 79. Foi justamente a agitação ideológica em prol da definição da libertação do Brasil da vinculação política de Portugal que fez com que D. PEDRO I

“... perjurado ao tão solene juramento, que prestou à Nação, de defender a integridade do Império, sua independência e a minha dinastia, e prometeu que o novo texto seria *duplicadamente mais liberal* do que o projeto que havia sido levado a seu conhecimento pela extinta Assembleia .

Desse modo, a elaboração da *Constituição Política do Império do Brasil*, outorgada autoritariamente em 25 de março de 1824, foi obra confiada a um Conselho de Estado integrado por dez membros da confiança do Imperador⁶⁷⁵, na qual se consagrou, ainda que formalmente, o Governo monárquico hereditário, constitucional e representativo⁶⁷⁶, sendo assegurados a separação dos poderes e o respeito aos direitos dos cidadãos, cumprindo, assim, a advertência estampada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em análise do conteúdo da Constituição em foco, que tinha apenas 179 artigos e 8 títulos, RAUL MACHADO HORTA⁶⁷⁷ anota que, em linhas gerais, a Constituição outorgada se contentou em estabelecer a organização dos poderes políticos e definir os direitos fundamentais.

Quanto à divisão dos poderes políticos, a disciplina da Constituição Imperial não rendeu homenagens à teoria de MONTESQUIEU – consagrada na Inglaterra e que se espalhou pelos Estados europeus modernos –, da tripartição dos poderes, seguindo-se, nesse particular, a teoria dos quatro poderes de BENJAMIN CONSTANT⁶⁷⁸. Na teoria, o Poder Moderador serviria de ponto de equilíbrio no funcionamento dos demais poderes, como uma espécie de órgão controlador. A Constituição Imperial, ao proclamar, no art. 98, que o Poder Moderador era a “... chave de toda a organização política, competindo a ele velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”, elegeu-o como o *principal órgão da organização política do Brasil*, cujo exercício recaía, como não era de ser diferente, na pessoa do Imperador⁶⁷⁹. No exercício do Poder Moderador, o Imperador, além da ampla ingerência no Legislativo, tinha a possibilidade de imiscuir-se em assuntos da economia interna do Judiciário, na medida em que detinha competência para suspender os juizes de suas funções jurisdicionais, sem embargo do direito de conceder anistia, de, até mesmo, perdoar ou moderar as penas impostas nas sentenças judiciais⁶⁸⁰.

A declaração dos direitos fundamentais estava bem tratada na Constituição de 1824, inscrita que foi nos 35 incisos do art. 179, tendo como norte, conforme o caput desse artigo, a *liberdade, a segurança individual* e a propriedade. Muito embora, topograficamente, o projeto de Constituição apresentado pela

provocasse o contragolpe conservador. (Ibid., p. 122).

⁶⁷⁴ Ibid. p. 122.

⁶⁷⁵ O Decreto de 13 de novembro de 1823 criou o Conselho de Estado e nomeou os seus respectivos membros: seis Ministros Conselheiros de Estado natos; o Desembargador do Paço ANTÔNIO LUIZ PEREIRA DA CUNHA; os Conselheiros da Fazenda BARÃO DE SANTO AMARO, JOSÉ JOAQUIM CARNEIRO DE CAMPOS e MANOEL JACINTO NOGUEIRA DA CUNHA. (Ibid. p. 122).

⁶⁷⁶ Arts. 1º a 3º da Constituição Imperial. O sistema era parlamentarista, porém, principalmente durante o reinado de D. PEDRO II, o Imperador concentrou em torno de si uma vasta gama de poderes, suscitando de JOAQUIM NABUCO a seguinte observação: “Antes de tudo, o Reinado é do Imperador. Decerto êle não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à Constituição e às formas do sistema parlamentar; mas como êle só é árbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministros, o poder é praticamente dêle.” (Apud FERREIRA. Op. cit., p. 124)

⁶⁷⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 53.

⁶⁷⁸ O curioso é que essa repartição tetradimensional dos poderes brasileiros fez com que a Colônia brasileira influenciasse o Direito Português, a ponto de CANOTILHO registrar que a Constituição daquele país, de 1826, também fizesse a previsão do poder moderador. (Op. cit., p. 296.). PAULO BONAVIDES diz que a Constituição Imperial do Brasil teria sido a única de que se tem notícia de ter adotado essa divisão de quatro poderes, trocando o modelo proposto por MONTESQUIEU pelo de BENJAMIM CONSTANT (*Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 290). Sem dúvida, o inclito constitucionalista cearense quer dizer, com isso, que a Carta brasileira foi a primeira do mundo, porque, certamente, ele sabe que a Constituição de Portugal de 1826 seguiu o modelo brasileiro, formando, assim, as duas únicas Cartas de que se tem notícia de terem aderido a essa doutrina de BENJAMIM CONSTANT.

⁶⁷⁹ SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 128.

⁶⁸⁰ Ibid., p. 128-129. Sobre o assunto, cf. SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 127-137.

extinta Assembleia Constituinte tenha dado mais destaque aos direitos fundamentais, porquanto procedeu a sua enunciação logo no capítulo II, do art. 7º ao 28, a Constituição Imperial promulgada, que tratou da matéria no seu último Título, ao lado das disposições gerais, cumpriu, nessa parte, o compromisso feito por D. PEDRO I, de legar à nação brasileira uma proposta *duplamente liberal* em relação à que constava do projeto anterior⁶⁸¹. Sob a rubrica das *garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, o elenco dos direitos fundamentais foi notadamente mais além da previsão que estava no projeto concebido pela Assembleia destituída.

Enquanto, naquele projeto, os direitos fundamentais ocuparam apenas quatro artigos na esfera criminal⁶⁸², a Constituição Imperial trouxe nada menos do que quinze itens no art. 179, plasmando garantias penais e processuais penais, sendo que treze deles eram relacionados diretamente às questões de ordem processual. O item 1º, combinado com a segunda parte do 11º, consagrou o *princípio da reserva legal*, ao escrever que ninguém pode ser punido senão por lei anterior à ocorrência do fato⁶⁸³. No item 2º, adotou-se a teoria *utilitarista*, subjacente na notável obra de BECCARIA, cujo pensamento fez surgir a primeira Escola Penal, ao consignar-se, logo depois do princípio da reserva legal, que *nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública*, postulado que cristalizou, já àquela época, a corrente do Direito Penal mínimo que, como se verá mais à frente⁶⁸⁴, não tem o seu raio de ação restrito ao Direito Penal, fazendo-se sentir, outrossim, com repercussões importantes, no Direito Processual Penal. O princípio da *inviolabilidade do domicílio* encontrou guarida no item 7º, com a consideração de que a casa se *constitui um asilo inviolável*.

A proteção contra a prisão arbitrária foi deduzida em três itens. No primeiro – item 8º –, para a decretação da prisão, reclamou-se a existência da *culpa formada*, plantando-se, assim, as raízes, já neste momento, do que se convencionou chamar de *presunção de inocência*⁶⁸⁵. Na segunda parte dessa disposição, restou assegurado ao cidadão preso sem o sumário de culpa, em razão de expressa previsão em lei, o direito de receber, no prazo de 24 horas contado da efetivação da prisão, a *nota de culpa* assinada pelo juiz, na qual deveria constar o motivo da prisão, com os nomes do acusador e das testemunhas. No item seguinte, tratou-se de ressaltar que, mesmo havendo a culpa formada, sendo admissível pela lei a fiança, mediante o respectivo pagamento, o preso deve ser colocado em liberdade e, no seu final, esclareceu-se que, em qualquer caso, não sendo a pena de prisão prevista superior a seis meses, o cidadão poderá *livrar-se solto*.

Em claro avanço para a época, o item 10º esculpiu a exigência de *ordem escrita da autoridade legítima* para que a prisão seja considerada legal, salvo na hipótese de prisão em flagrante, esclarecendo, entretanto, que a garantia não servia para os casos de prisão militar. O princípio do juiz natural, assegurando-se o direito de o cidadão não *ser sentenciado senão pela autoridade competente*, mereceu contemplação na alínea 11 do art. 179. Ainda, como direito fundamental, estabeleceu-se a independência do Poder Judiciário, proibindo-se a advocatária dos processos pendentes e, por fim, a ofensa à coisa julgada, ao determinar-se a impossibilidade de *reviver os processos findos* (art. 179, alínea 12, última parte). Nas alíneas 13 e 17 do art. 179, consagrou-se a cláusula isonômica e, ainda, a vedação de foro privilegiado e dos juízos de exceção, salvo nas *causas que, por sua natureza, pertencem a juízos particulares*. Ainda,

⁶⁸¹ Com procedência, CLÁUDIO PACHECO acredita que o melhor da Constituição Imperial estava no capítulo no qual foram consagrados, *com generosa largueza os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros* (Op. cit., p. 53).

⁶⁸² O art. 9º (princípio da legalidade); art. 10º. (princípios da exigência da culpa formada para prisão, do direito à liberdade, mediante o pagamento de fiança e de livrar-se solto, no caso de a pena de prisão prevista para o crime não ser superior a seis meses); art. 11º. (princípio da liberdade, exigindo, para a prisão, o flagrante delito, ou ordem do juiz ou *resolução da sala dos deputados*, salvo no caso de prisão militar); artº. 13. (garantia do júri popular).

⁶⁸³ Esse dispositivo expressa uma garantia de direito penal material.

⁶⁸⁴ Cf. nº 5.3.2, infra.

⁶⁸⁵ Cf. nº 9.2. e 9.2.2, infra, quando será demonstrado que, tecnicamente, a terminologia mais adequada é *princípio da presunção de não culpabilidade*.

como garantia constitucional, ficou estabelecido que, o quanto antes, seria organizado um código criminal, *fundado nas sólidas bases da justiça e equidade*, o que deu margem à edição do Código de Processo Criminal imperial (art. 179, alínea 18)⁶⁸⁶.

No art. 179, alínea 19, a par de abolir os açoites, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, tornou-se defesa, igualmente, a *tortura* como meio de prova. Imiscuindo-se na questão penitenciária, preocupação que já tinha sido denotada em Aviso Imperial baixado por D. PEDRO I, assegurou-se o direito de o preso ser encaminhado para cadeias *seguras, limpas e bem arejadas* e, sufragando o que defendera BECCARIA, ficou estabelecida a necessidade de que fossem edificados estabelecimentos carcerários, visando à separação dos réus, de acordo com as *circunstâncias e natureza de seus crimes* (art. 179, alínea 21).

Na essência, os direitos fundamentais consagrados na Carta Imperial, a despeito de alguma diferença quanto ao estilo redacional emprestado aos dispositivos, reafirmaram aquelas garantias que tinham sido incorporadas ao texto da Constituição americana, por obra da aprovação das dez primeiras emendas. Isso é o mesmo que ressaltar a ampla influência de BECCARIA, se é que há necessidade de que algo seja dito nesse sentido, uma vez que a leitura conjunta do livro *Dos delitos e das penas e dos itens* do art. 179 da Carta Imperial, mesmo que perfunctória, revela a plena identidade dos princípios defendidos nos dois textos. Uma última palavra a esse respeito se impõe. Como se observará, tem inteira razão CLÁUDIO PACHECO⁶⁸⁷, ao arrematar que os direitos fundamentais declarados na Constituição de 1824 foram tão densamente especificados que, mesmo nos dias de “... hoje as Constituições mais liberais só mui escassamente poderão exceder à Constituição do Império na amplitude das franquias políticas”.

Em que pese a autoridade de PAULO BONAVIDES, e ademais não mereça qualquer contestação a assertiva de que a influência predominante na elaboração da Constituição Imperial tenha sido proveniente dos modelos constitucionais francês e inglês, não parece correto dizer que a inspiração da declaração dos direitos fundamentais tenha sido a Constituição francesa⁶⁸⁸. A Carta francesa, sem dúvida alguma, foi a fonte primeira de inspiração, porém, quanto à explicitação de quais eram os direitos fundamentais, diante da densidade com que foram enunciados, especialmente os relativos às limitações do direito de punir, não há dúvida quanto à preferência ao modelo das dez emendas feitas à Constituição americana, conforme foi aqui demonstrado.

4.2 – Período republicano.

A conquista da independência pelos americanos e a Revolução Francesa estavam muito presentes na intelectualidade brasileira que queria, não apenas a implantação da República, em substituição à monarquia, que não possuía tradição na cultura de nosso povo, como ainda a importação do modelo federalista inovado na Constituição americana.⁶⁸⁹ O sistema republicano e a forma federativa estabelecida no Brasil foram inspirados no constitucionalismo americano, modelo que era bem conhecido por RUI BARBOSA, seu grande defensor e o mentor da primeira Constituição republicana brasileira. Muito embora a Constituição de 1824 não tivesse dito nada a respeito, a prática constitucional de então, imitando os passos dos Estados europeus, estabelecera o parlamentarismo durante o Império, com a peculiaridade toda especial de conferir ao Imperador a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados. A falta de limites ao poder do Imperador deu fôlego ao movimento republicano, comandado pelo encantamento

⁶⁸⁶ Cf. 1.4.2, supra.

⁶⁸⁷ Op. cit., p. 53.

⁶⁸⁸ Op. cit., p. 290.

⁶⁸⁹ Cf. CARVALHO, José Murilo. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007 e PRIORE, Mary Del. *O príncipe maldito: traição e loucura na família imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

⁶⁹⁰ PACHECO. Op. cit. p. 59.

com o êxito desse sistema na luta da Independência Americana⁶⁹⁰. Com registro, no Século XVIII, dos ideais republicanos nas Inconfidências Baiana e Carioca, esse movimento adquiriu maior consistência no Século XIX, como se nota de atos revolucionários exteriorizados com a Confederação do Equador, a Sabinada e a Revolução Praieira⁶⁹¹.

Em simetria com o ideário republicano da comunidade civil, que tinha defensores, também, na imprensa e no parlamento imperial, os militares, convertidos ao positivismo de AUGUSTO COMTE, passaram a ter uma posição forte e incisiva em torno da Proclamação da República. À concepção republicana agregou-se a defesa pelo estabelecimento da federação, como forma de descentralizar o poder central e permitir autonomia maior das unidades que formavam o Estado brasileiro, em modelo assemelhado ao dos Estados Unidos⁶⁹². O que era movimento civil, com a adesão dos militares, transformou-se em conspiração e, por fim, no golpe revolucionário de 15 de novembro de 1889.⁶⁹³ Decretada a Revolução Republicana, o Governo Provisório, chefiado pelo Marechal DEODORO DA FONSECA, convocou a Assembleia Constituinte, consignando, desde logo, o regime e a forma de Estado, ao dizer que ali se instalara a *República Federativa brasileira*⁶⁹⁴.

Como realça a doutrina brasileira, a primeira Constituição republicana do Brasil, promulgada em 14 de fevereiro de 1891, foi, substancialmente, informada pela Constituição americana de 1787. Para evidenciar esse aspecto, os constitucionalistas, com carradas de razão, anotam que essa identificação com o modelo americano está presente não só devido à adoção da *república* como forma de governo, mas, sobretudo, pelo estabelecimento da federação na organização do Estado e a introdução do *regime presidencialista*. Complementando esse raciocínio, como comprovação efetiva da influência da doutrina americana na Carta de 1891, outros⁶⁹⁵, tendo como foco de atenção o tratamento dispensado ao Judiciário, evidenciam a ascendência da Constituição americana sobre a nossa em razão de ter sido atribuído a um órgão jurisdicional de cúpula – o Supremo Tribunal Federal – o controle de constitucionalidade⁶⁹⁶ e de a organização judicial estruturar-se de modo dual, ante a previsão da existência das justiças federal e estadual⁶⁹⁷. Como se isso não fosse bastante para mostrar o predomínio da Constituição dos Estados Unidos, a primeira Constituição republicana foi editada sob a epígrafe de *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*.

Daí veio a segunda fase da história constitucional brasileira, de que fala PAULO BONAVIDES.

⁶⁹⁰ Laurentino Gomes conta que, em maio de 1817, o comerciante pernambucano Antonio Gonçalves, o Cabugá, chegou em Filadélfia, então capital dos Estados Unidos, com 800 000 dólares, com três missões: “A primeira era comprar armas para combater as tropas do rei D. João VI. A segunda era convencer o governo americano a apoiar a criação de uma república independente no Nordeste brasileiro. O terceiro e mais espetacular de todos objetivos era recrutar alguns antigos revolucionários franceses exilados em território americano para, com a ajuda deles, libertar Napoleão Bonaparte, prisioneiro dos ingleses na Ilha de Santa Helena” (op. cit., p. 284), a fim de que ele viesse comandar a revolução pernambucana. (Ibid.)

⁶⁹² Fazendo referência a esse aspecto do movimento republicano brasileiro, AFONSO ARINOS, apud CLÁUDIO PACHECO, especifica “... que a premência da Federação, para atender ao mesmo tempo às necessidades da expansão econômica das Províncias, por meio de Governos locais mais estáveis e próximos, e aos reclamos das liberdades públicas, que encontram nos poderes estaduais barreiras contra a prepotência do Centro, a premência da Federação, subestimada pelo Partido Liberal, foi uma das forças principais para ruptura das estreitas muralhas que o regime monárquico impunha ao crescimento natural do Brasil.” (Op. cit., p. 62).

⁶⁹³ Não teve participação popular. Foi um movimento nascido na caserna, que contou com o apoio de alguns intelectuais.

⁶⁹⁴ PACHECO. Op. cit., p. 62. A Assembleia Constituinte rejeitou inclusive uma simples moção proposta por um deputado de Alagoas, com a qual se pretendia, apenas, a confirmação documental da forma republicana federal. (Ibid., p. 63).

⁶⁹⁵ SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 140-141.

⁶⁹⁶ Conferindo a devida relevância para esse aspecto, RUI BARBOSA, com a sua autoridade no assunto, alertava que, à semelhança do que ocorria no sistema americano, a partir de então, a principal missão do Judiciário brasileiro seria a *defesa da Constituição*, ou seja, o exercício do controle constitucional. (*Comentários à constituição federal brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4. p. 21.).

⁶⁹⁷ SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 140. Note-se que, na Constituição Imperial, o Poder Judiciário era nacional, como é próprio dos Estados unitários. A concepção de uma justiça estadual ao lado da federal é criação da inteligência dos *notáveis* fundadores do constitucionalismo americano.

O eixo dos valores e dos princípios não se encontrava mais na Europa, mas nos Estados Unidos; abandonou-se, de vez, o modelo constitucional francês para colocar, em seu lugar, a Constituição norte-americana; esqueceu-se mais de MONTESQUIEU e lembrou-se mais de JEFFERSON e WASHINGTON; prestou-se atenção ao paradigma da Suprema Corte de MARSHALL e, por fim, descartou-se o arremedo de parlamentarismo inglês e deu-se guarida ao presidencialismo americano⁶⁹⁸. Claro que, sendo a Constituição americana excessivamente enxuta, redigida sob forma de enunciação de um conjunto de princípios, não tendo seguido a Constituição de 1891 essa característica, era preciso que ela viesse a ter outra ou outras fontes de inspiração. As complementações, como informam MARCELO CAETANO e JOSÉ AFONSO, vieram das Constituições suíça e argentina, países que também adotaram o sistema federalista americano⁶⁹⁹.

A Revolução Russa e o pós-guerra de 1914/1918 instauraram uma nova ordem mundial e vários foram os países que, para ajustarem-se à nova realidade, promulgaram novas Constituições, como foram os casos do México (1917), Alemanha (1919) e Espanha (1931). No final da década de 1920, assim como em todo o mundo, o Brasil experimentava uma instabilidade política muito profunda. As agitações internas e externas conduziram o país à Revolução de 1930 que, a despeito do discurso liberal, sob a influência da conjuntura política internacional, tinha a intenção de impor um modelo de Estado mais forte, senão por outros motivos, a fim de apaciar as escaramuças entre os próprios Estados-membros, cada vez mais frequentes e preocupantes⁷⁰⁰. Mais uma vez, houve uma mudança de orientação, vindo a Constituição a ter como paradigma o modelo constitucional alemão, instaurando a terceira fase, de que nos fala PAULO BONAVIDES. A onda da época era o constitucionalismo social do século XX, representado, sobretudo, pelas constituições mexicana (1917), alemã, mais conhecida como *constituição de Weimar*, e a espanhola (1931). Uma nova corrente de princípios forja um pensamento diferente quanto aos direitos fundamentais, acrescentando-se às garantias individuais então consagradas o viés social. Contudo, sob o pretexto de contemplar os homens de uma outra categoria de direitos fundamentais, o novo modelo de Estado proposto, sem embargo de manter a divisão dos poderes e assegurar os direitos fundamentais individuais, rompe com a doutrina do Estado Liberal e faz instaurar o Estado Social, acentuadamente, intervencionista. Foram essas as ideias subjacentes à edição da Constituição de 1934.

Dado o Golpe Militar de 1964, quando restou desmascarado que o verdadeiro fim não era o de devolver o comando do país aos civis, mas sim de se manter no poder, os militares, no desiderato de conferir legalidade e legitimidade a suas ações, providenciaram o que seria, em um primeiro instante, apenas uma consolidação do texto da Constituição de 1946, fragmentado devido às vinte emendas e aos atos institucionais. Por isso mesmo, mediante a expedição do ato institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocou-se o Congresso Nacional para, no diminuto espaço temporal de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, *discutir, votar e promulgar* – como se isso fosse possível – o Projeto de Constituição, elaborado pelo Presidente da República. Não houve a convocação de uma Assembleia Constituinte e, pior, o Congresso Nacional agiu apenas para homologar a vontade constitucional do Governo militar.

Feitas essas considerações de ordem política nacional e internacional que permeiam a nossa história constitucional do período republicano até a edição da Constituição de 1967, cabe, agora, examinar,

⁶⁹⁸ BONAVIDES. Op. cit., p. 291.

⁶⁹⁹ No estudo sobre o tema, MARCELO CAETANO sublinha que, conforme o depoimento de um dos membros da Comissão de vinte e um congressistas, aos quais coube a missão de aprovar, no parlamento, a redação final da Constituição de 1891, as fontes de inspiração foram, primeiro e antes de tudo, a Constituição dos Estados Unidos e depois, em alguns pontos, as Constituições suíça e argentina. (Op. cit., p. 356). A mesma informação nos traz JOSÉ AFONSO, com apoio em anotação de AMARO CAVALCANTI (Op. cit., p. 71.).

⁷⁰⁰ Acrescenta MARCELO CAETANO que, naquela época, a *conjuntura política internacional* "... traduzia por toda a parte a tendência para a formação de regimes de autoridade que impusessem a disciplina do interesse geral a partidos, grupos políticos, conluios econômicos, particularismos locais ou egoísmos classistas." (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2. p. 549).

com mais vagar, como os direitos fundamentais pertinentes ao processo penal foram declarados em cada uma das Constituições editadas durante esse lapso temporal⁷⁰¹.

4.2.1 – Os direitos fundamentais na Constituição republicana de 1891.

Essa predominância das ideias do constitucionalismo americano não pode ser resumida aos aspectos até aqui pinçados, ainda que eles sejam de substancial importância para denotar o grande domínio que houve da Constituição dos Estados Unidos. Ela se faz presente, outrossim, na *Declaração de direitos*, que veio sufragada no próprio texto da Carta de 1891 sob essa denominação, espreada em trinta e três parágrafos do art. 72, além das complementações feitas do art. 73 ao 78. Das garantias que já estavam assinaladas na Constituição de 1824, não foi repetida expressamente apenas a vedação da edição de lei sem utilidade pública (art. 179, § 2º)⁷⁰², certamente porque o constituinte não achou que isso fosse necessário, até porque, logo no § 1º do art. 72 da Constituição de 1891, permaneceu sendo assegurado que “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Reafirmaram-se os princípios da igualdade perante a lei (art. 72, § 2º); do juiz natural, ao não admitir o julgamento senão pela autoridade competente (art. 72, § 13, primeira parte); e da reserva legal, ao confirmar que não seria admissível o julgamento sem suporte em lei anterior ao fato (art. 72, § 13, segunda parte). Vedou-se o *foro privilegiado* (art. 72, § 23). A redação do princípio da inviolabilidade do domicílio (art. 72, § 11) foi melhorada, ficou mais técnica e tanto assim é que a sua dicção normativa é, praticamente, a mesma que consta da Constituição de 1988⁷⁰³. Com a mesma redação, ratificou-se a inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 72, § 18) e ficou expresso que estava mantida a instituição do júri⁷⁰⁴.

Quanto à inadmissibilidade, salvo em caso de flagrante delito, da prisão sem ordem escrita, a garantia restou exposta na nova Constituição, ao determinar que ela somente poderia ser decretada por meio de pronúncia, salvo nos casos especificados em lei, quando a ordem de autoridade competente era bastante (art. 72, § 13). Em relação à manutenção de alguém na prisão antes da condenação, o sentido protetivo foi mais além, porquanto, embora ressaltasse os casos que poderiam ser especificados em lei, preceituou-se que *ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada* (art. 72, § 14). A esse respeito, sente-se a omissão pelo fato de não ter sido repetida a consideração anterior, no sentido de que, em se tratando de crime para o qual não era prevista pena de prisão ou, mesmo assim, sendo inferior a seis meses, independentemente de fiança, era assegurado o direito de *livrar-se solto*. Manteve-se, porém, a exigência de que, no prazo de 24 horas, a fim de permitir a *mais plena defesa* ao preso, fosse fornecida a nota de culpa, assinada pela autoridade competente, com os nomes do *acusador* e das testemunhas (art. 72, § 16, segunda parte).

Conquanto, na Constituição Imperial, de forma cogente, tivesse ficado expressa a proibição do açoite, da tortura, da marca de ferro quente e de todas as demais penas cruéis (art. 179, 19), a Constituição de 1891 contentou-se somente em abolir a pena de galês e a de banimento judicial (art. 72, § 20),

⁷⁰¹ A análise da Constituição de 1988 ficará para a segunda parte do estudo, que começa a partir do capítulo 6 e termina com o 9, na qual se faz ampla abordagem dos direitos fundamentais, tal como eles estão hoje catalogados em nosso sistema.

⁷⁰² Muito embora a separação dos poderes tenha sido mantida e realçada, ela não foi colocada como um dos direitos fundamentais.

⁷⁰³ A diferença de substância entre o texto atual e o da Carta de 1891 reside na circunstância de nesta ter-se legado ao legislador ordinário a tarefa de definir as hipóteses nas quais seriam admissíveis a quebra da garantia constitucional, na medida em que a ressalva nela contida estava assim disposta: “senão nos casos e pela forma prescritos na lei.” Na Constituição atual, na ressalva, há a cláusula de reserva de jurisdição, de modo que, à exceção dos casos de flagrante delito e de desastre, a invasão do domicílio só pode ocorrer mediante ordem judicial.

⁷⁰⁴ Com a Constituição de 1891, inaugurou-se essa praxe constitucional de inserir, entre os direitos fundamentais, a garantia vazada no sentido de deixar claro que ficava *mantida a instituição do tribunal do júri*, o que foi repetido nas demais Cartas, com exceção da de 1937.

sem fazer qualquer vedação ao emprego de meios violentos como instrumento de prova, o que denota, nesse aspecto, um certo retrocesso.

Conforme se observa, foram mantidos, na essência, os direitos fundamentais que já se encontravam catalogados na Constituição Imperial, havendo, em alguns casos, até a melhoria redacional. Isso, por si só, já seria o suficiente para denotar o caráter liberal da Constituição de 1891. Todavia, a despeito da confirmação da declaração de direitos da carta anterior, a de 1891 trouxe três inovações deveras importantes em matéria processual penal, que passaram, daí em diante, a fazer parte da história constitucional de nosso país. A primeira inovação a merecer aplauso e que estava mais alinhada ao pensamento de BECCARIA e à declaração de direitos incorporada ao texto da Constituição americana foi encartada no art. 72, § 16, primeira parte, ao se estabelecer que *aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela*, inaugurando, no sistema processual penal, o princípio não apenas da defesa, mas da plena defesa, mais tarde cunhado de *ampla defesa*⁷⁰⁵.

Outra primazia da Constituição de 1891 foi não só a elevação do tribunal do júri a status constitucional, mas, principalmente, a sua inclusão dentre os direitos fundamentais, assim como fizera a declaração americana (art. 72, § 22), assegurando, dessa forma, embora sem a mesma abrangência daquela, o direito subjetivo de ser julgado por pessoas do seu meio. Por fim, com inspiração na nona emenda à Constituição dos Estados Unidos, o Texto de 1891 esclareceu que os direitos fundamentais nela declarados não eram os únicos reconhecidos aos homens, não sendo, por conseguinte, excluídos outros não enumerados, mas decorrentes da principiologia adotada (art. 78).

Como se vê, embora seja certo, como querem alguns doutrinadores, que não houve alteração de monta maior em relação ao que já tinha sido sufragado, em termos de direitos fundamentais, na Constituição de 1824, deve ser dado o devido destaque às inovações nesse campo que foram introduzidas a partir da Constituição de 1891, todas elas ainda hoje fazendo parte do nosso patrimônio constitucional.

4.2.2 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1934.

Sem embargo da mudança do arcabouço político da Constituição de 1934, que rompeu com o modelo de Estado Liberal, pelo menos no que diz respeito à declaração dos direitos fundamentais, não houve alteração no conteúdo redacional dos princípios e, ademais, praticamente todas as garantias anteriores foram ratificadas. Mantendo a tradição constitucional brasileira, o maior número de garantias era no campo processual penal, com poucas disposições a respeito do Direito Penal material. No âmbito processual penal, com a mesma dicção normativa anterior, foram mantidos os princípios da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 113, alínea 8), da inviolabilidade do domicílio (art. 113, alínea 16), do juiz natural (art. 113, alínea 26, primeira parte) e da reserva legal (art. 113, alínea 26, segunda parte). Com pequenas modificações quanto à redação, sem, contudo, nenhuma repercussão em relação à essência dos enunciados, foram mantidos o princípio da *ampla defesa*⁷⁰⁶ (art. 113, alínea 24) e o que agrega ao rol dos direitos fundamentais outros que, embora não expressamente mencionados na declaração, são decorrência lógica da estrutura principiológica da Constituição (art. 114).

No que diz respeito à privação do direito de liberdade, ao estabelecer que, salvo no caso de flagrante, a prisão somente poderá ocorrer mediante *ordem escrita da autoridade competente* (art. 113, alínea 21), a garantia constitucional, igualmente prevista nas duas Constituições anteriores, restou diminuída. Com a nova disciplina constitucional, como se observa, passou-se a admitir, expressamente,

⁷⁰⁵ Como se verá no decorrer da leitura, o princípio da plena defesa, depois chamada de ampla defesa, foi assegurado apenas na esfera criminal, circunstância que somente veio a ser remediada com a Constituição de 1988. No momento oportuno, isso será melhor trabalhado. (Cf. item 9.5.1)

⁷⁰⁶ Aqui se preferiu, ao invés da expressão *plena* defesa, utilizar *ampla* defesa, nomenclatura que findou sendo a adotada pelas Constituições de 1967 e 1988.

a *prisão administrativa*. Em relação ao habeas corpus (art. 113, alínea 23), a garantia constitucional foi reduzida, porque, na sua parte final, ressaltou-se que ele não seria cabível, quando a prisão decorresse de transgressões disciplinares, o que afastava a pertinência do manejo desse instrumento, na hipótese em que a prisão fosse de *natureza administrativa*, circunstância suficiente para revelar a hipertrofia do Executivo em relação ao Judiciário, que não tinha como controlar, mediante o julgamento de habeas corpus, a ilegalidade de ato dessa natureza praticado pelas autoridades administrativas.

Porém, o princípio da igualdade foi mantido com alcance substancialmente mais elástico, na medida em que se ressaltou a inadmissibilidade de privilégios ou distinção por causa do *nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas* (art. 113, alínea 1), o que não deixa de ser uma novidade de extrema relevância. A inclusão, entre os direitos fundamentais, da coisa julgada (art. 113, alínea 3, última parte), agora de modo bem mais incisivo do que aquela previsão que já havia sido esboçada na Constituição de 1824 (art. 179, alínea 12, parte final), também merece destaque.

Trouxe como inovação propriamente dita a *irretroatividade da lei penal*, salvo quando ela fosse mais benéfica para o réu, o que teve repercussão, igualmente, na seara processual penal, pois boa parte de suas normas possui conteúdo misto, o que acarreta a aplicação desse princípio introduzido em nosso ordenamento por obra da Constituição de 1934. Outra primazia da Constituição de 1934, nessa parte, foi a proibição da extradição por crime político ou de opinião e, em qualquer hipótese, do brasileiro (art. 113, alínea 31). Pode-se, por fim, acrescentar como inovação de monta a previsão de que a União e os Estados deveriam conceder aos necessitados assistência judiciária gratuita, garantia que, como se viu, está catalogada na declaração de direitos da Constituição dos Estados Unidos e, além de reforçar, conferiu mais efetividade ao princípio da *ampla defesa*.

A grande omissão, porém, foi quanto à manutenção da instituição do tribunal do júri, o que suscitou acesa discussão quanto à permanência desse órgão na estrutura do Poder Judiciário brasileiro.

4.2.3 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1937.

O refluxo do autoritarismo proveniente do período da Segunda Guerra Mundial, que agitava a Europa, teve repercussão forte no Brasil. O Golpe de Estado, dado pelo Presidente GETÚLIO VARGAS, acarretou a necessidade de imposição de uma nova ordem constitucional, assinalada pela ampla supremacia dos poderes do Executivo federal, em claro comprometimento da federação e do princípio da separação dos poderes. Uma Constituição social sem o viés democrático, para fazer/tentar submergir os postulados do Estado Liberal, certamente, teria de introduzir severas restrições à declaração dos direitos fundamentais. O tom quanto ao tratamento dispensado ao arcabouço constitucional foi dado no preâmbulo da Constituição de 1937. Mudando completamente o discurso que tinha feito emergir o movimento constitucionalista moderno decorrente da Independência Americana e da Revolução Francesa, abandona-se a ideia de uma Constituição como instrumento necessário para a limitação do poder político, cujo esteio maior se concentra na declaração de direitos e na separação dos poderes, para sedimentar outro fundamento para a sua *ratio essendi*. A doutrina agora era a de uma Constituição escorada no paradigma *protecionista* do Estado, assolado por *dissídios partidários, propagandas demagógicas e*, primordialmente, em virtude da infiltração comunista. A Carta agora serviria para dotar o Estado de *meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo*. Uma Constituição editada com a exposição desses motivos em seu preâmbulo não poderia trazer nada de animador em relação à declaração dos direitos fundamentais.

De fato, os direitos fundamentais declarados na Constituição de 1937 demonstram evidente retrocesso no respeito ao patrimônio histórico dos direitos do homem, arduamente conquistados ao longo dos tempos senão com lutas renhidas no universo das ideias e nos campos de batalha. Várias foram as restrições estabelecidas para o gozo dos direitos fundamentais, o que revela, sem esforço maior, que a premissa do Estado Social reafirmado com a Constituição de 1937 era a supressão, dentro do possível,

dessa classe de direitos. Antes do exame dos enunciados pertinentes ao processo penal, atente-se para a circunstância de a Constituição de 1937 ter reintroduzido a pena de *morte* para várias espécies de crimes políticos⁷⁰⁷ e para o de homicídio, desde que praticado por motivo fútil ou com extremos de perversidade. O registro positivo, nessa área, foi a abolição da prisão perpétua (art. 122, nº 13, primeira parte).

Na análise dos dispositivos que dizem respeito diretamente ao processo penal, observa-se que houve uma acentuada diminuição dos preceitos e, na medida em que repetidas as cláusulas constantes nas Constituições anteriores, sempre apareciam com alguma espécie de restrição, quando não expressa, por força da forma como foi redigido o art. 123. Isso porque, esse dispositivo constitucional, ao reafirmar, como decorrência lógica *da forma de governo e dos princípios consignados* na Carta, o postulado da existência de outros direitos fundamentais além daqueles expressamente especificados, ressaltou, sem meias palavras, a *limitação do uso* desses direitos e garantias pelo respeito ao “... bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

Em outras palavras, aquelas garantias explícitas e implícitas, plasmadas na Constituição de 1937 e que tinham sido reconhecidas – com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em favor da humanidade e ratificadas – a partir da Constituição Imperial – para os brasileiros, daí em diante, no nosso sistema, passaram a ter como limite aquilo que o governo viesse a entender por expressões polissêmicas, de difícil compreensão e extremamente convenientes para um Estado autoritário, como *bem público, necessidade de defesa, bem-estar, paz e ordem coletiva e exigências de segurança da Nação e do Estado*. Maior discricionariedade nessa área, impossível. Essa era a estrutura da declaração dos direitos fundamentais na ótica do Estado Social forjado por meio do Golpe de VARGAS.

As impressões negativas, infelizmente, não cessam com o exame apenas do art. 123 da Constituição de 1937. No parágrafo 1º do art. 122, sem embargo tenha sido reafirmado que “todos são iguais perante a lei”, deixou-se de fazer consideração no sentido de que não se aceitariam, como justificativa para a inobservância dessa regra geral, *privilégios ou distinção por causa do nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas*⁷⁰⁸, como previra a Constituição de 1934.

A preservação da inviolabilidade do *domicílio e da correspondência* mereceu a consideração da Carta de 1937 em apenas uma única alínea, ficando, assim, escrita a garantia: “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei”. Nas Constituições anteriores, as duas garantias tinham merecido destaque em dispositivos específicos para cada uma. Até porque, em relação à inviolabilidade do domicílio, até então, a tradição era a de especificar que, salvo os casos de flagrante delito ou desastre, à noite não se poderia adentrar a casa, ainda que houvesse uma ordem expedida pela autoridade competente. A despeito de a garantia da inviolabilidade do domicílio ter sido prevista de modo lacônico, sem conter a densidade da disciplina constitucional antecedente, na Constituição de 1937 delegou-se ao legislador ordinário a possibilidade de cuidar do assunto ao seu talento, com a liberdade de impor as restrições que lhe parecessem mais pertinentes⁷⁰⁹. O mesmo se diga, quanto

⁷⁰⁷ O elenco dos crimes com motivação política que suscitavam a aplicação da pena de morte estava inscrito nas alíneas do nº 13 do art. 122 da Constituição de 1937, a saber: “tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder à operação de guerra; tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social”.

⁷⁰⁸ A liberdade política, como se sabe, foi suprimida com a Carta de 1967, não fazendo parte do rol da declaração de direitos.

⁷⁰⁹ Cf. item 9.4.5, *infra*.

⁷¹⁰ Cf. item 9.4.6.1, *infra*.

a essa última observação, no pertinente à inviolabilidade da correspondência⁷¹⁰.

Quebrando uma tradição constitucional cultivada entre os povos a partir da Independência Americana e da Revolução Francesa de 1789, afirmada e reafirmada nas Cartas anteriores, no parágrafo nº 17 do art. 122 da Carta de 1937 criou-se um tribunal de exceção – Tribunal de Segurança Nacional –, ao qual foi conferida a competência para o julgamento dos crimes praticados em detrimento da *existência, segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular*.

No tratamento a respeito da prisão, ressaltou-se que, à exceção da hipótese de flagrante delito, ela não seria possível, a não ser *depois da pronúncia do indiciado* (art. 122, alínea 11, primeira parte), restaurando a regra que estava inserta no art. 72, § 3º, da Constituição de 1891⁷¹¹. Mas, como era da índole da Constituição de 1937, na segunda parte do comando normativo em foco, estava dito que a regra era aquela, “salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente”. Assim, nos casos especificados em lei, desde que houvesse a expedição de documento escrito, assinado por uma autoridade competente, que poderia ser, evidentemente, outra que não o juiz, a prisão se revestia do manto da legalidade. Ainda cuidando da prisão, ao confirmar a garantia de que ninguém poderia permanecer nela sem *culpa formada*, abriu-se uma perigosa exceção, ao admitir-se que assim era, a não ser que, por força da lei e na forma por ela regulada, a *autoridade competente* fizesse tal determinação (art. 122, alínea 11, segunda parte). Ainda quanto à prisão, o habeas corpus foi mantido com a mesma redação da Constituição de 1934, ficando, assim, fora do exame do Judiciário por essa via, aquelas prisões que fossem decorrentes de punição disciplinar, aplicadas pelas autoridades administrativas.

Reafirmou-se o direito de defesa durante a *instrução criminal*, assegurando-a antes e depois da *formação de culpa*, mas deixou de garantir o direito à assistência judiciária, como tinha agregado a Constituição de 1934. Ou seja, uma inovação no quadro da declaração dos direitos fundamentais insitas ao Estado Social, inserida no nosso sistema constitucional por meio da Carta de 1934, foi abandonada pela de 1937, o que mostra qual era o seu propósito. E mais: não esclareceu que a garantia era de uma *ampla defesa*, como estava na Carta anterior, nem muito menos que ela compreendia o direito de *usar todos os meios e recursos essenciais a ela*, como já era da nossa tradição constitucional estabelecer.

Por fim, manteve-se a vedação quanto à extradição de brasileiro, mas nada se disse em relação ao estrangeiro que, mesmo em se tratando de crime político, ficou à mercê de ser extraditado para o país solicitante da transferência. Certo de que aqui somente foram comentados os dispositivos que trataram das declarações dos direitos fundamentais com repercussão direta no processo penal. Poder-se-ia, até, dizer que, como é próprio de um sistema que se preocupa mais com a *defesa social* do que com a limitação do poder político e, de permeio, com o exercício do poder de punir, as regras fundamentais sobre o processo penal devem ser poucas e, mesmo aquelas estabelecidas, são normais as restrições. Observe-se, no entanto, que, enquanto na Constituição Imperial a declaração dos direitos individuais veio disposta em trinta e quatro dispositivos⁷¹², na de 1937 somente ocupou dezoito, aí incluindo o art. 123. A Carta que lhe antecedeu (1934) tinha destinado trinta e oito preceitos para o tratamento dos direitos individuais⁷¹³, o que implica dizer que a redução do rol dos direitos fundamentais, conquanto não fosse de admirar-se, foi muito drástica e certamente foi muito além do que seria desejável para o estabelecimento de um governo forte. Sem falar que a Constituição de 1937, segundo informa RAUL MACHADO HORTA⁷¹⁴, era do tipo semântica, cuja normatividade residia, apenas, na parte em que concedia poderes ao chefe do

⁷¹¹ Não é por outro motivo que o art. 282 do Código de Processo Penal assim está redigido: “À 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”

⁷¹² Aqui foram excluídas as normas que dizem respeito à família e à educação que, embora com tratamento diferente, foram contempladas na Constituição de 1937 dentre os direitos sociais (família e educação).

⁷¹³ Excluindo-se o nº 34 do art. 113, que contém disposição referente à proteção da família e do trabalho

⁷¹⁴ Op. cit., p. 56.

Executivo, de modo que a declaração dos direitos fundamentais, com as excessivas permissibilidades de restrições por meio de leis infraconstitucionais, constituíam-se *direitos e garantias programáticas; eram sem serem, porquanto meramente simbólicas*.

As omissões da Carta de 1937 foram muitas e profundas. Não estabeleceu o princípio de que ninguém deve ser obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei, circunstância que, aliada à falta de previsão expressa do princípio da reserva legal, quando nada, retirou essa garantia do rol dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Isso porque, ao invés de estabelecer o princípio da reserva legal ou da retroatividade da lei penal mais benéfica para o acusado, apenas se contentou em dizer, na segunda parte do art. 122, nº 13, que “As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”. Sendo a garantia da reserva legal específica somente para as penas, a retroatividade na matéria processual estava com as portas abertas.

Os princípios do juiz natural, da vedação do juízo de exceção, da proibição da tortura e de outras medidas cruéis não foram previstos na Carta de 1937. Não se deu guarida à instituição do tribunal do júri nem muito menos à coisa julgada. A Constituição de 1937, como se vê, representou o grande retrocesso na declaração dos direitos fundamentais no Brasil.

4.2.4 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1946.

O movimento humanístico que tomou conta do mundo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) estendeu-se até o Brasil. Aqui, mesmo antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, editou-se a Constituição de 18 de setembro de 1946. Compromissado em restabelecer a tradição constitucional liberal relativa aos direitos fundamentais, o constituinte de 1946 resgatou a memória humanística nacional, fazendo uma bem elaborada declaração de direitos fundamentais, disposta nos trinta e oito parágrafos do art. 141, além das regras estampadas nos arts. 142, 143 e 144, o que perfaz um total de quarenta e um preceitos.

Foram mantidas e ampliadas as poucas garantias reconhecidas na Constituição de 1937 e, com o resgate de nosso patrimônio filosófico-político dos direitos fundamentais, suprimiram-se várias omissões da Constituição anterior. Manteve-se o preceito do tratamento isonômico perante a lei (art. 141, § 1º), bem como se reincorporou ao catálogo dos direitos fundamentais o postulado de que *ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão nos termos da lei* (art. 141, § 2º), que, somado à garantia do § 29, segunda parte, do mesmo dispositivo, patrocinou o retorno do princípio da reserva legal na seara criminal, porém com a possibilidade da retroatividade da lei penal mais benéfica. O respeito à coisa julgada voltou a merecer destaque dentre os direitos fundamentais, assim como as garantias da inviolabilidade do *sigilo da correspondência* e do domicílio tiveram recuperado o conteúdo que lhes haviam emprestado as Constituições anteriores.

A preocupação com o direito de liberdade, que tinha sido negligenciado no tratamento constitucional anterior, foi contemplada com nada menos do que três dispositivos específicos, sem contar a regra relativa ao habeas corpus. Embora tivesse olvidado reservar para o juiz a competência única para expedir ordem de prisão (art. 141, § 20), na nova ordem constitucional reintroduziu-se a garantia de que *ninguém seria levado à prisão ou nela detido* caso fosse prestada a fiança admitida pela lei (art. 141, § 21) e, no parágrafo seguinte, estabeleceu-se a exigência de que a prisão ou detenção, *imediatamente*, fosse comunicada à autoridade competente. O habeas corpus continuou com a mesma redação anterior, permanecendo, por conseguinte, a ressalva final de que ele não seria admissível nas transgressões disciplinares (art. 141, § 23).

Restaurou-se a normatização do direito de defesa tal como já tinha sido feito pelas Constituições anteriores, tornando certa a *plena defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes*. Inseriu a exigência da expedição da nota de culpa, no caso de prisão, como um elemento a mais da plena defesa, necessária em razão das condições adversas em que se encontra quem é levado à prisão, confirmando, ainda, que ela deveria ser entregue no prazo de vinte e quatro horas (art. 141, § 25).

Reintroduziu-se a vedação do foro privilegiado e da criação dos tribunais de exceção (art. 141, § 26), o princípio do juiz natural (art. 144, § 27) e voltou-se a inserir o tribunal do júri dentre os direitos fundamentais (art. 141, § 28), acrescentando-se, todavia, como princípios específicos a ele aplicáveis, a imparidade de seus membros, o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Retomou-se a ideia da Carta de 1934 de impedir a extradição do estrangeiro nos crimes políticos ou de opinião e, em qualquer caso, do brasileiro (art. 141, § 33)⁷¹⁵. A grande ausência, porém, foi a inscrição de norma proibindo expressamente a tortura. A despeito de a Constituição de 1946 ter trazido de volta diversas normas de cunho essencialmente humanitárias, como a que estabelecia a personalidade da pena, proibia as penas de banimento e de confisco e, primordialmente, a que, mais uma vez, abolia a pena de morte de nosso cenário jurídico, mais uma vez, o constituinte descuidou-se de colocar, com cores bem vivas, a vedação da tortura, preceito que, objeto de atenção na Constituição de 1824, depois caiu no completo esquecimento⁷¹⁶ da ordem constitucional.

4.2.5 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1967.

Sendo produto de um governo ilegítimo, arbitrário e que queria, com a força das armas, reprimir a liberdade de pensamento que expressava a alta insatisfação do povo brasileiro contra políticas cada vez mais distanciadas do foco social, naturalmente que a Constituição de 1967 não seria uma boa referência no que diz respeito ao trato dos direitos fundamentais. O descompromisso com a declaração desses direitos foi tão exagerado, que MIGUEL REALE⁷¹⁷, em depoimento prestado na televisão, sobre a sua vida ativa na política brasileira a partir da década de trinta, revelou que, concluído o projeto da Constituição de 1967, quando submetido o texto à sua apreciação, ele apontou que faltava o rol dos direitos fundamentais. Parece até inacreditável que, nos anos sessenta, em um país das dimensões do Brasil e com um histórico de respeito, pelo menos normativo, aos direitos fundamentais desde a Constituição Imperial de 1824, tivesse espaço para que um grupo de militares, dizendo-se revolucionários e representantes maiores dos interesses do povo, fizesse uma proposta de Constituição sem que nela houvesse a declaração de direitos fundamentais. A revelação de um dos maiores jusfilósofos brasileiros é um espanto e mostra não apenas a falta de sensibilidade em relação ao assunto como o completo descompromisso com o movimento histórico e mundial que tornou obrigatória a menção aos direitos fundamentais nos textos constitucionais, premissa lógica que nem a ditadura VARGAS, estabelecida no instável e beligerante período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, ousou contrariar.

Verificado o equívoco, eis que a declaração dos direitos fundamentais veio sob a rubrica *Dos direitos e garantias individuais*. Em termos declaratórios, ainda que se apontem, aqui e ali, alguns senões, até que a Constituição de 1967 manteve a tradição de homenagem aos direitos fundamentais, ainda que isso fosse apenas uma retórica, pois, na prática, o governo militar, cada vez mais, acentuava a sua cara repressiva⁷¹⁸ e combatia quem se atrevia a pensar de forma diferente com instrumentos aviltantes, banalizando o sofrimento humano e a própria vida das pessoas. Porém, a Constituição de 1967 foi reescrita

⁷¹⁵ Na Constituição de 1937, a proibição da extradição era apenas em relação ao brasileiro, de modo que era admissível a extradição do estrangeiro, até mesmo em se tratando de crime político.

⁷¹⁶ Há fortes razões para se acreditar que a palavra esquecimento, aqui empregada, deva ser compreendida como metáfora, pois, por muito tempo, mesmo nos meios intelectuais, existia acesa divergência em relação à eliminação da tortura como instrumento legítimo para a produção da prova de confissão

⁷¹⁷ [Depoimento prestado na televisão, sobre sua vida política, na década de trinta].Entrevista concedida à TV Assembleia, Natal, 2004

⁷¹⁸ Sobre esse avanço repressivo da ditadura militar, conferir GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Id. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002

pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Na realidade, essa emenda estabeleceu uma nova Constituição, pois modificou a estrutura fundamental da Carta então em vigor⁷¹⁹. Na redação da Constituição de 1967, conforme a Emenda Constitucional nº 1/69, a declaração dos direitos fundamentais foi contemplada nos trinta e seis parágrafos do seu art. 153.

Em termos declaratórios, repita-se, não há muito que se reclamar. As garantias essenciais nela estavam contempladas. O princípio da isonomia, catalogado logo no § 1º do art. 153, de forma mais técnica, restaurou a redação da Carta de 1934, a fim de esclarecer que a igualdade seria mantida, a despeito do sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Aqui se distingue o caráter meramente simbólico da declaração de direitos, quando se sabe que, sob a direção da ditadura militar que outorgou, mediante a homologação pelo Congresso Nacional, a primeira versão da Constituição de 1967 e, depois, por meio de emenda constitucional, o seu segundo texto se caracterizou não só pela discriminação dos comunistas e simpatizantes, como, principalmente pela perseguição a eles e até o uso da força no desejo de exterminar esse foco de resistência ao regime ditatorial estabelecido no país. Dizer que, no Brasil, em razão da Constituição de 1967, não se fazia discriminação em razão de convicções políticas, não tem a mínima ressonância com a realidade do país.

Não houve, como era natural, a destinação de um dispositivo específico para tratar da irretroatividade da lei penal e processual penal, mas, no § 2º, estava consagrada a cláusula de que ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, preceito que, em consonância com a nossa história constitucional, serve para dar suporte à tese de que isso sufraga o princípio da reserva legal.

A *coisa julgada* e a proibição da extradição do estrangeiro, por crime político ou de opinião, e do brasileiro, em hipótese alguma, permaneceram previstas dentre os direitos fundamentais (art. 153, §§ 3º e 19). Reuniu-se, em um parágrafo só, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, conferindo-lhe o mesmo tratamento, sem nenhuma distinção (art. 153, § 9º).

A preservação da casa como asilo inviolável foi expressada mantendo a ideia da Constituição de 1967, alterando apenas a ressalva para *acudir a vítima* para uma expressão mais clara e delimitadora, ao dizer que, assim como no caso de desastre, a outra possibilidade de alguém entrar no domicílio, à noite, sem o consentimento do *morador*, seria na hipótese de *crime*.

No art. 153, § 11, vedou-se a pena de morte, a prisão perpétua e a sanção de banimento, excepcionando a admissibilidade da pena capital, como é de nossa tradição constitucional, somente na situação de guerra externa, e assegurou-se *o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário* (art. 153, §§ 13 e 14). Infelizmente, sem embargo de na *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948* – ratificada pelo Brasil – ter-se repudiado, com veemência, a prática da tortura, mais uma vez, deixou-se de vedar, expressamente, a prática da tortura ou de outro tratamento cruel, desumano ou degradante. Nota-se que o texto constitucional evitou, de todas as formas, fazer menção à palavra tortura, preferindo a linguagem retórica do *respeito à integridade física e moral*, mesmo assim para endereçar o comando normativo apenas para o *detento* e o *presidiário*. O que é pior é que, nada obstante a previsão peremptória contida na Constituição de 1967, tornando defesa a pena de morte, isso não impediu que o Governo Militar, com base nos Atos Institucionais nº 5º, de 13 de dezembro de 1968 e 12, de 31 de agosto de 1969, introduzisse a pena de morte para os crimes de conotação política. Isso demonstra quão frágil era a declaração desses direitos.

⁷¹⁹ Alguns doutrinadores observam que, apenas formalmente, pode falar-se que as modificações introduzidas na Constituição de 1967, operadas pela Emenda nº 1/69, foram decorrentes do poder de revisão do texto constitucional. A profundidade estrutural e a quantidade de dispositivos modificados assinalam para um novo texto, não apenas um emenda à redação original. Às alterações modificativas, supressivas e aditivas somaram-se as redacionais, configurando um novo perfil Constitucional, com a hipertrofia maior do Poder Executivo

Manteve-se a tradição universal de somente admitir-se a prisão sem ordem escrita no caso de prisão em flagrante, mas, refletindo a mensagem da Carta anterior, permitia-se que a determinação da prisão fosse feita por qualquer autoridade *competente*, e não necessariamente pelo juiz, exigindo-se, apenas, que, de qualquer modo, a comunicação a este fosse feita *imediatamente*, não mais falando da nota de culpa nem muito menos do prazo de vinte e quatro horas (art. 153, § 12). A disciplina do habeas corpus permaneceu a mesma, restringindo-se a sua admissibilidade em caso de transgressão disciplinar.

A garantia do direito de defesa foi reafirmada, com sutil diferença redacional – ao invés de *plena defesa*, preferiu-se *ampla defesa* –, mas com o mesmo conteúdo, ressaltando-se, como sempre vinha nos textos anteriores, que ela abrangia os *recursos a ela inerentes*. Esqueceu-se, todavia, de deixar expressa a garantia da utilização dos meios necessários para o seu exercício.

Continuou-se com a inserção da instituição do tribunal do júri dentre um dos direitos fundamentais, mas não se teve o cuidado de pinçar os princípios que lhe são indispensáveis, principalmente os que dizem respeito à soberania dos vereditos e ao sigilo das votações. Na Constituição de 1967 foi dito, apenas, que a sua competência seria restrita para crimes dolosos contra a vida, passando a ideia de que ela era limitada a essa espécie de delito. Por isso mesmo, poucas não foram as divergências quanto a sua competência para o julgamento de outros crimes cometidos em conexão ou continência com aqueles tipificados como dolosos contra a vida.

Finalmente, reconheceu a existência de outros direitos e garantias além dos que estavam expressos na Constituição, desde que decorrentes dos princípios e do *regime* por ela adotados, como vinha sendo admitido por todas as Constituições anteriores.

4.2.6 – Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.

A ditadura militar, no final dos anos 1970, começou a perder força, ganhando espaço cada vez mais acentuado o processo de democratização do país. O insucesso da emenda constitucional que restabelecia as eleições diretas para a presidência da república, ao invés de arrefecer os ânimos, serviu de combustível para que, eleito um governo civil, fosse convocada uma assembleia constituinte, a fim de que, normativamente, fosse rompido o regime anterior e, em seu lugar, arquitetada uma nova ordem jurídica.

Sem embargo das críticas assacadas pela circunstância de não ter sido providenciada a eleição de constituintes com mandato específico para a elaboração de nova Constituição, o Congresso Nacional produziu um texto que foi exaustivamente debatido nos mais diversos fóruns representativos da academia, dos juristas, das entidades de classe das carreiras jurídicas (advocacia, Ministério Público e Poder Judiciário), sindicatos etc.

A despeito de não se acreditar que fosse possível a produção de uma Carta Política ideal, se o resultado final não foi o ideal, quanto aos direitos fundamentais não há muito do que se reclamar. Houve acentuada preocupação em declarar na Constituição os direitos fundamentais catalogados nas Constituições da Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal, ademais daqueles que estavam expressos em diplomas internacionais e regionais.

Os direitos fundamentais, até então tratados como princípios desprovidos de força normativa, mencionados na rabeira da Carta de 1967, passaram à categoria de espinha dorsal do sistema jurídico, a partir do reconhecimento de que possuem não apenas força normativa como hierarquia superior às demais normas jurídicas. Deixaram a função subalterna de colmatação das lacunas das regras jurídicas para desempenhar função hegemônica, estruturante e interpretativa de todo o sistema normativo.

Não apenas foram mantidas as garantias que já constavam das Constituições anteriores como

⁷²⁰ Cf. item 8.2 e segs., infra

foram acrescentados outros que nunca tinham sido proclamados com *status* constitucional como a inviolabilidade da intimidade em geral, a presunção de não culpabilidade, a publicidade dos atos processuais, o direito ao silêncio, e, como sanção à violação das garantias estampadas no texto, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

A fim de ressaltar a mudança de paradigma, o constituinte teve o cuidado de catalogar os direitos fundamentais logo no início do texto constitucional, mais precisamente nos incisos do art. 5º. Ainda assim, do art. 1º ao 4º foram preceituados os *valores* que devem nortear a sua compreensão. Nesses dispositivos – art. 1º a 4º – estão plasmados os princípios fundamentais e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil⁷²¹, valores que formatam o arcabouço jurídico dentro do qual devem ser concebidos os direitos fundamentais⁷²².

O valor-mor é de que o novo sistema jurídico arquitetado pela Constituição de 1988 é o democrático-constitucional, pois, tal como asseverado no art. 1º, o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Assim, o sistema jurídico em si deve ser democrático-constitucional, o que implica dizer que o processo penal ademais de ser democrático impondo-se, devido sua origem sob a batuta da Constituição de 1937, a desconstrução de seu viés ditatorial e policialesco –, é orientado e deve ser compreendido em compasso com a função *hegemônica, estruturante e interpretativa* dos direitos fundamentais.

Como se verá, a Constituição de 1988 não apenas manteve a tradição no âmbito do Direito Comparado de conferir atenção especial aos direitos fundamentais como forma de regram-limitar e, assim, *legitimar* o dever-poder de punir do Estado, como é a nossa carta política que encartou o rol mais extenso dessa classe de direitos. São nada mais nada menos do que 78 (setenta e oito) incisos, nos quais estão catalogados os direitos fundamentais, sendo que, em alguns incisos, há mais de um direito fundamental declarado⁷²³.

Merece consideração, ainda, que exame mais atento revela que, da mesma forma como as Constituições brasileiras anteriores e mesmo as de países como Alemanha, França, Espanha, Itália, Portugal e, do common law, dos Estados Unidos, o maior número dos direitos fundamentais declarados em forma de princípios na Constituição de 1988 expressam garantias processuais penais. Com efeito, se 40 (quarenta) desses incisos declaram direitos essenciais pertinentes ao Direito Criminal, apenas 5 (cinco) são estritamente de Direito Penal (art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLII, XLVI e XLVII), enquanto 24 (vinte e quatro) são exclusivamente de Direito Processual Penal (art. 5º, incisos III, XI, XII, XXXVIII, XLIV, XLVII, XLIX, L, LI, LII, LIV, LVII, LVII, LIX, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII e LXXV)⁷²⁵.

O conjunto desse extenso catálogo de direitos fundamentais inerentes ao sistema processual penal, diante da força normativa e da posição hegemônica emprestada pela Constituição de 1988, expressa a teoria constitucional do processo penal. Para fins dogmáticos, nesse estudo, classificamos os direitos fundamentais relativos ao processo penal, tal qual declarados na Constituição, em seis categorias: (a) princípio do devido processo legal em sentido estrito; (b) princípio da presunção de não culpabilidade; (c) princípio acusatório; (d) princípio do direito à intimidade em geral; (e) princípio da ampla defesa; e (f) princípio da liberdade.

Cada um desses princípios será objeto de estudo detalhado no capítulo 9, *infra*.

⁷²¹ Cf. item 8.3 e segs. *infra*

⁷²² Cf. capítulo 7, *infra*.

⁷²³ Por exemplo, no inciso X, além da intimidade em geral, ainda consta a garantia da *vida privada* e da *imagem* das pessoas, ao passo que o LXIII, além de assegurar o direito ao silêncio, garante que, no âmbito do processo penal, a assistência jurídica será prestada, independentemente de o acusado ter condições financeiras para contratar advogado.

⁷²⁴ Isto é, referentes ao Direito Penal e/ou ao Processual Penal.

⁷²⁵ Exclusivamente de Direito Processual Civil são apenas 7 (sete), mais precisamente os incisos XXIV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXIV do art. 5º da Constituição.

Capítulo 5

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O exame da origem dos direitos fundamentais denota que eles, em um primeiro instante, foram pensados como de origem divina, dados por Deus ao homem, existentes devido à caridade Daquela. Por isso mesmo esses direitos seriam *eternos, imutáveis, absolutos e inalienáveis* além de independentes da *vontade* do Estado. Em contraposição ao direito positivo, posto e escrito pelo homem, haveria esse direito natural, assim denominado porque, ao invés de criado pelo homem, seria imposto por alguém – Deus – que se encontra acima de tudo⁷²⁶.

Com a secularização, procurou-se outra fundamentação para a existência de direitos que, embora não escritos em nenhuma lei, podem ser invocados pelo homem e devem ser respeitados por todos, até mesmo pelo Estado. Aqui, aparece a filosofia *jusnaturalista*, que se contrapõe à ideia de um Estado absoluto, que não se pauta por certos limites. Sem necessidade de voltar muito na história, desde a concepção *lockeana* de Estado, os direitos do homem passam a ser vistos como algo que faz parte da condição humana e, em razão disso mesmo, devem ser garantidos e respeitados pelo ente estatal. Essa foi a tônica do discurso liberal iluminista, que só conhece a autoridade do Estado dentro da concepção do pacto social, instrumento com o qual o povo, o efetivo detentor do poder, dá *representatividade e legitimidade* à ação governamental. O poder estatal, por conseguinte, prescinde do *consentimento* do povo que, ao outorgar o mandato para que a autoridade estatal aja em seu nome, fá-lo sem abrir mão dos direitos universais que, se sob a perspectiva concreta, mesmo sendo *inalienáveis*, não são *absolutos*. O Estado, na concepção democrático-constitucional focada nos direitos essenciais da pessoa humana, é para *servir* ao cidadão, e não ser *servido* por este. Os direitos do homem, por conseguinte, além de *universais e preexistentes* ao Estado, estão, até mesmo, acima deste⁷²⁷.

Não foi sem propósito que os ideólogos da Revolução Francesa, de 1789, como primeiro ato mais denso, ao contrário de cuidarem da feitura de uma Constituição, trataram de elaborar uma *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Com isso, se quis deixar claro que os direitos do homem eram as bases da construção do Estado e, portanto, da própria Constituição, de modo que o conteúdo dela deveria ser elaborado tendo como norte a primazia dos direitos universais, dos quais eram detentores todos os povos⁷²⁸. Por isso mesmo, eles seriam direitos que deveriam ser reconhecidos não apenas pelo Estado e pela Constituição francesa, mas por todos os Estados. LOCKE já tinha especificado com a sua doutrina, principalmente na parte em que justificava o direito de resistência, que os direitos do homem eram pré

⁷²⁶ BOBBIO argumenta que a expressão direito natural vem do pensamento filosófico clássico expressado por PLATÃO e ARISTÓTELES (*O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 16).

⁷²⁷ Nessa linha de pensamento, até mesmo, o poder constituinte, instaurado em virtude da ruptura da ordem de um determinado Estado, encontra-se subordinado a esses direitos declarados com caráter de universalidade

⁷²⁸ BOBBIO, em seu livro *A era dos direitos*, alerta que a diferença da declaração de direitos americana para a francesa, dentre outras coisas, residia no fato de aquela ter sido imaginada apenas para o cidadão americano, enquanto esta com um caráter universal: extensiva a todos os cidadãos, franceses ou não. (p. 85-104). Cf. itens 3.2 e 3.3, supra

-estatais e mesmo supra-estatais⁷²⁹. Note-se que DUGUIT, filósofo francês, defendia que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, era irrevogável e tinha o condão de vincular até mesmo os futuros constituintes⁷³⁰.

A filosofia iluminista liberal, defendida por MONTESQUIEU e BECCARIA, vazada em uma forma de Estado que deve, antes de tudo, respeito aos direitos do homem, de permeio, transborda para uma extrema valoração à norma, dando início ao dogma da *onipotência do legislador*⁷³¹. BOBBIO, com *inteira procedência, em suas lições sobre as raízes do positivismo jurídico*, anota que MONTESQUIEU e BECCARIA “... estão entre os maiores expoentes das concepções político-jurídicas de inspiração iluminista e que exerceram enorme influência nos ambientes político-culturais liberais.”⁷³² Os dois, em suas obras fundamentais, defendem que o juiz não pode ser mais do que a *boca da lei*, não lhe sendo dado, sequer, a possibilidade de interpretá-la⁷³³. Para evitar o absolutismo vivido durante o regime anterior, o poder seria organizado de acordo com a técnica da divisão, entre órgãos independentes, das funções de legislar, executar e julgar/aplicar as leis, assegurada a *representatividade* na feitura das normas jurídicas, com a escolha dos membros do Legislativo pelo próprio povo. Assim, na ideia liberal democrática, fundamentada por ROUSSEAU em *O contrato social*, a legitimidade do governo advinha de sua submissão à lei, daí o primado liberal de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em razão da lei*.

Os direitos do homem, embora considerados naturais, sob a ótica *juspositivista* encontram fundamento na lei, diante do argumento de que o legislador possui legitimidade, proveniente do fato de ter sido escolhido pelo povo para representá-lo na feitura das normas, para dispor sobre o assunto do modo que lhe pareça mais pertinente para atender o interesse coletivo. Na concepção *juspositivista*, direitos fundamentais do homem são apenas aqueles declarados na Constituição e, ainda assim, não são normas, mas apenas princípios, que ficam à mercê de sua regulamentação pelo legislador subconstitucional. Os direitos fundamentais, por conseguinte, nessa visão *juspositivista*, ostentam uma posição subalterna em relação à norma jurídica, que deve socorrer-se do enunciado principiológico da declaração encartada na Constituição, apenas e quando necessário para uma melhor compreensão da *vontade do legislador* infraconstitucional.

Em suma, na doutrina *normativista*, os direitos fundamentais são apenas aqueles reconhecidos e prescritos na lei. Ainda assim, até mesmo HOBBS⁷³⁴, considerado o precursor do *juspositivismo*, defendia que, sendo impossível ao legislador, que não tem o dom da presciência, *prever todas as controvérsias* possíveis de surgir no grupo social, nos casos “... não contemplado(s) pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais.” De qualquer maneira, o *juspositivismo ortodoxo*, ao argumento de que, em verdade, o sistema jurídico é *coerente e*

⁷²⁹ MIRANDA, Pontes. *Comentários à constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 4. p. 632.

⁷³⁰ Apud LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição*: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 174. Sobre a divergência filosófica quanto à existência de limitação material do poder constituinte, merece registro a posição de RAUL MACHADO HORTA (Cf. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 27-31.).

⁷³¹ BOBBIO, ao investigar as raízes históricas do positivismo jurídico, mostra que ele foi uma consequência lógica da formação do Estado Moderno. Conforme o referido filósofo, em contraposição ao Estado Medieval, que conferia maior relevância ao *direito natural* escrito por *Deus no coração dos homens*, pensou-se em um *Estado monista*, que concentrasse em si todos os poderes, principalmente quanto à criação do direito. Assim, no Estado moderno liberal, a produção do direito fica submetida à regência de um dos órgãos estatais, o legislativo que, por congrega representantes do povo, possui supremacia sobre o juiz, de modo que este deve contentar-se em aplicar a lei e, quando esta não for clara, tanto quanto possível, tentar descobrir a *vontade do legislador*. (*O positivismo jurídico*. p. 25-37).

⁷³² *Ibid.*, p.39.

⁷³³ Como já foi visto, BECCARIA, seguindo a concepção política de MONTESQUIEU, defendia que ao juiz não seria dado, sequer, o direito de interpretar as leis.

⁷³⁴ Apud BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. p. 43

completo, de modo que nele não há lacuna, negava a existência do direito natural, ainda que sob esse enfoque residual⁷³⁵.

Será demonstrado que, no paradigma do Estado democrático-constitucional, modelo adotado pela Constituição de 1988, a visão positivista é desfocada, mormente porque a base de nosso sistema é constituída de regras jurídicas com força normativa de ordem principiológica, cujo norte exegético é ditado por um preceito implícito que emerge do entendimento de que o arcabouço da Constituição em vigor contempla uma *cláusula geral de tutela do homem*. Identifica-se, segundo a ótica democrático-constitucional, uma incompatibilidade mesmo entre os direitos fundamentais e a doutrina juspositivista.

5.1 – Incompatibilidade dos direitos fundamentais no paradigma do Estado democrático-constitucional com a doutrina juspositivista.

O positivismo jurídico, corrente de pensamento que teve os primeiros passos ensaiados com as ideias iluministas da onipotência do legislador, pode ser considerado sob três *nuanças fundamentais*: o modo de abordar o estudo do Direito; a teoria do Direito e a sua ideologia. Quanto ao primeiro aspecto, o direito deve ser visto como um *fato*, e não como um valor. Dessa forma, o jurista deve abordá-lo tal como ele está exposto por meio da norma jurídica, sem imiscuir-se na sua valoração. Ele existe porque está posto, independentemente de seu conteúdo. O operador jurídico estuda a realidade normativa, abstendo-se de formular juízos de valor: “... o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”⁷³⁶. Como acrescenta BOBBIO, esse modo de encarar o direito dá origem à Teoria da validade do direito, a qual homenageia a sua estrutura formal, em detrimento do próprio conteúdo⁷³⁷.

Na teoria jurídica sob o viés juspositivista, a definição do Direito é exposta em função da coação, de modo que este é a legitimação do uso da força para que o seu comando normativo seja respeitado por todos. É o consentimento do uso da força, a fim de que o ordenamento jurídico seja respeitado. A sua *definição*, portanto, possui como elemento integrativo a coerção, o que dá margem à *teoria da coatividade do direito*. Nessa ótica, Direito só pode ser considerado como tal o que é imposto com suporte em uma força heterônoma, que é a ameaça da sanção. O Direito, assim, exprime-se por meio de normas feitas para valer pela força do Estado.

Por outro lado, na doutrina positivista, a fonte primária do Direito é a norma e, em segundo plano, o costume, desde que *secundum legem* e, em determinados casos, *praeter legem*, mas nunca contra *legem*. Se a fonte do Direito é essencialmente o Estado, que se exprime por meio da feitura da *norma*, esta e aquele, em certa medida, confundem-se. Um e outro não existem senão em conjunto. A norma jurídica é a própria origem do Direito. Sem ela, não há de falar-se nele. Sendo o próprio direito, em sua exteriorização, a norma jurídica, na lição juspositivista, é um comando, uma *ordem imperativa*, que contém como elemento indispensável – e, para alguns, até mesmo principal – a *sanção*⁷³⁸. Ainda na dimensão positivista, a *teoria do ordenamento jurídico* firma-se na concepção de que o sistema tem como características ínsitas a unidade, a *coerência* e a *completude*, ou seja, é um sistema lógico, de modo que, mesmo, implicitamente, tem resposta para todas as situações eventualmente traduzidas por meio do conflito entre as pessoas, não havendo, assim, lacunas no Direito⁷³⁹. Além da

⁷³⁵ Ibid. p. 43.

⁷³⁶ BOBBIO. *O positivismo jurídico*. p. 131

⁷³⁷ Ibid. p. 131.

⁷³⁸ A teoria da norma jurídica, justificada na ideia *imperativista do direito*, encontra obstáculo quanto à explicação das chamadas *normas permissivas* e mesmo daquelas que, ao invés de elencar como hipótese da incidência de seus efeitos o descumprimento, estabelece um prêmio para quem cumpre o que ela assinala. No âmbito criminal, podemos fazer referência aos institutos da transação, no Juizado Especial, da suspensão condicional do processo e do perdão judicial. Note-se que, no ambiente criminal, cada vez mais se tem previsto a figura da delação premial, assunto que será tratado no item 9.5.2.5, infra, aqui tratado como forma indireta de materialização do primado do direito à ampla defesa

⁷³⁹ BOBBIO, no destaque conferido a essas três propriedades do ordenamento jurídico de acordo com a ótica positivista, esclarece que a *completude* do sistema significa que sempre há uma norma para regular qualquer situação, ou seja, ela não

plenitude do ordenamento jurídico, ele é coerente e, apenas aparentemente, contém antinomias, subsistindo fórmula técnico-jurídica para resolver, dentro do próprio sistema, as aparentes incongruências entre as diversas normas que integram o sistema.

Por fim, como ideologia juspositivista, tem-se a *teoria da obediência*, no sentido de que a lei deve ser observada sem tergiversações, nada sendo oponível ao Direito posto, que deve ser aplicado, ainda que pareça injusta a solução alvitada pela norma jurídica. É a manifestação do aforismo *dura lex sed lex*. Essa doutrina, como se vê, é pertinente para o Estado autoritário, que inibe a construção/reconstrução do pensamento com o estabelecimento de espaços e fóruns legítimos para o desenvolvimento pluralístico das ideias. Após a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países abandonou essa forma de *abordar, teorizar e idealizar* o Direito, com uma importante volta ao jusnaturalismo, ou a uma concepção de Estado limitado, na extensão vertical, pelos direitos fundamentais e, na horizontal, pela separação das funções políticas entre os três poderes, apresentando-se aqueles com uma formulação principiológica com força normativa e hegemônica.

Na arquitetura do Estado democrático-constitucional, a Constituição possui força normativa, de modo que a base do ordenamento jurídico se concentra na tutela dos direitos fundamentais, inseridos em declarações enunciadas por meio de normas constitucionais de cunho principiológico, com prevalência sobre as normas subconstitucionais, na medida em que servem de fundamento a estas, e não apenas como regra a ser seguida quando verificada uma lacuna ou incompreensão de seu conteúdo. Nesse modelo, a interpretação e aplicação da Constituição têm uma *função política transformadora*⁷⁴⁰, de modo que ao jurista não cabe apenas manipular o ordenamento jurídico com vista a solucionar os problemas jurídicos, mas, primordialmente, participar da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O modelo do Estado *democrático-constitucional* recusa o *positivismo jurídico* sem renegar o Direito posto⁷⁴¹, mas realça que este deve ser compreendido de acordo com as orientações exegéticas emanadas das normas plasmadas na Constituição, especialmente aquelas que alicerçam e anunciam os direitos fundamentais. Esse assunto volta a ser explorado, no presente estudo, na segunda parte, no capítulo que trata da teoria do processo penal, que revela o novo modelo do Estado brasileiro – o *constitucional-democrático* –, inaugurado com a edição da Constituição de 1988, que se acosta ao que a doutrina estrangeira chama de *neoconstitucionalismo*⁷⁴². Ademais, a premissa do Estado democrático-constitucional funda-se na assertiva de que os direitos fundamentais, porquanto inerentes à própria condição humana, têm força normativa independentemente da *vontade legislativa*, de modo que eles, expressos ou implícitos, devem ser respeitados. O que se opera com o texto constitucional é somente a declaração dos direitos fundamentais, *não a sua constituição* propriamente dita. Vale dizer, a norma constitucional não os *cria*, antes os revela, enfim, *declara-os*. Assim, a despeito de não declarado expressamente, um direito fundamental pode ser reconhecido pelo intérprete, porque, em rigor, o fato de ele não estar for-

possui, ao contrário do que se sustenta, *lacuna* alguma, de modo que “... o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.” (*Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 115).

⁷⁴⁰ Em sua doutrina constitucionalista, LENIO STRECK, com propriedade, defende que “... o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, *como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.*” (*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 29)

⁷⁴¹ Não se pode confundir *Direito positivo* com *positivismo*, nem muito menos dogmática jurídica com dogmatismo. A dogmática jurídica é necessária, até porque, em caso contrário, seria contra-senso escrever algo sob o título de teoria.

⁷⁴² Cf. itens 6.1 e 6.2, *infra*.

malmente contemplado em uma regra jurídica não infirma a sua existência: ele é decorrência da própria condição humana, sendo, por isso, considerado *direito essencial*⁷⁴³.

5.2 – Direitos fundamentais na estrutura do Estado democrático-constitucional.

Os direitos fundamentais, categoria especial de direito de cidadania, consistentes na própria delimitação do poder político, podem ser explicados sob a visão de várias teorias. Comprometido com a missão de esboçar uma teoria para os direitos fundamentais, ROBERT ALEXY⁷⁴⁴ alerta que tais teorias, existentes na atualidade, resumem-se em: “*la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales*”.

No arcabouço do Estado democrático, os direitos fundamentais, ao lado da tripartição dos poderes, constituem-se instrumentos basilares da limitação do poder político. Nos contornos democráticos, o Estado deve comportar-se, qualquer que seja a sua ação, sob a perspectiva de que nem tudo pode ou deve fazer, pois a sua atuação encontra parâmetros no respeito aos direitos declarados na *Lei Maior*. Até porque, como o povo é o dono do poder – que é e deve ser exercido em seu nome, por meio de um representante –, não pode haver ação estatal legítima quando não se observam os direitos que existem em razão da própria condição humana, esculpidos na Constituição em forma de princípios, cujos enunciados em textos constitucionais começaram – pelo menos – a partir da Constituição americana, após as dez primeiras emendas que lhe foram enxertadas.

A orientação principiológica dimanada da declaração dos *direitos fundamentais* tem o condão de gizar o agir do Estado, fazendo com que o exercício do poder político se conforme dentro das suas linhas estruturantes. Como se observou, não foi sem motivo que os iluministas emitiram solenemente, como *primeiro ato político revolucionário mais importante*, antes mesmo da elaboração da Constituição, a declaração dos direitos do homem, alvitando a sua validade para todos os povos, independentemente de os demais Estados, em documento próprio, ratificarem, ou não, o enunciado dela extraído. A pretensão foi a de realçar que esses direitos do homem eram universais e existiam, estivessem, ou não, escritos, fossem, ou não, reconhecidos pelo Estado. Isso simplesmente porque essa espécie de direitos são supra-estatais, encontrando-se acima, até mesmo, do poder constituinte. Assim, caso eventualmente um direito reconhecido como inerente ao homem, não tenha sido declarado na Constituição de um determinado Estado, perdendo, assim, no aspecto formal, a sua categoria de fundamental, nem por isso procede a assertiva de que ele não pode ser reconhecido como tal pelo cientista do Direito, aí se incluindo, naturalmente, o juiz⁷⁴⁵.

Por outro lado, e aqui é que é o mais importante, em verdade, os direitos fundamentais não são constituídos com a sua inclusão no texto constitucional, porém apenas declarados⁷⁴⁶. Se os direitos fun-

⁷⁴³ Cf. item 5.4, infra.

⁷⁴⁴ *Teoría de los derechos fundamentales*. 4. ed. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 36.

⁷⁴⁵ Do alto de sua sabedoria, PONTES DE MIRANDA anota que há direitos fundamentais que são apenas constitucionais, mas não são supra-estatais. Com efeito, os direitos supra-estatais, concebidos como anteriores ao Estado, fundamentam-se em si mesmos, razão pela qual, para existirem, não dependem de lei expressa e não existem *conforme os cria ou regula a lei*. Ora, se não *resultam das leis*, pois precedem a elas, o seu conteúdo, igualmente, não é ditado pelas normas que os regulamentam, posto que decorrem do seu conceito principiológico (Op. cit., p. 625). Se assim é, se os efetivos direitos do homem não se criam nem se determinam na lei, em princípio, esta não tem substância para transformar ontologicamente um determinado direito em direito fundamental do homem. Mas forçoso é reconhecer que a inserção de um direito no rol dos direitos fundamentais pode possuir contornos históricos, políticos, sociais e culturais peculiares a um determinado país. Assim, quando se faz a inclusão de uma nova cláusula, a regra é de que, pela vontade constituinte, ela, embora não esteja dentre os indispensáveis à dignidade da pessoa humana.

⁷⁴⁶ Veja-se a sabedoria dos americanos e dos franceses. Eles não disseram que *estavam* criando os direitos do homem, *senão* que

damentais não são constituídos por meio dos textos constitucionais, é possível que eles sejam conhecidos em interpretação que os identifica implícitos no sistema jurídico e, ainda, que o exegeta, especialmente o juiz, vá reconhecê-los tendo como auxílio o anúncio contido em diplomas internacionais, especialmente quanto aos que tenham merecido a ratificação do governo brasileiro. Por conseguinte, os direitos fundamentais previstos em nosso sistema não são apenas os que estão contemplados na Constituição de 1988, mas igualmente aqueles que foram ratificados em tratados internacionais, tese que, embora não tenha sido aceita pelo *Supremo Tribunal Federal*, agora, em razão da *Emenda Constitucional nº 45, de 2005*, está sufragada no § 3º do art. 5º de nosso Texto Maior. Ademais, a interpretação dos direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988 deve ter em conta, sem que esquecida a sua dimensão histórica, cultural, social e política em nosso meio, a forma como eles são tratados em diplomas internacionais e, igualmente, nas Constituições estrangeiras, especialmente aquelas que serviram de paradigma para a elaboração de nossa Carta Política.

5.3 – Natureza jurídica dos direitos fundamentais: regra, princípio ou norma jurídica principiológica?

Os direitos fundamentais, conforme visto, são os direitos do homem declarados de forma explícita ou implícita em um texto escrito. Não há diferença ontológica entre os direitos do homem e os fundamentais, senão a característica de designarem-se como estes os direitos reconhecidos em um estatuto próprio, especialmente aqueles trabalhados no texto constitucional. O que era *direito natural* não-escrito tornou-se, com os textos declaratórios, *direitos do homem* e, com a inscrição nos textos constitucionais, passaram a ser denominados *direitos fundamentais*. Adotando essa orientação, LORCA NAVARRETE⁷⁴⁷ diz que é mais correto usar a expressão direitos naturais quando se quer referir a “... *derechos que encuentran su fundamento en la naturaleza humana inserta en el orden universal que tiene a Dios como autor.*” De outra banda, diz ainda o citado autor que esses direitos essenciais ou naturais, quando declarados no texto constitucional, passam à categoria de direitos fundamentais, com consequente força normativa⁷⁴⁸. Por conseguinte, quando se fala em direito fundamental, quer-se referir a um determinado direito humano natural plasmado, de modo explícito ou implícito, em tratado internacional ou na Constituição de um determinado país. A distinção, por conseguinte, é apenas essa, de ordem formal.

Cabe indagar, nesse momento, se os direitos fundamentais têm a natureza de princípio ou de norma jurídica. Comumente, diz-se que essa espécie de direitos expressa princípios e, assim, eles devem ser compreendidos. Vários são os critérios adotados pelos doutrinadores a fim de dizer se um determinado enunciado encerra uma norma ou um princípio. Nessa perspectiva, norma e princípio seriam diferentes e, numa visão juspositivista, este teria uma função subalterna, qual seja, a de auxiliar na pesquisa do efetivo enunciado da norma, quando aquela não fosse clara ou houvesse, diante das peculiaridades especiais do caso concreto, dificuldade na sua aplicação. Nessa conjuntura, o princípio não teria força normativa, seria apenas uma orientação a ser buscada em situações excepcionais.

Contudo, na atualidade, há certo consenso no sentido de que o princípio, em sua essência, trata-se de uma norma jurídica⁷⁴⁹. Nesse sentido, assinala RUY ESPÍNDOLA que, no pensamento jurídico contemporâneo, há mesmo unanimidade “... em se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica”⁷⁵⁰, de modo que eles detêm “.. positividade,

os estavam declarando

⁷⁴⁷ *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1999. p. 12

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p.20.

⁷⁴⁹ Não parece ter sido outra a intenção do constituinte senão realçar que os direitos fundamentais possuem força normativa, ao preceituar, no § 1º do art. 5º da Constituição, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Querer tirar desse dispositivo outra interpretação parece tarefa ingrata, senão impossível.

⁷⁵⁰ *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas⁷⁵¹.

Com o costumeiro brilho, PAULO BONAVIDES⁷⁵², após fazer notar que a doutrina estrangeira moderna tem-se inclinado a reconhecer a força normativa dos princípios, sustenta que assim é porque eles “... dirigidos a direta e imediata disciplina de certas matérias, ou destinados a disciplinar desde o início e de modo direto, determinadas relações, entram na categoria das normas de eficácia imediata, ou seja, das normas imediatamente preceptivas⁷⁵³, e possuem “... uma dupla eficácia na medida em que servem também de regra vinculativa de uma legislação futura sobre o mesmo objeto.”⁷⁵⁴ Consoante essa teoria, em verdade, a norma jurídica é o gênero, que se divide em regras e princípios⁷⁵⁵. Exatamente tendo em conta essa premissa dogmática, ALEXY esclarece que são possíveis três teses para fundamentar a distinção entre regras e princípios. A primeira, não dá relevância ao assunto, pois a diferença entre uma e outra norma jurídica é patente, residindo a problemática mais na identificação de qual é o verdadeiro alcance da norma-princípio. A segunda, ainda segundo ALEXY, põe em relevo que a diferença entre a regra e o princípio é apenas de grau, ou seja, a maior generalidade dessa segunda categoria de norma. Por fim, a terceira corrente vê, na divisão entre regras e princípios, não só uma diferença de grau como de qualidade mesmo, pois os princípios ostentam uma posição hegemônica no sistema, servindo não só para orientar o exegeta, mas mesmo fundamentá-lo na interpretação da norma.

Na teoria de ALEXY, hoje predominante em razão do neoconstitucionalismo ou Estado constitucional⁷⁵⁶, o princípio é uma espécie de norma jurídica, distinguindo-se da regra, que também é norma, pelo fato de aquele servir de bússola para a compreensão do sistema jurídico e, por conseguinte, de todas as regras que o compõem. Nessa perspectiva, os princípios são normas que submetem a validade das regras jurídicas encartadas no ordenamento subconstitucional à sua coerência com os ditames daqueles, constituindo-se os direitos fundamentais o arcabouço do sistema. O filósofo americano DWORKIN defende que os princípios constitucionais não se prestam apenas para definir o modo de fazer as leis e quem é competente para editá-las, mas, igualmente, servem de padrão, especialmente nos *hard cases*, para a escolha da decisão certa em um caso concreto, de modo que, em verdade, a diferença entre estes e as regras jurídicas é de natureza lógica, posto que, embora ambas as categorias apontem para decisões particulares acerca de qual obrigação jurídica deve ser estabelecida em determinadas circunstâncias específicas, distinguem-se apenas quanto à natureza da orientação que oferecem, e não quanto à força normativa⁷⁵⁷.

Atento a esse novo constitucionalismo, o emérito professor de Coimbra GOMES CANOTILHO⁷⁵⁸ ensina que o sistema daí decorrente exige que se faça a classificação do bloco normativo, tendo em conta que as normas são um gênero, do qual os princípios e as regras são espécies, e sugere, em auxílio à complexa tarefa de distingui-los, os seguintes critérios:

⁷⁵¹ Ibid. p.55.

⁷⁵² *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 222.

⁷⁵³ Ibid. p.222

⁷⁵⁴ Ibid. p.222

⁷⁵⁵ Evidencia RUY ESPÍNDOLA que, na metodologia jurídica tradicional, distinguem-se os princípios das normas, de modo que essas duas categorias jurídicas eram tratadas como tipos conceituais diferenciados, sob a perspectiva de que “... a ideia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à ideia de princípio.” (Op. cit., p. 61). Todavia, agrega o citado autor, posteriormente, “... devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito” (Ibid. p. 222).

⁷⁵⁶ Cf. item 6.1, *infra*, parte na qual se faz o esboço doutrinário do *neoconstitucionalismo ou Estado constitucional*.

⁷⁵⁷ *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.39

⁷⁵⁸ *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 172-173.

- a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) "proximidade" da ideia de direito: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (DWORKIN) ou na "ideia de direito" (LARENZ); as regras podem ser normas circulativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Merecem destaque, dentre os critérios distintivos elencados por CANOTILHO, as características de fundamentalidade e de natureza normogénica exibidas pelos princípios, o que lhes confere importância estruturante no sistema jurídico e fazem com que eles se constituam a própria *ratio* das demais normas que se apresentam como regras jurídicas. Com suporte nessa dogmática hodierna, pode-se dizer que o nosso sistema jurídico nacional, afinado ao modelo democrático-constitucional, que se esteia nos direitos fundamentais, faz com que os princípios constitucionais, especialmente os que declaram os direitos fundamentais, não apenas sejam normas como possuam predominância na ordem jurídica. Assim, em nosso meio, os princípios, além de conterem força normativa, ainda ocupam destaque especial no sistema, de modo a determinar a validade e alcance do ordenamento ordinário, sendo escorreito arrematar que os preceitos constitucionais, notadamente os que enunciam os direitos fundamentais, não são apenas normas destinadas a regulamentar o sistema, são normas-princípios, que possuem função de orientação e comando do sistema, uma vez que são normas de grau jurídico superior⁷⁵⁹.

5.4 – Atipicidade dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, conquanto não seja razoável apresentá-los em *numerus clausus*, podem ser conceituados como normas de proteção da estruturação física, psíquica e moral da pessoa, tendo em conta a condição de ser individual ou de ser social⁷⁶⁰. Existem a esse respeito duas teorias: uma identificada como *positiva e outra, naturalista*. Em consonância com a teoria positiva, os direitos fundamentais são direitos essenciais relacionados com os atributos inerentes à condição humana, plasmados na Constituição. Essa doutrina defende a atipicidade dos direitos fundamentais, de modo que só existem aqueles que estão escritos ou positivados no sistema legal.

⁷⁵⁹ O mestre cearense PAULO BONAVIDES ministra que a *norma-princípio*, em que pese o seu alto grau de generalidade, é dotada de eficácia jurídica, razão pela qual "... o vínculo programático do princípio geral contido porventura em lei constitucional não somente obriga como prevalece sobre a norma da lei ordinária, reconhecendo-lhe também eficácia interpretativa sobre a norma cativa, que não deve contradizer o princípio donde emana." (Op. cit., p. 221)

⁷⁶⁰ Na feliz definição de PAULO LOBO NETTO, os direitos da personalidade – que são os direitos fundamentais vistos sob a perspectiva das relações interpessoais "...são todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa humana" (Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro. v. 6, abr/jun, 2001).

Em posição divergente, a teoria naturalista sufraga o entendimento de que os direitos fundamentais são *direitos ínsitos* à condição humana, que existem independentemente de previsão normativa, cujo escopo é tutelar o valor em si da pessoa. Defende a atipicidade dos direitos fundamentais, até por ser impraticável definir todos eles.

Sem muito esforço, em nosso meio, pode-se encontrar o fundamento para o deslinde da controvérsia doutrinária com suporte no arcabouço jurídico sobre o qual se assenta a Constituição de 1988. Nesse diapasão, apresenta-se adequado afirmar que, ao erigir à categoria de princípio fundamental do Estado brasileiro o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 criou uma cláusula geral de tutela do homem⁷⁶¹, adotando, assim, claramente, a teoria naturalista. Por outro lado, como é da nossa tradição constitucional, a Carta Política de 1988, no intuito de deixar essa questão devidamente esclarecida, acrescentou, na primeira parte do § 2º do art. 5º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”. Como se vê, de forma peremptória, o próprio texto constitucional assevera a possibilidade de que, com base no comando normativo encartado no art. 5º, § 2º, da Constituição, seja invocada a existência de direitos fundamentais implícitos.

Agregue-se, ainda, que o positivismo jurídico faz parte do passado, assim como os regimes de governo totalitários, de modo que o compromisso do operador jurídico, no ambiente democrático, não é com a lei, conformadora e legalizadora do Estado, mas com a justiça, devendo servir-se do Direito como instrumento de vida, via expedita para a plena realização dos valores mais caros e indispensáveis ao ser humano. Ademais, uma constituição de forte conteúdo principiológico, como a de 1988, inviabiliza a exegese positivista, sem falar que um Estado democrático de direito, como solenemente proclama a nossa Carta Política, privilegia a justiça que decorre do amplo alcance dos direitos fundamentais, pelo que, embora muitos deles se encontrem positivados de forma cogente, é plenamente possível, e mesmo desejável, que, por meio do processo interpretativo levado a efeito tendo em vista a avaliação de todo o sistema jurídico, sejam descortinados princípios cuja existência está apenas sob a forma implícita.

Seguindo as pegadas dessa orientação jurídica, o pleno do Supremo Tribunal Federal, à unanidade, no julgamento do Habeas Corpus nº 71373/RS, relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO⁷⁶², *leading case* sobre a permissibilidade de exigir-se da pessoa a submissão a exame de DNA, invocou, para fins de resolução da questão, não apenas direitos fundamentais explícitos, vazados nos enunciados principiológicos da preservação da dignidade humana e da intimidade, como cláusulas implícitas, consubstanciadas nos preceitos que determinam o império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer. A ementa daquele aresto restou assim redigida⁷⁶³:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

Desse modo, consoante a jurisprudência da Colenda Suprema Corte, a teoria aceita, em relação

⁷⁶¹ Essa é a posição assumida por PAULO LOBO NETTO (Op. cit., p. 85).

⁷⁶² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, Data da decisão: 10/11/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 1º ago. 2005.

⁷⁶³ *Ibid.*

aos direitos fundamentais, é de que eles estão encartados na Constituição de forma explícita e implícita, cabendo ao exegeta, nos casos concretos, dar a solução ao caso que for mais adequado ao sentido protecionista. Por via de consequência, com suporte no entendimento sufragado pelo STF, o nosso sistema jurídico tem como característica a atipicidade dos direitos fundamentais.

5.5 – Classificação dos direitos fundamentais.

Várias são as classificações dos direitos fundamentais emprestadas pelos doutrinadores. Isso porque, como se não bastasse a complexidade de sua estrutura interna, eles se apresentam com uma enorme variedade de tipos⁷⁶⁴. Muitos critérios podem ser adotados, pois pode ser feita a distinção tendo como suporte a (1) *titularidade e os sujeitos*, (2) *o conteúdo ou o objeto*, (3) *a estrutura*, (4) *o modo de proteção* e (5) *a força jurídica*. EDILSON DE FARIAS, tendo em conta a *teoria dos status* de GIORGIO JELLINEK subsidiada pela *teoria das posições jurídicas fundamentais*, elaborada por ALEXY, classifica os direitos fundamentais em (1) *direitos de defesa, que se confundem com os chamados direitos de primeira geração, os quais impõem limitações aos poderes do Estado*; (2) *direitos fundamentais de prestação, que se identificam com os denominados direitos de segunda geração, os quais reclamam do Estado não uma abstenção, mas uma ação no sentido de materializar as garantias*; e (3) *direitos fundamentais de participação, os quais se referem à reserva de espaços públicos para que o cidadão possa atuar na vida política do país*.

De todo modo, para o escopo deste livro, impõe-se realçar a distinção entre os *direitos fundamentais*, que é feita em consonância com o bem *jurídico tutelado*, critério segundo o qual eles podem ser classificados em grupos de preceitos que se prestam a preservar a inviolabilidade dos direitos *à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Assim, *dogmaticamente*, os *direitos fundamentais* podem ser distribuídos em três espécies distintas, uma vez que, da sua análise sistêmica, observa-se que há um conjunto de princípios que dizem respeito à integridade física (vida, corpo no todo e/ou em partes), outros que tratam de resguardar a integridade psíquica (direito de liberdade) e, por fim, aqueles que se prestam a tutelar a integridade moral (honra).

Seguindo essa orientação, pode-se sugerir a classificação dos direitos fundamentais, tendo em conta três vertentes. Primeiramente, os direitos pertinentes à integridade física (direitos físicos), que se referem aos componentes materiais da estrutura humana, como o corpo em seu todo, os órgãos, os membros e, até mesmo, o cadáver. Em segundo lugar, os direitos que dizem respeito à integridade psíquica (direitos psíquicos), que dão proteção aos elementos intrínsecos da personalidade, consubstanciados no direito à liberdade, à intimidade, à privacidade, ao sigilo, à imagem, ao segredo etc. Por último, mas não menos importantes, os direitos de integridade moral (direitos morais), que servem para salvaguardar os atributos valorativos da pessoa na sociedade, formando o seu patrimônio moral, materializado no direito à identidade, à honra etc.

Essa classificação pode orientar o intérprete a ter presente, ao se defrontar com a colisão de *direitos fundamentais*, qual o bem jurídico que, no caso concreto, diante das circunstâncias específicas da situação, deve prevalecer. Todavia, não serve, por si só, para dizer qual o direito que deve predominar em tese, pois isso depende das circunstâncias que permeiam o caso concreto. É comum que, em determinado caso, diante das circunstâncias, um *direito fundamental* pertencente ao grupo dos direitos físicos prevaleça sobre outro da categoria dos que estão classificados como direito psíquico, todavia, em outra hipótese concreta, ocorra exatamente o inverso. Sobre o assunto, RONALD DWORKIN chama a atenção para o mau vezo de decidirem-se esses *hard cases* com pré-conceitos de prevalência, fazendo com que as decisões sejam tomadas “... apenas por um cálculo utilitarista de rotina”⁷⁶⁵. Ademais, como

⁷⁶⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 101.

⁷⁶⁵ *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 109.

se disse, não há, *a priori*, um direito fundamental que seja sempre mais relevante do que outro, de modo que, nos casos de colisão entre direitos fundamentais, situação que é bastante frequente, a solução exige a *técnica da ponderação* contextualizada com a situação concreta⁷⁶⁶.

Outra classificação importante para os fins do estudo aqui desenvolvido é a que leva em conta as características dos direitos fundamentais, hipótese em que eles podem ser enxergados e especificados segundo as nuances das regras gerais que, conquanto se manifestem com algumas diferenças quanto ao alcance, são comuns entre os direitos que integram essa mesma categoria. Nessa concepção, esses direitos são classificados em intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, inapropriáveis, imprescindíveis, vitalícios, relativos e universais⁷⁶⁷.

A lógica que comanda essa classificação é a de que, sendo os direitos fundamentais os direitos mínimos necessários à dignificação da pessoa humana, eles, em rigor, devem acompanhar a existência da pessoa, desde o nascimento até o falecimento, em qualquer parte em que se encontre, não se admitindo, sequer, a renúncia ao exercício de um desses direitos pelo seu próprio titular.

Levando-se em consideração a sua natureza, os *direitos fundamentais* podem, ainda, ser classificados como *direitos fundamentais propriamente ditos e direitos de personalidade*, conforme seja a perspectiva sob a qual eles são vistos, isto é, tendo em conta as relações horizontais, encetadas entre o Estado e os cidadãos – normas de direito público –, ou as relações mantidas pelos indivíduos e grupos econômicos entre si – normas de direito privado. A importância dogmática dessa distinção impõe que o assunto seja destacado, tarefa que será cumprida mais adiante, no item 5.8, *infra*.

Essas classificações, conquanto sejam importantes, e sirvam de orientação, não vão ser, propriamente, adotadas no Capítulo 9 deste trabalho, momento estabelecido para o exame dos *direitos fundamentais do processo penal brasileiro*. Naquela parte do trabalho, tendo em conta a função e os bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais no ambiente do processo penal, será adotada uma classificação consentânea à exposição dogmática da teoria constitucional do Direito Processual Penal, na sequência necessária para um desenvolvimento lógico do pensamento esposado. Tendo em consideração essa preocupação, a classificação singular anunciada neste livro diz respeito aos direitos fundamentais relativos: (1) *ao devido processo legal*; (2) *à presunção de não culpabilidade*; (3) *ao princípio acusatório*; (4) *à preservação da intimidade*; (5) *à ampla defesa*; e (6) *à liberdade*. Com essa divisão dos direitos fundamentais, serão analisadas e discutidas, sob a luz da doutrina nacional e estrangeira, assim como da jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, as cláusulas constitucionais estampadas na Constituição que têm pertinência ao Direito Processual Penal.

Certamente que a classificação aqui esboçada não é indene de críticas, a começar mesmo pelo aparente paradoxo de contemplar, dentre as categorias de direitos fundamentais, o devido processo legal, quando se sabe que, em rigor, o conjunto de todos esses direitos pertinentes ao ambiente criminal constitui a *legitimidade e legalidade* do processo⁷⁶⁸. Assim, em verdade, todos os direitos classificados do número 2 ao 6 fazem parte do que se convencionou chamar de *due process of law*. Ainda assim, a classificação se justifica, porquanto vem a ser apresentada com inquietação mais de cunho dogmático, na tentativa de fornecer ao leitor uma visão sistemática do assunto, ademais de inserir, no contexto do devido processo legal, institutos que, comumente, não são observados sob essa ótica. Por outro lado, o método adotado para a exposição teve em mira tratar, de modo específico, os direitos fundamentais que, sem embargo de serem incluídos no contexto do devido processo legal e dele serem indissociáveis, possuem conformação de todo singular.

5.6 – Universalidade como característica insita aos direitos fundamentais.

⁷⁶⁶ Cf. item 7.2.6, *infra*, no qual está exposta a doutrina sobre a colisão dos direitos fundamentais.

⁷⁶⁷ Diante da maior relevância, as características da universalidade e relatividade serão estudadas nos dois itens seguintes.

⁷⁶⁸ Cf. item 9.1, *infra*.

Conquanto se tratem de garantias inatas à própria natureza do homem, os direitos fundamentais se fazem sentir a partir do nascimento, estendendo sua proteção ao longo de toda a vida, com efeitos até mesmo após a morte⁷⁶⁹. Em comum pensamento, a doutrina clássica costuma erigir, entre as suas *características, a intransmissibilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a inexpropriabilidade, a imprescindibilidade e a vitaliciedade*, além de sua *natureza absoluta*. Como será aqui comentado, além de esses direitos não serem absolutos, porém *relativos*, essa forma tradicional de enxergar e classificar os direitos fundamentais padece de omissão quanto a aspecto extremamente relevante sobre as características dos direitos fundamentais, qual seja, a sua *universalidade*⁷⁷⁰. Com efeito, conforme acentuado no exame quanto ao processo de normatização dos direitos do homem⁷⁷¹, o que distinguiu a declaração de direitos da Revolução Francesa daquela que restou inserida na Constituição americana foi menos a substância do que a circunstância de aquela, diferentemente desta, ter sido expressa no firme propósito de que os seus preceitos fossem adotados e respeitados por todos, independentemente da pessoa e do lugar no qual esta se encontre⁷⁷².

O insigne constitucionalista PAULO BONAVIDES⁷⁷³ assinala que o racionalismo francês revolucionário, ao fazer a “... *vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá, sem óbices, ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana*”, para, mais adiante, depois do exame dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, forte em outra perspectiva com a qual essa característica dos direitos fundamentais se manifesta, arrematar:

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade⁷⁷⁴.

Essa característica que faz parte da própria história dos direitos essenciais do homem anima o operador jurídico a consignar como linha de pensamento a premissa de que os direitos fundamentais do sistema jurídico não são apenas aqueles que emergem de forma explícita ou implícita da Constituição, mas igualmente aqueles que estão anunciados em declarações internacionais, a despeito de eles se encontrarem ou não ratificados pelo Brasil. É válido, assim, que, na análise de um caso concreto, para a solução da querela, o juiz ou intérprete vá buscar, em textos constitucionais estrangeiros ou outros documentos internacionais que contêm declarações de direitos, o substrato jurídico para melhor decidir.

Com isso, se quer dizer que o legislador e, sobremaneira, o juiz e o operador jurídico, em geral, devem ter em conta que as declarações internacionais, plasmadas em textos constitucionais ou outros diplomas, servem de baliza orientadora para revelar a existência de direitos fundamentais que não foram, no plano interno, formalmente, insertos no sistema jurídico.

5.7 – Relatividade como característica inerente aos direitos fundamentais.

⁷⁶⁹ Há proteção ao cadáver, no todo e em partes, e à imagem. Observe-se que, no processo penal, a revisão criminal serve para enfrentar a coisa julgada, mesmo quando o condenado já tenha falecido. Nesse caso, ao assegurar o direito de revisar a sentença condenatória, o ordenamento processual penal está conferindo guarida ao direito que os familiares do falecido possuem de ver resgatada a honra e a imagem deste, solapada com a sua condenação.

⁷⁷⁰ Cf. item 3.4, supra.

⁷⁷¹ Cf. tópico 3, supra.

⁷⁷² BOUTMY, apud PAULO BONAVIDES, com estilo irretorquível, em poucas palavras, esclarece a diferença entre uma e outra declaração de direitos: “*Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações.*” (*Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 474).

⁷⁷³ *Ibid.*, p.474.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p.483.

Como reminiscência da discussão em torno da existência de um direito que subsista em virtude da própria natureza do ser humano, indispensável à satisfação das necessidades do homem, NOBERTO BOBBIO, em *A era dos direitos*, com lucidez, enfrenta a temática, ao desenvolver o seu pensamento sobre o assunto, partindo da premissa de que não há direito absoluto. A seu sentir, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são realidades históricas, surgidos em razão de determinadas condições de vida, sendo, portanto, apenas relativos, não resultando, como defendiam os jusnaturalistas, da própria natureza do homem. Em sua concepção, os direitos do homem podem ser definidos por naturais tão-somente sob a ótica de assim considerados porque cabem a ele pela sua própria condição de ser, independentemente da vontade do soberano. Isso não quer dizer, porém, adverte BOBBIO, que sejam absolutos, no sentido de não conhecerem limites⁷⁷⁶.

A assertiva do filósofo italiano não merece retoques, pois os direitos, na realidade prática, não são absolutos, até porque eles não nascem de uma só vez, porquanto resultam da luta pela melhor qualidade de vida, sendo gerados quando devem, ou mesmo podem nascer, sendo passíveis de modificações com o tempo, em compasso com a evolução das necessidades crescentes do ser humano. De acordo com o pensamento de KANT, mencionado por BOBBIO⁷⁷⁷, o único direito irresistível seria a liberdade, na categoria de direito inerente ao ser humano, tais como o direito de comer, beber, casar, namorar, trabalhar etc., porquanto os direitos do homem, considerados como categorias ínsitas à condição humana, seriam aqueles que pertencem ou deveriam pertencer aos indivíduos, indispensáveis ao aperfeiçoamento da pessoa individual ou para o desenvolvimento da civilização. De qualquer forma, reconhecia KANT que a extensão do direito de liberdade de uma pessoa tem os seus limites determinados pela necessidade de obediência ao direito de liberdade dos demais indivíduos.

Sem embargo desse aspecto, na visão de BOBBIO⁷⁷⁸, manifesta-se extremamente complexo definir os direitos do homem, uma vez que o alcance do enunciado fica à mercê dos valores cultivados pelo intérprete. Ademais – e aqui penso que a ideia de BOBBIO atinge o âmago da questão –, os direitos ínsitos à condição humana, caso entendidos como absolutos, não poderiam ser cumpridos de forma global, a um só tempo, porque, a fim de que fossem observados num mesmo instante, seria necessária a conciliação dos direitos de todas as pessoas que formam o grupo social, para permitir a interação de forma sistêmica e evitar que uns anulem os outros.

Ainda assim, como os direitos do homem são históricos, eles pertencem a uma classe variável, que se cria no tempo, modifica-se com ele e continua a modificar-se com a alteração das condições históricas, com base nos interesses e necessidades das classes no poder, no surgimento ou desaparecimento dos meios indispensáveis à realização dos direitos e, sobretudo, nas inovações de ordem tecnológica, o que nos leva a supor que, no futuro, poderão surgir direitos inimagináveis na época de agora⁷⁷⁹. Por isso mesmo, muito do que se apresenta como direito fundamental para uma determinada era histórica e numa certa civilização não o é em relação a outras épocas e em outras culturas ou mesmo, às vezes, não

⁷⁷⁵ Op. cit., p. 20.

⁷⁷⁶ Lembra BOBBIO que os direitos fundamentais, erroneamente definidos como absolutos, são fruto da criação das declarações dos direitos do homem, que foi uma necessidade histórica, sendo ampliados ou restringidos ao sabor das circunstâncias da vida. Depois, vieram os direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais, e, agora, os de terceira, ainda heterogêneos e vagos, a exemplo do direito a um meio ambiente puro. (Op. cit., p. 5).

⁷⁷⁷ Ibid., p. 17.

⁷⁷⁸ Ibid.

⁷⁷⁹ Ibid., p. 18. BOBBIO agrega, com inteira procedência, que, assim como “... direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.” (Ibid.), não “... é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens.” (Ibid., p. 18-19). Essa realidade, para BOBBIO, demonstra que *não existem direitos fundamentais por natureza*, pois o que pode ser *fundamental* em uma época histórica de uma determinada civilização, pode não ser assim considerado em outras épocas e em outras culturas (Ibid., p. 19).

tem conteúdo idêntico.

Atento para essas peculiaridades, malgrado reconheça a existência de alguns direitos que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente, como o caso do direito de não ser escravo ou de não ser torturado, adverte BOBBIO que eles são heterogêneos e, muitas vezes, incompatíveis entre si, daí por que possuem fundamentos tão diversos e devem ser limitados quando sopesados entre si, no desiderato de que todos sejam observados, perfazendo um sistema harmônico⁷⁸⁰.

Por fim, realça o *filósofo italiano* que, além de notar-se em muitos casos o contraste entre o direito substancial de uma categoria e de outra, deve-se verificar que, não raro, exsurge antinomia entre direitos invocados pelas mesmas pessoas, acrescentando que, paradoxalmente, à medida que os poderes dos indivíduos aumentam, mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos, visto que "... os direitos fundamentais garantidores da liberdade consistem em poderes, exigindo dos outros (incluídos os poderes públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos, ou então obrigações positivas."⁷⁸¹

Tem-se assim que, para fins de preservação da cidadania e da dignidade humana, há a necessidade de ser prevista uma gama de direitos fundamentais, sendo que muitos deles guardam certa antinomia entre si, de modo que o gozo de um limita ou restringe o usufruto do outro. Dessa forma, não há um direito fundamental absoluto, mas *direitos essenciais relativos*, tidos, historicamente, diante de certas circunstâncias, como imprescindíveis para o desenvolvimento da pessoa humana e da civilização.

SUZANA TOLEDO DE BARROS⁷⁸², forte na doutrina de CANOTILHO, não põe dúvidas quanto à existência de limites ou restrições para os direitos substanciais, que podem estar expressos diretamente pela Constituição, indiretamente pela lei e implícitos, uma vez que imanentes devido à coexistência de princípios opostos. Pondera a autora que os limites imanentes se justificam na medida em que as normas de direitos substanciais influem na relação mantida entre os próprios cidadãos, titulares de garantias que merecem igual proteção e, não raro, essa colisão se destaca entre direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, como a *saúde pública, segurança pública, defesa nacional*⁷⁸³.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, emitiu pronunciamento sufragando a tese de que não há, no nosso sistema jurídico, garantia constitucional absoluta, apresentando-se, todas elas, apenas de forma relativa, daí por que é válido afirmar que, como regra de princípio, os direitos substanciais possuem limites, quando não expressos, que lhes são imanentes. Com efeito, ao deferir medida liminar no Mandado de Segurança nº 23.452-RJ, o Ministro CELSO DE MELLO, na ementa de seu percuciente voto, afirmou:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁷⁸⁴

Conclui-se, assim, que o sistema constitucional brasileiro, segundo a interpretação do Supremo

⁷⁸⁰ Ibid., p. 18.

⁷⁸¹ Ibid., p. 21-22.

⁷⁸² *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 160.

⁷⁸³ Ibid., p. 169.

⁷⁸⁴ *Internet*: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Busca de expressão: *direitos fundamentais e absoluto*. Acesso em 24.jan. 2005.

Tribunal Federal, sufraga a tese da relatividade dos direitos fundamentais, de modo que sempre é possível haver a limitação quanto ao gozo dessa espécie de direito, exigindo-se, apenas, que a determinação provenha de decisão que contemple a justificativa para a adoção da medida de força⁷⁸⁵.

5.8 – Distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Os *direitos da personalidade* possuem a mesma raiz (cidadania e dignidade da pessoa humana) dos direitos fundamentais e, embora, conjuntamente com estes, formem os direitos civis de cidadania, com eles não se confundem, uma vez que, malgrado se tratem dos mesmos direitos, são vistos sob o ângulo das relações entre os particulares, ou seja, representam proteção nas *relações interprivadas*, enquanto os direitos fundamentais se apresentam como limitações ao Estado em suas relações com os administrados.

A concepção dos direitos da personalidade encerra a instigante discussão iniciada na doutrina alemã, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos, como seus efeitos externos ou na qualidade de eficácia horizontal. Na relação entre particulares, salvo quando se trate de pessoa jurídica com detenção de alguma parcela do poder público, não há de falar-se, tecnicamente, em direitos fundamentais, mas sim em direitos da personalidade.

Diferentemente, os direitos fundamentais são normas de proteção referentes às relações entre o Estado e o indivíduo, razão pela qual perfazem o que se convencionou denominar *liberdades públicas*. Sob uma determinada ótica, pode-se dizer que os direitos fundamentais representam o gênero, do qual se extraem duas espécies, quais sejam, os direitos fundamentais propriamente ditos, que cuidam de estabelecer os limites políticos do Estado em relação aos indivíduos, e os *direitos da personalidade* que, malgrado provenientes da mesma raiz daqueles, tratam de resguardar os valores essenciais da condição humana nas relações interpessoais.

Em um primeiro instante – leia-se aí a concepção dada à declaração dos direitos humanos com a Revolução Francesa –, tinha-se que os direitos fundamentais deveriam ser objeto de posituação na Constituição, como normas limitadoras do poder político estatal na esfera da sociedade coletiva e individual, enquanto os direitos da personalidade seriam tratados na codificação infraconstitucional civil, à qual caberia pré-traçar a disciplina das relações interpessoais. Os direitos fundamentais seriam normas de Direito Público, encartadas na Constituição, ao passo que os direitos da personalidade compreenderiam normas de Direito Privado, plasmadas na legislação subconstitucional.

O Código Civil, nessa perspectiva, era uma espécie de *constituição do cidadão*, no que diz respeito às relações com os seus iguais, que traduzia a ideologia liberal da época. Esse pensamento fomentou a sedimentação da ideia de que o Código Civil era o estatuto fundamental dos direitos civis do cidadão, servindo as normas constitucionais de fonte subsidiária interpretativa, uma vez que o campo próprio de incidência dos dispositivos das Cartas Políticas seria a esfera pública, ou melhor, a seara envolvendo o Estado e o cidadão.

Nesse contexto histórico-liberal do Século XIX e do início do Século XX, editou-se o *Código Civil de 1916*. A necessidade de adequar o Código Civil à ideologia da terceira fase do Estado Moderno⁷⁸⁶ – que sempre foi uma das justificativas apresentadas pelos mentores do projeto do Código Civil em vigor⁷⁸⁷ – tornou-se imperiosa diante da mudança profunda trazida a nosso ordenamento jurídico com a

⁷⁸⁵ Cf. itens 7.2.2 e 7.2.3, *infra*.

⁷⁸⁶ As três fases do Estado Moderno, de acordo com a doutrina tradicional, compreendem os Estados absolutista, liberal e social. Resta considerar que, a despeito da globalização e da patente crise do Estado Social clássico, não se pode perder de vista que, nos dias atuais, ainda que se fale em Estado neoliberal, em verdade, houve uma mudança de paradigma do modo de direção estatal da vida privada. Com efeito, conquanto o Estado-providência não tenha satisfeito as exigências de garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social etc., no campo econômico, ele permanece intensamente intervencionista, por meio da regulamentação do mercado.

promulgação da *Constituição de 1988*.

Os doutrinadores nacionais têm destacado que o fenômeno da publicização do Direito Civil, em voga nos anos setenta, cedeu espaço ao movimento de constitucionalização do Direito Civil, que tem como marco decisivo a *Constituição de 1988*. Atento a essa realidade, FRANCESCO GALGANO, ao lembrar que, do fim do século XVII, quando teve início o processo de constitucionalização, até o início do Século XIX, as Constituições foram elaboradas em consonância com a ideia de assegurar mecanismo de defesa da sociedade burguesa em relação ao despotismo político do Estado, arremata que a mudança de paradigma teve início em 1919, com a edição da Constituição da República de Weimar⁷⁸⁸. Acrescenta o doutrinador italiano que o processo de constitucionalização teve como norte o desmonte do Estado Absolutista e a consequente edificação do Estado de Direito, de maneira que, quando se referia ao Direito Privado, como no caso do direito de propriedade, era apenas no sentido de disciplinar a relação entre o indivíduo e o Estado, ou seja, estabelecer os casos e o modo de desapropriação e de livrar aquele do arbítrio deste. Em razão disso, naquele momento histórico, pensava-se que, para preservar a liberdade da sociedade e, assim, assegurar a cidadania, seria suficiente impor limites ao poder do Estado⁷⁸⁹.

Por isso mesmo, como acentua FRANCESCO GALGANO, não havia preocupação quanto à possibilidade de que a liberdade econômica da sociedade pudesse fazer surgir outras relações de poder, ditadas pelo poder econômico, e que a garantia da liberdade civil pudesse ser fonte de profundas desigualdades entre os homens. Esse liberalismo desenfreado, porém, fez exsurgir outro tipo de relação de domínio, agora envolvendo as relações privadas.

Nessas circunstâncias, na Carta de Weimar e nas Constituições europeias, apareceu uma nova ideia do constitucionalismo, qual seja, a de limitar o despotismo econômico e mesmo todos os poderes de fato da sociedade civil, tutelando as próprias relações entre os cidadãos, a fim de não deixar as relações intersubjetivas ao alvedrio das normas subconstitucionais. A partir daí, as Constituições deixaram de se ater apenas a traçar normas referentes ao Direito Público, não se contentando mais em disciplinar só as formas de governo e as garantias de liberdade dos cidadãos nas relações com o Estado, para tornarem-se as leis fundamentais de todo o sistema jurídico, tendo em mira incidir, igualmente, sobre as relações interpessoais⁷⁹⁰.

Esse novo paradigma – que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo ou Estado Constitucional* – fomentou o processo de constitucionalização dos direitos da personalidade e, a reboque, de todo o sistema jurídico, de modo que, quer sob a perspectiva das relações do particular com o poder público, quer tendo em consideração as tratativas interpessoais, a legitimação normativa dos direitos essenciais se encontra na própria ossatura da Carta Política. Dessa forma, aqui, quando se está falando dos direitos fundamentais, compreendem-se, igualmente, os ditos direitos da personalidade, até porque, além de não haver, *a priori*, distinção de ordem ontológica entre um e outro, atualmente, a distinção não tem muito sentido, embora estes tenham sido assim nominados na *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – novo Código Civil*.

⁷⁸⁷ LOBO NETTO, Paulo. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 42, p. 189, abr/jun, 2002.

⁷⁸⁷ *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1988, p. 58.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p.58.

⁷⁹⁰ FRANCESCO GALGANO leciona que os princípios fundamentais da Constituição italiana espelham a consciência de que há poderes privados do homem sobre o homem, o que se denota da leitura do art. 2º, ao atribuir à República a tarefa de garantir a inviolabilidade do homem nas relações privadas. Invoca, igualmente, o autor o § 2º do art. 3º da Constituição italiana, que confere à República a missão de remover os obstáculos à liberdade e à igualdade do homem nas relações com o poder econômico (*Ibid.*, p. 88/1 e 2).

SEGUNDA PARTE

Capítulo 6

TEORIA DO PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

De conformidade com o conceito clássico – puramente dogmático –, o processo penal pode ser tido como um conjunto de atos necessários ao exercício da atividade jurisdicional, ao passo que o Direito Processual Penal, concebido como o ramo da ciência jurídica que se ocupa do estudo dos princípios e institutos que dizem respeito ao exercício da atividade jurisdicional. Engajado na tarefa de dar um conceito abrangente do processo penal, PEDRO ARAGONESES⁷⁹¹ diz que o processo “... *é uma estructura heterónoma estatal para la realización coactiva e imparcial de la justicia penal, por la que se satisfacen las pretensiones acusadoras que unos sujetos actúan frente a outro, afirmando su fundamento jurídico y siguiendo al efecto um procedimiento contradictorio previamente establecido.*” Por outro lado, sob a ótica de uma ciência, o processo penal, nas palavras de CLARIÁ OLMEDO⁷⁹², é o ramo do Direito “... *que estudia um conjunto sistemático de princípios y de normas referentes a la actividade judicial que mediante el proceso cumplen los órganos predispuostos del Estado y demás in tervenientes para la efetiva realización del derecho sustantivo*”.

Porém, para se rebuscar a teoria do processo penal é preciso, mais do que a pura investigação jurídica, ir além dessa área restrita para resgatar e compreender as suas raízes político-filosóficas. Sem embargo dessa consideração, mister se faz antes ter presente a nova configuração dos Estados contemporâneos e a função desempenhada pelas Constituições, com os reflexos daí decorrentes na forma de abordar o Direito infraconstitucional. O neoliberalismo, embasado em premissas constitucionais, ao contrário de promover a desmistificação das Constituições, acarretou um novo paradigma de constitucionalismo, fomentando uma forma diferente de olhar para o ordenamento jurídico. Esse novo paradigma constitucional dá suporte para falar-se daquilo que se convencionou, entre os doutrinadores estrangeiros, denominar *Estado (neo)constitucional*.

6.1 – Neoconstitucionalismo estatal ou estado constitucional.

O constitucionalismo, que deita raízes com a derrocada do Estado Absolutista, já faz tempo, vem sendo observado sob um novo paradigma. Se é verdade que, a partir de então, a Constituição passou a desempenhar papel político fundamental, manifestando-se como a fonte de legitimidade do poder político, não menos verdade é que, na atualidade, o movimento constitucionalista ostenta uma configuração diferente. Essa guinada, embora tenha custado a ser notada e ainda não tenha sido devidamente esgarçada quanto ao seu conteúdo, passou a evidenciar-se a partir da Segunda Guerra Mundial, a ponto de ser mais apropriado falar-se agora em *Estado Constitucional de Direito ou em neoconstitucionalismo do*

⁷⁹¹ *Curso de derecho procesal*. Madrid: ER. p. 27.

⁷⁹² *Derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 1. p. 9.

que em Estado de Direito⁷⁹³. O constitucionalista italiano LUIGI FERRAJOLI⁷⁹⁴ no trato da matéria, expõe que, se a primeira mutação do paradigma do Direito adveio com o nascimento do Estado moderno, “*un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo com la subordinación de la legalidad misma – garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad – a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez*”.

Com isso, se quer dizer que a validade do ordenamento jurídico infraconstitucional não está subordinada apenas à obediência quanto à forma de sua produção, mas igualmente, nas palavras de FERRAJOLI⁷⁹⁵, à coerência de seu conteúdo com os princípios constitucionais, de maneira que uma norma pode ser tida como *formalmente válida*, entretanto, *substancialmente considerada inválida, devido ao fato de não se coadunar com os direitos fundamentais*⁷⁹⁶.

Adotando a mesma orientação, ao analisar o sistema jurídico alemão, ROBERTO ALEXY⁷⁹⁷ relata que o ordenamento normativo tedesco está compreendido naquilo que ele denomina Estado constitucional-democrático⁷⁹⁸, visto que se pauta pela proteção dos direitos fundamentais⁷⁹⁹, com a submissão da validade do ordenamento normativo infraconstitucional a sua plena conformação com a essência principiológica dessas normas de grau superior, que ocupam posição hegemônica em todo o sistema jurídico. Por conseguinte, sob a batuta do Estado constitucional ou do *neoconstitucionalismo*, o juiz, ao se debruçar sobre um caso concreto, qualquer que seja o assunto levado a seu deslinde, deve orientar-se, na solução da querela, pela ideia jurídica dimanada da compreensão do alcance exegético das dicções normativas que enunciam os direitos fundamentais. ALEXY⁸⁰⁰ reconhece que essa forma de abordar o sistema jurídico conduz àquilo que alguns doutrinadores criticam e identificam como *constitucionalização do direito em sua totalidade, porém, de outra banda, aplaudem por permitir la realización plena de los derechos fundamentales*.

Aderindo a esse movimento *neoconstitucional*, RICARDO GUASTINI⁸⁰¹ repara que, às mais das vezes, quando se fala em constitucionalização, quer-se referir à edição de uma primeira constituição. Entretanto, hodiernamente, vislumbra-se uma nova onda constitucional que se direciona para a constitucionalización del ordenamiento jurídico, o que representa uma transformação no sistema de modo que

⁷⁹³ Nessa visão, se, em seguida ao Estado Absolutista, surgiu o Estado de Direito, após a Segunda Guerra Mundial, veio o Estado Constitucional. É apropriado mencionar que, agora, na Europa, esboça-se um outro modelo de Estado – Estado absolutista, Estado de Direito, Estado Constitucional – que seria o Estado de Direito Constitucional ampliado ao plano supranacional, por força da adoção de uma Constituição única para vários países, como se está tentando fazer na Comunidade Europeia.

⁷⁹⁴ Pasado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003. p. 18.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003. p.31.

⁷⁹⁸ Na dissertação de mestrado intitulada *Poder judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura*, o autor, em posição que se mostra, agora, afinada com a tese do jurista alemão, defende que, segundo o nosso texto constitucional, a nomenclatura mais adequada não é Estado democrático de direito, mas sim Estado democrático-constitucional. Mais à frente, no tópico 6.2, esse assunto será retomado.

⁷⁹⁹ ALEXY realça, com inteira procedência, que, no Estado constitucional, os direitos fundamentais se exprimem por meio de quatro características bem singulares: (a) são as normas de maior grau no sistema, de modo que todas as demais lhe devem conformação; (b) possuem a máxima força jurídica, no sentido de que vinculam não apenas o Executivo e o Judiciário, mas igualmente o Legislativo, o que implica dizer “... que cada juez debe tener en cuenta em cada decisión los derechos fundamentales”, (c) têm como objeto bens jurídicos da mais alta importância para o grupo social, não só do ponto de vista individual como coletivo; (d) alto grau de indeterminação, o que exige acurado trabalho interpretativo, pois o seu conteúdo somente é possível de ser identificado caso se some ao enunciado normativo a jurisprudência consolidada sobre os mais diversos aspectos pertinentes a sua abordagem (*Los derechos fundamentales em el estado constitucional democrático*. p. 34-36.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 2804.

⁸⁰¹ La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003. p. 49.

o ordenamento subconstitucional “*resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales*”⁸⁰².

Parece, assim, que, no contexto dessa nova ideia de Estado – o chamado Estado Constitucional –, se mostra mais adequado hoje perquirir a teoria constitucional de um determinado ramo do Direito do que a *teoria geral*, até porque esta se subordina àquela, especialmente no campo do Direito Processual Penal, cujo perfil tutelar dos direitos fundamentais é um corolário lógico do ideário firmado pelo Estado democrático com raízes fincadas em uma Constituição, uma vez que este texto possui posição hegemônica no sistema jurídico e tem a sua inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação assegurada mediante ampla jurisdição constitucional, exercida pela adoção da técnica concentrada e difusa⁸⁰³. Os direitos fundamentais, assim, possuem função fundamentadora, interpretativa e supletiva do ordenamento jurídico processual penal⁸⁰⁴.

6.2 – O modelo brasileiro: estado democrático constitucional.

Ao revelar a organização do Estado alemão tal qual desenhado na Constituição, ALEXY⁸⁰⁵ afirma que ele se apresenta como um Estado constitucional-democrático, porquanto se baseia nos princípios fundamentais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e dos princípios relativos à estrutura e aos fins do Estado de Direito, democrático e social. RICARDO GUASTINI,⁸⁰⁶ explorando a caracterização do fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico, cuida de apresentar uma lista de sete itens que, embora não seja exaustiva, é idônea para descortinar o Estado constitucional.

Nos termos da doutrina de GUASTINI, o primeiro elemento preponderante à consideração do Estado democrático é a circunstância de a Constituição ser considerada rígida. A rigidez que se reclama é quanto à forma, qual seja, a sua manifestação escrita e a previsão de um processo legislativo qualificado para que seja possível a sua alteração. Outro aspecto a merecer distinção é a existência de mecanismo de controle, seja concentrado ou difuso, de constitucionalidade das leis ordinárias, a fim de que seja mantida a sua supremacia no sistema jurídico⁸⁰⁷. A terceira condição é que os princípios gerais e as disposições programáticas sejam consideradas normas jurídicas genuínas, “... *vinculantes para todos sus destinatarios y, sobre todo, jurídicamente eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos.*”⁸⁰⁸, ou em outras palavras, “... *que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de*

⁸⁰² Ibid., p. 49. CARBONELL define o neoconstitucionalismo como fenômeno de múltiplas dimensões, que alcança mudanças de três níveis: o surgimento das novas constituições (textos elaborados pós-segunda guerra); práticas jurisprudenciais inovadoras dos Tribunais e Cortes Constitucionais; e construções de novos aportes teóricos sobre esses textos e práticas jurisprudenciais. (in: CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo, *In Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y procesos*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta 2005. p. 9-12.)

⁸⁰³ Como se sabe, a *jurisdição constitucional* é um instrumento de defesa da Constituição. O critério difuso foi obra do constitucionalismo americano, que espraizou, entre todos os órgãos jurisdicionais, a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis, erigindo, dessa forma, como principal atribuição do juiz, preservar os postulados da Norma Maior. Em contranota, o sistema europeu desenvolveu o sistema concentrado, com a atribuição dessa função a apenas um órgão. O Brasil, com a primeira Constituição republicana, seguiu a ideia americana, porém, paulatinamente, adotou também o sistema europeu, desenvolvendo, assim, um sistema eclético e peculiar. Com isso, no nosso sistema, o controle de constitucionalidade é mais amplo do que nos países em que se adota um ou outro modelo. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁸⁰⁴ Em comentário sobre a reforma do processo penal operada na Itália, MARIO CHIAVARIO afirma que, no preâmbulo da lei que delegou ao governo a redação do novo código, ficou ressaltado que um dos objetivos principais seria, além do respeito aos princípios constitucionais, a observância das cláusulas das convenções internacionais. (Processo penal na Itália. O processo penal na França. IN: *Processo penal e direitos do homem*: rumo à consciência europeia. Merille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.)

⁸⁰⁵ *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático*. p. 31.

⁸⁰⁶ *La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico*. p. 50-51.

⁸⁰⁷ Ibid., p. 51-2.

⁸⁰⁸ Ibid., p. 83.

su contenido normativo – es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.”⁸⁰⁹ A quarta condicionante é que a Constituição seja interpretada de forma extensiva, de modo que de sua leitura sejam extraídas normas implícitas com idoneidade para regular os mais diversos aspectos seja da vida civil, seja da política.

Por conseguinte, o alcance normativo da Constituição não se basta em sua interpretação literal, o que faz com que, mesmo nos eventuais vazios normativos, uma lei ou um ato seja examinado tendo em conta a sua adequação a um princípio implícito⁸¹⁰. Outra singularidade do Estado constitucional é o controle de constitucionalidade exercido por todos os juízes, qualquer que seja a controvérsia.⁸¹¹ Como consequência da condição antecedente, tem-se que o Estado constitucional submete a atividade interpretativa do juiz a sua conformidade com o Texto Maior, isto é, dentre dois ou mais modos de interpretar um caso concreto, o escolhido deve ser aquele que melhor se adequar à orientação da norma constitucional⁸¹². Por fim, como último item, GUASTINI coloca o delicado problema da sujeição das ações políticas à análise de sua validade constitucional⁸¹³.

No Brasil, esse *neoconstitucionalismo* demorou a se incorporar a nossa cultura política e jurídica, até porque, se, com a Constituição de 1946, era possível que ele vicejasse, qualquer pretensão, nesse sentido, foi soterrada, mercê do golpe de 1964 e da Constituição outorgada de 1967. O Brasil, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, ao contrário dos países europeus e dos Estados Unidos, continuou com a cultura do Estado de Direito, paradigma sob o qual os preceitos constitucionais eram materializados pela legislação infraconstitucional⁸¹⁴. Imperava a ideologia *positivista-normativa*, segundo a qual o alcance das regras constitucionais era alvitado pelas normas ordinárias, de maneira que a eficácia do conteúdo principiológico daquelas somente se fazia sentir nos vazios infraconstitucionais, vale dizer, a força normativa da Constituição se restringia ao exercício de uma função de complementaridade do sistema jurídico⁸¹⁵.

O *Direito subconstitucional nacional* permaneceu com a sua função hegemônica do ordenamento jurídico, razão pela qual o intérprete, na busca das respostas jurídicas para os casos concretos sobre os quais tinha que se posicionar, olhava o sistema de *cima para baixo*, porém, tendo como a parte cima e fonte principal a legislação ordinária e, a de baixo, o texto constitucional. partindo da *legislaçqu* *se posicionara para baixo* a sua *funçrdo* *qual os preceitos constitucionais eram materializados pelo o*. A norma constitucional, dessa forma, tinha uma função complementar, e não propriamente *fundamentadora, interpretativa e supletiva* do sistema jurídico, como se dá no modelo de Estado Constitucional, exsurgido após a Segunda Guerra Mundial.

A virada copérnica – para usar as palavras de LÊNIO STRECK – em nosso meio, adveio com a *redemocratização* do Brasil e a consequente edição da Constituição de 1988. Seguindo a ideia de outros

⁸⁰⁹ Ibid.

⁸¹⁰ Ibid., p. 54.

⁸¹¹ Ibid., p. 55-56.

⁸¹² Ibid., p. 56-57. No sentido empregado por GUASTINI, “La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente intepretada, se entiende), eligiendo – frente a uma doble posibilidad interpretativa – el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución”. 813 (Ibid., p. 57).

⁸¹³ Ibid., p. 57-58.

⁸¹⁴ SEGE LASVIGNES e MARCEL LEMONDE asseveram que a constitucionalização do direito processual penal ocorreu, efetivamente, com a adoção do Código de Processo Penal, em 1974, devido a “... importância demasiada dada ao controle de constitucionalidade das leis, e a sua internacionalização consagrada especialmente pela ratificação da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e dos Pactos da ONU.” O processo penal na França. IN: *Processo penal e direitos do homem*: rumo à consciência europeia. Mereille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

⁸¹⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Salvador: IBDP. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 9, março/abril/maio 2007. ⁸¹⁶ Disponível em: www.grupos.com.br. Acesso em 5 dez. 2012.

países, a nova ordem jurídica instaurada no Brasil adotou os fundamentos daquilo que se convencionou chamar de Estado Constitucional. Estreme de dúvidas, do exame da Constituição de 1988, facilmente se observa que o nosso modelo de Estado é o constitucional. Realmente, a Constituição proclama, com ênfase, que a República Federativa do Brasil constitui-se um *Estado Democrático de Direito*. De conformidade com a advertência de JOSÉ AFONSO, com essa nomenclatura, não se operou apenas uma reunião formal dos elementos constitutivos dos Estados de Direito e Democráticos. Mais do que isso, Estado Democrático de Direito “... revela um conceito novo que os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.”⁸¹⁶

Esse conceito novo, mencionado por JOSÉ AFONSO, corresponde, em outras palavras, ao clássico Estado de Direito sendo visto sob o prisma constitucional, com a conseqüente eleição das cláusulas constitucionais como normas de foros de efetividade e de orientação para a interpretação de todo o sistema jurídico, aliado à ideia democrática. Em outras palavras, é “... um Estado orientado pelos preceitos constitucionais”⁸¹⁷. Exatamente por isso, o autor, em outro trabalho, defendeu que a nomenclatura mais correta seria Estado Democrático de Direito Constitucional ou, como prefere o mencionado autor, Estado Democrático-Constitucional⁸¹⁸.

Malgrado a expressão eleita pela Constituição para identificar o Estado brasileiro como sendo o democrático de direito – o que, em verdade, qualifica-o de *Estado Democrático-Constitucional* –, tenha-se presente que todo o arcabouço normativo do texto de 1988 é centrado na valorização do postulado da dignidade humana, cujas principais cláusulas estão esmiuçadas nos dispositivos que cuidam de declarar, em forma de princípios, o elenco dos direitos fundamentais. Nessa nova configuração, conquanto esses direitos sejam anunciados sob a forma de regras de conteúdo principiológico, nem por isso, eles deixam de possuir força normativa, pelo contrário, são considerados normas de grau mais elevado do que aquelas que compõem o *Direito infraconstitucional*.

Na seqüência dessa ordem de ideias, com o novo modelo do Estado brasileiro, as normas constitucionais, especialmente as que expressam valores essenciais, habitam, efetivamente, a pirâmide do sistema jurídico, nos sentidos formal e material, daí por que elas passam a exercer a função hegemônica da ordem jurídica, relegando a segundo plano a legislação infraconstitucional. Realçando a supremacia das normas constitucionais, principalmente as de conteúdo principiológico, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece força normativa, também, aos princípios implícitos, como forma de controlar, até mesmo, as iniciativas legislativas do parlamento. Por fim, como mais uma evidência de que o modelo do Estado brasileiro se afina com o que os doutrinadores estrangeiros chamam de Estado Constitucional, tem-se que o controle de constitucionalidade é amplo, seja na forma concentrada, seja na difusa, de modo que a missão primeira do magistrado é fazer a interpretação do ordenamento jurídico de conformidade com os valores emanados das normas constitucionais⁸¹⁹.

Diante dessas considerações, observa-se que o modelo brasileiro é o do Estado Constitucional, quer dizer, do Estado Democrático-Constitucional, segundo o qual o sistema jurídico é arquitetado e interpretado em consonância com a plataforma principiológica plasmada no Texto Maior, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais que, diante da profusão de normas dessa categoria pertinentes ao ordenamento processual penal, manifestam-se como a espinha dorsal desse ramo do Direito.

6.3 – Dimensão constitucional da teoria do processo penal.

⁸¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 99.

⁸¹⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 53.

⁸¹⁹ *Ibid.*. p. 53.

JOSÉ AFONSO⁸⁵⁵ enaltece a escolha do constituinte nacional, porquanto, ao dizer que o nosso país é um Estado Democrático de Direito, a expressão democracia “... qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica.” Agrega o citado constitucionalista que o Direito, em seu todo, *imantado por esses valores*, deve conformar-se com o estilo democrático.

Transplantando essa argumentação para o campo criminal, tem-se que o texto em vigor do Código de Processo Penal, mesmo em relação aos dispositivos que, por não terem sido objeto de alteração, permanecem com a sua redação originária, deve ser enxergado sob uma nova perspectiva, a democrática, perquirida, principalmente, com a compreensão dos valores que alicerçam os direitos fundamentais⁸⁵⁶.

6.5 – Função política do processo.

O processo não é um mero mecanismo de solução de conflitos. Ele é, antes de tudo, um locus para a discussão e desenvolvimento de políticas públicas, com espaço para a participação das pessoas mais diretamente interessadas no assunto levado à discussão. Note-se que, seguindo a teoria da tripartição dos poderes, preconizada por MONTESQUIEU⁸⁵⁷, o poder político é espalhado entre o Legislativo, Executivo e Judiciário. Nada obstante, na medida em que se assegura aos interessados o direito de provocar o Judiciário para que este dirima os conflitos gerados na sociedade – o que não raro envolve questões sobre as relações dos indivíduos com os poderes públicos –, é mais frequente do que se imagina a imiscuição do órgão jurisdicional no debate sobre políticas públicas.

Por isso mesmo, essa técnica de descentralização do poder estatal, longe de afastar o Judiciário das questões que dizem respeito às políticas públicas, alça o juiz à categoria de *agente político*⁸⁵⁸, conferindo-lhe o ministério de ter voz ativa nos atos governamentais da mais significativa importância para a sociedade. Sem embargo da vasta literatura que vem sendo produzida na doutrina nacional, a partir da década de noventa, sobre o tema, com posicionamentos favoráveis e contrários, o fenômeno da *judicialização da política* é uma realidade brasileira, especialmente na seara federal, na medida em que a maioria dos processos se ocupa de debates sobre as políticas governamentais previdenciária, habitacional, tributária e quanto ao tratamento dispensado aos servidores públicos, não só civis como militares.

Em um sistema jurídico como o nosso, em que a principal missão conferida ao Judiciário é a guarda da Constituição – isto é, o controle de constitucionalidade –, essa dimensão política da atividade judicante é sobremaneira realçada⁸⁵⁹. Essa característica do ordenamento jurídico brasileiro, que se identifica com o modelo americano, ficou evidenciada desde a primeira Constituição Republicana do Brasil, editada em 1891⁸⁶⁰, e, agora, com o arcabouço democrático da Constituição de 1988, manifesta-se de forma bem mais clara.

⁸⁵⁵ Op. cit., p. 105.

⁸⁵⁶ Para estabelecer as bases dos direitos fundamentais tal como eles estão concebidos em nosso ordenamento jurídico, antes de mais, há necessidade de explicitar as premissas nas quais se escora a investigação interpretativa nessa área, a fim de estabelecer a efetiva perspectiva de um processo penal democrático, orientado pela doutrina dos direitos essenciais. Essa tarefa será objeto do capítulo seguinte. (Cf. capítulo 8, infra)

⁸⁵⁷ A teoria da tripartição do poder político foi concebida por MONTESQUIEU com esteio na premissa de que *todo poder induz ao abuso*. (SILVA JÚNIOR. *Poder Judiciário democrático-constitucional*. p. 61).

⁸⁵⁸ MÁRIO GUIMARÃES, em profundo estudo sobre o Poder Judiciário, ainda hoje, considerada uma obra de consulta obrigatória sobre os contornos desse segmento do poder político, realça que, no Recurso Extraordinário nº 13.848, tendo como Relator o então Ministro BARROS BARRETO, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Constituição de 1946, esclareceu que “... os juízes não são considerados funcionários públicos no sentido próprio ou restrito da expressão” (*O juiz e a função jurisdicional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 38), uma vez que eles são agentes do Poder Judiciário, e não meros *prepostos de outro poder*. (Ibid., p. 61.)

⁸⁵⁹ O controle de constitucionalidade das leis, avisa ZAFFARONI, “... é o melhor indicador da dimensão política do Judiciário.” (*Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 36.)

⁸⁶⁰ Na tese de dissertação de mestrado, o autor, no escorço histórico da estrutura do Poder Judiciário no Brasil, anota que “O

Se é comum, na seara do processo civil, a discussão envolver políticas públicas, no processo penal, diante de suas características, isso sempre ocorre. Note-se que, se o processo penal, de um lado, serve para que se descortine a verdade sobre um fato qualificado de criminoso, sob outra perspectiva, é o meio pelo qual, em determinado caso concreto, procura-se estabelecer a política nacional de segurança pública. Na essência, a principal função do processo criminal não é, efetivamente, descobrir a verdade e punir, se for o caso, aquele que praticou a ação ilícita, mas sim procurar, no caso concreto, aplicar a medida que seja mais consentânea a uma política de combate à criminalidade inserida no contexto de um Estado democrático-constitucional, que tem como norte a proteção e o respeito aos direitos fundamentais, sem se descurar, obviamente, de apresentar soluções que sirvam, em uma visão ampla, para a manutenção ou restauração da segurança pública⁸⁶¹.

Na noção de Estado democrático que se organiza tendo em conta a consagração dos direitos fundamentais, o processo criminal não é utilizado como arma repressiva, mas sim como instrumento que dá respaldo à dignidade humana, a despeito do delito praticado ou de o agente ser, ou não, considerado culpado. Em outras palavras, a função efetiva do processo criminal, nessa linha garantista, é a preservação da dignidade da pessoa humana contra o exercício do legítimo direito de o Estado/sociedade perseguir a responsabilidade penal, sem se descurar, é claro, do papel que ele tem de desempenhar quanto ao combate à criminalidade. Essa peculiaridade do processo penal denota a sua natureza política, que se faz sentir sempre no debate tendente à solução judicial quanto ao conflito instaurado tendo como suporte um crime praticado, com muito mais ênfase do que se nota no processo civil, mesmo quando neste se tem a discussão de temas que dizem respeito à forma como deve ser implementada determinada política pública, por uma ou mais entidades federativas.

Mas não é apenas esse aspecto que dá sinais da função política do processo penal. Sob outra perspectiva, convém verificar que, consoante a tese aqui defendida, o arcabouço dogmático do processo penal se confunde com a própria teoria dos direitos fundamentais, daí por que, na realidade, a sua base teórica se encontra alicerçada na Constituição. Essa singularidade, igualmente, revela, com força cogente, a sua dimensão política, já que – e isso não é discutível – a Constituição é uma carta política, de modo que os preceitos nela incorporados, notadamente aqueles que elencam os direitos fundamentais, traduzem princípios políticos que norteiam o Estado. O próprio caráter revolucionário das declarações dos direitos do homem, gérmen dos direitos fundamentais esculpidos nas Constituições, denuncia que esses postulados são formulações com densidade política, de modo que, ao tratar dessa questão, está-se diante de questões de ordem política, na acepção mais grega da palavra.

O saudoso FRANCISCO CAMPOS, com a sabedoria que lhe era peculiar, ao aprofundar-se sobre a essência da missão de controle de constitucionalidade atribuída aos juízes, chamava a atenção para o detalhe de o juiz, nessa tarefa, exercer a função de *limitador do poder do Governo*, além de, com

primeiro aspecto a chamar a atenção na análise do Poder Judiciário do período republicano é que ele passou, em consonância com o sistema americano, a ter como missão principal o *controle de constitucionalidade das leis* e dos atos do Governo, papel a ser desempenhado em todas as instâncias judiciárias, realçando assim a sua característica de exercício de *função política*.” (SILVA JÚNIOR; Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 138).

⁸⁶¹ É importante que a política criminal seja discutida amplamente com os mais diversos atores desse programa. Se a macro-política criminal delineada na legislação específica elaborada pelo Legislativo cabe ao Executivo implementá-la por meio das mais diversas ações sociais, não se pode deixar de ter em mente que ao Judiciário é reservada uma participação ativa, pois a ele caberá dizer, nos casos concretos, qual é, propriamente, a medida a ser adotada naquela relação jurídica submetida ao exame judicial. Afora isso, nos reiterados julgamentos do Judiciário, com a formação de sua jurisprudência sobre esse assunto, é estabelecida a política criminal do Judiciário. Por conseguinte, tanto quanto possível, respeitada a esfera de independência das instâncias dos poderes envolvidos, é de fundamental importância que o projeto político criminal seja pinçado a partir de discussões amplas que envolvam os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário. Mas não é só. Em um sistema jurídico como o nosso, no qual o Ministério Público, embora pertencente ao Executivo, possui independência funcional e representa a sociedade nessa área de atuação, ele também precisa participar do debate. Afinal, é o Ministério Público que, por meio do exercício da ação penal, deduz a pretensão punitiva em juízo.

esse trabalho, permanentemente, reformular, conceitualmente, o texto da Constituição, o que, em outras palavras, eleva o magistrado, no sentido material, à categoria de uma espécie de constituinte pontual e efetivo⁸⁶². Esta função política, sobremaneira destacada no exercício da jurisdição criminal pelo fato de a teoria do processo penal se concentrar na compreensão dogmática dos direitos fundamentais, é, sem sombra de dúvidas, a honra, autoridade e responsabilidade maior conferida ao Poder Judiciário⁸⁶³.

PAULO BONAVIDES⁸⁶⁴, na abordagem sobre a forma de interpretação das normas constitucionais, adverte que o caráter político da Constituição obriga o exegeta a adicionar à crítica jurídica a dimensão política da *vexata quaestio*. Na censura procedente assacada quanto ao exame apolítico dos preceitos constitucionais, o constitucionalista em referência, após insistir que, a fim de conseguir-se o adequado *equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional*, a tarefa interpretativa exige a reunião dos componentes jurídicos e políticos, acrescenta que isso é necessário para somarem-se ao processo investigativo os meios auxiliares de interpretação das normas constitucionais, que passam, necessariamente, por considerações sobre a história do Direito, o Direito Comparado, a política propriamente dita e a história política⁸⁶⁵.

Em apertada síntese, tem-se que a função política do processo penal se evidencia pela circunstância de ele servir de instrumento, sob uma visão garantista, para a implementação da política nacional de segurança pública em um caso concreto e, ademais, em razão da base teórica dessa ciência identificar-se com a própria teoria dos direitos fundamentais, formada com esteio em cláusulas principiológicas de nítido caráter político.

⁸⁶² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 65.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 65.

⁸⁶⁴ *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993. p. 399-380.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 380.

Capítulo 7

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

O exame da teoria constitucional do processo penal não prescinde do descortinamento das premissas que devem nortear o exegeta na interpretação dos direitos fundamentais. A investigação sistêmica da Constituição revela que os princípios constitucionais retores do processo penal, embora estejam concentrados nos direitos fundamentais e sejam aqueles a própria base teórica desta ciência jurídica, estão espalhados em diversos preceitos, a começar mesmo pelo sistema de governo, que é o democrático-constitucional. Ademais, nessa perspectiva, evidencia-se que a compreensão dos direitos fundamentais sofre influência – diante da sua característica de universalidade, direitos pertencentes a todo o gênero humano, independentemente do espaço por este ocupado –, até mesmo, dos direitos essenciais que estão catalogados em tratados e convenções internacionais, ainda que não tenham sido ratificados pelo Brasil⁸⁶⁶.

O arcabouço constitucional no qual estão inseridos os direitos fundamentais esboça os parâmetros sob os quais deve ser arquitetada a doutrina dessa categoria de direitos. Conforme será salientado no capítulo seguinte, as *premissas interpretativas* dos direitos fundamentais têm acento nas cláusulas constitucionais que salientam o *caráter democrático-constitucional brasileiro, nos princípios fundamentais* de nosso Estado e nos seus objetivos perante a ordem interna e internacional, até porque elas são as linhas mestras do desenho teórico desses direitos, vazados em nosso ordenamento jurídico na categoria de princípios.

Dessa forma, os princípios constitucionais do processo penal, em uma visão mais ampla, não podem ser verdadeiramente compreendidos com suporte na análise apenas daqueles declarados sob a forma de direitos fundamentais, pois se faz necessário o exame dos postulados que informam a ossatura da formação do Estado brasileiro e outros que se encontram dispersos no texto constitucional, como, por exemplo, as normas constitucionais que disciplinam a organização e o funcionamento do Poder Judiciário, do Ministério Público, da advocacia e dos órgãos de segurança pública. Mas não é só. A leitura atenta da Constituição brasileira vigente denota o respeito e a incorporação das declarações de direitos internacionais em nosso sistema como regras mínimas que dão suporte à proteção à dignidade humana.

Tendo em conta essas considerações, mostra-se indispensável examinar as *premissas interpretativas* dos direitos fundamentais, o que será feito no capítulo seguinte. Isso porque, antes de ocupar-se dessa tarefa, apresenta-se imprescindível debruçar-se sobre a técnica de interpretação da Constituição,

⁸⁶⁶ A circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter entendido que, a despeito do preceito contido no art. 5º, § 2º, da Constituição, os tratados ou convenções internacionais não estão incluídos no rol dos direitos fundamentais, não infirma a tese de que esses devem ser levados em consideração no exercício da arte de interpretar. Ademais, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados e convenções internacionais contendo declaração de direitos inerentes à condição humana passam, agora, a pertencer à categoria dos direitos fundamentais, desde que aprovados, no parlamento, pela maioria qualificada de 3/5.

vale dizer, investigar a existência, ou não, de uma hermenêutica peculiar ao processo de interpretação dos direitos fundamentais. Nesta passagem da argumentação aqui desenvolvida, será apresentada a doutrina tradicional que, conquanto defenda a aplicação no campo constitucional dos métodos de interpretação clássicos desenvolvidos por SAVIGNY⁸⁶⁷, concorda com a assertiva quanto à observação de regras hermenêuticas específicas nesse processo, informadas não só pela própria natureza da tessitura constitucional, mas igualmente pelos fins perquiridos pela Carta Fundamental. A esse respeito, deve-se levar em consideração que, na visão da doutrina moderna, salientada por GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET⁸⁶⁸, em verdade,

(...) a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que só confirma o já assinalado caráter unitário da atividade interpretativa.”

A par das regras consagradas pela doutrina sobre a hermenêutica constitucional, o estudo acrescentará, ainda, outras considerações que devem ser sopesadas pelo intérprete, notadamente o juiz, quando for o caso de investigar e determinar o alcance dos preceitos constitucionais em um caso concreto. Até porque, como advertem GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET⁸⁶⁹, “Fica claro que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem como normas diretoras das ações dos Poderes Públicos.” Essas outras regras aqui agregadas podem ser sumariadas nas assertivas de que os direitos fundamentais (1) são normas de proteção à dignidade da pessoa humana que, no espaço do processo penal, manifestam-se como limitações ao exercício do direito/dever de punir do Estado; (2) embora essenciais, não são absolutos, mantêm relação sistemática; (3) não raro, apresentam colisão entre si; e (4) possuem dimensão internacional.

7.1 – Interpretação das normas e princípios constitucionais.

O Estado Constitucional ou o fenômeno do neoconstitucionalismo, que traz como consequência a *constitucionalização da ordem jurídica, erige a interpretação da constituição*, especialmente quanto aos direitos fundamentais, como o núcleo central para a efetiva compreensão do alcance de seus enunciados. Iniciando no nosso meio o debate sobre o assunto, o referenciado CARLOS MAXIMILIANO⁸⁷⁰, em obra até hoje citada, há muito tempo, ensinava que a técnica de interpretação sofre mutação, conforme se esteja analisando um texto constitucional ou um diploma normativo infraconstitucional, não só porque aquele é de alcance mais amplo, mas também devido ao seu *objetivo* e ser redigido de *modo sintético, em termos gerais*.

PAULO BONAVIDES⁸⁷¹, embora com a ressalva de que não tinha a pretensão de estabelecer uma *técnica interpretativa especial* para as leis constitucionais, chama a atenção para a peculiaridade de a interpretação constitucional mover-se em dois planos: o jurídico e o político. Aqui já foi dito que as

⁸⁶⁷ Na doutrina clássica preconizada por SAVIGNY, os métodos de interpretação são o *gramatical, lógico-sistemática, histórica e teleológica*. Sobre essas modalidades de interpretação muito já se escreveu, não havendo, naturalmente, necessidade de exploração desse tema neste estudo. Ao longo das observações aqui feitas, a interpretação se servirá desses modelos, procurando dar a importância devida a cada um deles, tendo em conta as circunstâncias das hipóteses tratadas. Sobre a aplicação desses métodos tradicionais na interpretação, cf. DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004. p. 235- 240.

⁸⁶⁸ *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 268.

⁸⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 304.

⁸⁷¹ *Op. cit.*, p. 297.

normas constitucionais, mais do que qualquer outra, além dos aspectos jurídicos, há de ser enxergada e investigada em consonância com a ideia política que acompanha a sua formulação⁸⁷². Disso resulta que o exegeta, para bem interpretar a norma constitucional, precisa encontrar o eixo ideal da questão sopesando os aspectos jurídicos e políticos, sem perder de vista que a *teoria da interpretação da constituição* guarda íntima identidade com a *teoria da interpretação dos princípios e valores constitucionais*⁸⁷³.

Vale registrar a advertência feita por DWORKIN⁸⁷⁴ de que, a bem da verdade, o juiz, ao decidir um caso difícil com suporte em norma constitucional, faz uso, na arena política, de dois tipos de argumentos. Argumentos de política propriamente ditos, que “... justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.”⁸⁷⁵ Por outro lado, pode enveredar por “... argumentos de princípio que justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.”⁸⁷⁶

De toda maneira, não se há de negar que a *interpretação constitucional* é espécie do gênero *interpretação*, de modo que é válido afirmar-se, sem rodeios, que não há *diferença ontológica* entre uma e outra, até porque, para todos os efeitos, a Constituição, assim como os demais diplomas infra-constitucionais, compõe-se de normas, desdobradas em *regras e princípios*. Todavia, se a Constituição, especialmente no contexto do neoconstitucionalismo, é o espelho do ordenamento jurídico, não apenas no aspecto formal, mas principalmente no pertinente à substância, parece claro que a sua interpretação assume particular relevância. DWORKIN, partindo da premissa de que a Constituição é o fundamento para a criação das demais leis do sistema, defende que a sua interpretação deve ser de molde a possibilitar a *interação e justificação* de suas normas com o poder político da comunidade, peculiaridade que exige a busca de sua fundamentação – mais do que ocorre no exame das demais normas da ordem jurídica – nos aspectos mais filosóficos da teoria política⁸⁷⁷.

Além disso, consoante adverte DAVID DINIZ, na exegese das normas constitucionais – mais do que na interpretação de qualquer outro texto legal –, devido mesmo à *plasticidade* das formulações linguísticas empregadas na Constituição, verifica-se uma maior amplitude de possibilidades semânticas, daí por que “... a compreensão de cada uma das palavras e frases dos enunciados normativos não é algo definitivo que permita ao intérprete utilizar o termo ou frase sempre exatamente na mesma acepção.” É preciso partir do pressuposto de que a Constituição é uma Carta Política que trata de todo o ordenamento jurídico, de modo que, com alguma frequência, ao utilizar uma expressão, ela não está sendo empregada no sentido técnico-jurídico com o qual é concebido em um determinado ramo específico do Direito⁸⁷⁸.

⁸⁷² Além de CARLOS MAXIMILIANO e PAULO BONAVIDES, vários outros doutrinadores nacionais tecem considerações a respeito das peculiaridades inerentes à interpretação das normas constitucionais. NAGIB SLAIB FILHO, por exemplo, ancorado nas lições hauridas de CARLOS MAXIMILIANO, deixa assentado que “*A Constituição tem caráter sui generis pois é uma transição entre o ato político e o ato jurídico, levando sua interpretação a peculiaridades especiais (Anotações à constituição de 1988: aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.73).*”

⁸⁷³ Nesse sentido, cf. DANTAS, David Diniz. Op. cit. p. 190. O autor acentua que, na atualidade, a teoria da interpretação é o núcleo central da teoria da Constituição. Ele defende, com acerto, que assume grande relevância a chamada *interpretação principialista*, segundo a qual o papel do intérprete, mormente do juiz, não se contém na análise da validade formal das normas, vai muito além, no intuito de encontrar subsídios justificadores de soluções aceitáveis socialmente, ou seja, buscar a *validade axiológica*. (Op. cit., p. 190-191).

⁸⁷⁴ Op. cit. p. 129.

⁸⁷⁵ Ibid.

⁸⁷⁶ Ibid.

⁸⁷⁷ Apud DANTAS. Op. cit., p. 192.

⁸⁷⁸ Exemplo por demais pertinente para exemplificar o que está sendo afirmado, veja-se a dicção normativa do direito ao silêncio. Na redação do texto (art. 5º, LXIII), o constituinte fez uso da expressão *preso*, o que levou alguns, em malferição a essa regra de hermenêutica constitucional, a defender que o princípio constitucional alcançava apenas as pessoas que se encontrassem com o direito de liberdade suprimido. A doutrina e a jurisprudência nacional, porém, adequadamente, compreenderam que a expressão *preso* deve ser entendida como toda e qualquer pessoa a quem esteja sendo imputada a prática de um ilícito, seja na esfera processual ou não. Cf. item 9.5.2., infra.

7.2 – Regras basilares da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais.

Conforme salientado, ainda que haja a concordância de que os critérios de interpretação do Direito em si sejam aplicados na interpretação constitucional, a maioria dos doutrinadores defende que as peculiaridades inerentes às normas constitucionais permitem que se estabeleça uma *hermenêutica constitucional*⁸⁷⁹. Nesse contexto, resta considerar que esta se distingue da interpretação, pois ela é a ciência que fornece a técnica para a interpretação, que é o ato de compreensão da norma jurídica. A *hermenêutica*, por conseguinte, ocupa-se em estudar e sistematizar os processos aplicáveis para definir não apenas o sentido, mas também o alcance das expressões jurídicas⁸⁸⁰. Ela serve de bússola no sentido de guiar o intérprete por meio de parâmetros que servem de orientação para o exercício da arte de interpretar.

O constitucionalista BARACHO⁸⁸¹, socorrendo-se da síntese feita pelo argentino LINARES QUINTANA, expõe que a análise das assertivas consagradas na doutrina e na jurisprudência do Direito Comparado permite que sejam preconizadas as seguintes regras de hermenêutica constitucional:

1. Na interpretação constitucional, deve prevalecer o conteúdo teleológico ou finalista da Constituição;
2. Deve ser interpretada com critério amplo, liberal e prático, não apenas estrito, limitado e técnico;
3. As palavras que a Constituição emprega devem ser entendidas em seu sentido geral e comum;
4. Deve ser interpretada como um conjunto anômico;
5. Como instrumento de governo permanente, a flexibilidade e generalidade devem tornar possíveis suas adaptações ao tempo e às circunstâncias;
6. Os privilégios e as exceções, se existem, devem ter interpretação restritiva;
7. Os atos públicos devem ser presumidos como constitucionais, desde que razoável interpretação constitucional possa conciliá-los com o texto maior.

Em excelente livro sobre a interpretação e a aplicação da Constituição, Luís Roberto Barroso ensina que, a par de os princípios, pelo fato de serem normas jurídicas, servirem-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral, devido às suas peculiaridades, superioridade jurídica, natureza da ligação, conteúdo específico e caráter político –, possuem, eles próprios, *princípios instrumentais de interpretação*⁸⁸², reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência, a saber: (1) princípio da supremacia da Constituição; (2) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; (3) princípio da interpretação conforme a Constituição; (4) princípio da unidade da Constituição; (5)

⁸⁷⁹ DAVID DINIZ, forte na doutrina clássica, delinea três elementos diferenciadores da interpretação constitucional. Para o autor, o primeiro deles é o *caráter evolutivo e aberto* do texto constitucional. Nesse aspecto, o intérprete deve observar o Direito não apenas do ponto de vista da *atualidade*, mas igualmente, que o enfoque não pode ser estático, mas evolutivo e, ademais, para que seja mantida a unidade da Constituição, é preciso que a leitura das normas seja *aberta e diferente*, a fim de comportar leituras legítimas, passíveis de adaptações às mudanças sociais. O segundo é o *caráter político*, o que fomenta a *discricionariedade exegética* e mesmo a *criatividade judicial*. Por fim, o *caráter axiológico*, uma vez que a interpretação consista em processo voltado à concretização de princípios constitucionais, faz-se necessária a *compreensão dos valores* contidos nas normas constitucionais. (cf. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*. p. 206-227).

⁸⁸⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 73.

⁸⁸¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 360.

⁸⁸² Para BARROSO os *princípios instrumentais* não são princípios no sentido do conteúdo, estrutura ou aplicação mediante ponderação – ou seja, não são princípios como formato prescritivo que a Constituição, geralmente, utiliza para consagrar os Direitos Fundamentais; mas sim princípios no sentido de constituírem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que atuam previamente no processo de interpretação. (In: *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 370)

princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; e (6) princípio da efetividade⁸⁸³

As regras *hermenêuticas* acima elencadas, consideradas neste trabalho como válidas para a exegese constitucional, são pertinentes à interpretação de toda e qualquer norma inserta na Lei Maior. Isso quer dizer que, na análise *dos direitos fundamentais como fundamentação teórica* do processo penal, essas regras hermenêuticas devem servir de orientação no processo interpretativo empregado ao longo deste trabalho.

Ao lado delas, porém, é o momento de analisar, com mais vagar, outras regras de cunho *hermenêutico* que exsurgem, na seara do processo criminal, específicas para a abordagem dos direitos fundamentais.

7.2.1 – Direitos fundamentais como limitações ao dever-poder de punir.

As garantias constitucionais penais, enunciadas em forma de princípios na Constituição, na perspectiva subjetiva, apresentam-se como limitações ao exercício do direito de punir, no que diz respeito não só à aplicação da sanção penal como também à forma mediante a qual se busca demonstrar a responsabilidade do agente. O devido processo legal, representado pelo conjunto das normas constitucionais processuais penais, na qualidade de regras que devem ser observadas pelo Estado no exercício do dever-poder de punir, tem a feição de garantia aos direitos mais importantes do cidadão que, em suma, se traduzem no direito à vida, à liberdade, à intimidade e à honra, seja nas relações com o poder público, seja nas relações interpessoais.

Como aqui já foi ressaltado mais de uma vez, note-se que o estudo da história dos povos permeada pelos movimentos sociais iniciados na sociedade primitiva até a formação do Estado contemporâneo, revela que se percebeu a necessidade de estabelecer limites ao exercício do poder por parte do governante, utilizando como um dos instrumentos mais importantes a declaração dos direitos do homem inerentes à própria condição humana, que subsistem independentemente da vontade dos governantes⁸⁸⁴. Esses direitos, porquanto indispensáveis para o ser humano, eram considerados naturais e ocuparam as preocupações mais profundas dos grandes filósofos, sendo catalogados, desde o início, como garantias delimitadoras dos poderes do Estado.

Por mais repugnante e hediondo que seja o comportamento daquele que violou a norma penal, ainda assim, na persecução quanto à aplicação da pena, só poderá o Estado agir dentro dos parâmetros gizados desde a Lei Fundamental. Os contornos da atuação do Estado no sentido de buscar a responsabilidade criminal estão plasmados nas garantias constitucionais e perfazem o que se convencionou chamar de *devido processo legal*. Sem a observância dessas regras, a atuação jurisdicional se dá fora do perfil do Estado Democrático-Constitucional, modelo escolhido pela Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais têm o seu comando voltado no sentido de expandir a garantia do direito à inviolabilidade da vida, integridade física, intimidade, vida privada e, até mesmo, da honra e da imagem, quanto à violação a que esses bens jurídicos estão sujeitos, não só por parte dos órgãos públicos, como também das pessoas físicas e jurídicas de direito privado⁸⁸⁵. Em primeira nota, a norma seria destinada, tão-somente, aos que pautam o seu agir de conformidade com as normas jurídicas postas perante o grupo social, não socorrendo aqueles que agem de forma ilegal, trazendo prejuízos à coletividade. Porém, não é assim. As garantias constitucionais expostas pelo constituinte têm incidência em todas as

⁸⁸³ Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 369-374. GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET ampliam esses princípios para oito espécies: princípio da (1) unidade da Constituição; (2) concordância prática ou da harmonização; (3) correção funcional; (4) eficácia integradora; (5) força normativa da Constituição; (6) máxima efetividade; (7) interpretação conforme a Constituição; (8) proporcionalidade ou da razoabilidade. (Op. cit., p. 113).

⁸⁸⁴ O tema foi explorado no capítulo 1, supra.

⁸⁸⁵ Os direitos da personalidade são os mesmos direitos fundamentais, porém vistos sob a perspectiva das relações interpessoais. (Cf. o item 5.8, supra.)

situações, sejam elas originárias de ações lícitas ou ilícitas⁸⁸⁶.

Conforme exposto em outra passagem deste livro, os direitos fundamentais, germinados da declaração de direitos do homem, foram pensados como instrumento de patrulhamento da força do Estado, quando este pretende exercer o seu dever-poder de punir⁸⁸⁷. Por isso mesmo, a maioria dos direitos fundamentais foi pensada, e possui aplicação, no campo criminal, sob a modalidade de garantias processuais asseguradas ao acusado. Se assim é, a premissa que se deve observar é que a defesa do agente é a mais ampla possível, mas o Estado tem de conformar o seu agir dentro daquilo que for previsto pela norma, daí por que não poderá levar em consideração uma prova obtida de forma ilícita, a fim de condenar quem quer que seja, independentemente do crime praticado. A regra aqui é similar ao *princípio da legalidade* do Direito Administrativo, de modo que ao Estado somente é permitido fazer aquilo que se conforta com os princípios constitucionais, ao passo que o acusado, no exercício do seu direito fundamental de defesa, à primeira vista, tudo pode, exceto o que está vedado por lei.

Como as normas constitucionais penais representam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, as cláusulas encartadas na Lei Fundamental e que perfazem, sob uma perspectiva abrangente, o devido processo legal criminal, são contempladas para o acusado, a fim de que este possa ter reconhecidos os direitos que são inerentes a sua condição humana, mesmo quando o Estado esteja no legítimo exercício do dever-poder de punir. Em outras palavras, diz-se que, ao contrário do que ocorria nos ensaios do Estado contemporâneo, o poder/dever de punir do Estado pauta-se pelos limites pré-traçados pela compreensão dos direitos fundamentais.

Outra ótica que se desdobra da regra de hermenêutica de que as garantias constitucionais penais traduzem comandos relativos à limitação do dever-poder de punir do Estado é que o agente do Estado ou a quem atribuída a função de coibir a prática de crime pode, nada obstante as normas constitucionais, independentemente de autorização judicial, no exercício do poder de polícia, agir a fim de embargar conduta ilícita. Isso porque, em princípio, quando a ação estatal se faz, no sentido estrito, em cumprimento do dever de polícia, não se está atuando para investigar ou punir quem quer que seja, porém no sentido de que seja mantida a ordem social.

Não seria razoável, por exemplo, que o agente do Estado precisasse ter como escudo uma autorização judicial, a fim de poder ingressar em uma residência e, assim, coibir a prática de um ilícito. Exatamente em razão dessa consideração é que a Constituição, a par de assegurar a inviolabilidade do domicílio, permite, expressamente, que o agente estatal, desde que esteja ocorrendo um crime em seu interior, quebre essa garantia constitucional, independentemente de autorização judicial. Do mesmo modo, a norma fundamental assegura o direito de liberdade, mas possibilita que o agente do Estado, ou quem suas vezes fizer, restrinja essa garantia, independentemente de autorização judicial, quando o autor do ilícito for surpreendido em flagrante delito.

7.2.2 – Relatividade dos direitos fundamentais até mesmo em relação ao direito à vida.

Na discussão sobre as características intrínsecas dos direitos fundamentais, ficou estabelecido que essa categoria de direitos não pode ser vista como absoluta, porquanto, a despeito das ressalvas que podem constar do próprio preceito constitucional, eles possuem limitações que são imanentes⁸⁸⁸. Essa posição se mostra afinada com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pelo povo francês, constituída em Assembleia Nacional, no dia 26 de agosto de 1789, que, expressamente, admite o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, desde que previstos em lei.

⁸⁸⁶ Cf. itens 7.2.3, 7.2.3.1 e 7.2.3.2, supra.

⁸⁸⁷ Aqui vale lembrar o que foi dito sobre a contribuição de BECCARIA para a construção jurídica do processo penal e, por via de consequência, da primeira Escola Penal (Cf. itens 1.3.3, 1.3.3.1 e 1.3.3.2, supra).

⁸⁸⁸ Cf. 5.7, supra.

A Constituição da Espanha remete à lei a especificação das hipóteses que excepcionam a garantia do sigilo e confere ao juiz a possibilidade de examinar, no caso concreto, se é pertinente, ou não, dotar o Estado de força maior na investigação do caso que está sob apreciação⁸⁸⁹.

Tal entendimento denota que a jurisprudência espanhola parte da premissa de que os direitos fundamentais, por mais importantes que sejam, são relativos, passíveis de limitações, especialmente quando ocorre a colisão entre eles, devendo-se ter em conta, na solução do problema teórico e prático, o conceito de relação de precedência condicionada, manifestada por ALEXY⁸⁹⁰, no desiderato de formular a solução do caso com suporte na chamada lei de colisão.

Em interpretação da Constituição portuguesa, leciona CANOTILHO⁸⁹¹ que os direitos fundamentais são relativos, e não absolutos, e dogmatiza três tipos distintos de restrições, a saber:

1. Limites constitucionais directos ou imediatos = limites directamente estabelecidos pela própria constituição;
2. Limites estabelecidos por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva);
3. Limites imanentes ou implícitos (= limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos e bens).

Ancorado na doutrina de ALEXY, CANOTILHO⁸⁹² expõe que os direitos fundamentais são informados pela *cláusula da comunidade* ou dos *limites originários ou primitivos*, de modo que eles, ainda quando não haja previsão constitucional, longe de serem tidos como absolutos, sofrem limites originários ou primitivos, ínsitos a todos eles, que se justificam porque são *limites constituídos* pelos *direitos dos outro* de modo que “*Haverá, pois, uma “cláusula da comunidade” nos termos da qual os direitos das liberdades e garantias estariam sempre “limitados”, desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.*” O constitucionalista lusitano adita que o exame da jurisprudência do Tribunal Constitucional português revela que, muito embora sem o *background* teórico formado sobre o assunto e sem uma uniforme retórica argumentativa, adotou-se a ideia dos *limites imanentes* dos direitos fundamentais.⁸⁹³

De todo o exposto, não restam dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência da França, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal firmam passo no entendimento de que os direitos fundamentais, ainda que inspirados nos direitos naturais, não são absolutos, mas tão-somente relativos, de modo que, mesmo quando não haja expressa previsão constitucional, nada impede que sejam colocados freios ao seu exercício, porquanto é aplicável a cláusula dos limites *imanentes*⁸⁹⁴.

Conquanto a regra seja a de que os direitos fundamentais devem ser preservados, circunstâncias excepcionais verificadas no caso concreto podem servir de justificativa para que haja uma flexibilização do bem jurídico protegido. Essa fundamentação, que deve estar explanada na decisão – dada por um juiz ou por uma Comissão Parlamentar de Inquérito – que determina a flexibilização, pode estar contemplada na própria dicção da cláusula constitucional. Com efeito, é comum o constituinte dar a garantia, a exem-

⁸⁸⁹ NAVARRETE, José F. Lorca. Op. cit., p. 19. Ao analisar o tratamento dos direitos fundamentais no sistema jurídico espanhol, adverte o autor espanhol que, em todos os ramos do Direito daquele país, há de ter-se presente duas etapas bastante distintas: uma antes e outra depois da criação do Tribunal Constitucional Espanhol, que veio a lume com a Constituição de 1978. A partir de então, o mencionado tribunal passou a exercer grande influência no panorama jurídico, promovendo, com as suas decisões de extremo rigor técnico e alto conteúdo jurídico, o reengajamento social e mesmo popular espanhol, desde que as suas posições sejam acompanhadas com intenso interesse pelos cidadãos, devido à adequação à realidade socio-política. (Ibid.)

⁸⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Tercera reimpresión, 2001. p. 56.

⁸⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 615-616.

⁸⁹² *Ibid.*, p. 619.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 622.

⁸⁹⁴ Cf. item 5.6, supra.

A autoexecutoriedade é uma das prerrogativas do Estado-administração, até como expressão de sua autonomia em relação aos demais poderes Legislativo e Judiciário. Não seria razoável que, quando o Estado-administração fosse agir para prevenir ou reprimir um crime, ele tivesse de obter, antes, uma autorização judicial. Se assim fosse, além de torná-lo inerte nessa área, importaria a ineficácia geral de suas ações nesse campo de atuação. Por isso, tolera-se que, no efetivo cumprimento do poder de polícia administrativa, o Estado, sem o correspondente título do judiciário, interfira nas relações dos particulares, mesmo que isso implique restrição de direitos e interesses conferidos aos cidadãos⁹²⁶. Sobre o assunto, CRETELLA JÚNIOR⁹²⁷, seguindo as orientações de DUEZ e DEBEYRE, esclarece: “A necessidade de manter a ordem pública exige, às vezes, medidas materiais de execução rápida, que não se compadecem com a morosidade do processo judiciário, como, por exemplo, a remoção imediata de veículo que impeça o trânsito na via pública”. Exatamente por isso é que, na seara do poder de polícia administrativa, mais se sente presente o atributo da autoexecutoriedade, o que não se verifica no caso da polícia judiciária⁹²⁸.

Para bem demarcar a diferença dessas duas atividades desenvolvidas por órgãos policiais, vale ilustrar as duas situações. Imagine-se a situação em que, durante uma investigação conduzida pela polícia judiciária – polícia federal ou civil, portanto –, a autoridade dirigente do inquérito sinta a necessidade de entrar na casa da pessoa indiciada, a fim de verificar se, no interior dela, se encontra, ou não, a arma do crime. Nesse caso, havendo resistência por parte do *morador*, como é de praxe, a autoridade somente poderá adentrar a residência se obtiver do juiz um mandado de busca e apreensão. Suponha-se, agora, que esteja ocorrendo um crime no interior de uma residência. A polícia administrativa ostensiva e de preservação da ordem pública, tomando conhecimento, pode, e deve mesmo, ingressar na casa, no desiderato de evitar o crime ou prender em flagrante o agente, mesmo sem o consentimento de quem de direito e sem autorização judicial. Nessa segunda hipótese, seria desarrazoado e comprometeria mesmo a ação policial no sentido de manter a ordem pública exigir que o policial, previamente, buscasse munir-se de um mandado de busca e prisão para só então poder agir. A urgência desse segundo tipo de ação policial faz com que seja legítima a ação estatal que flexibiliza um direito fundamental, ainda que não haja autorização judicial.

O afirmado supra, entretanto, não valida o entendimento de que a atividade de polícia administrativa ostensiva e de preservação da ordem pública, exercida, de ordinário, pela polícia militar, porque impregnada da prerrogativa estatal de *autoexecutoriedade*, sempre pode ser conduzida no sentido de flexibilizar um direito fundamental, mesmo sem a prévia permissão jurisdicional. Não é assim. É preciso que haja uma *justificativa*. Resta indagar em que circunstâncias o agente da polícia militar, no exercício da função preventiva e repressiva, pode flexibilizar um direito fundamental, sem a prévia licença do Judiciário.

7.2.3.1.3.1 – Casos expressos na Constituição em que, no exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos fundamentais, sem a prévia autorização judicial.

Como já foi visto no item 7.2.1, deve-se partir da ideia de que os direitos fundamentais na seara criminal são garantias que limitam o exercício do dever-poder de punir do Estado. Por isso mesmo, conquanto sejam válidas para o exercício de todo e qualquer poder de polícia, em relação aos órgãos que tratam da polícia ostensiva e de preservação da ordem, elas possuem uma coloração diferente, justamente devido à especificidade desse tipo de atividade, porquanto esta, além de não ter a função de punir,

⁹²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. v. 10. p. 61

⁹²⁷ Ibid., p.62.

⁹²⁸ CRETELLA JÚNIOR finaliza: “No vasto campo do poder de polícia, explicitado nos diversos ramos em que se desdobra a polícia administrativa, a autoexecutoriedade aparece com toda sua força, legitimando as providências rápidas do poder Executivo, quando edita atos administrativos e imediatamente os faz atuar, no mundo jurídico”. (Op. cit. p. 63.)

mas sim de prevenir ou sustar a prática de um crime, de regra, é desempenhada em situações que reclamam imediata intervenção. Isso porque, em decorrência mesmo do atributo da autoexecutoriedade que acompanha esse tipo de ação administrativa, quando necessário, o próprio agente estatal pode quebrar a garantia constitucional, sem que haja necessidade de prévia autorização judicial.

Em alguns casos, o próprio constituinte deixou expresso que, para quebrar a garantia constitucional, não haveria a necessidade de ser invocada a autorização judicial. Percebe-se, na seara criminal, tal afirmativa em três hipóteses. A primeira ocorre quando o constituinte, mantendo a tradição do constitucionalismo brasileiro, assegura a casa como asilo inviolável (art. 5º, XI, da Constituição). Com efeito, sem embargo de garantir à pessoa que ninguém poderá penetrar em sua casa sem o seu consentimento, a norma excepciona não só a hipótese em que haja determinação judicial, mas igualmente nos casos de flagrante delito ou desastre, ou em que haja necessidade de prestar socorro. Isso quer dizer que, sem o consentimento da pessoa, existem quatro possibilidades de ocorrer a invasão da casa de alguém. Uma delas exige autorização judicial, que são os casos nos quais o juiz expede mandado de busca e apreensão ou de busca e prisão. Nas outras três hipóteses, consignadas na norma que expressa esse direito fundamental, é prescindível a prévia autorização judicial. Na primeira delas, reclama-se, apenas, que um fato esteja acontecendo no interior de uma casa e que, tecnicamente, caracterize a situação de flagrante delito. Na outra, para a qual, também, não se exige prévia autorização judicial para que ocorra a invasão da casa, basta que lá tenha se verificado um desastre. Por fim, o preceito constitucional permite, ainda, que se dê o ingresso na casa sem o consentimento da pessoa, quando isso for necessário para prestar socorro a alguém.

Outra situação contemplada expressamente pela norma constitucional, quanto à possibilidade de flexibilização do direito fundamental sem a prévia permissão judicial, é a de uso de propriedade particular pela autoridade competente, mesmo contra a vontade do titular do bem, no caso de *iminente perigo público* (art. 5º, XXV). Essa situação se aplica à hipótese em que, para empreender perseguição a alguém que esteja praticando ou tenha acabado de praticar um crime, a autoridade policial necessite, por exemplo, pegar, para uso, o veículo de um transeunte.

Por fim, a última hipótese prevista, explicitamente, pelo constituinte está encartada no art. 5º, LXI, que trata da prisão em flagrante delito. A cláusula constitucional garante ao cidadão que, de regra, para a validade de sua prisão, faz-se necessária uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária. Porém, excepcionalmente, caso a pessoa se encontre em situação de flagrância delituosa, o agente policial pode, mesmo sem prévia ordem judicial, efetuar a prisão.

A nota peculiar a essas três hipóteses nas quais o constituinte previu a possibilidade de ocorrer a flexibilização do direito fundamental, mesmo sem a prévia autorização judicial é que ele sempre levou em consideração uma circunstância de excepcionalidade, qual seja: para a primeira, levou em conta a existência de flagrante delito ou desastre, ou a necessidade de prestação de socorro; para a segunda, a constatação de iminente perigo público e, para a última, novamente a ocorrência de flagrante delito. Em síntese, em alguns casos, elegeu-se como fator determinante o flagrante delito e, em outros, uma situação de perigo a recomendar uma pronta reação do poder público. Essa situação de perigo, no sentido de justificar a atuação da polícia na seara criminal, confunde-se com o próprio flagrante delito.

Por conseguinte, a conclusão que se tem é que a única hipótese a justificar a ação da polícia ostensiva e de manutenção da ordem, no sentido de flexibilizar um direito fundamental sem prévia permissão judicial, nos três casos previstos, expressamente, na Constituição, ocorre quando a hipótese se enquadra na situação conhecida como flagrante delito.

7.2.3.1.3.2 – Outras hipóteses em que, no exercício do poder de polícia, é possível a flexibilização de direitos fundamentais, sem a prévia autorização judicial.

Será que, além daquelas três hipóteses estudadas acima – violação de domicílio, prisão e uso de propriedade particular –, há outros casos em que a autoridade pública, no exercício da atividade de

polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, pode flexibilizar um direito fundamental, sem que antes esteja munida de um título judicial dando-lhe poder para tanto? Essa pergunta se impõe, pois um primeiro exame direciona o intérprete a intuir que, quando o constituinte quis, ele mesmo se encarregou de gizar as hipóteses nas quais a flexibilização do direito fundamental pode ocorrer sem o prévio consentimento do juiz.

Todavia, investigação mais acurada da questão parece conduzir o operador jurídico a uma resposta positiva à pergunta formulada acima. Com efeito, análise mais detalhada permite validar a assertiva de que, em princípio, qualquer que seja o direito fundamental, em tese, há a possibilidade de sua flexibilização em decorrência do exercício da atividade de polícia ostensiva e de proteção à ordem pública, desde que haja justificativa para tanto.

Antes de mais, é preciso dar os argumentos com os quais se chega à conclusão de que não são apenas aquelas três hipóteses, expressamente contempladas pelo constituinte, em que se admite a flexibilização de direito fundamental pela polícia ostensiva e de preservação da ordem.

Cumpra-se notar que, ao considerar a relatividade dos direitos fundamentais, aqui se defendeu que até mesmo o direito à vida não é absoluto e que o texto constitucional permite que se enxergue a existência de um direito de matar e mesmo um dever de matar⁹²⁹.

Se um direito fundamental, como o que assegura o direito à vida, pode ser, em casos extremos, ceifado pelo estrito cumprimento de dever legal, não se mostra despropositado que, sob o mesmo fundamento, outros direitos fundamentais sejam limitados. Tome-se, como exemplo, o caso da carta-bomba. Sem se imiscuir, por hora, na discussão quanto à possibilidade, ou não, de determinar-se, por meio de autorização judicial, a violação de correspondência, não parece haver dúvidas de que uma autoridade policial, ciente de que uma carta enviada pela via postal contém artefatos químicos sujeitos à explosão com a sua abertura, pode, e deve, atuar no sentido de evitar a ocorrência do crime⁹³⁰. Veja-se: na suposição aqui aventada, a correspondência é utilizada como o próprio instrumento hábil para a prática do delito. Neste caso, é óbvio, não há necessidade de que seja violada em si a correspondência, mediante a abertura da carta. Basta sustar a sua circulação, atitude justificada pela efetiva situação de perigo ou de flagrante delito. Não estando a autoridade policial segura de que aquela carta que teve a sua circulação sustada efetivamente se trata de um artefato explosivo, o que se recomenda é que ela peça a autorização judicial para fazer a abertura, procedimento similar ao que ela faz, nos casos de invasão de domicílio.

No intuito de esboçar as situações nas quais os demais direitos fundamentais podem vir a ser flexibilizados, sem prévia autorização judicial, no exercício da atividade de polícia ostensiva e de manutenção da ordem pública, pode-se socorrer dos critérios escolhidos pelo constituinte para anunciar os casos em que ele, explicitamente, admite que isso ocorra. Assim, para todos os efeitos, nos demais casos, o agente policial somente está autorizado a agir para tergiversar com um direito fundamental sem autorização judicial, nos casos de flagrante delito.

Essa conclusão leva à indagação: se, por hipótese, uma pessoa estiver praticando um crime sob o comando de sua voz enviada por uma linha telefônica, poderia, no caso, ocorrer a interceptação telefônica, mesmo sem autorização judicial? Não se pode perder de foco que a *escuta telefônica* em si não poderia, em hipótese alguma, nessa situação, ser considerada uma atuação ostensiva da polícia, no sentido de obstar ou fazer cessar a prática criminosa.

Ao contrário do que se pode pensar à primeira vista, não procede a afirmação de que a exposição desse entendimento põe em risco a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que os coloca vulneráveis à ação da polícia de patrulhamento. Os casos de flagrante delito a justificar a intervenção da polícia independentemente de autorização judicial são uma dedução lógica e suficiente para impedir generalizações.

⁹²⁹Cf. item 7.2.2, supra

⁹³⁰Cf. item 9.4.6.5, infra, onde o assunto está desenvolvido.

7.2.3.1.3.3 – Inidoneidade do Ministério Público para determinar a flexibilização de direito fundamental.

Quanto à segurança pública, em linha de rigor, o Estado tem duas atividades bem distintas. Uma prévia, que consiste na atividade mantenedora da ordem social desenvolvida pelos aparelhos policiais, com os quais se procura evitar que os crimes ocorram. Para esse fim, cada Estado-membro cria e mantém os seus órgãos de segurança, conferindo-lhes a função policial ostensiva. Essa é a atribuição das polícias militares. A outra investigatória, a cargo da polícia federal, em se tratando de crime da competência da justiça federal⁹³¹, ou da polícia civil, quando o ilícito chama a intervenção da justiça estadual. Como se vê, a persecução criminal tem início na esfera policial, que é quem detém, de ordinário, a legitimidade para proceder à apuração pré-processual do delito para, depois de coletar os elementos probatórios acerca da materialidade e dos indícios da autoria, subsidiar a atuação do Ministério Público perante o Judiciário, no que diz respeito à dedução da pretensão criminal.⁹³²

Muito embora o Ministério Público não tenha um interesse em si na causa, ou seja, ele não tenha compromisso com a acusação, mas sim em realizar a justiça – pelo que, nesse sentido, é correto dizer que ele é imparcial –, não se pode deixar de ter em consideração que o representante ministerial é, para todos os efeitos, parte no processo criminal. Como já foi aqui salientado, a ação penal é uma espécie de ação coletiva, cujo direito coletivo à segurança e à ordem da coletividade é deduzida pelo Ministério Público em nome da sociedade. Sendo este parte na relação processual, não se mostra razoável que ele tenha o poder de decidir se há justificativa, ou não, para que seja flexibilizado um direito fundamental da parte adversária.

Se assim fosse, o direito fundamental daquele que está sujeito a inquérito ou a processo judicial seria resolvido por quem é o seu adversário na questão. Nesse caso, o Ministério Público teria o poder de decidir sobre aquilo que ele mesmo almeja obter como parte interessada no assunto. Não é preciso dizer que, dessa forma, a proteção dos direitos fundamentais seria apenas aparente, porquanto esses direitos inerentes a uma das partes seriam decididos pela outra. Os direitos fundamentais somente serão devidamente garantidos, caso o órgão ao qual é confiada a tarefa de decidir sobre a sua flexibilização não seja um dos contendores. Essa particularidade foi, percucientemente, esmiuçada pelo Ministro CARLOS VELLOSO⁹³³ no julgamento do Recurso Extraordinário nº 215301/CE, ocorrido em 13 de abril de 1999, perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Ao longo de seu voto, o Ministro, de forma irresponsável, asseverou:

Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem a obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ele próprio, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição?⁹³⁴

⁹³¹ Note-se que a polícia federal, de conformidade com o disposto no art. 144, § 1º, I, da Constituição, destina-se não apenas a apurar as infrações penais da competência da justiça federal, mas também as que caracterizam crimes eleitorais e políticos propriamente ditos, “... assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei” e mesmo, nos termos do inciso II da mesma norma, atuar nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente de haver, ou não, conexão internacional

⁹³² Cf. item 9.3.2.2 e 9.3.2.2.1, *infra*.

⁹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I, Relator Ministro Carlos Velloso, Classe: RE – Processo: 215.301, UF: CE, SEGUNDA TURMA, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005

Na Itália, a despeito de constar da norma constitucional que a limitação de direito fundamental pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, o novo Código de Processo Penal italiano permite que o Ministério Público, em caso de urgência, execute a diligência sem a prévia intervenção do juiz, devendo este, em exame posterior, convalidar, ou não, a medida. Confirmando essa peculiaridade do sistema italiano, CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO e ANTÔNIO TOMÁS BENTIVOGLIO⁹³⁵ afirmam que o Código de Processo Penal italiano de 1998 admite, em casos excepcionais, a quebra da garantia constitucional por ordem do Ministério Público, sem a prévia autorização do Judiciário, sendo exercido o controle judicial apenas a *posteriori*.

Na ordem jurídica brasileira, porém, na esteira do sistema acusatório que está implícito na Constituição como decorrência lógica da forma como foram organizados o Poder Judiciário e o Ministério Público e conferidas as suas respectivas competências, o órgão ministerial é tratado como parte, de modo que não lhe é atribuído poder decisório, mas sim legitimidade para agir, por meio de sua capacidade postulatória, em nome da sociedade, no exercício da persecução criminal. 7.2.3.2 – Necessidade de decisão fundamentada, mediante a exposição dos motivos que justificam a flexibilização de direito fundamental.

Sendo o respeito aos direitos fundamentais a regra de um sistema criminal democrático, tem-se que a restrição a um desses direitos somente deve ocorrer em situação de excepcionalidade, ou seja, quando demonstrada a imprescindibilidade da medida, a fim de permitir o exercício da pretensão persecutória. Como já observado, a tergiversação quanto ao direito fundamental, como consequência mesmo do princípio da ponderação, apenas se justifica nos casos de crimes de maior gravidade.⁹³⁶

Aqui já foi exposto que, em três preceitos fundamentais que dizem respeito a garantias processuais na área criminal (XI, XII e LXI do art. 5º da Constituição), o constituinte fez uso de expressões como *ordem judicial*, *determinação judicial e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*. Há diferença ontológica entre ordem judicial e determinação judicial e entre estas e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária? Se não há, o que motivou o constituinte a fazer essa distinção? Antes de dar as respostas, é preciso fazer algumas considerações. Primeiramente, note-se que as ressalvas introduzidas nas normas constitucionais que tratam da inviolabilidade do domicílio e das comunicações não constavam da Constituição de 1967. Elas foram uma inovação da Constituição de 1988.

A expressão *ordem judicial*, enxertada na garantia da inviolabilidade do domicílio, serviu para deixar claro que, segundo a nova ordem constitucional, a quebra desse direito fundamental somente seria admissível com a intermediação do juiz, o que não ocorria no sistema anterior (XI do art. 5º da Constituição). Quanto às comunicações, a par de fazer referência a novos métodos tecnológicos de transmissão de mensagens entre as pessoas, excepcionou-se a possibilidade de quebra da garantia, desde que assim consignada em *determinação judicial* (XII do art. 5º da Constituição). Por fim, em relação à prisão, na Constituição de 1967, constava que, salvo no caso de flagrante delito, o encarceramento teria de ser precedido de *ordem escrita de autoridade competente*, permitindo-se, assim, que agentes administrativos tivessem a competência para determinar prisões. O constituinte de 1988 cuidou de especificar que a autoridade competente seria a judiciária, mas acrescentou, sem a menor necessidade, que a ordem,

⁹³⁴ Ibid. A ementa do acórdão está assim redigida: “CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. – A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. – R.E. não conhecido.” (Ibid.)

⁹³⁵ *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 143

⁹³⁶ Cf. 7.2.3, supra.

além de escrita, teria de ser *fundamentada* (LXI do art. 5º da Constituição).

No contexto técnico-processual, quando o constituinte fala, nas cláusulas constitucionais aqui destacadas, em ordem judicial, determinação judicial e ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, ele está referindo-se à decisão com a qual o magistrado, ao analisar o caso concreto e enxergar a presença de justificativa para autorizar a flexibilização de um direito fundamental, pronuncia-se nesse sentido, expondo, para tanto, os fundamentos que o levaram a concluir dessa forma. Não importa que a nomenclatura do pronunciamento do juiz seja denominada pela Carta Constitucional de *ordem judicial, determinação judicial ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*. Em todas as hipóteses, trata-se de uma decisão judicial que tem como objeto a discussão a respeito do alcance interpretativo do núcleo duro do texto constitucional. Se toda decisão judicial, como quer o art. 93, IX, da Constituição para que seja válida, precisa ser fundamentada, o que não dizer quando ela se dá na análise de um caso em que se pondera quanto à existência, ou não, de justificativa para que seja determinada a flexibilização de um direito fundamental?

Isso implica estabelecer que, a despeito da forma como o constituinte redigiu as cláusulas nas quais estão escritos os direitos fundamentais, qualquer que seja a situação, impõe-se a plena fundamentação da decisão com a qual se determina a quebra de uma dessas garantias constitucionais. Nessa direção, o Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre o assunto, em mais de uma assentada, esclareceu que a quebra de uma garantia constitucional, seja ela decretada pela autoridade judicial, seja por Comissão Parlamentar de Inquérito, deve estar apoiada em decisão fundamentada, na qual haja a indicação concreta da causa provável idônea para a medida determinada, sob pena de nulidade. Em uma dessas oportunidades, no exame do MS 23.851-DF, relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO⁹³⁷, o pleno do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, assim decidiu:

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – QUEBRA DE SIGILO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL – NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. – A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta. A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar, mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos. (...)

Aqui, quando se fala em *decisão fundamentada* e conseqüente demonstração da premente necessidade da medida imposta, deve-se entender a apreciação do caso concreto sob os fundamentos do *devido processo legal*. Isto é, imprescindível que a determinação, além de embasada em decisão funda-

⁹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – QUEBRA DE SIGILO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL – NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: MS – Processo: 23.851, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 20/09/2001, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurispl.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

mentada, seja tomada por um juiz que não esteja vinculado à investigação e que ela tenha sido exarada antes da realização da diligência.

7.2.3.2.1 – Impossibilidade de supressão da exigência da decisão fundamentada pela realização da diligência investigatória pelo próprio juiz.

Por mais óbvio que pareça, não é bizantina a discussão quanto à exigência de que a flexibilização de direito fundamental deva ser, previamente, estabelecida em uma decisão fundamentada. Como decorrência lógica, também se mostra muito claro que essa decisão deve ser naturalmente escrita, pois, a despeito dos avanços tecnológicos, o processo judicial, nem que seja virtualmente, quanto aos seus principais atos, deve observar a forma escrita, por exigência mesmo da regra da publicidade e do princípio da ampla defesa. Ora, não sendo reduzida a escrito, como é que a pessoa que sofre os efeitos dela poderá impugná-la? A decisão pode, até mesmo, ser dada oralmente, porém ela precisa ser, evidentemente, reduzida a escrito. Isso ocorre, com frequência, nos casos em que o magistrado profere a sentença em audiência.

É importante essa ressalva, pois se tem verificado o mau vezo de alguns juízes, eles mesmos em pessoa – notadamente os que trabalham em Varas da Infância e da Juventude –, participarem das diligências, no sentido de *autorizar e legitimar* a ação policial em locais protegidos pela inviolabilidade do domicílio. Pensa-se que, pelo fato de o juiz encontrar-se participando da diligência e dar a determinação verbal, isso, por si só, baste para *autorizar e legitimar* a invasão de local protegido como asilo inviolável.

Esse procedimento não está correto, porquanto a decisão tem de ser escrita e prévia⁹³⁸. Isso é suficiente para demonstrar a inadmissibilidade de que a ordem de quebra da garantia constitucional seja feita no momento mesmo da diligência, ainda quando determinada pelo juiz que esteja participando da missão, pois, quando assim ocorre, tem-se o problema de ela não ser prévia, muito menos fundamentada com serenidade. Pode-se até dizer que a decisão pode ser fundamentada, verbalmente, pelo juiz, com a sua posterior redução a termo. Não obstante assim seja, quer parecer que o mandamento constitucional reclama, mesmo de forma implícita, a livre apreciação do pedido de quebra de um direito fundamental sem a sua vinculação com a atividade investigatória, sendo válido acreditar que a decisão deva ser prévia e não tomada no calor de uma diligência da qual o próprio juiz está fazendo parte, o que pode comprometer a serenidade que se espera na apreciação de questão tão delicada.

Por decisão fundamentada e prévia para fins de flexibilização de direito fundamental, deve-se entender aquela que é prolatada antes de realizar-se a ação que se ocupa em materializar a determinação contida na ordem judicial, e não aquela que é dada no momento em que a diligência está sendo realizada por um de seus protagonistas ou mesmo posteriormente. Pelo menos quanto à fundamentação posterior, elaborada com o fito de conferir validade jurídica à determinação que se ressentir de motivação, o Supremo Tribunal Federal já expressou a sua palavra, deixando consignado que essa forma de decidir está eivada de vício que contamina a legitimidade do ato determinante de flexibilização do direito fundamental. Naquele mesmo Mandado de Segurança de registro cronológico 23.851-DF, o Ministro CELSO DE MELLO⁹³⁹, em outra passagem de seu voto, abordou a situação em que a Comissão Parlamentar de Inquérito, no afã de sanar o vício de falta de fundamentação na decisão com a qual determinou a quebra de sigilo, em momento posterior ao cumprimento do que ela havia ordenado, teve a preocupação de externar os motivos pelos quais havia decretado a flexibilização do direito fundamental. Sobre a matéria, disse o STF:

⁹³⁸ No item seguinte, será deduzido que essa forma de flexibilizar preceitos constitucionais não se coaduna, ainda, com o *sistema acusatório* e com o princípio da *imparcialidade do juiz*.

⁹³⁹ *Ibid*

A FUNDAMENTAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO HÁ DE SER CONTEMPORÂNEA À PRÓPRIA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA QUE A DECRETA. – A exigência de motivação – que há de ser contemporânea ao ato da Comissão Parlamentar de Inquérito que ordena a quebra de sigilo – qualifica-se como pressuposto de validade jurídica da própria deliberação emanada desse órgão de investigação legislativa, não podendo ser por este suprida, em momento ulterior, quando da prestação de informações em sede mandamental. Precedentes.

Em compasso com a orientação haurida dessa parte da ementa do acórdão, pode-se dizer que a ordem de flexibilização de direito fundamental, dada pelo juiz verbalmente e no ato da diligência, não atende ao requisito da *contemporaneidade*, tracejado pela pena do Ministro CELSO DE MELLO e que contou com a adesão dos demais membros integrantes da Excelsa Corte. Primeiro porque a sua forma escrita somente será apresentada depois da quebra da garantia constitucional. De outra banda, mesmo que se admita a possibilidade de que ela fosse reduzida a termo no próprio momento em que fosse dada a ordem, para todos os efeitos, ela não seria anterior à diligência realizada para materializá-la. No mínimo, esse tipo de decisão poderia ser considerado como exarado durante a diligência, ou melhor, em um determinado momento de uma diligência que já teria se iniciado; nunca antes. Isso resta muito claro nos casos em que alguns juizes, na companhia de membros do Ministério Público e de agentes policiais, saem às ruas, com destino aos motéis, na tentativa de flagrar adultos que estejam praticando sexo com menores de idade⁹⁴⁰.

7.2.3.2.2 – Malferição ao princípio da imparcialidade do juiz, quando a flexibilização de direito fundamental, ao invés de determinada em decisão judicial, é materializada pelo próprio julgador, em diligência por ele comandada.

Sem embargo de afronta à compreensão de que a flexibilização de direito fundamental reclama decisão motivada, *escrita e prévia*, a participação do magistrado na diligência compromete outro princípio basilar do devido processo legal, qual seja, o da *imparcialidade* do juiz. A participação do juiz na diligência faz com que ele perca a imparcialidade que se exige da autoridade a quem atribuída a missão de, caso a caso, examinar as hipóteses que podem ensejar a quebra de uma garantia constitucional. No momento em que o juiz se desloca de sua função judicante no escopo de auxiliar na coleta dos elementos de prova para servirem de base para o oferecimento da ação ou para a prolação de sentença condenatória, tem-se o desequilíbrio entre autor e réu.⁹⁴¹ Veja-se que, a fim de preservar essa imparcialidade do juiz, de vital importância em um sistema processual penal democrático, no projeto de novo Código de Processo Penal, seguindo a ideia de outros países, está proposta a figura do *juiz das garantias*⁹⁴².

Por linhas transversas, é o juiz proceder como se previsto ou admitido fosse em nosso sistema o *juízo de instrução*. Sobre o assunto, a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do juízo de instrução é a vinculação do juiz – ainda que inconsciente – às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso. A procedência dessa assertiva se revela ao observar-se que, em alguns países nos quais se adota o juízo de instrução, a exemplo da Espanha e da Argentina, o juiz que julga é diferente daquele que investiga.

No exame realizado quando do julgamento da ADI 1570/DF, a tese de inconstitucionalidade do

⁹⁴⁰ Na abordagem sobre o alcance da expressão *casa*, utilizada pelo constituinte no inciso XI do art. 5º da Constituição, será defendida a posição, com apoio na doutrina formada a respeito, de que os quartos dos motéis se inserem na proteção constitucional. (Cf. item 9.4.5.2, infra).

⁹⁴¹ Cf. item 9.3.2.3, infra.

⁹⁴² Cf. item 1.4.6, supra.

então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, cujo vício apontado reside na circunstância de a norma ter atribuído ao juiz a função de participar da diligência de coleta de provas, foi acolhida sob o argumento, dentre outros, de que essa previsão vulnera o princípio da *imparcialidade* do juiz. Segundo o entendimento susfragado naquela oportunidade, o dispositivo em foco criou procedimento excepcional e estranho à cláusula do devido processo legal, na medida em que conferiu ao juiz a tarefa de ele próprio proceder a diligência investigatória, a fim de colher provas pertinentes à persecução criminal, elementos probatórios que, fatalmente, servirão, posteriormente, como *fundamento fático-jurídico de sua própria decisão*⁹⁴³. O Ministro MAURÍCIO CORRÊA, relator do processo, em seu voto, ponderou que “Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”. Em socorro a esse pensamento, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA invocou precedente registrado no Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do ex-Ministro ADHEMAR MACIEL, fazendo menção à parte em que este verberou:

Essa atividade coletora de provas do juiz, creio, viola a cláusula do “due process of law”. Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado (...)

E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um ‘juiz preparador, nunca para um juiz julgador. Ademais, o princípio da ação, do ne procedat judex ex officio, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício. Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado.⁹⁴⁴

Em apertada síntese, tem-se que o juiz não pode, ao invés de apreciar, previamente, os eventuais pedidos de quebra de uma garantia constitucional, dispensar essa formalidade e deslocar-se para a arena dos fatos acompanhado de outros agentes públicos, no escopo de proferir, no local, a ordem verbal necessária para revestir a diligência de validade.

7.2.3.2.3 – Inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, ao impor ao juiz que ele, sempre que houvesse a possibilidade de comprometer sigilo constitucional, realizasse a diligência de coleta das provas.

Diante de tudo o que foi expandido, apresenta-se manifesta a inconstitucionalidade do comando normativo plasmado no então art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, na medida em que o referido dispositivo fazia recair sobre o juiz a tarefa de realizar, pessoalmente, a diligência concernente à quebra de sigilo protegido por norma constitucional⁹⁴⁵. Em trabalho sobre o assunto, intitulado *Crime organizado*:

⁹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PRA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Classe: ADI – Processo: 1.570-2, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 12/02/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005. O Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO foi vencido, sob o argumento de que “A figura do juiz estático, espectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada.” (Ibid.) Não há como deixar de concordar com a premissa explicitada acima, porém ela não tem o condão de conduzir à conclusão de que, em nome dela, o juiz está autorizado, em nosso sistema jurídico, a levar a cabo diligência tendente à coleta de provas, conduzida por ele próprio. A função do juiz é apreciar o pedido de quebra de uma garantia constitucional para, caso entenda presente justificativa plausível, determinar que a diligência seja realizada pela autoridade policial.

⁹⁴⁴ Ibid.

a nova lei, elaborado logo após a edição do diploma legal em destaque, defendemos, com veemência, a inconstitucionalidade de vários dos seus dispositivos, notadamente do art. 3º, da Lei nº 9.034, de 1995⁹⁴⁶. Como esclarecemos no citado artigo, tendo em mira preservar as garantias constitucionais, o legislador resolveu estabelecer que, nos casos em que a instrução criminal enveredar para o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, observada a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, nada obstante ainda na fase de inquérito policial, a diligência a ser desenvolvida deveria ser realizada pelo juiz, pessoalmente, dentro do mais rigoroso segredo de justiça. Ora, tal previsão normativa não era correta, pois, em nosso sistema, não se admite esse tipo de atividade investigatória com a participação do juiz, porquanto não se coaduna com o princípio acusatório encartado em nosso sistema jurídico.

Não se pode negar que a previsão normativa sob apreciação instaurava, entre nós, o juízo de instrução, deixando o magistrado a posição de inércia antes do oferecimento da ação penal, para se transformar em agente investigador, quanto a procurar coletar elementos de prova imprescindíveis para que o Ministério Público ofereça a denúncia⁹⁴⁷. Em outras palavras, ao fundamento de preservar o sigilo estampado na Constituição ou na lei, a norma questionada transfigurava a função que é inerente ao juiz, para transformá-lo em colaborador do Ministério Público.

Essa proposição normativa examinada não se coadunava com o sistema acusatório puro, instaurado no nosso ordenamento jurídico após a Constituição ora em vigor. É verdade que, antes da Constituição de 1988, vigorava o sistema misto, admitindo-se, nos homicídios e lesões corporais culposas, assim como nas contravenções penais, o início do processo mediante portaria da autoridade judiciária ou policial. Contudo, na medida em que a Constituição em vigor expressamente outorgou ao Ministério Público o monopólio na promoção da ação penal pública, na atualidade, não se admite mais a existência de processo criminal sem que tenha havido provocação pela parte legitimada para a propositura da ação.

Seja como for, salvo os casos em que se mostra pertinente o exercício do poder geral de cautela do juiz, que, no processo penal, sempre está presente, ao magistrado, pela competência que lhe foi atribuída pela Constituição, reservou-se o papel de *gerenciar*⁹⁴⁸ e julgar os processos judiciais. O que ele pode, até porque se insere como consequência do poder de gerenciamento do processo, é dar o impulso oficial, no afã de perquirir a verdade real.

Certamente, seria possível argumentar-se que o conteúdo do art. 3º da Lei nº 9.034/95 não dava origem, propriamente, a um juízo de instrução, pois o que se atribuiu ao juiz foi a missão de conceder medidas acautelatórias. Mas, à evidência que não se tratava disso, pois a intervenção judicial disciplinada na norma não era apenas para decidir sobre a quebra do sigilo protegido pelo texto constitucional ou subconstitucional, à semelhança do que ocorre quando o juiz é chamado para se pronunciar, nos demais casos não disciplinados pelo dispositivo em foco, sobre a flexibilização de direito fundamental. De todo

⁹⁴⁵ O art. 3º da Lei nº 9.034/95 está assim redigido: “Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.”

⁹⁴⁶ Cf. Revista Forense, v. 333, 1996. No texto em referência, faz-se uma crítica contundente à lei, chegando mesmo a afirmar-se que o efeito prático da intenção do legislador, ao exigir a participação indevida do juiz na realização de diligências, foi restringir a atuação policial e do Ministério Público na investigação de atos ilícitos praticados pelas organizações criminosas. Assim, ao invés de criar mecanismo eficaz de combate à criminalidade, foram elencados entraves à persecução criminal. Nas conclusões do artigo em foco, o autor arrematou: “O melhor seria que não existisse, mas já que foi editada, para expungir os malefícios dela dimanados, de duas uma: ação direta de inconstitucionalidade pedindo a sustação da aplicação de diversos de seus dispositivos, ou, então, o que seria melhor, a sua revogação, pura e simplesmente, o que seria cívico e engrandeceria o Legislativo.” (Ibid.) A inconstitucionalidade, pelo menos parcial, foi declarada e, agora, enfim, a Lei nº 12.850, de 2013, revogou a Lei 9.034.

⁹⁴⁷ Ibid.

⁹⁴⁸ Prefere-se a expressão *gerenciar* em detrimento da palavra *dirigir*, pois parece refletir melhor a ideia de que o juiz deve conduzir o processo de forma inteligente, com a atenção voltada para a sua simplificação e efetividade.

volveu, na seara criminal, a doutrina utilitarista de HOBBS¹¹⁶⁹. Em consonância com essa ótica, a sanção penal, conquanto necessária, é um mal, razão pela qual deve ser utilizada com parcimônia e economicidade, de modo que somente seja prevista e aplicada para casos em que realmente ela se mostre imprescindível. Firmando passo nessa ideologia liberal, a Constituição Imperial de 1824, ao agasalhar, em seu texto, uma declaração de direitos que guardava identidade com o movimento iluminista e com a orientação criminal da Escola Clássica, deixou consignado, logo no item 2º do art. 179¹¹⁷⁰, que nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública¹¹⁷¹.

Transpondo essa assertiva para os dias de hoje, impõe-se considerar que o sistema criminal, em si mesmo, é *marginalizante*. Veja-se que o *movimento abolicionista* parte dessa constatação real para defender, com uma corrente mais radical, a erradicação do próprio sistema, e outra, mais ponderada, a política do sistema criminal, a começar pela linguagem¹¹⁷². Se um dos princípios fundamentais da democracia é *erradicar a marginalização*, a política criminal, em todos os seus níveis – legislativo, administrativo e judicial –, há de ser implementada tendo em conta essa ideologia.

Com efeito, se o sistema criminal em si é marginalizante, mister se faz que sejam adotadas as medidas que se mostrem eficientes no sentido de eliminar esse defeito. Com suporte na assertiva de que o sistema criminal deve ser voltado para afastar a marginalização, reforça-se a ideia de que o processo penal imaginado na dimensão democrática tem o garantismo como ferramenta e se constrói sob premissas *mais educativas do que punitivas*. Se a prisão *não cura*, antes *corrompe*, o processo deve ser um instrumento de pesquisa quanto à melhor maneira de resolver o problema social que está posto a deslinde, seja para evitar a aplicação da pena restritiva de liberdade, seja para descriminalizar ou despenalizar a conduta. Por isso mesmo, o processo penal democrático comprometido em erradicar a marginalização não se contém no *garantismo puro*, vai mais além para, em muitos casos, sair da sua neutralidade – que tem como objeto descobrir a verdade e aplicar a medida criminal mais consentânea com os seus fins – e servir de meio à descriminalização ou despenalização da ação do agente.

Laborar no sentido de cumprir o preceito constitucional que impõe como meta do Estado Democrático-Constitucional erradicar a marginalização resulta em dizer que não apenas o processo seja direcionado à aplicação de medidas alternativas, como ele próprio se preste para descriminalizar ou despenalizar a conduta tida como delituosa pelo legislador. De fato, para diminuir a marginalização normativa o único mecanismo do qual se pode valer não é a obra legislativa, pois a descriminalização ou despenalização e conseqüente desmarginalização pontual podem ser feitas por meio do processo. Essa é uma tendência que se verifica no processo penal brasileiro, a partir da introdução, em nosso meio, de algumas alterações substanciais, notadamente com os institutos da transação e da suspensão condicional do processo, estampados na Lei nº 9.099, de 1995¹¹⁷³.

Em rigor dogmático, pode-se dizer que há as *medidas alternativas em gênero*, que se dividem nas medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas e nas *penas alternativas*¹¹⁷⁴. *Penas alternativas* são aquelas em que, reconhecida a culpa do acusado e aplicada, em conseqüência, a pena privativa de liberdade, substituem a prisão.

¹¹⁶⁹ Cf. item 1.3.1., supra.

¹¹⁷⁰ Conforme foi visto no tópico referente aos Direitos fundamentais na Constituição de 1824, a declaração desses direitos constou do art. 179, em trinta e cinco itens. Cf. item 4.1.

¹¹⁷¹ No livro *Dos delitos e das penas*, BECCARIA, ao tempo em que defendeu os princípios da legalidade e da reserva legal como cláusulas indispensáveis à limitação dos arbítrios do Estado, advertiu que “Proibir grande quantidade de ações indiferentes não é prevenir os delitos que daí possam nascer, mas é criar novos...” (Op. cit., p. 110).

¹¹⁷² Cf. item 1.3.10. supra.

¹¹⁷³ Cf. os itens 9.1.2.1 e 9.1.3.2, infra.

¹¹⁷⁴ Cf. item 9.1.3.1.1, infra.

Já as medidas alternativas propriamente ditas ou medidas restritivas são aquelas que permitem ao juiz, por meio do processo, sem reconhecer a culpa do agente, solucionar, de forma negociada, o conflito penal, impondo, como condição, o cumprimento de determinadas exigências que podem ser idênticas, ou não, às penas alternativas. A distinção é importante porque, no caso das medidas alternativas propriamente ditas, cumpridas as exigências no prazo assinado, prolata-se sentença declaratória, determinando a extinção da punibilidade, como se crime nenhum tivesse sido praticado.

Em outras palavras, o próprio processo é utilizado como instrumento para despenalizar a conduta do agente. Ao invés da *lei*, quem despenaliza é o *processo*; ao invés do legislador, o juiz. São os casos da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos institutos inseridos em nosso ordenamento em razão do estímulo constitucional à criação, dentro da estrutura do Poder Judiciário, dos juizados especiais¹¹⁷⁵. Ao invés de descriminalizar determinados crimes considerados de menor potencial ofensivo, o legislador preferiu deixar que, no contexto do processo penal, a despenalização da conduta ocorra de modo negociado. A solução alvitrada teve como norte a ideia de que a necessária filtragem do assunto-problema pelo processo penal serviria para que a questão fosse tratada de forma educativa/ressocializadora, com a imposição de algumas exigências a serem cumpridas pelo responsável pelo ato ilícito, sem, contudo, haver o reconhecimento ou a declaração de culpa.

Com a transação, não há condenação, dá-se apenas, ante a evidência da prática do crime, a solução consensuada do problema e, ao final do prazo estabelecido, cumpridas todas as exigências¹¹⁷⁶, ocorre a declaração formal da extinção da punibilidade, como se crime nenhum tivesse sido praticado. Esse tratamento criminal desenvolvido dentro da relação processual tem como principal resultado a circunstância de despenalizar a conduta do agente. Conseqüentemente, o agente não é condenado, ocorre a extinção da punibilidade e ele permanece como se primário fosse.

A mesma ideia subjaz em relação à suspensão condicional do processo, igualmente uma *medida alternativa propriamente dita ou medida restritiva*. Mediante a suspensão condicional do processo, consegue-se solucionar a questão criminal sem que seja reconhecida a responsabilidade e mesmo aplicada pena alguma, senão estabelecidas condições que devem ser cumpridas pelo agente no período de dois a quatro anos, ao cabo do qual ocorre o pronunciamento judicial declaratório de extinção da punibilidade. Ou seja, a suspensão condicional do processo, nessa vertente, é uma medida alternativa em sentido estrito, instituto processual que serve para despenalizar a conduta do agente.

Todavia, agora, essa forma consensuada passa a ser hipótese de absolvição. Isso porque, com a primeira etapa da Reforma Tópica, a extinção de punibilidade foi catalogada como hipótese de absolvição sumária (art. 397, IV, do CPP), ou seja, qualquer que seja a razão da extinção de punibilidade, isso implica em prolação de sentença de natureza absolutória.

Assim, a transação penal e a suspensão do processo que eram instrumento, apenas, de *despenalização por meio de processo*, passam a ser institutos que têm como efeito impor a prolação de sentença absolutória¹¹⁷⁷.

8.3.3 – Promoção do bem de todos, sem preconceitos.

¹¹⁷⁵ A Lei nº 9.099, de 1995, ao instituir os juizados especiais estaduais, fez a previsão da suspensão condicional do processo, instituto que se aplica aos órgãos tradicionais da estrutura do Poder Judiciário.

¹¹⁷⁶ Ainda que, como condição para a transação, o juiz estabeleça algumas penas restritivas, nesse caso, elas não são propriamente *penas*, mas sim *medidas alternativas*.

¹¹⁷⁷ "... mais uma vez devido à incoerência sistêmica, embora a extinção de punibilidade seja prevista como causa de absolvição sumária (art. 397, IV, do CPP), inexplicavelmente, essa hipótese não figurou como circunstância a ensejar, no final do processo, sentença absolutória. Sem embargo da crítica que foi feita a esse respeito, embora nem toda hipótese de sentença absolutória seja, igualmente, causa para a absolvição sumária, toda circunstância que autoriza a absolvição sumária,

Esse princípio reforça a identidade do sistema democrático-constitucional com a ideia ressocializadora do Direito Criminal. Sob essa égide, ressalta-se que o processo penal há de ser tido como um instrumento cuja preocupação maior não é punir os agentes, mas buscar, por meio do estudo dos casos concretos, adotar uma solução que seja mais viável quanto à recuperação e *(re)orientação* de quem tenha delinquido. O preceito em foco confirma a concepção do sistema jurídico como um dos vetores de transformação social, de modo que o Direito deve ser usado como ferramenta lógica para equacionar os problemas da sociedade, dentro de uma perspectiva de futuro.

Por outro lado, o processo, na medida em que é o instrumento do qual se serve um dos órgãos do Estado – o Judiciário – para o cumprimento de sua missão constitucional, tem uma função política ativa a desempenhar. Se no modelo liberal-burguês o processo servia para que o Judiciário exercesse o controle e a conservação da sociedade, na estrutura de um Estado Democrático de Direito, ele é elaborado e deve ser visto como uma forma de promover o bem de todos, sem preconceitos, de modo a assumir a feição de instrumento de direção e transformação social.

O compromisso do Estado Democrático-Constitucional quanto ao objetivo de lutar contra o preconceito renova a necessidade de expurgar-se do sistema criminal a pecha pejorativa que recalçitra guiar os passos dos agentes públicos que lidam com a criminalidade, verdade observada não apenas na postura de agentes policiais, mas igualmente de advogados, membros do Ministério Público e juízes¹¹⁷⁸.

obviamente, dá ensejo a sentença absolutória no final do processo.” (SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoas (prisão e medidas diversas da prisão)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 315-316)

1178 Cf. item 1.3.10 e 8.2.3.3, supra.

Capítulo 9

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

O bosquejo teórico do processo penal segundo a perspectiva do Estado Democrático-Constitucional, missão levada a efeito neste trabalho mais diretamente no capítulo 6, revela que o modelo de Estado Constitucional, perfil escolhido pelo constituinte de 1988, tem como consequência lógica a constitucionalização de todo o sistema jurídico. Ao contrário de se pesquisar e elaborar a teoria geral de um determinado ramo do Direito, o mais adequado é perquirir os seus fundamentos constitucionais, especialmente no caso do processo penal que surgiu sob a mesma ideia da declaração dos direitos do homem, qual seja, limitar os poderes do Estado. De acordo com essa orientação, as linhas mestras do processo penal estão assentadas nos direitos fundamentais, o que torna válido afirmar que a teoria do processo penal se confunde com a própria teoria dessa categoria de direitos.

A posição aqui defendida não se constitui, propriamente, uma visão nova sobre o assunto. De fato, conforme foi exposto¹¹⁷⁹, o processo foi pensado como instrumento necessário para impor limites ao exercício do dever-poder de punir do Estado. Na época, vicejava o *movimento Iluminista*, com o qual se lutava para desconstruir o modelo de Estado absoluto, que tudo podia e não conhecia regras. Até então, o Estado era visto como algo sagrado, cuja autoridade não estava sujeita a contestações nem muito menos se podia invocar algum direito contra ele¹¹⁸⁰. O Estado existia para ser servido, e não para servir. A pessoa tinha deveres para com o Estado, mas nenhum direito contra ele. Foi aí que veio a grande transformação. No plano eminentemente político, sob o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, os iluministas defendiam o respeito pelo Estado dos direitos essenciais da pessoa humana e que estes ditavam os limites dos poderes estatais. Nessa perspectiva, a autoridade, para gozar de *legitimidade*, carecia de conter-se nos parâmetros traçados pelos direitos ínsitos à própria condição humana, até porque, em verdade, o detentor do poder político é o povo.

Envolvido e encantado com o pensamento iluminista, BECCARIA teve a sensibilidade de observar que o campo no qual mais se mostravam ilimitados os poderes do Estado residia, exatamente, no exercício do direito de punir¹¹⁸¹. Com base em estudo empírico de vários casos concretos registrados nos ambientes forenses italianos, o pai da Escola Clássica verificou que essa área de atuação era onde se davam as maiores agressões a direitos básicos das pessoas. Não havia processo, ou seja, não existiam regras cogentes que deveriam ser observadas pelo Estado ao exercer o direito de punir. Havia apenas um ritual a ser seguido, ditado mais pela praticidade do que pela eventual reverência a direitos da pessoa levada a julgamento.

¹¹⁷⁹ Cf. itens 1.3.3, 1.3.3.1, 1.3.3.2, 1.3.3.3 e 1.3.3.4, *supra*.

¹¹⁸⁰ Cf. itens 1.3. e 1.3.1, *supra*.

¹¹⁸¹ Cf. itens 1.3.3, 1.3.3.1, 1.3.3.2, 1.3.3.3, *supra*.

Sem um conjunto de regras delimitando a ação do Estado, a pessoa não tinha direitos nessa relação, mas apenas deveres. Sequer o direito de defesa lhe era deferido, pois não se concebia que pudesse existir uma resistência legítima ao direito de punir. Acreditava-se que, se a pessoa era inocente, de defesa ela não precisava, pois a verdade, no final, triunfaria. De outro lado, caso ela fosse culpada, de defesa não tinha direito. A pessoa levada a julgamento, presumia-se, era culpada e, mais do que isso, considerada e tratada, desde os primeiros momentos, como se marginal fosse, daí por que, para todos os efeitos, não podia ser portadora de direitos, visto que estes eram previstos apenas para as pessoas de *bem*. Sem direito de defesa, considerada culpada até prova em contrário, o ritual do processamento era *secreto* para a própria pessoa levada a julgamento, sendo admitida toda sorte de prova, inclusive a abominável tortura, tida como forma legítima e eficaz de buscar a verdade e, com ela, evidenciada por meio da confissão, mostrar o acerto da decisão.

Contra essa situação infame, BECCARIA bradou no seu livro *Dos delitos e das penas*. Para ele, a fim de que o poder de punir do Estado fosse considerado legítimo, e não apenas mero exercício de autoridade, seria necessário o seu desenvolvimento consoante regras rígidas garantidoras dos direitos fundamentais da pessoa humana, porquanto esta deve ser tratada, independentemente do tipo de crime praticado, com a dignidade que lhe é congênita. Se é verdade que BECCARIA, em seu livro, defendeu a previsão de garantias que dizem respeito ao Direito Penal material, como o princípio da *reserva legal*, da *publicidade da lei*, da *tipicidade dos crimes* e da *proporcionalidade das penas*, a sua maior preocupação voltou-se exatamente para a seara do Direito Processual Penal¹¹⁸². Isso porque ele identificou na falta de regras para o julgamento uma das maiores violências praticadas contra uma pessoa que poderia, afinal, ser inocente. A circunstância de não ser assegurado o direito de defesa; de o Estado poder produzir provas das mais diversas formas, até mesmo com o emprego da tortura; de o ritual ser *secreto*, como forma de intimidação, com publicidade apenas da execução da pena; de partir-se da presunção de que a pessoa era culpada; de não haver separação e independência entre aquele que acusa e o que julga, além de outras mais anomalias, levaram BECCARIA a concentrar as suas preocupações quanto ao estabelecimento de regras para disciplinar o exercício do poder/dever de punir do Estado.

As ideias de BECCARIA influenciaram não apenas a Declaração de Direitos do Homem da Revolução Francesa, como igualmente as declarações americanas¹¹⁸³. A leitura da obra do Marquês, que precedeu as duas declarações, revela, de forma suficientemente clara, que os princípios encartados no pensamento *beccariano* foram sufragados nos textos normativos americano e francês. Daí, principalmente por causa da Declaração de Direitos do Homem francesa, visto que esta continha uma proposição universal, essas ideias foram encartadas nas constituições dos países, passando a ser identificadas como direitos fundamentais. Do exame do tratamento dado aos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras, a partir mesmo da que foi editada na época imperial, observa-se que a grande maioria dos princípios pinçados no pensamento *beccariano* foi incorporada ao nosso constitucionalismo.

O que se quer deixar claro é que BECCARIA pensou nas bases do Direito Processual Penal com esteio nos direitos fundamentais catalogados depois na Constituição americana e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, mais adiante, incorporados aos textos constitucionais sob a categoria de direitos fundamentais. Ou seja, a teoria do processo penal esboçada por BECCARIA foi declarada como alguns dos principais direitos do homem pelos americanos e franceses e, tempos depois, constitucionalizada pelos demais países, na medida em que a sua base principiológica passou a fazer parte dos direitos fundamentais. Por conseguinte, o fenômeno da *constitucionalização* do processo penal não é

¹¹⁸² Este assunto foi explorado com profundidade no item 1.3.3.2, supra.

¹¹⁸³ Cf. itens 3.2 e 3.3, supra

algo novo, vem desde os primeiros instantes de seu surgimento, muito embora o positivismo normativo, ainda impregnado na cultura brasileira e que enaltece a observação do sistema jurídico tendo como centro de atenção o ordenamento infraconstitucional, coloque barreiras a essa compreensão.

Para fins dogmáticos, a teoria do processo penal se revela por meio do estudo e compreensão dos direitos fundamentais, tal como eles estão concebidos em nosso sistema jurídico. Neste capítulo, são esmiuçadas, dentro da perspectiva do Estado democrático-constitucional, da hermenêutica e das premissas interpretativas dos direitos fundamentais estudadas nos capítulos 6, 7 e 8, as cláusulas constitucionais que revelam a teoria (constitucional) do processo penal. No escopo de conferir tratamento dogmático necessário para o desenvolvimento lógico do pensamento, faz-se a divisão do capítulo tendo em conta a *função e a natureza jurídica dos bens jurídicos* tutelados pelos direitos fundamentais. Nessa ordem de ideias, os direitos fundamentais são apresentados como os relativos ao princípio: (1) do devido processo legal; (2) da presunção de não culpabilidade; (3) acusatório; (4) da preservação da intimidade; (5) da ampla defesa; e (6) do direito à liberdade. Com esse recorte metodológico, é feito o estudo aprofundado dos direitos fundamentais, fazendo-se referência não apenas à doutrina, mas, sobretudo, ao grande patrimônio jurisprudencial construído, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional a quem compete, em nosso sistema, dar a última palavra na matéria.

9.1 – Princípio do devido processo legal: origem e definição.

Praticada uma ação catalogada em lei elaborada pelo Legislativo como ilícito penal, exsurge para o Executivo o dever-poder de buscar a responsabilidade de quem foi o seu autor, necessitando, para tanto, após reunir as provas quanto à materialidade e autoria do crime, ajuizar a ação perante o Judiciário, com o correspondente pedido para que seja aplicada a sanção ou medida judicial adequada. É como se o Estado fosse três pessoas distintas: (1) uma, o Legislativo, a que faz as leis e define, no plano abstrato, quais são os crimes possíveis de punição e as penas ou medidas aplicáveis; (2) outra, o Executivo (polícia judiciária e Ministério Público)¹¹⁸⁴, incumbida de envidar os esforços no desiderato de pleitear a aplicação, no caso concreto, da sanção ou medida prevista na lei; e, por fim, (3) uma terceira pessoa, o Judiciário, que tem como função conhecer e processar o pleito do Executivo para, no final, julgar o caso, decidindo pela pertinência, ou não, da *persecutio criminis*.

No processo instaurado perante o Judiciário por meio da provocação do Ministério Público, aquele não está vinculado a este, visto que possui independência e zela para que a pretensão invocada se pautе de acordo com as formalidades estabelecidas em lei, com a plena observância das mais diversas garantias que são pertinentes à pessoa a quem é imputada a prática da ação delituosa, algumas sob a nomenclatura de direitos fundamentais e outras tantas de qualquer forma destes decorrentes. O devido processo legal, ao tempo em que regula a jurisdição, no âmbito criminal torna a *persecutio criminis* “... juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao *dever-poder de punir* do Estado.”¹¹⁸⁵

¹¹⁸⁴ O Executivo, a fim de estruturar o dever-poder de punir ou *jus perseguendi*, divide essa atividade em dois órgãos, a polícia judiciária, que se ocupa da fase preparatória ou investigatória, e o Ministério Público, que cuida de deduzir a pretensão acusatória perante o Judiciário. Cf. item 9.3.2, infra.

¹¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS, MENORIDADE, RECONHECIMENTO, CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54), INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA, IMPOSSIBILIDADE DA CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU, CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAI, EXARCEBAÇÃO DA PENA, DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA, LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO, PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo:

Tenha-se presente que a persecução penal é uma atividade *fundamentalmente administrativa* que, antes da concepção do princípio do devido processo legal, gozava da característica da autoexecutoriedade¹¹⁸⁶. Com o devido processo legal, a jurisdição penal saiu da esfera apenas administrativa e passou a ser processualizada, sob a direção de um juiz independente e imparcial. Por meio desse princípio, dá-se aquilo que FREDERICO MARQUES¹¹⁸⁷ chamou de processualização da justiça penal.

O devido processo legal é uma conquista do Estado contemporâneo e, como se vê, nem sempre existiu. Na época do Estado absoluto, a persecução criminal não tinha limites e a punição de alguém ficava à mercê da vontade do Executivo, que enfeixava, em suas mãos, a função de legislar, exercer a *persecutio criminis* e, igualmente, de julgar¹¹⁸⁸. Não havia, propriamente, processo judicial, mas um ritual ou mero procedimento mais voltado para *simplificar* a aplicação da pena¹¹⁸⁹. Para regrar essa atividade e evitar que a persecução criminal continuasse a ser um instrumento de arbítrio do Estado, pensou-se na criação de um meio eficiente de *contenção e delimitação* do poder punitivo¹¹⁹⁰. A fórmula encontrada foi, justamente, o processo penal, como instrumento inibitório à opressão estatal, condicionando a persecução penal a parâmetros ético-jurídicos. Disso avulta, como lembra o Ministro CELSO DE MELLO, em um dos trechos de seu longo e judicioso voto proferido no HC 73.338-RJ, a importância deste ramo do Direito no contexto das liberdades públicas, mais precisamente dos direitos fundamentais¹¹⁹¹.

A origem do processo penal como limitação constitucional ao poder executório do Estado advém da Carta Magna de 1215¹¹⁹². O processo penal foi erigido a essa categoria de direito fundamental do cidadão contra o absolutismo do poder de punir por meio do *Bill of Rights* inglês, como garantia contra os abusos praticados sob o manto do exercício do poder de punir. Constatou-se no art. 39 que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir, contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.”¹¹⁹³ Considerada por COMPARATO o coração da Magna Car-

73.338, UF: RJ, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 13/08/1996, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 fev. 2005. (cf. também FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.) *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1, p. 14).

¹¹⁸⁶ J. C MENDES DE ALMEIDA diz que resulta, como um dos princípios fundamentais do processo penal, que “A administração não pode, como noutros ramos de sua atividade, desenvolver, em matéria penal, por coação direta sobre os imputados. Considerações relevantes determinam-lhe agir por via jurisdicional: é o *princípio da jurisdicionalidade* do procedimento penal.” *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 92.

¹¹⁸⁷ Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1977. v. 1, p. 28.

¹¹⁸⁸ Cf. itens 1.2.1 e 1.3.3, supra.

¹¹⁸⁹ FREDERICO MARQUES registra que, mesmo quando se atribuiu, na época do Absolutismo Monárquico, a um juiz a missão de julgar os casos, não havia propriamente *atuação jurisdicional* nem muito menos *existia* o processo, pois “O que nele se encontrava era uma forma procedimental de autodefesa do interesse repressivo do Estado, em que o juiz encarnava esse interesse, muito embora revestido da independência de seu cargo, a qual, diga-se de passagem, era muito precária, ao tempo do absolutismo monárquico”. (Ibid. p. 28.)

¹¹⁹⁰ Cf. itens 1.3.3 e 1.3.3.1, supra.

¹¹⁹¹ Ibid. p. 28. Em outra passagem do seu voto, o Ministro CELSO DE MELLO, após ressaltar a importância do *processo penal no contexto das liberdades públicas*, acrescentou: “A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a *persecutio criminis* sofre o condicionamento que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder executório do Estado” (Ibid.)

¹¹⁹² Cf. item 3.1, supra.

¹¹⁹³ No original em inglês, o art. 39 da Carta Magna de 1215 estava assim redigido: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of

ta¹¹⁹⁴, observe-se que a cláusula não continha a expressão *due process of law* (devido processo legal). A locução utilizada foi *law of the land* (lei da terra)¹¹⁹⁵. Conforme conta CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO¹¹⁹⁶, no século seguinte, mas precisamente no ano de 1354, no reinado de Eduardo III, o parlamento inglês editou uma lei, na qual houve a substituição da expressão *law of the land* pela frase *due process of law*.

Muito embora essa garantia tenha sido acolhida na Constituição da Virgínia com a mesma nomenclatura adotada na Carta Magna de 1215, na declaração de direitos enxertada na Constituição dos Estados Unidos por meio da aprovação de dez emendas, o termo usado já foi *due process of law*. Realmente, a Quinta Emenda americana, ao assegurar, na primeira parte, que ninguém será considerado réu sem a deliberação do grande júri e, na segunda parte, que ninguém poderá ser julgado pelo mesmo crime duas vezes, na última, deixou expresso que ninguém será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal¹¹⁹⁷.

Aspecto relevante a ser destacado quanto à origem do princípio do *devido processo legal* – repita-se – é que ele foi pensando como instrumento necessário para a proteção da pessoa contra abusos praticados pelo Estado na seara criminal. A preocupação maior era contra as prisões arbitrárias e punições de ordem criminal, levadas a efeito pelo próprio monarca, sem a observância de regras. Os barões queriam ter o direito assegurado de que, a partir de então, para haver a privação do direito de liberdade ou dos bens, ou para ser determinado o exílio ou o banimento, seria necessário que fosse observado o previsto em lei (segundo a lei da terra) e que o julgamento fosse dado por alguém diferente do soberano (juízo legal de seus pares).

Ainda que o fato de ter-se mencionado a vedação à privação dos bens leve a pensar-se que se estaria, com isso, pensando na cláusula do devido processo legal também na área cível, em verdade, assim não foi. Na sua origem, o devido processo legal foi desejado e concebido como um requisito de validade da jurisdição penal, isto é, como uma forma de estabelecer a regularidade do processo penal e, dessa forma, proteger o direito de liberdade contra os excessos praticados pelo Estado sob o pretexto de exercer o legítimo direito de punir, o que ocorria com frequência e acentuada intensidade naquela época¹¹⁹⁸.

E mais: de conformidade com a redação adotada na Carta Magna de 1215, o devido processo legal era uma garantia apenas no sentido excessivamente genérico, qual seja, de que o julgamento fosse feito por um juízo que não poderia ser exercido pelo próprio monarca ou por alguém sob a sua delegação e, de outra banda, segundo a disciplina imposta pela lei. O que se queria era que o poder de punir do Estado fosse disciplinado por meio da lei, editada para conferir legalidade à ação estatal e que,

the land.” A bem da verdade, a Magna Carta, em sua primeira redação, foi escrita em latim. Anota CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, em citação a CELSO ALBUQUERQUE MELO, que a Carta Magna de 1215 foi redigida em latim com a intenção deliberada de impedir que a maioria da população tivesse conhecimento dos seus direitos (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 9).

¹¹⁹⁴ Cf. item 3.1, supra.

¹¹⁹⁵ Diz-se que a cláusula do *due process of law*, germinada do ordenamento jurídico norte-americano, foi trasladada do princípio *the law of the land*, inscrita no direito inglês, cujo embrião dimana do vetusto brocardo romano: *nemo debet inauditus damnari*, isto é, ninguém deve ser condenado sem ser ouvido.

¹¹⁹⁶ Op. cit., p. 10. O autor escreve que várias decisões da Suprema Corte Americana reconhecem que a expressão *due process of law* é sucessora e guarda identidade com a locução inglesa *law of the land*.

¹¹⁹⁷ Na redação original, a Quinta Emenda tem a seguinte redação: “*No person shall be... be deprived of life, liberty property, without due process of law.*”

¹¹⁹⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Op. cit. p. 34. Salienta CARLOS ROBERTO que depois, com o avanço do instituto, “Foi natural consequência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o *jus libertatis* dos acusados ao *jus puniendi* do Estado, transpusesse as fronteiras penalistas e se estendesse a todas as relações processuais, de maneira a abranger também o processo civil”. (Ibid., p. 38).

de permeio, houvesse a separação entre aquele que detém o poder de querer a condenação e a pessoa a quem é conferida a missão de julgar.

Porém, ao ser inserida no texto constitucional americano, a cláusula do *due process of law* ganhou um conteúdo indeterminado. Como, ao lado do devido processo legal, vários outros valores foram adicionados ao rol dos direitos fundamentais do cidadão americano, esse princípio passou a ter um conteúdo constitucional explícito e implícito, colhido da compreensão das garantias processuais catalogadas na Constituição. Com isso, o devido processo legal passou a ser um superprincípio de conteúdo aberto, que compreende, em última ratio, a exigência no sentido de que o exercício do direito de punir do Estado, para que seja válido, paute-se por meio de um processo no qual sejam observadas todas as garantias processuais estampadas na Constituição, notadamente sob a categoria de direitos fundamentais.

Em decorrência do princípio do devido processo legal, no exercício do dever-poder de punir, o Estado tem de valer-se das normas do processo penal, sendo este uma garantia do cidadão que, na conservação do seu *jus libertatis*, opõe-se contra o *jus puniendi*. O processo penal, segundo essa cláusula, antes de ser instrumento hábil para a repressão, é a garantia ao acusado de uma trincheira legítima para resistir à pretensão punitiva. Nesse contexto, percebe-se que o devido processo legal regula o conflito entre o poder político de punir do Estado e a defesa do direito de liberdade do acusado, cujo aparecimento se deu justamente para limitar o primeiro.

Já na Constituição do Estado da Virgínia e logo em seguida nas declarações de direitos incorporadas à Constituição dos Estados Unidos, além da garantia do devido processo legal, entendeu-se que outras garantias fundamentais para um processo justo, delimitador dos poderes do Estado, deveriam ser anunciadas, como forma de sinalizar um conteúdo a preceito tão vago. Por essa razão, as declarações dos direitos fundamentais do homem e a correspondente normatização por meio das Constituições foram tão pródigas na enunciação de normas constitucionais processuais penais. Percebe-se, sem esforço maior, que o processo penal é o ramo que possui o maior número de princípios constitucionais que lhe são destinados especificamente, justamente porque eles foram, e continuam a ser, germinados da preocupação em estabelecer os limites do direito de punir.

Esses princípios constitucionais que contemplam aquilo que se pode chamar de Direito Constitucional Processual Penal, legalidade constitucional ou devido processo legal são enxergados sob a ótica de limitações ao direito de punir do Estado, de modo que servem mais à proteção à vida e à liberdade dos cidadãos do que a outorgar poderes ao Estado para viabilizar o desempenho da atividade com a qual ele busca a aplicação da responsabilidade penal¹¹⁹⁹. Ademais, se a primeira visão sobre o devido processo legal era *individualista*, como proteção a um interesse individual da pessoa, mais à frente, passou a ser encarado como uma *garantia* "... não apenas das partes mas também do justo processo, segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral da justiça da decisão."¹²⁰⁰

Daí que as normas processuais penais, geradas diretamente do arcabouço constitucional ou dele decorrentes, que formam aquilo que chamamos *devido processo legal*, devem ser encaradas como instrumento de proteção, com o condão de *vincular e limitar* a persecução criminal. Por conseguinte, são os direitos fundamentais que dão o perfil do *devido processo* penal e fornecem os contornos das

¹¹⁹⁹ AFRANIO SILVA JARDIM, dando destaque a essa origem do processo criminal, ressalta que "... ao exigir que a pretensão punitiva seja submetida ao crivo processual, o Estado de Direito fez uma sábia opção em prol da segurança e da justiça. Sem dúvida nenhuma, seria mais eficaz a repressão penal se a pena fosse aplicada administrativamente." (*Direito processual penal*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 83).

¹²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. In *Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 2.

garantias asseguradas ao acusado na persecução penal, seja quando ela se dá na fase pré-processual ou na processual propriamente dita.

O devido processo legal, na seara criminal, no contexto de um *Estado Democrático-Constitucional*, pauta-se pelo *garantismo* processual, traduzindo-se em normas, formuladas sob a roupagem de princípios ou regras, que traçam os limites dos poderes do Estado no exercício da persecução penal¹²⁰¹. Ele pode ser entendido sob duas óticas. Na mais abrangente, o devido processo legal ou devido processo penal é o conjunto de todas as normas que, de um lado, enunciam os direitos do agente que devem ser respeitados na persecução criminal e, por outro, fixam os limites do dever-poder de punir. Nessa concepção, o preceito do devido processo penal se confunde com a observância de todas as cláusulas constitucionais *explícitas e implícitas* que estreitam os limites do direito de punir¹²⁰².

A ótica menos abrangente será objeto dos itens seguintes. Antes registre-se que, curiosamente, sem embargo de, na história das constituições brasileiras, desde a imperial de 1824¹²⁰³, todas elas tenham se ocupado de declarar os direitos fundamentais, a maioria deles referentes ao processo penal, nunca havia sido proclamada, expressamente, a cláusula do devido processo legal. De fato, na Constituição Imperial, esse princípio estava apenas implícito, como derivação das várias garantias processuais de ordem criminal previstas nas constituições. A introdução em nosso meio da cláusula do *devido processo legal* de forma expressa, tal como ela consta na Carta americana, foi obra da Constituição de 1988. Essa cláusula reforça a ideia da *constitucionalização do processo penal*, dado que a essência do seu conteúdo está disposto no próprio texto constitucional, mediante a declaração de direitos fundamentais voltados diretamente para garantir ao cidadão o direito de resistir à *persecutio criminis*.

9.1.1 – Devido processo legal como garantia de que a persecução acusatória seja processualizada como condição para a busca da responsabilidade criminal.

Em uma visão mais contida, o devido processo legal quer dizer que não há, na seara criminal, aplicação de pena, medida ou sequer qualquer manifestação da persecução criminal que necessite flexibilizar um direito fundamental, sem que a pretensão seja submetida ao crivo do Judiciário e receba deste a devida autorização. Nessa compreensão, o *devido processo legal* se identifica com o brocardo *jurídico nulla poena sine iudicio*¹²⁰⁴.

Como corolário lógico do princípio do devido processo legal, a persecução criminal, antes função administrativa marcada pela *auto-executoriedade*, passou a ser condicionada ao consentimento judicial, exarado dentro de um processo no qual sejam assegurados os direitos da pessoa a quem atribuída a prática da conduta ilícita. A coação estatal, que era *direta*, com o devido processo legal, transmudou-se em *indireta*. Assim, para buscar a responsabilidade penal de alguém, é preciso que a Administração, por meio de seu órgão competente, reúna os elementos probatórios indispensáveis para a propositura da ação e, de posse deles, postule ao Judiciário a medida ou sanção pertinente ao caso. Veja-se que essa dimensão do devido processo legal é ínsita ao campo do processo penal, uma vez que, na seara cível, o

¹²⁰¹ Até porque, como salienta AFRANIO SILVA JARDIM, "... o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado que um instrumento destinado à persecução criminal. (Op. cit., p. 83).

¹²⁰² Nesse aspecto, o devido processo legal corresponde ao processo justo, no qual sejam respeitados, em sua inteireza, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita etc.

¹²⁰³ Há doutrinadores que colocam a Constituição Imperial brasileira como a primeira Carta Constitucional a elencar, em seu texto, uma declaração de direitos. Esse assunto está mais detalhado no item 4.1.

¹²⁰⁴ AFRANIO SILVA JARDIM, ao evidenciar que o processo penal "... se faz também, e até principalmente, para a garantia do acusado" (Op. cit., p. 83), ressalta que pelo "... princípio nulla poena sine iudicio, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário." (Op. cit. p. 83).

postulado constitucional não se manifesta sob esse aspecto, porquanto, naquela, seja em que área for – cível propriamente dita, administrativa, fiscal, etc. –, desde que o particular concorde com a pretensão do Estado-administração, o assunto pode ser resolvido com a aplicação da lei ao caso concreto.

Quando se trata da persecução penal, porém, a composição do litígio fora do ambiente processual não é possível, ainda que a pessoa contra a qual se volta a pretensão estatal concorde em ser responsabilizada criminalmente. A preocupação com a liberdade e a honra das pessoas na esfera criminal é de tal magnitude que a cláusula do devido processo legal exige para o reconhecimento da responsabilidade penal a adequada apuração do fato por meio do processo. É por isso que a confissão, no espaço criminal, não se confunde com o reconhecimento da procedência da pretensão acusatória, nem muito menos torna, para fins de aplicação da norma penal ao caso concreto, desnecessária a instauração do processo criminal. De toda e qualquer maneira, para aplicar uma pena mister se faz a definição da culpabilidade do agente por meio do processo. Sem a demonstração da culpa formada em um processo no qual é garantida a ampla defesa, é inválida a eventual pena aplicada à pessoa, por ofensa ao princípio do devido processo legal.

Se o devido processo legal, em sua essência, controla o exercício da pretensão punitiva quanto à aplicação da pena, em princípio, ele somente se faz sentir, no nosso meio, como freio à atuação do Ministério Público em juízo. Todavia, não é assim. Em muitos casos, o devido processo legal também é reclamado ainda no momento da apuração feita na fase pré-processual. Isso ocorre toda vez que a atividade investigatória, feita na fase do inquérito ou de processo administrativo, entra em colisão com um direito fundamental plasmado na Constituição. Quando isso ocorre, para que a autoridade dirigente da apuração investigatória possa ter acesso à prova, ela precisa pedir a autorização judicial, consoante foi exaustivamente exposto no item

7.2.3.1. Salvo quando se trata de investigação levada a efeito por Comissão Parlamentar de Inquérito¹²⁰⁵ e que não haja a reserva de jurisdição¹²⁰⁶, ou quando é o caso de atuação da polícia ostensiva e de proteção à ordem social feita em situação de flagrante delito, para flexibilizar um direito fundamental o agente público precisa, necessariamente, de título judicial para levar adiante a sua intenção.

9.1.2 – Devido processo legal em casos especiais e nas tutelas de urgência.

Não há um devido processo legal único e inflexível. Ele depende das circunstâncias e, naturalmente, do tipo de tutela jurisdicional prestada. Em se tratando de processo criminal que alberga uma pretensão condenatória, o princípio estudado guarda peculiaridades inerentes à modalidade de prestação judicial que se pede. É nesta que aquele, como instrumento de garantia e contenção do exercício do poder de punir do Estado, manifesta-se com maior intensidade. Aqui, para a validade e adequação ao devido processo legal, exige-se que todos os direitos fundamentais do acusado relativos ao processo criminal sejam observados.

Quando se trata, por exemplo, de uma revisão criminal, claro que alguns dos direitos fundamentais que perfazem o devido processo legal se manifestam de modo diferente. Cite-se a questão do princípio da *presunção de não culpabilidade*, também chamado atecnicamente de *presunção de inocência*¹²⁰⁸. Ora, nesse caso, embora se trate de um processo criminal, o princípio da presunção de não

¹²⁰⁵ Cf. item 7.2.3.1.1, supra.

¹²⁰⁶ Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

¹²⁰⁷ Cf. itens 7.2.3.1.3, 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2, supra.

¹²⁰⁸ Cf. item 9.2.2, infra.

¹²⁰⁹ Cf. itens 9.2.3 e 9.2.4, infra.

culpabilidade é inaplicável, até porque, para todos os efeitos, já há condenação definida em sentença transitada em julgado. O sentenciado é quem arcará com o ônus de provar que é inocente, pois o título judicial condenatório modificou a sua situação jurídica. O devido processo legal, por conseguinte, nesse caso, tem uma outra conotação¹²⁰⁹.

Nas tutelas de urgência, assim como ocorre no processo civil, o devido processo legal, também, se mostra com características ínsitas ao tipo de providência solicitada ao Judiciário. Caso a providência querida seja daquelas em que o prévio conhecimento do agente possa tornar ineficaz a medida solicitada, o juiz deve, ao analisar o pedido, independentemente da oitiva do interessado, proferir a decisão, seja ela concessiva ou denegatória. Nesse caso, a ampla defesa e o contraditório são deixados para momento posterior à decisão liminar, em função das próprias características da providência jurisdicional pleiteada, sem que, com isso, se tenha por arranhada a cláusula do devido processo legal. Do mesmo modo, como se trata de uma medida acautelatória, não se exige que o juiz, para acolher o querer do autor ou requerente, escore-se na verdade real, sendo suficiente, para a sua decisão, que, além da justificativa quanto à necessidade de ser atendido, o querer do postulante demonstre a satisfação dos requisitos da materialidade do delito e dos indícios suficientes de autoria. É próprio mesmo de medidas acautelatórias, como a decretação da prisão preventiva, quebra de sigilo telefônico e busca e apreensão, que o devido processo legal seja mais abreviado, sendo contemplado o exercício à ampla defesa apenas posteriormente à determinação judicial, até porque, nesses casos, não está havendo, ainda, o reconhecimento da culpabilidade do acusado.

Com isso, se quer dizer que há um devido processo legal que possui peculiaridades específicas de acordo com o tipo de providência jurisdicional solicitada. A prisão em flagrante, v. g., possui um devido *processo legal* que lhe é inerente, uma vez que, originariamente, é administrativa, tem de ocorrer em uma das situações previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, ser comunicada, imediatamente, ao juiz, à família ou pessoa indicada pelo preso e ao Ministério Público. Posteriormente, no prazo de 24 horas, remetido o auto de prisão em flagrante ao juízo, cabe ao magistrado verificar se existe motivo ou motivos determinantes para que o agente permaneça recolhido à prisão.

Hipótese que bem ilustra o pensamento aqui desenvolvido é o caso do instituto da prisão preventiva. Com efeito, logo após a edição da Constituição de 1988, foram escritos alguns artigos de juristas defendendo que, devido à adoção, em nosso texto, do princípio da presunção de inocência¹²¹⁰, não mais subsistia o instituto da prisão preventiva. O argumento era singelo: se ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição), por consequência, a pessoa não poderia ser recolhida à prisão antes da conclusão do processo criminal. Nada mais incorreto, até porque a prisão processual não tem como requisito o reconhecimento da culpabilidade, mas apenas a materialidade e indícios suficientes de autoria, visto que, com ela, não se condena ninguém, apenas, em razão da necessidade, impõe-se uma medida judicial que acarreta limitação ao *jus libertatis* da pessoa¹²¹¹. Por conseguinte, como a prisão preventiva tem natureza acautelatória, sem acarretar em condenação, no devido processo legal relativo a ela não se compreende a cláusula da presunção de não culpabilidade. As hipóteses aqui observadas serão aprofundadas quando cada um desses direitos fundamentais for abordado ao longo deste estudo. Por enquanto, basta ter presente que o devido processo legal tem características e conteúdo próprios em compasso com a modalidade de provimento jurisdicional que se requer.

¹²¹⁰ Cf. item 9.2.2, *infra*, parte em que se defende que o princípio adotado em nosso sistema não é o da *presunção de inocência*, mas sim o da *presunção de não culpabilidade*.

¹²¹¹ Cf. item 9.6.5.1.1, *infra*.

9.1.3 – Devido processo legal no Estado democrático-constitucional como forma de encontrar alternativas para a resposta à criminalidade.

Nos itens 8.2.3.2 e 8.3.2 deste livro, ressaltou-se que o ambiente democrático sinaliza a busca de alternativas para a resposta do Estado às ações ilícitas, sendo privilegiada, nesses casos, a aplicação de soluções que não impliquem, necessariamente, a prisão do agente e, até mesmo, a aplicação de pena alguma. O erro histórico da pena de prisão¹²¹² como solução alvitrada para a criminalidade, reconhecido pela comunidade internacional, fomentou a Organização das Nações Unidas a recomendar o uso das penas alternativas, em detrimento das sanções privativas de liberdade¹²¹³. Coerente com essa política criminal de cunho democrático, o devido processo legal, no ambiente criminal, deve ser compreendido com a ideia da existência de institutos processuais que permitam uma solução do problema oriundo do ilícito sem a aplicação da pena de prisão e mesmo, em determinados casos, como instrumento despenalizante ou descriminante.

Sob esse enfoque democrático da cláusula do devido processo legal, o processo deixa de ser apenas instrumento de controle do dever-poder de punir do Estado, que assegura o respeito aos direitos fundamentais pertinentes ao processo criminal, e assume, igualmente, outra função política não menos nobre, a saber, que é a de evitar, tanto quanto possível, a imposição da pena de prisão. Essa postura serve para reduzir a marginalização, que é própria do sistema prisional¹²¹⁴.

Hodiernamente, no nosso sistema penal, o juiz, ao sentenciar, caso preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, tem o dever de substituir a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direito. Isso mostra que o processo deve ser conduzido tendo em mente essa política criminal, cuja implementação é cometida ao juiz e que somente pode ser concretizada por meio do processo. O devido processo legal democrático, por conseguinte, rompe com a *cultura da prisão*¹²¹⁵ e tem as penas alternativas como a regra.

Ao lado das *penas alternativas*, o devido processo legal democrático reúne outro instituto, o das *medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas*. Um não se mistura ou confunde com o outro. As penas alternativas são espécies de sanções previstas na legislação que servem para substituir a pena restritiva do direito de liberdade. Já as medidas alternativas *propriamente ditas ou restritivas*, ao contrário, destinam-se a solucionar o problema criminal sem a imposição de nenhum tipo de pena. Como mecanismos para a aplicação de medidas alternativas, foram concebidos, em nosso sistema jurídico, o processo pertinente para os crimes afetos à competência do juizado especial e o instituto da suspensão condicional do processo. Essas duas formas de despenalização da conduta ilícita serão estudadas a seguir¹²¹⁶, as quais, com a primeira etapa da Reforma Tópica de 2008, passaram a ser medidas que, ao fim e ao cabo, levam à absolvição, uma vez que a sentença que extingue a penalidade, a partir do que dispõe o art. 397, IV, do CPP (acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008), possui natureza absolutória.

¹²¹² Cf. GROSS, Hans Gustav Adolf. *Criminal psychology: a manual for judges, practitioners, and students*. Tradução Horace M. Kallen. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, 1998; DARROW, Clarence. *Crime: its cause na treatment*. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts; PLAYFAIR, Gilês e SINGTON, Derrick. *A prisão não cura, corrompe*. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa.

¹²¹³ Cf. item 8.2.3.2, supra.

¹²¹⁴ Cf. item 8.3.2, supra.

¹²¹⁵ A Lei nº 12.403, de 2011, ao incluir, dentre as cautelares de ordem pessoal, as medidas diversas da prisão, seguiu essa orientação, a fim de conferir coerência sistêmica ao processo penal.

¹²¹⁶ A questão da delação premiada, que pode importar na despenalização, será estudada na parte do princípio da ampla defesa, mais especificamente no item 9.5.2.5, supra.

Como observamos em outra oportunidade, o erro sistêmico cometido pelo legislador em não incluir, no art. 386 do CPP, a extinção da punibilidade como uma das hipóteses de sentença absolutória, não anima interpretação em sentido contrário ao que expendido, pois não é razoável que “uma circunstância seja suficiente para dar ensejo à absolvição sumária do art. 386 do CPP, mas, igualmente, não se presta(e) para a sentença absolutória do art. 397...”¹²¹⁷

9.1.3.1 – Juizado especial como função política despenalizante da conduta ilícita, no caso concreto, e instrumento de extinção da punibilidade (absolvição).

O juizado especial foi mais uma novidade de significativa importância incorporada à Constituição de 1988. De conformidade com o art. 98, I, da Lei Maior, nos crimes de menor potencial ofensivo, assim definidos em lei ordinária¹²¹⁸, a competência para a conciliação, julgamento e execução será do Juizado Especial, composto de juízes togados, ou togados e leigos, com a adoção do procedimento sumaríssimo, no qual se permite a transação e o julgamento de recursos por meio de turma composta de juízes de primeiro grau¹²¹⁹.

O juizado especial não é apenas um procedimento, porém um novo modelo de Judiciário mais consentâneo com o perfil de *Estado Democrático de Direito* plasmado na Constituição em vigor. Seguramente, os Juizados Especiais se apresentam, desde a proclamação da República, como a única proposta efetiva dos constituintes de *modificação estrutural* do Judiciário, a fim de adequá-lo a um perfil *político-filosófico* voltado para a aproximação desse segmento do poder político das camadas sociais mais sofridas, tendo em mira dar melhor satisfação aos anseios dos jurisdicionados.

Ademais, dizíamos, desde o início, que os Juizados Especiais deveriam servir de estudo empírico para imiscuir, paulatinamente, suas ideias nos demais juízos, devendo-se ter a atenção de *simplificá-lo* na medida do possível, rompendo com o *formalismo arcaico* próprio do Judiciário. Deve-se acreditar que as experiências adquiridas com a implantação de inovações facilitadoras do processo nos Juizados Especiais serviriam de embrião aos avanços a serem experimentados no tratamento das

¹²¹⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, 2. ed., p. 172. Até porque, “Como os princípios que regem um e outro momento processual são diferentes, no caso da absolvição sumária, o do *in dubio pro societate*, e o da absolvição com a sentença final, o do *in dubio pro reo*, evidentemente, nem toda hipótese desta se aplica àquela. Mas, por imposição de ordem lógica, toda e qualquer hipótese de absolvição sumária é, do mesmo modo, causa para a absolvição com a sentença final.” (Ibid.)

¹²¹⁸ De acordo com a redação originária da Lei nº 9.099, de 1995, crime de menor potencial ofensivo era aquele cuja pena abstrata máxima não fosse superior a 1 (um) ano. Posteriormente, ao criar o juizado especial federal, a Lei nº 10.259, de 2001, considerou crime de menor potencial ofensivo o que tem pena abstrata máxima de 2 (dois) anos. Com isso, instaurou-se discussão, na doutrina, sobre a aplicação do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo, igualmente, para o juizado especial estadual. Esse assunto foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 12.033-MS, quando o Ministro FÉLIX FISCHER, ao longo de seu voto, disse expressamente que, com a vigência da Lei nº 10.259/2001, inseriu-se, em nosso ordenamento jurídico, o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, aplicável, igualmente, ao juizado especial estadual, até porque *nenhum texto legal ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ADVENTO DA LEI N.º 10.259/2001. PRORROGAÇÃO DE COMPETÊNCIA, SEM PREJUÍZO DA APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA NOVATIO LEGIS IN MELIUS., Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: HC – Processo: 36788, UF: RJ, QUINTA TURMA, Data da decisão: 07/12/2004 Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 14 fev. 2005. O legislador corrigiu a anomalia entre os referidos textos normativos, elevando para 2 (dois) anos a classificação legal de infrações penais de menor potencial ofensivo feita pela Lei nº 9.099, de 1995 (art. 61, com a redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

¹²¹⁹ Como será visto no item seguinte, o próprio constituinte cuidou de estatuir garantias insitas ao devido processo legal referente ao juizado especial

demais questões submetidas ao Judiciário, para as quais ainda haverá de tergiversar-se a celeridade em nome da segurança jurídica. Esses órgãos jurisdicionais desempenhariam papel de fundamental importância no desenvolvimento de técnicas de simplificação do processo, visando conseguir efetividade e celeridade maior na prestação da atividade judicante, com a plena materialização dos princípios da oralidade e da informalidade.

Esse segmento do Judiciário deveria, portanto, ser encarado como o *germe* de uma nova forma de fazer justiça: atividade judicante mais célere e efetiva e, principalmente, mais democrática, com a simplificação da atuação do Judiciário e a sua aproximação dos consumidores da Justiça. Em verdade, uma tentativa de revolução na forma de fazer justiça, propugnando, com a reengenharia do processo, a própria modificação estrutural e funcional do Judiciário em si.

Até porque, no ambiente propriamente criminal, o Juizado especial sinaliza um modelo político-criminal diferente daquele impregnado da tendência *paleorrepressiva*, simbolicamente representada pela Lei dos Crimes Hediondos. Ele afasta o *hard control*, adequado ao Estado repressivo, e dá vida ao *soft control*, que se afina com o estilo democrático, cujo esteio é a busca de uma solução consensuada para a problemática criminal estudada no caso concreto por meio do processo.

Mas não é só: no art. 62 da Lei nº 9.099, de 95, esclareceu-se que o Juizado Especial deve orientar-se pelos princípios da *oralidade, informalidade, economia processual e celeridade*, “objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.” O exame mais acurado da norma em destaque revela que o escopo do juizado especial criminal é a (1) reparação dos danos sofridos pela vítima, por meio da conciliação e (2) a resolução da questão criminal por meio da transação ou, não sendo possível esta, da aplicação de pena não privativa de liberdade. Não se pode deixar de observar que o modelo de justiça criminal adotado por meio do juizado especial preocupa-se em solucionar não apenas o problema gerado para a seara penal, mas igualmente em compor o litígio cível¹²²⁰. Nessa passagem, demonstra-se a preocupação com a participação mais efetiva da vítima – a grande esquecida do drama judiciário –, no processo criminal, no escopo mesmo de dar-lhe maior legitimidade. A fixação dessa diretriz, na condução do processo da competência do juizado especial, mostra-se salutar, não só porque serve para dar mais legitimidade à justiça criminal em si, senão também porque faz com que a resposta do Judiciário seja mais econômica e efetiva, na medida em que, em uma mesma demanda, são equacionados os efeitos criminais e cíveis da conduta ilícita¹²²¹.

Note-se que a experiência adquirida com o funcionamento do Judiciário, efetivamente, tem orientado o legislador no sentido de implementar mudanças no sistema processual em geral. No ambiente criminal, as primeira e segunda etapas da Reforma Tópica, implementadas em 2008 e 2011 – ainda não se encerrou, pois faltam as aprovações de 2 (dois) projetos de lei – demonstram a forte influência do modelo do juizado especial, especialmente em relação à (1) *democratização do processo penal*, (2) *duração razoável do processo*, (3) *simplificação do processo*, (4) *maior proteção e assistência ao ofendido (justiça restaurativa)* e (5) *previsão de medidas cautelares diversas da prisão*¹²²².

¹²²⁰ Note-se que, embora nem todo ilícito cível seja crime, todo ilícito penal acarreta o direito à indenização por parte da vítima. O crime pressupõe, sempre, a agressão, ainda que sob a forma de ameaça, a um direito alheio. Essa experiência positiva do Juizado Especial fez com que, mediante a Lei 11.719, de 2008, também na jurisdição comum, ao aplicar a pena, o juiz, na mesma sentença, fixe o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima pela infração.

¹²²¹ A questão afeta a uma maior participação da vítima no processo criminal, como forma de dar mais legitimidade à solução do problema criminal, voltará a ser abordada mais adiante, com o aprofundamento do *insight* feito sobre o tema no item 1.3.10, supra (Cf. item 9.3.3.5, infra). A participação mais efetiva da vítima no processo em geral, veio a ser disciplinada pela Lei nº 11.690, de 2008.

¹²²² Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário*, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas

Como se vê, instaurou-se com o juizado especial “... um novo modelo novo paradigma de Justiça Criminal, fundado no consenso e que tem em mira resolver os problemas criminal e cível gerados pela ação ilícita.”¹²²³ Até porque afora o que se disse, constitui-se mais um segmento do Judiciário, composto de duas instâncias: os juízes dos juzizados de primeiro grau e os que integram as turmas recursais. Além do mais, o juizado especial, porquanto inadmissível recurso de apelação para o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal e mesmo o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, detém a última palavra interpretativa das normas infraconstitucionais federais¹²²⁴, o que nem mesmo os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais possuem¹²²⁵.

O juizado especial, diante da possibilidade de incidente de uniformização estadual, regional ou nacional, quanto a questões de direito material infraconstitucional, em alguns casos não possui a última palavra, muito embora, em relação às discussões de ordem processual de natureza infraconstitucional, a sua decisão seja soberana¹²²⁶. Como se vê, o juizado especial não é um mero procedimento instaurado no âmbito do juízo comum¹²²⁷, porém um outro órgão jurisdicional, organizado não apenas no aspecto formal para implementar esse novo modelo de justiça criminal, mas igualmente na parte ideológica.

Sublinhe-se que o sentido democratizante desse modelo de justiça tergiversa com um dos dogmas do sistema criminal, que é o *princípio da obrigatoriedade da ação penal* e, de soslaio, transforma o processo judicial em instrumento hábil para despenalizar, no caso concreto, a conduta considerada como ilícito criminal na lei e, quando se tratar de *medidas restritivas*, caso cumpridas as condições estabelecidas, acarretar a absolvição, em razão da extinção da punibilidade.

Com efeito, ao permitir que o Ministério Público, desde que presentes as condições previstas na lei, ao invés de oferecer a denúncia, proponha a transação, alvitra-se o equacionamento da lide penal *sem a imposição de pena ou reconhecimento de culpa*¹²²⁸. Nas discussões encetadas para a transação, não cabe discutir se o autor do fato é, ou não, culpado. O que se debate é se o autor do fato preenche as condições previstas na lei para que ele possa gozar do direito de ter a questão criminal resolvida sob a forma *consensuada*. Caso aceita a transação pelo autor do fato, o juiz faz a homologação por sentença, sem que isso pressuponha reconhecimento da culpabilidade do autor do fato. Trata-se, como se nota,

da prisão) 2. ed. rev., atu. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 46-49; 51-62; 63-65; 65-66; e 66-68.

¹²²³ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 36.

¹²²⁴ Não porém, em relação à matéria constitucional, pois, consoante a Súmula 640 do Supremo Tribunal Federal, “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.”

¹²²⁵ Esse aspecto denota a importância política do juizado especial, que exerce, em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, função que é, no juízo comum, outorgada ao Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento dos recursos especiais.

¹²²⁶ Os incidentes de uniformização, inicialmente, só foram previstos para as decisões do Juizado Especial Federal. Com o advento da Lei nº 12.153, de 2009, que criou os juzizados especiais da fazenda pública no ambiente estadual e do Distrito Federal, esses incidentes foram estendidos para os julgamentos ocorridos no âmbito desses órgãos. Os incidentes de uniformização, tanto na esfera federal quanto dos juzizados especiais da fazenda pública estaduais, só são cabíveis sobre questões de direito material, de ordem infraconstitucional, nas seguintes hipóteses: a) divergências entre decisões proferidas por turmas recursais de uma mesma região; b) divergências entre decisões proferidas por turmas recursais de regiões distintas ou da proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do STJ; e c) decisão da Turma de Uniformização em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do STJ.

¹²²⁷ Essa nomenclatura foi escolhida pelo legislador da Lei nº 9.099/95 para nominar os órgãos judiciários que não fazem parte do juizado especial (art. 66, parágrafo único).

¹²²⁸ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 32.

apenas de uma forma *consensuada e abreviada* de solução da demanda criminal, com a importante vantagem política de *despenalizar a conduta ilícita* e, assim, evitar a aplicação de uma pena, ademais de o cumprimento das condições estabelecidas ter o condão de gerar sentença absolutória, extinguindo a punibilidade.

Tem-se, dessa maneira, que o processo no juizado especial, por meio da transação, possui conteúdo de ordem material, na medida em que serve para *extinguir a punibilidade*, circunstância que, conforme a primeira etapa da Reforma Tópica, operada em 2008, impõe a prolação de sentença absolutória. Nessa dimensão, ele não tem como função apenas regradar a persecução criminal por meio da garantia dos direitos fundamentais do agente a quem imputada a conduta ilícita, mas ainda a alta missão de servir de instrumento para a *despenalização/absolvição* ou então, não sendo isso possível, a aplicação de pena que não seja privativa de liberdade¹²²⁹. É como se o constituinte tivesse três opções para resolver os crimes de menor potencial ofensivo: (1) a mais radical, extinguir, em tese, todos os crimes considerados de menor potencial; (2) permitir que o Ministério Público, na análise do caso concreto, por um juízo de oportunidade e conveniência, ele mesmo fizesse a descriminalização, mediante a negativa do ajuizamento da ação criminal ou a despenalização, sem que tal passasse pelo crivo do Judiciário; (3) deixar que o caso concreto seja debatido, ainda que de forma abreviada, na arena processual, a fim de que a eventual despenalização fosse fruto do próprio processo.

O constituinte, por uma questão de política criminal, fez a opção pela terceira alternativa, daí que o processo desenvolvido perante o Juizado Especial assume essa *função despenalizante* de fundamental importância para um sistema democrático. Como se observa, aquele não fez a opção pelos institutos do *guilty plea* (declaração de culpa) ou do *plea bargaining* (barganha penal) do sistema americano, que pressupõe negociação envolvendo o reconhecimento da culpa pelo agente. Aproxima-se mais da figura do sistema italiano *nolo contendere* (não quero litigar), em que a pessoa apenas prefere a solução consensuada ao conflito¹²³⁰.

Há doutrinadores que lançaram críticas azedas ao Juizado Especial, sob o argumento de que contraria o devido processo legal, notadamente no que diz respeito ao brocardo *nulla poena sine iudicio*. As críticas mais contundentes, estreme de dúvidas, partiram de MIGUEL REALE JÚNIOR¹²³¹, ao apontar vício de inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da inocência e do dogma da *nulla*

¹²²⁹ ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES dizem que a Lei nº 9.099, de 1995, disciplinou apenas medidas despenalizadoras, incluindo, dentre elas, a transação. Acrescentam que o diploma legal em foco "... não cuidou de nenhum processo de descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal." (ibid., p. 38). Essa posição é, até certo ponto, contraditória, pois os autores citados defendem que, com a transação, ocorre a *sujeição* do autor à aplicação de pena. Ora, se com a transação se dá a aplicação de pena, ela não pode ser considerada uma medida despenalizadora. Os autores citados, é verdade, procuraram contornar essa contradição, com a afirmação de que as *medidas despenalizadoras* "são medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão" (Ibid.). Porém, essa distinção não procede. Felizmente, de há muito, em nosso sistema, a pena de prisão não é a única nem muito menos a mais importante. Ao lado da pena de multa, há a restritiva de direitos, que deve, sempre que possível, ser preferida. Por conseguinte, a pena, seja ela de prisão, de multa ou restritiva de direito, em essência, é sanção penal. Assim, somente pode ser considerada medida despenalizadora aquela que se presta efetivamente a afastar a aplicação de qualquer das espécies de sanção. Por outro lado, caso o escopo almejado com o juizado especial fosse evitar a aplicação da pena de prisão, isso nada teria de revolucionário, pois o próprio sistema do Código Penal, desde a introdução das penas alternativas, expressa a política criminal de reservar a prisão para situações extremas, de modo que esta, sempre que possível, deve ser substituída por aquelas (art. 44 do Código Penal).

¹²³⁰ Ibid., p. 33. O Conselho Nacional de Justiça, ao elaborar Plano de Gestão para as Varas Criminais e de Execução Penal, dentre as propostas normativas, sugeriu e entregou ao Congresso Nacional a proposta de adoção do instituto do *plea bargaining*, com a seguinte redação: "Art. 1º. O art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: (omissis). Art. 89-A. Mediante proposta do Ministério Público, na qual deverão constar as condições, poderá ser negociada a aplicação da pena privativa de liberdade cabível: I – nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, com redução de um a dois terços; II – nos demais crimes, com redução de um sexto a um terço."

¹²³¹ Pena sem processo. In: *Juizados especiais criminais e juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 27-28.

poena sine iudicio, uma vez que, no seu modo de ver, permite-se um *juízo antecipado de culpabilidade*, sem sequer ter havido a propositura da ação penal. A crítica não procede, a partir do momento que se tenha em consideração que, com a transação, não há aplicação de sanção penal, uma vez que, a despeito da atecnia do legislador, o juiz não impõe pena restritiva de direitos, senão medida alternativa infligida como condição para a despenalização da conduta ilícita.

9.1.3.1.1 – Natureza jurídica despenalizante das medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas e sua distinção das penas alternativas.

Com a escolha do constituinte materializada pelo legislador, ao invés da aplicação da pena de prisão, da pena alternativa ou da pena de multa, o escopo fundamental da justiça criminal operacionalizada pelo Juizado Especial é servir-se do processo para aplicar propriamente uma *medida alternativa* de solução da vexata quaestio. Recorde-se que aqui já foi feita uma distinção importante entre *medida alternativa propriamente dita ou restritiva e pena alternativa*¹²³².

Para fins dogmáticos pode-se dizer que a medida alternativa é o gênero, do qual são espécies a medida alternativa propriamente dita ou restritiva e a pena alternativa. A pena alternativa é aquela que substitui a pena privativa de liberdade e pressupõe, necessariamente, o reconhecimento da culpa do agente e conseqüente sentença condenatória. Ao contrário, a medida alternativa é uma forma de solucionar o processo sem aplicação de nenhuma sanção, prescinde da discussão sobre a culpa do agente e tem a função de despenalizar a conduta do agente, desde que ele aceite as condições estabelecidas pelo juiz, as quais, se cumpridas, impõem a extinção de punibilidade, a ser reconhecida mediante a prolação de sentença absolutória.

Assim, na solução do problema criminal, o juiz do juizado especial deve procurar, primeiramente, despenalizar a conduta do autor do fato por meio da transação ou com a declaração do direito do autor do fato à despenalização de sua conduta, com a conseqüente aplicação de medida restritiva, que não tem natureza de pena. Isso não sendo possível, processado o feito e sendo condenatória a decisão final, o juiz deve procurar aplicar pena alternativa ou de multa, em detrimento da restritiva de liberdade.

A circunstância de as *medidas restritivas* possuírem o mesmo conteúdo das penas alternativas não é o bastante para que se deixe de fazer a importante distinção da natureza jurídica de uma e outra. Ora, a medida restritiva *extingue a punibilidade*, o que, na sistemática atual, implica em absolvição. A pena alternativa, como o próprio nome já diz, é uma sanção criminal, aplicada para quem é considerado culpado, assim chamada porque substitui a pena privativa de liberdade.

Devido a essa distinção ontológica, 7 (sete) características fundamentais distinguem um instituto do outro. Eis as características essenciais da *medida alternativa propriamente dita ou restritiva*: (1) não é pena; (2) não pressupõe a declaração de culpa do agente; (3) de regra é consensuada, pois depende de proposta do Ministério Público e aceitação do autor do fato, mas pode ser, a pedido deste, reconhecida e declarada pelo juiz; (4) tem como finalidade extinguir a punibilidade; (5) o juiz a aplica por meio de *decisão homologatória*¹²³³ ou declaratória constitutiva do direito à extinção da punibilidade

¹²³² Cf. item 8.3.2, supra.

¹²³³ O Supremo Tribunal Federal tem posição de que a sentença judicial na transação possui natureza *declaratória* (HC 79.572/GO, Primeira Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Informativo do STF 180, de 23.2 a 10.3.2000; RE 268.320-5/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro OTÁVIO GALLOTTI, DJ de 10.11.2000). Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça tem precedente afirmando que a sentença acolhendo a transação é de natureza condenatória (Resp.

(art. 74 c/c o art. 76, § 4º., da Lei nº 9.099, de 1995)¹²³⁴: (6) cumpridas as condições estabelecidas, o processo é extinto por meio de sentença, declarando a extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099, de 1995¹²³⁵), possuindo portanto, natureza absolutória (art. 397 do CPP); e (7) não gera efeito criminal ou cível, exceto para impedir nova transação pelo prazo de cinco anos (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei nº 9.099, de 1995).

As características da pena alternativa, por sua vez, são bem distintas: (1) constitui-se pena, mesmo quando aplicada no juizado especial;

(2) pressupõe declaração de culpa do agente; (3) é coercitiva, pois é imposta ao agente do fato; (4) tem como finalidade fazer com que seja evitada a aplicação de pena privativa de liberdade; (5) o juiz a aplica por meio de sentença condenatória; (6) deve ser cumprida com a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o caso da pena de prestação de serviços à comunicada para ilícito com sanção inferior a 1 (um) ano (art. 55 do Código Penal), e, somente ao final, será prolatada a sentença extinguindo o processo de execução, em razão do cumprimento da pena imposta; e (7) gera efeitos criminais e cíveis, importa em reincidência, constituindo-se a sentença em título judicial para executar o dever de reparar civilmente o dano.

Infelizmente, o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, não se mostrou afinado com a melhor técnica quando tratou do instituto da transação, mecanismo pelo qual, no âmbito do juizado especial, é aplicada a medida restritiva. Da forma como foram redigidos os dispositivos – notadamente o art. 76, caput e § 4º, da Lei nº 9.099, de 1995 –, tem-se a impressão de que, por meio da transação, ocorre a aplicação de pena restritiva de direito ou multa, quando isso não é verdade. A esse respeito, verifique-se que, no caput do art. 76, está dito que “... o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”, transparecendo que é condição necessária para essa negociação processual a aceitação do autor do fato a receber a sanção criminal prevista.

Ora, conforme foi visto, insere-se na compreensão do devido processo legal que a responsabilidade penal somente é admissível caso seja identificada por meio do processo, no qual assegurado, além de outras garantias fundamentais, o direito à ampla defesa. Por isso mesmo, na seara criminal, a confissão da pessoa, feita fora ou dentro do processo, não tem o condão de fazer perecer a necessidade de a culpa ser reconhecida mediante o exame das demais provas coligidas durante a instrução. Não tem valia em nosso sistema, por mais razões ainda, o reconhecimento da procedência da pretensão acusatória.

Dessa forma, se a condição estabelecida pelo Ministério Público fosse a *sujeição* do autor do

223.326/SP, Sexta Turma, un., Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 23.10.2001, DJ de 12.11.2001). Na doutrina, defendendo que se trata de sentença condenatória: cf. PRADO, Geraldo: *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 189; TOURINHO NETO. Op. cit., p. 576; REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: *Juizados especiais criminais – juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 28. Entendendo que se trata de sentença homologatória, cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

¹²³⁴ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, com certa razão, diz que a sentença tem natureza *declaratória constitutiva*, já que, de acordo com a lei, ela não tem nenhum efeito condenatório (cf. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 103). Neste livro, distingue-se a natureza jurídica da sentença dada na audiência preliminar em homologatória, quando o juiz referenda a transação feita pelas partes, da declaratória, quando o magistrado, a pedido da parte autora, reconhece o direito dele à despenalização da conduta e consequente extinção da punibilidade, após cumpridas, durante o período de prova, as condições estabelecidas. Resta reafirmar que, após a Reforma Tópica de 2008, toda e qualquer sentença reconhecendo a extinção de punibilidade tem natureza absolutória.

¹²³⁵ Esse dispositivo é aplicável, por analogia, à hipótese em que, após o cumprimento das medidas restritivas impostas na audiência preliminar ou no curso do processo do juizado especial, o juiz, por sentença, extingue o processo.

fato ao cumprimento de pena restritiva de direito ou multa, seria o mesmo que exigir o reconhecimento da culpabilidade ou, no mínimo, a procedência da *persecutio criminis*, o que compromete, como aqui já foi dito e repetido, o postulado do devido processo legal¹²³⁶. Ademais, se assim fosse, à evidência que isso não seria uma transação, pois não haveria nenhuma vantagem para o autor do fato. Seria um mero *consentimento* do autor do fato para que lhe fosse aplicada logo, sem o devido processo legal, a pena prevista para o crime¹²³⁷, o que, além de inadmissível em nosso sistema constitucional, não seria razoável.

Como se não bastasse, o legislador da Lei nº 9.099, de 1995, confere a impressão de que o juiz, ao acolher a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, "... aplicará a pena restritiva de direitos ou multa", muito embora ele tenha tido o cuidado de sublinhar que isso "... não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos. (art. 76, § 4º)". Todavia, tecnicamente, o juiz não aplica nenhuma sanção, até porque, ao acolher a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, ele apenas *homologa* a transação, não havendo de falar-se, assim, em sentença condenatória. Não há, por conseguinte, *condenação*, daí por que não haveria mesmo de falar-se em reincidência, assim como se mostra despropositada a ressalva preceituada no § 6º do art. 76 da lei em referência¹²³⁸.

Incongruências à parte do legislador, o que importa é que a transação não tem, à evidência, conteúdo condenatório, até porque o juiz apenas homologa o que foi acordado entre o Ministério Público e o autor do fato. Quando o caput do art. 76 da Lei nº 9.099/95 fala que constará da proposta do Ministério Público a *aplicação imediata de pena restritiva de direitos*, entenda-se como se ele, em verdade, tivesse dito *aplicação imediata de medida restritiva de direitos*. Isso porque, conforme assinalado acima, conquanto as medidas alternativas propriamente ditas ou restritivas tenham o mesmo conteúdo das penas restritivas de direitos, aquelas guardam diferença ontológica em relação a estas, pois não se tratam de sanção, mas de medida alternativa de solução do processo. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana, ou mesmo a multa acordada na transação não passam de condições estabelecidas na sentença para serem cumpridas pelo autor do fato, a fim de que o processo seja encerrado com a extinção de punibilidade¹²³⁹.

A despeito dessas considerações, alguns doutrinadores defendem que, caso não cumprido o que

¹²³⁶ Em sentido contrário, ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES defendem que, na transação, a pedido das próprias partes, o juiz aplica sanção criminal, o que "... significa submissão consentida à sanção penal, sem reconhecimento da culpabilidade penal" (Op. cit. p. 69). Com todo o respeito que os consagrados doutrinadores merecem, mostra-se contraditório dizer que, no caso, há aplicação de pena sem culpa. Um dos requisitos caracterizadores do ilícito criminal reside na culpa, em sentidos lato ou estrito senso, não se admitindo, sequer, a possibilidade da previsão de *culpa objetiva* no tipo penal. Para se punir alguém criminalmente, mister se faz identificar a culpa. É estranho, e mesmo dissonante de um sistema democrático, aceitar que alguém seja responsabilizado criminalmente, mediante aplicação de pena, mesmo que ela não seja privativa de liberdade, sem que se tenha como pressuposto a declaração, por meio do devido processo legal, de sua culpabilidade.

¹²³⁷ No sistema do Código Penal, de regra, os crimes de menor potencial ofensivo são passíveis de punição por meio das penas alternativas.

¹²³⁸ O art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95 dispõe: "A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível." A leitura atenta do dispositivo mostra que o início do artigo – "... A imposição da sanção de que trata o § 4º" – dá a impressão do caráter condenatório do pronunciamento judicial, porém a parte final ressalta que ele não possui os efeitos que são inerentes a esse tipo de sentença.

¹²³⁹ Dependendo do caso, a interdição temporária de direitos pode muito bem ser prescrita, sob a forma de "*proibição de frequentar determinados lugares*" ou mesmo de "suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo." (art. 47, III e IV, do Código Penal).

ficou ajustado na transação, o juiz deve converter a pena alternativa – na verdade, medida alternativa – em privativa de liberdade, conferindo à sentença homologatória da transação o caráter de édito judicial condenatório, em clara afronta ao devido processo legal. Contudo, se na doutrina ainda há alguma discussão quanto a esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 80.164, relatado pelo Ministro ILMAR GALVÃO¹²⁴⁰, em votação unânime da Primeira Turma, tratou de dirimir a dúvida, encontrando-se assim redigida a ementa, na parte em que interesse ao assunto aqui tratado:

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À “CASA DA CRIANÇA”, RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas corpus deferido.

Esse precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, acompanhado de outros que constam no mesmo sentido, confirma a tese aqui expendida, no sentido de que a transação não possui conteúdo condenatório e que o processo criminal, no Juizado Especial, além da missão de limitar o exercício do dever-poder de punir por meio da garantia dos direitos fundamentais, cumpre outra importante função política, qual seja, a de servir de instrumento para *despenalizar*; no caso concreto, a conduta ilícita considerada de pequeno potencial lesivo. Se, com a transação, o autor do fato se sujeitasse à aplicação de pena restritiva de direitos, como defendem vários autores¹²⁴¹, o não-cumprimento das condições estabelecidas permitiria, naturalmente, a sua conversão em pena privativa de liberdade, o que, como visto, de acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, não ocorre.

Acrescente-se, por fim, que a tese aqui defendida serve para dissipar qualquer argumento no sentido de identificar vício de inconstitucionalidade na transação, com suporte na assertiva de que o legislador teria contemplado hipótese de aplicação de pena sem processo, em flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal e mesmo ao princípio da presunção de não culpabilidade. Com a transação, não há aplicação de pena nem o reconhecimento de culpabilidade do autor do fato, mas propriamente a despenalização da conduta por meio da utilização de medidas alternativas para a solução do processo, o

¹²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À “CASA DA CRIANÇA”, RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: HC – Processo: 80.164, UF: MS, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/09/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 fev. 2005. No mesmo sentido, a Segunda Turma, no Habeas Corpus 79.572-GO, processo relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, também à unanimidade, assim decidiu: “(...) TRANSAÇÃO – JUIZADOS ESPECIAIS – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – CONVERSÃO – PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE – DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.” (Ibid.)

¹²⁴¹ Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gian paolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial: aspectos práticos da lei 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 53. GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. Op. cit., p. 88.

que evidencia que não há malferição às cláusulas do devido processo legal e da presunção de inocência ou de não culpabilidade¹²⁴².

9.1.3.1.2 – Juizado especial como devido processo legal para os crimes de menor potencial ofensivo.

A competência do juizado especial está plasmada na Constituição de 1988. De acordo com esta, as infrações da alçada deste são aquelas de menor potencial ofensivo. Veja-se bem, o critério eleito pelo constituinte foi o da *natureza da causa*. Por conseguinte, duas considerações devem ser feitas: (1) a competência do juizados especiais é *constitucional* e (2) o critério escolhido para definir a competência foi a *natureza da causa*, ou seja, a infração penal¹²⁴³ considerada de menor potencial lesivo. Nesse sentido, TOURINHO NETO¹²⁴⁴ confirma que “A competência do Juizado é determinada, primeiramente, pela matéria, pela natureza da infração (CPP, art. 74).” Evidentemente não competia ao constituinte definir, na própria Constituição, o que se deve entender por crime de menor potencial. Isso é tarefa para o legislador infraconstitucional, assim como ocorre em relação à competência do tribunal do júri, em que a definição do que sejam crimes dolosos contra a vida fica ao alvedrio do legislador ordinário¹²⁴⁵.

Só pela peculiaridade de tratar-se de uma competência fixada em razão da natureza da infração – aquela de menor potencial ofensivo –, dá para sentir que se trata de *competência absoluta*, que não pode ser derogada pela vontade das partes. Em outras palavras, por expressa disposição contida no texto constitucional, o juízo natural dos crimes de menor potencial ofensivo é o Juizado Especial. Agregue-se a essa consideração que, conforme aqui já foi dito, ele não foi criado como um mero rito, mas sim como um órgão do Judiciário, com competência diferente dos outros segmentos da magistratura e com uma estrutura substancialmente distinta, valendo mencionar, a esse respeito, a circunstância de possuir duas instâncias. Não se trata, portanto, de mera escolha de rito, mas de distribuição de competência entre órgãos jurisdicionais distintos.

Note-se que, firmando passo ao lado desse entendimento, no art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.259, 12 de julho de 2001, embora dispondo expressamente apenas para o ambiente cível, está ressaltado que a competência do juizado especial federal é absoluta. Esse registro não era necessário, mas o legislador assim agiu com o fito de afastar o equívoco cometido na interpretação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de

¹²⁴² ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, sem fazer a distinção que aqui é feita, admitem que, na transação, há a aplicação de sanção penal, mas afastam a tese de inconstitucionalidade ao fundamento de que a própria Constituição, no art. 98, I, previu uma exceção à “... necessidade de processo para a privação da liberdade.” Essa explicação, *data venia*, não convence, até porque o constituinte não conferiu *caráter condenatório* à transação. Não há colisão entre o devido processo legal e a transação prevista no art. 98, I, da Constituição. Ao disciplinar a transação, o legislador infraconstitucional, necessariamente, teria de adequar esse instituto ao princípio do devido processo legal. Por conseguinte, sem embargo dos termos empregados pelo legislador, a interpretação do texto tem de ser *conforme* a Constituição, o que recomenda que se entenda que, com a transação, não se impõe pena, mas sim medida alternativa despenalizante da conduta ilícita vista no caso concreto.

¹²⁴³ O constituinte, quando emprega a expressão *infração*, refere-se não apenas aos crimes, como também às contravenções.

¹²⁴⁴ *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 505.

¹²⁴⁵ Igualmente entendendo que a competência do juizado foi determinada em razão da matéria, no caso a natureza da infração, PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY afirmam que “esta modalidade de fixação da competência pela natureza da infração – ou competência em razão da matéria – não é nova e já encontrava respaldo legal no art. 74, caput, do Código de Processo Penal e, na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXVIII, cuidando dos crimes dolosos contra a vida.” (*Juizados especiais criminais: comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 30).

1995, porquanto se passou a defender que a competência desse segmento da magistratura era relativa¹²⁴⁶. O fato de, na Lei nº 10.259, de 2001, o legislador ter deixado expressa a competência absoluta do juizado especial federal apenas para a matéria cível, não pode animar o intérprete a pensar que, quanto ao aspecto criminal, ela é apenas relativa¹²⁴⁷, em relação à jurisdição federal ou mesmo estadual.

Isso tanto é verdade, que, a fim de espancar qualquer dúvida quanto a ser direito subjetivo a resolução do problema criminal por meio dos instrumentos do juizado especial, quando se trata de crime de menor potencial ofensivo, o legislador cuidou, por meio da Lei nº 11.313, de 2006, de mudar a redação do caput do art. 60 da Lei nº 9.099, de 1995, a fim de dizer que a competência desse segmento do Judiciário deve respeitar *as regras de conexão e continência*, e esclarecer, com a inclusão de um parágrafo único no referido dispositivo, que “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

A despeito da abundância de pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre ser a competência do juizado especial, na área cível, absoluta, há também jurisprudência firmada nesse sentido quanto ao ambiente criminal, servindo de exemplo o aresto unânime de sua Quinta Turma, no julgamento do Habeas Corpus 75.140, relatado pela Ministra LAURITA VAZ¹²⁴⁸, cuja ementa vazada nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO COMUM. APELAÇÃO. COMPETÊNCIA. JULGAMENTO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. DENÚNCIA RECEBIDA APÓS A EDIÇÃO DA LEI N.º 10.259/2001. NÃO- OBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI N.º 9.099/95. NULIDADE ABSOLUTA. ANULAÇÃO DO PROCESSO. RECURSO DA DEFESA. PENA FIXADA. LIMITE A SER OBSERVADO. PROIBIÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA CONSUMADA. 1. Proferida a sentença pelo Juízo Comum, cabe ao Tribunal de Justiça – e não à Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais — proceder ao julgamento da apelação. 2. Recebida a peça acusatória de crime de injúria, já na vigência da Lei n.º 10.259/2001, ainda que referente a fato a ela anterior, deveria o feito ter obedecido ao rito da Lei n.º 9.099/95. A circunstância de a Comarca ser de Vara Única, não afasta o prejuízo decorrente da não-adoção do rito mais benéfico e acarreta a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, em face da suspensão injustificada de seus benefícios. 3. Anulada a sentença e acórdão condenatórios, em recurso exclusivamente da defesa, a pena que fora fixada passa a ser o patamar máximo a ser observado em caso de nova condenação pois, caso viesse a ser superior, haveria reformatio in pejus indireta, inadmitida em nosso ordenamento. 4. Hipótese em que se verifica a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, ex vi do art. 109, inciso VI, do Código Penal. 5. Ordem concedida na extensão pedida e, de ofício, para anular o processo desde o recebimento da denúncia e declarar extinta a punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal.

Por conseguinte, o devido processo legal para as infrações de menor potencial ofensivo é aquele desenvolvido perante o juizado especial, sob a batuta do *procedimento sumariíssimo*, com a possibilidade de ocorrer a transação criminal. Com isso, se quer dizer que, se o devido processo legal é uma

¹²⁴⁶ Esse entendimento, mesmo em relação à competência cível, não é correto, pois, igualmente como fez quanto à seara criminal, foi o próprio constituinte quem definiu quais seriam as causas cíveis da alçada do juizado especial, tendo escolhido como critério a natureza da causa, qual seja, *as cíveis de menor complexidade* que forem definidas como tal na legislação subconstitucional.

¹²⁴⁷ Nesse sentido, cf. TOURINHO NETO. Op. cit., p. 503.

¹²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 17/09/2009. Disponível em www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Acesso em: 7 jan. 2012.

garantia da pessoa como forma de proteção aos mais diversos direitos fundamentais catalogados na Constituição, quanto ao devido processo legal conjecturado para o juizado especial, a observância das regras processuais assume especial relevância de ordem material, pois elas possibilitam, até mesmo, a extinção da punibilidade, o que se faz mediante sentença de natureza absolutória. Em síntese, o agente tem o direito de ver observado o *devido processo legal* alvitrado pelo constituinte para as infrações de menor potencial ofensivo.

9.1.3.1.3 – Dever do Ministério Público de propor a transação, desde que satisfeitas as condições previstas na lei.

Logo após a edição da Lei nº 9.099, de 1995, instaurou-se discussão quanto à obrigatoriedade, ou não, de o Ministério Público propor, na fase preliminar (art. 76, caput), ou, frustrada esta, na audiência de instrução e julgamento (art. 79), a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, a ser especificada na proposta. Em outras palavras, a discussão consiste em saber se o autor do fato tem o direito à transação, com o consequente reconhecimento de que, para o Ministério Público, o oferecimento da proposta não é uma *faculdade*, mas sim um *dever*, desde que estejam satisfeitas as condições estabelecidas na lei¹²⁴⁹. Por outro lado, se a transação for considerada um direito subjetivo do autor do fato, diante da negativa do Ministério Público, ele pode pedir ao juiz que lhe seja deferida a transação e mesmo impetrar habeas corpus para esse fim, sob o argumento de constrangimento ilegal, no caso de o seu pleito não ser atendido.

Pela redação do art. 76, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, tem-se, com apoio em interpretação literal, que o Ministério Público *poderá propor* a transação. Assim, a proposta seria discricionária ou facultativa, uma mera *facultas agendi* para o Ministério Público. Se se trata de uma mera faculdade, o Ministério Público, mesmo quando a situação não se enquadre em nenhuma das hipóteses plasmadas no art. 76, § 2º, poderá, ao seu talante, deixar de fazer a proposta. Ele poderia, por exemplo, por mero capricho, deixar de formulá-la, sem a necessidade de expor os seus motivos. A motivação somente seria necessária quando ele fosse fazer a proposta. Porém, esse entendimento não parece ser a melhor solução para a discussão.

Retomando o que foi exposto no item supra, há três formas de despenalizar os crimes de menor potencial ofensivo, sendo uma delas por meio do processo e consequente mitigação do *princípio da obrigatoriedade*. A transação imaginada para o Juizado Especial é o instituto que se presta para despenalizar, no caso concreto, a conduta ilícita prevista na lei e, por seu intermédio, acarretar a extinção da punibilidade, cuja circunstância é reconhecida em sentença que possui natureza absolutória. Em razão da transação, o Ministério Público não está obrigado a oferecer a denúncia, podendo, observadas as condições estabelecidas em lei, propor a solução consensual do processo. Embora não esteja obrigado a denunciar, o Ministério Público não pode escolher, ao seu prazer, em quais casos fazer a proposta. Ele tem de ater-se às hipóteses em que é admitida a apresentação desta. Diante dessa consideração, tem-se que a proposta de transação não é uma *faculdade* do Ministério Público; *é mais um dever do que um*

¹²⁴⁹ Ao invés de dizer em quais casos é admissível a proposta de transação, o legislador, acertadamente, preferiu definir em quais ela não seria admitida. Com isso, deu-se um tratamento mais abrangente para o instituto, o que é sobremaneira salutar. De conformidade com o art. 76, § 2º, não se admite a proposta quando ficar provado: “I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

poder, de modo que, quando se lê na lei a palavra *poderá*, o correto é enxergar a expressão *deverá*. Isso porque, em verdade, a previsão da transação não rompeu com o dogma da obrigatoriedade quanto ao ajuizamento da ação penal. Mudou a feição desse princípio, é verdade, mas instaurou aquilo que se convencionou chamar de discricionariedade regulada (ou regrada)¹²⁵⁰.

Caso a transação fosse uma mera faculdade do Ministério Público, a discricionariedade seria pura, o que quer dizer que ele não precisaria justificá-la. Mas, ao contrário, ela não é pura, é regrada, ou seja, o Ministério Público tem de apresentar os motivos pelos quais oferece, ou não, a proposta de transação.

A necessidade da motivação fundamentada do Ministério Público quando oferece, ou não, a transação penal decorre, em um ou noutro caso, da exigência do devido processo legal. Deverá fazê-lo de forma motivada, constando na denúncia a razão da ausência de proposta, especialmente quando fundamentado no inciso III do art. 76, §2º, da Lei nº 9.099, de 1995 uma vez que esta hipótese possui uma dimensão subjetiva mais aprofundada do que as outras duas (reincidência e já beneficiado anteriormente). Ora, sendo um direito subjetivo, a negativa desse direito pelo não oferecimento não pode se dar de forma discricionária, mas, exclusivamente, motivada.

Por sua vez, a necessidade de fundamentação quando propõe a transação, decorre da exigência de que o Ministério Público tenha uma *opinio delicti* formada pela prova da materialidade e indícios da autoria idêntica à que se exige para o oferecimento da denúncia. Isso evita que se inicie a marcha processual penal desarrazadamente, fazendo propostas de transação, mesmo quando não possui um lastro probatório mínimo para o oferecimento da denúncia, convicto de que o mero *risco* de responder a um processo já é suficiente para que o acusado aceite a resolução consensual. Essa *opinio delicti* fundamentada pode ser legalmente encontrada no caput do art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, diante da ressalva de que “quando não for o caso de arquivamento”, haverá transação. Igualmente quando no caput do artigo seguinte (art. 77) o legislador não deixa margem temporal entre a recusa ou ausência de transação e o momento para oferecimento da denúncia, ele parte da premissa de que os elementos necessários à ação penal estejam satisfeitos.

9.1.3.1.4 – Direito subjetivo do autor do fato a ter a sua conduta despenalizada, quando satisfeitas as condições previstas na lei.

Além de não ser uma faculdade do Ministério Público, a resolução do processo mediante a despenalização da conduta constitui-se um direito subjetivo do autor do fato. Ou seja, se a situação deste não se encaixa em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 76, § 2º que impedem a transação, ele tem o direito de ter a sua conduta despenalizada. Não se cuida de um mero direito processual, mas de um direito de conteúdo material, visto que, nesse caso, a decisão judicial tem o condão de extinguir a punibilidade, com a despenalização da conduta ilícita. Ainda mais que, consoante já ressaltado, com a Reforma Tópica de 2008, a extinção da punibilidade se opera por meio de sentença absolutória, de modo que, para todos os efeitos, o agente é absolvido.

Por isso mesmo, caso o Ministério Público se negue a propor a transação, ou seja, omisso em relação a ela, o autor do fato pode pedir que o juiz decida se ele faz jus, ou não, a que o processo seja resolvido com a despenalização de sua conduta. Por outro lado, caso o juiz não acolha o seu pedido para

¹²⁵⁰ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

que assim seja solucionado o processo, o autor do fato pode interpor habeas corpus, ao fundamento de que está sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de não ter sido reconhecido o seu direito de ver despenalizada a sua conduta, com conseqüente encerramento do processo sem maiores traumas ou conseqüências criminais.

Não é correto, portanto, dizer que a transação ou a resolução do processo com a despenalização da conduta é um benefício outorgado ao autor do fato. Note-se que, há muito tempo, a jurisprudência brasileira tem reconhecido que as normas criminais de ordem *premier*, cada vez mais presentes na legislação, não têm propriamente a natureza de benefício, porquanto veiculam verdadeiros direitos subjetivos. Foi assim que o Supremo Tribunal Federal dissipou a discussão que agitava a doutrina quanto à definição se a suspensão condicional da pena, bem como o livramento condicional eram benefícios outorgados ao réu ou ao condenado, cuja concessão ficava sob a discricionariedade do juiz, ou se se tratava de direito subjetivo de modo que o magistrado, caso satisfeitas as condições estabelecidas na lei, teria de conceder o *sursis* ou o livramento condicional.

À guisa de respaldo ao asseverado acima, observe-se que, ainda no ano de 1986, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 63.557-RJ, tendo funcionado como Relator o então Ministro FRANCISCO REZEK¹²⁵¹, deixou consignado que o *sursis* “... além de direito subjetivo do réu, interessa por igual ao complexo tático de defesa social”, daí resultando que “... a razão para indeferir o *sursis* deverá ser sempre grave”¹²⁵².

De todo modo, há vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há direito subjetivo à transação. A posição jurisprudencial desses dois tribunais superiores foi firmada ao abordar a questão referente à suspensão do processo considerada como, igualmente, espécie de transação. Em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça está dito, expressamente, que a suspensão do processo, espécie de transação, não se trata de direito subjetivo¹²⁵³. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no afã de consolidar o seu entendimento sobre o assunto, estabeleceu que a suspensão do processo - uma das formas de transação criminal - não se trata de direito subjetivo. Todavia, de modo até certo ponto contraditório,

¹²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ‘HABEAS CORPUS’. ‘SURSIS’. DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO. CÓDIGO PENAL DE 1940, Relator Ministro FRANCISCO REZEK, Classe: HC – Processo: 63.557, UF: RJ, SEGUNDA TURMA, un. Data da decisão: 10/08/1986. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. A redação da ementa é a seguinte: “HABEAS CORPUS’. ‘SURSIS’. DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO. CÓDIGO PENAL DE 1940. O ‘SURSIS’, além de direito subjetivo do réu, interessa por igual ao complexo tático de defesa social. Daí resulta que a periculosidade do indivíduo há de ser flagrante e bem demonstrada para desautorizar o benefício; da mesma forma que deve estar apoiado em indícios válidos a presunção de futura reincidência. A razão para indeferir o ‘sursis’ deverá ser sempre grave. Ordem concedida.” (Ibid.)

¹²⁵² Ibid.

¹²⁵³ Porém, no julgamento do Habeas Corpus 83.250/SP, relatado pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA, assim abordou a questão: “... o Ministério Público expressa e motivadamente deixa(ou) de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa(ou) essa manifestação...” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI 9.099/95, ART. 89). REQUISITO OBJETIVO E CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 696. ORDEM DENEGADA, PRIMEIRA TURMA, mv. Data da decisão: 25/11/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. Ora, nesse sentido, realmente não há direito subjetivo. Se os motivos apresentados pelo Ministério Público para não oferecer a proposta são pertinentes, tem-se por evidente que, no caso concreto, o agente não possui direito subjetivo à transação. Portanto, para todos os efeitos, essa decisão se conforta com a tese aqui esposada.

acrescentou a Terceira Seção do STJ que, caso haja divergência do juiz quanto à negativa da proposta pelo Ministério Público, aplica-se, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal, isto é, o juiz deve remeter o feito para o Procurador-Geral da Justiça ou para o Procurador-Geral da República, a fim de que este insista na negativa, faça ele próprio a proposta ou designe outro membro do órgão para fazê-la¹²⁵⁴.

Aderindo a esse pensar, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 696, para reiterar que “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

Pois bem, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça dizem que a suspensão do processo tem a natureza de transação e que, quando o Ministério Público a nega, o juiz pode dissentir e, por analogia, remeter o processo para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal, por linhas transversas, eles estão dizendo que a proposta da transação, desde que satisfeitas as condições legais, é um dever. Por uma razão muito simples. É que o art. 28 do CPP somente existe devido ao princípio da *obrigatoriedade* do aforamento da denúncia e do sistema misto adotado na redação originária do Código de Processo Penal que, embora torne defeso ao juiz iniciar o processo sem a provocação de quem detém a legitimidade para tanto, permitia que aquele provocasse a *ação* do Ministério Público. Por conseguinte, no instante em que se diz que o juiz pode, caso discorde da negativa do Ministério Público quanto à transação, utilizar a regra do art. 28 do CPP, na essência está sendo dito que o órgão ministerial tem o dever de fazer a proposta de transação, mas o juiz, em obediência ao sistema misto, não pode tomar essa iniciativa, daí por que só lhe resta remeter o processo ao Procurador-Geral.

Se a transação é um dever para o Ministério Público, a conclusão lógica que se impõe é que ela é um direito subjetivo do autor do fato. Ora, a proposta de transação somente pode ser vista como um dever para o Ministério Público, caso se entenda que a resolução do processo com a despenalização da conduta é um direito da pessoa que reúne os requisitos para a transação. O dever de *A* para com *B*, enxergada a situação pelo outro lado da relação jurídica, corresponde ao direito de *B* para com *A*. Em consonância com essa lógica, quando o juiz discorda da negativa de proposta de transação pelo Ministério Público e decide remeter, por via do art. 28 do CPP, o assunto para o Procurador-Geral, na prática, ele justifica sua posição com o argumento de que o autor do fato *faz jus* a ter a sua conduta despenalizada ou, para ser mais claro, que ele tem o *direito* subjetivo à despenalização de sua ação considerada ilícita.

Essas considerações levam a outra conclusão, no sentido de que, satisfeito o requisito subjetivo, isto é, a pena mínima não sendo superior a 1 (um) ano, deve o *Parquet*, na denúncia, expor os fundamentos pelos quais faz a proposta de suspensão do processo ou, então, pelos quais deixa de fazê-la¹²⁵⁵.

Tanto é assim, que o Superior Tribunal de Justiça possui precedente, mesmo após a edição da

¹²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 89. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. OFERECIMENTO DA PROPOSTA APÓS A SENTENÇA QUE DESCLASSIFICA O CRIME. INVIABILIDADE. Relator Ministro ARNALDO DA FONSECA, Classe: RESP – Processo: 539770, UF: SP, QUINTA TURMA, Data da decisão: 16/10/2003, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 fev. 2005. No voto, o Ministro argumenta, de forma expressa, que a transação não é direito subjetivo, mas mera faculdade do titular da ação, porém eventual divergência quanto à negativa da proposta pode ser solucionada com a utilização do art. 28 do CPP.

¹²⁵⁵ A fundamentação quanto ao oferecimento, ou não, da proposta de suspensão condicional do processo, quando a pena mínima do delito não for superior a 1 (um) ano, nada obstante o silêncio do art. 41 do Código de Processo Penal, que deveria ter sido atualizado, passa a ser um dos requisitos da ação penal.

Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o juiz pode, e deve, examinar os fundamentos da recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo (STJ, HC 131.108-RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª. Turma, por maioria, julgado em 18 dez 2012).

9.1.3.1.5 – Possibilidade de o juiz deferir o pedido do autor do fato de despenalização da conduta por meio do processo, mesmo diante da recusa da transação criminal pelo Ministério Público.

Se o autor do fato tem o direito subjetivo de ter o processo solucionado sem a aplicação de pena, cabe indagar se ele pode pedir que seja concedida a transação, sem que haja a proposta do Ministério Público. Pode-se dizer que a discussão doutrinária não tem mais razão de ser, porquanto o Supremo Tribunal Federal, por meio do enunciado da Súmula 696, deixa claro que o juiz, discordando da negativa do Ministério Público, não pode conceder a transação, porém apenas se valer, por analogia, da regra inscrita no art. 28 do Código de Processo Penal.

Porém, a discussão é sobre assunto que não diz respeito diretamente à Constituição, razão pela qual, em princípio, não cabe, sequer, recurso extraordinário. É da alçada das turmas recursais emitir a última palavra sobre a possibilidade de o juiz, mesmo ante a discordância do Ministério Público, desde que a pedido do autor do fato, conceder a transação criminal no juizado especial, até porque das decisões proferidas pelos órgãos deste segmento da magistratura não cabe recurso seja para o Supremo Tribunal Federal¹²⁵⁶, para o Superior Tribunal de Justiça ou mesmo para os Tribunais Regionais Federais ou de Justiça, a não ser recurso extraordinário para o primeiro e, ainda assim, quando se trate de matéria diretamente constitucional, o que não é o caso da hipótese em foco.

Como o juizado especial possui a última palavra na matéria, mostra-se adequado insistir no assunto, até como forma de incentivo a uma tomada de posição mais ousada. Note-se que, considerada a transação como um direito subjetivo do autor do fato, este, naturalmente, pode pedir a sua proteção ao Judiciário. Assim, se na audiência preliminar o Ministério Público nega a proposta ou se omite em pronunciar-se sobre ela, o autor do fato pode pedir ao juiz que decida se ele tem, ou não, o direito à transação. Não se trata, à evidência, de concessão de ofício da transação, até porque isso, sim, é impossível, pois, para todos os efeitos, havendo ou não proposta do Ministério Público, exige-se que haja manifestação de vontade do autor do fato quanto à aceitação de que seja solucionado o processo pelo caminho da aplicação imediata de *medida alternativa propriamente dita ou restritiva*¹²⁵⁷. Portanto, na prática, o que frequentemente acontece, quando o Ministério Público não faz a proposta da transação, é o autor do fato sinalizar para o juiz, na audiência preliminar, que tem o desejo de solucionar o problema penal com base no seu direito à despenalização da conduta.

Evidencia-se, assim, que o magistrado, quando não é feita a proposta pelo Ministério Público, não age de ofício, mas sim em razão da provocação que lhe é feita pelo autor do fato. Esse pedido

¹²⁵⁶ O STF, por meio da Súmula 690, estabeleceu que “Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais.” Essa súmula, porém, foi tacitamente revogada pelo STF, conforme se observa do julgado a seguir: “A competência para o julgamento do Habeas Corpus é definida pelos envolvidos – paciente e impetrante. Competência – Habeas Corpus – Ato de Turma Recursal. Estando os integrantes das Turmas Recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, a jurisdição do tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado. Competência habeas corpus – liminar”. (STF, Pleno, HC 86834/SP, Min. Marco Aurélio, J. 23.08.2006)

¹²⁵⁷ Por questão de ordem lógica, quando o juiz discorda da negativa da proposta de transação pelo Ministério Público e opta por adotar a solução do art. 28 do CPP, antes deve consultar o autor do fato para saber se ele tem, ainda que em tese, o interesse de fazer a transação. Se o autor do fato diz que nem mesmo em tese aceita a transação, evidentemente que o juiz não vai fazer uso do art. 28 do CPP, até porque isso seria inútil e contribuiria, apenas, para a demora do processo, em razão da criação de incidente desnecessário.

feito ao juiz, na hipótese de indeferimento, comporta, em tese, impugnação por via do habeas corpus, ao fundamento da ocorrência de constrangimento ilegal. O entendimento de que o juiz não pode, a pedido do autor do fato, conceder a transação criminal é o mesmo que negar àquele o acesso à justiça. Corresponderia a dizer que, não obstante o autor do fato detenha o direito subjetivo à transação, não pode invocá-lo perante o juiz a quem distribuído o processo. Essa forma de pensar contraria um direito fundamental do nosso sistema, que é a garantia do pleno acesso à justiça. Nem se diga que a solução alvitada pelo art. 28 do CPP, do mesmo modo que ocorre quando o princípio da obrigatoriedade não é observado no ajuizamento da ação criminal pelo Ministério Público, é suficiente para assegurar o exame do direito do autor do fato.

Esse argumento, mesmo a uma análise superficial, não se sustém. Isso porque ao dever de oferecer a denúncia não corresponde um direito subjetivo da vítima ou de quem quer que seja a que a ação penal seja intentada. Observe-se que, no nosso sistema, por mais crítica que a escolha política mereça, quanto às ações penais de iniciativa pública, a titularidade é exclusiva do Ministério Público, subsistindo para a vítima o direito fundamental de manejar a ação penal subsidiária apenas e tão-somente quando aquele não se manifeste, seja para denunciar ou para pedir o arquivamento, no prazo assinalado na lei (art. 5º, LIX, da Constituição)¹²⁵⁸. Consequentemente, se o Ministério Público entende que não deve oferecer a denúncia, tenha havido ou não o incidente do art. 28 do CPP, o ofendido e, na sua falta, os seus familiares mais diretos, nada pode fazer, pois, como se disse, ele não tem o direito de ação, quando se trata de crime que desafia ação penal de iniciativa pública.

No caso da transação, a situação é diferente, pois, conforme visto, ao dever de fazer a proposta corresponde o direito subjetivo do autor da infração para que o processo seja resolvido de modo que a conduta seja despenalizada. Atente-se que é regra comezinha da ciência jurídica que a todo direito subjetivo corresponde um direito de ação para reclamar a sua tutela perante o Judiciário. Possuir o direito, mas não ter a correspondente possibilidade de invocar, quando ele sofre lesão ou apenas ameaça de sê-lo, a proteção ao Judiciário é o mesmo que um *nada jurídico* e, ademais, contrapõe-se à ideia de um Estado que se pauta pelo regime democrático, porquanto, neste modelo de organização social, o amplo acesso ao Judiciário é um princípio basilar.

A questão, portanto, não é saber se o juiz pode, *ex officio*, conceder a transação ou decidir pela despenalização da conduta do autor do fato, mas sim saber se o juiz pode, nada obstante a negativa do Ministério Público, decidir sobre o direito do autor do fato à transação, quando este demonstrar interesse nessa solução. Certamente alinhada a esse pensamento, a Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura estadual, no desempenho de elaborar súmulas interpretativas a respeito da Lei nº 9.099, de 1995, na sua décima terceira conclusão, arrematou: “Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo.”¹²⁵⁹ As críticas lançadas a essa posição têm, basicamente, dois grandes argumentos: (1) é um contrassenso falar-se em transação, quando uma das partes não concorda com a solução por essa via; e (2) na fase preliminar, na qual é debatida a transação, não existe processo, daí que, caso o juiz, diante da negativa do Ministério Público, conceda a transação, isso caracterizará instauração do processo criminal *ex offi-*

¹²⁵⁸ A queixa penal subsidiária, corretamente, está catalogada como direito fundamental. Com efeito, essa norma garante, ainda que de forma precária ou subsidiária, o acesso à justiça, outorgando ao particular o direito de acionar o Poder Judiciário nos crimes que desafiam ação penal de iniciativa pública, quando o Ministério Público, que é o titular originário, não se desincumbe de sua missão no prazo definido na lei. O dispositivo constitucional está assim redigido: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. Cf. item 9.3.3.5, *infra*.

¹²⁵⁹ Cf. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 132.

cio. Vamos examinar esses dois aspectos da questão com mais vagar.

A 5ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, examinando questão afeta à suspensão condicional do processo, que se aplica à hipótese de transação, possui precedente no seguinte sentido:

1. Tratando-se a suspensão condicional do processo de um meio conciliatório para a resolução de conflitos no âmbito da Justiça Criminal, mostrando-se como uma alternativa à persecução penal estatal, fica evidenciado o interesse público na aplicação do aludido instituto. 2. Embora o órgão ministerial na qualidade de titular da ação penal, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário. (STJ, HC 131.108-RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, m., j. 18/12/2012)

9.1.3.1.5.1 – Despenalização da conduta por meio do processo, independentemente da transação criminal.

Uma corrente doutrinária defende que o juiz pode, mesmo na negativa do Ministério Público, conceder a transação. Em contrapartida, filiando-se à corrente contrária, outros sustentam que, se assim for, não se há de falar em transação. Com razão a segunda corrente, até porque uma verdade é inescandível: é insustentável falar-se em uma transação imposta por decisão judicial. Parece evidente que toda e qualquer transação pressupõe, necessariamente, um acordo de vontades entre duas partes integrantes de uma mesma relação jurídica, na qual ambas cedem, a fim de encontrar uma solução consensuada. Todavia, o deslinde da questão perpassa por um olhar mais aprofundado.

A transação do art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, não é a única forma de se obter a solução de um processo com a despenalização da conduta do agente. Outros instrumentos se prestam para tanto, como são os casos da suspensão do processo e do perdão judicial, este previsto nas Leis nºs 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei contra a Lavagem de Dinheiro) e 9.807, de 13 de julho de 1999 (Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha)¹²⁶⁰. Na busca da melhor interpretação do art. 76 do diploma legal em destaque, pode-se dizer que a transação foi o instrumento processual concebido pelo legislador para que fosse despenalizada a conduta no Juizado Especial. A intenção legislativa foi inaugurar a solução consensuada. Assim, de ordinário, a despenalização da conduta se faz de modo consensuado, mediante a negociação convolada entre o Ministério Público e o autor do fato. Nessa hipótese, efetivamente se dá a transação. Mas quando isso não é possível devido à discordância do Ministério Público, mesmo assim o autor do fato permanece com o direito de postular ao juiz a despenalização de sua conduta, o que deverá ser acolhido por este, desde que satisfeitas as condições estabelecidas na lei.

Quando o Ministério Público não propõe a transação, portanto, não há de falar-se, propriamente em solução consensuada. Para a transação, obviamente, seria necessária a existência do acordo de vontades, o que é impossível de ocorrer quando o Ministério Público entende de não fazer a proposta. De outro lado, mostra-se insustentável tecnicamente defender que o autor do fato tem o direito de que seja materializada a transação. Não se quer aqui defender uma espécie de *transação imperativa*, o que é absolutamente desnecessário, além de incongruente. Não há, é evidente, propriamente um direito subjetivo do autor do fato à transação. Todavia, há, sim, como já foi dito acima, desde que preenchidas

¹²⁶⁰ A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Prevenção e Repressão ao Tráfico Ilícito de Substâncias ou Drogas Ilícitas), quanto aos usuários, embora estabeleça penas, elas são de (a) *advertência sobre os efeitos das drogas*, (b) *prestação de serviços à comunidade* e (c) *medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*. Ademais, autoriza a redução da pena de 1/3 a 2/3, quando o indiciado ou acusado colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

as condições previamente estabelecidas na legislação, o direito do autor do fato de que o processo seja solucionado com a despenalização de sua conduta, independentemente da transação, o que, como já salientado, a partir da Reforma Tópica de 2008, promove a extinção da punibilidade, que corresponde a sentença absolutória. Se esta existe, tanto quanto melhor, pois a solução do processo é consensual. Porém, se ela não é possível devido à resistência do Ministério Público, nada inibe o juiz, verificada a presença dos requisitos legais, de deferir a despenalização do autor do fato, com a aplicação imediata de uma medida restritiva.

O que se deve ter em mente é que o processo no juizado especial tem a alta missão política de, na medida do possível, despenalizar, no caso concreto, a conduta ilícita e, com isso, ser instrumento para a prolação de sentença que, tendo o condão de extinguir a punibilidade, para todos os efeitos, possui natureza absolutória. Essa despenalização pode ser obtida com ou sem transação, pois a negativa desta não tem o condão de infirmar o direito do autor da infração de ter a sua conduta escoimada da punição e a sua consequente absolvição, desde que atenda aos requisitos previstos na legislação de regência.

Por conseguinte, a crítica que se faz no sentido de evidenciar-se um despautério falar-se em direito subjetivo à transação ou em direito à transação mesmo com a negativa do Ministério Público não tem razão de ser, pois, em verdade, o que se verifica é o direito de o autor do fato ter a sua conduta despenalizada, a despeito de não ter ocorrido a transação. Nesse caso, quando o juiz acolhe a proposição, ele prolata sentença declaratória de extinção da punibilidade, que possui natureza absolutória.

9.1.3.1.5.2 – Natureza processual da fase preliminar do juizado especial.

A Lei 9.099, de 1995, ao disciplinar o processo criminal do juizado especial, fez a previsão de duas fases. Uma chamada preliminar, destinada, precipuamente, à solução consensual da questão criminal. A outra, de cunho contencioso, que somente tem lugar caso frustrada a solução do processo na fase anterior, com a finalidade de processar a *persecutio criminis*, cujo início se dá com o ajuizamento da ação penal. Pelo fato de a interposição da ação penal somente ocorrer na segunda fase, uma corrente doutrinária defende que, na primeira, chamada de preliminar, não há processo judicial¹²⁶¹. Chega-se a defender que a audiência preliminar, uma vez realizada antes da formulação da acusação, tem natureza extraprocessual, porém, uma vez homologada a transação pelo juiz, essa decisão adquire eficácia de título judicial¹²⁶².

Todavia, parece que não é assim. O modelo proposto para o juizado especial rompe com a processualística clássica e concebe a existência do processo criminal de jurisdição voluntária como uma etapa antecedente à fase contenciosa. Antes mesmo do oferecimento da ação penal, as partes são chamadas a juízo e, perante o magistrado, debatem quanto à possibilidade de o processo ser solucionado com a aplicação imediata de uma medida alternativa, com a consequente solução consensual da lide, sem que haja a aplicação de pena alguma. Havendo a proposta do Ministério Público e a concordância do autor do fato, firma-se a transação. Recalcitrando o Ministério Público, o juiz, caso o autor do fato queira fazer valer o seu direito a ter a sua conduta descriminalizada, verifica se ele satisfaz as condições previstas para que o processo seja solucionado por essa via e, em caso positivo, defere o pedido. Tudo

¹²⁶¹ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

¹²⁶² FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.0099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87-88.

isso ocorre, evidentemente, no exercício da atividade jurisdicional.

Por medida de economia processual e, até mesmo, para não criar dificuldade para a solução consensual, no Juizado Especial, a audiência preliminar precede, até mesmo, a ação penal. Observe-se que, até então, nos ritos processuais nos quais se dava a possibilidade de haver a solução consensual do problema criminal, como é o caso do processo e do julgamento dos crimes de calúnia e injúria de competência do juiz singular (arts. 519 e segs.), a audiência de conciliação, embora fosse marcada antes do recebimento da ação penal, era realizada quando a queixa-crime já tinha sido oferecida. Ou seja, o clima já era contencioso e, muitas vezes, os termos beligerantes utilizados na peça inicial dificultavam o desfecho pacífico da questão, pois os ânimos já estavam acirrados. Por conseguinte, o só fato de a audiência preliminar ocorrer antes do ajuizamento da ação penal não quer dizer que ela não seja um ato processual.

Nem muito menos se diga que a antecipação da audiência preliminar ao próprio ajuizamento da ação penal implica existência de processo sem a devida provocação por quem tem a legitimidade para tal, o que seria uma afronta à cláusula do *ne procedat iudex ex officio*, próprio dos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema acusatório, como é o nosso caso. Conforme aqui já foi dito, tecnicamente o rito processual do juizado especial compreende duas fases distintas, uma de jurisdição voluntária e outra, contenciosa. Cada uma delas tem a forma específica de provocação. A de jurisdição voluntária tem início com as presenças do representante do Ministério Público e do autor do fato. Note-se que, quebrando toda a concepção anterior, pela ideia do legislador, a autoridade policial, ao tomar conhecimento da ocorrência do fato criminoso, deve lavrar, no lugar do inquérito policial, apenas um termo circunstanciado e, imediatamente, encaminhá-lo, juntamente com o autor do fato e a vítima, para o Juizado Especial. Lá no juízo, encontrando-se presente o Ministério Público e havendo condições, desde logo tem início a audiência preliminar, na qual o juiz labora no sentido de incentivar a solução pacífica. A atividade jurisdicional é provocada com esse encaminhamento do termo circunstanciado.

Poder-se-ia objetar que esse entendimento é despropositado, na medida em que quem provoca a atuação jurisdicional é a autoridade policial, e não o Ministério Público, que é o legitimado para tanto. Ainda que se queira dizer que é a autoridade policial quem invoca o início do processo de jurisdição voluntária, isso não seria nenhuma anomalia, pois, em várias outras situações, é ela quem detém legitimidade para fazer pedidos ao juiz, provocando a atividade jurisdicional. De fato, em diversos casos, a autoridade policial tem legitimidade para postular a intervenção do Judiciário. Vejam-se os casos de representação para que seja decretada prisão preventiva, para que seja deferida busca e apreensão e, enfim, em todos os casos nos quais a autoridade postula a flexibilização de um direito fundamental, como ocorre no pleito de interceptação telefônica, quebra de sigilos fiscal, bancário etc. Em alguns casos, antes de decidir, quando a prévia oitiva do interessado não tem o condão de tornar ineficaz a medida, o juiz dá oportunidade ao contraditório e ainda ouve o Ministério Público, a fim de que haja manifestação sobre a pretensão da autoridade policial. Isso mostra que, conquanto em função atípica, para alguns casos, a autoridade policial possui capacidade postulatória no processo criminal.

Não se afirme que, em todos esses casos, o juiz detém o poder geral de cautela, de modo que a atividade jurisdicional poderia ser exercida, independentemente da provocação por parte da autoridade policial. Também aqui o argumento não procederia, pois, sem embargo das críticas merecidas ao instituto da prisão temporária, quando se trata dessa espécie de prisão processual, o juiz não pode agir de ofício, e, sim, somente quando provocado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público. Ademais, com a edição da Lei nº 12.403, de 2012, na fase investigatória, o juiz também não pode, de ofício, decretar a prisão preventiva.

Por conseguinte, a audiência preliminar é realizada dentro do processo criminal, momento em que

¹²⁶³ Não se pode confundir, é evidente, processo com autos. Autos é a existência do material do processo, enquanto processo é a relação jurídica que envolve as partes e o juiz.

9.1.6.2.11 – A infração constitucional alheia.

Em consonância com essa regra, somente pode solicitar a invalidade da prova ilícita a pessoa que teve o direito fundamental violado e que é prejudicada com a sua admissibilidade no processo. Diante dessa regra, se a garantia fundamental desrespeitada refere-se a outra pessoa distinta do acusado, a prova há de ser admitida, pois, em relação ao acusado em si, ela não é ilegítima. HAIRABEDIÁN assinala que a Suprema Corte americana vem, reiteradamente, adotando essa tese, porém o assunto ainda suscita muita divergência entre os tribunais estaduais, sendo certo que os tribunais da Califórnia, Vermont e Nova Jersey têm rejeitado a sua aplicação. De qualquer modo, o autor em referência acrescenta que a Suprema Corte alemã também acolhe essa teoria, posição criticada por ROXIN, para quem “... *esta teoria ignora directamente el derecho del imputado a que no solo aquellas disposiciones que han sido dictadas para proteger sus derechos sean respetadas sino también la regularidad del procedimiento seguido em su contra.*”¹⁴⁹⁹

Em nosso Direito, pela forma como o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado essas questões, a inadmissibilidade das provas ilícitas tem como escopo não apenas a proteção dos direitos fundamentais do acusado, mas também de impor o comportamento ético do Estado, de modo a respeitar os parâmetros constitucionais estabelecidos, especialmente, para limitar o seu direito de punir, daí por que a tese em destaque não tem prestígio em nosso meio. Com efeito, no julgamento do caso COLLOR, o Ministro CELSO DE MELLO¹⁵⁰⁰, ao escrever o seu voto, realçou que o princípio do *due process of law*, que serve para dar garantias aos acusados contra eventuais abusos do poder público, tem, na inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, regra que submete a atividade persecutória do poder público à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico, importando a extrapolação dessas regras na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Como se vê, essa teoria da infração constitucional alheia não tem guarida em nosso sistema.

Conquanto pareça acertada a posição do Supremo Tribunal Federal, e com ela se concorde, de qualquer sorte, essa regra de exclusão seria plenamente aplicável na hipótese em que, sendo vários os moradores de uma casa, algum deles, que não fosse o investigado, não desse o consentimento para o ingresso da autoridade policial, desprovida do mandado judicial de busca e apreensão. Ainda que se entenda que houve, diante da recusa de um dos moradores, maltrato à garantia constitucional, sendo a prova colhida em desfavor de outra pessoa, não seria o caso de ser reconhecida a sua inadmissibilidade, pois não teria havido, diante de seu consentimento, ilicitude em relação à pessoa investigada¹⁵⁰¹.

9.1.6.2.12 – A infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.

Como aqui já foi ressaltado por diversas vezes, de acordo com o sistema americano, a inadmissibilidade da prova ilícita é cláusula destinada a impedir a prática de abuso por parte dos policiais. Assim, em princípio, a prova somente deve ser considerada ilícita quando a ilegalidade advenha de ato praticado diretamente pelo agente policial. De tal modo, estariam de fora não só ilegalidades levadas a efeito por outros agentes dos organismos estatais como as ações de particulares e de autoridades estrangeiras.

No entanto, não é essa a posição da doutrina e jurisprudência brasileiras. Lembre-se do caso MAGRI e da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal elaborou a respeito da escuta clandestina

¹⁴⁹⁹ Op. cit., p. 140.

¹⁵⁰⁰ Cf. item 9.1.6.1.2, supra.

¹⁵⁰¹ Esse assunto voltará a ser debatido no item 9.4.5.3.1, infra.

¹⁵⁰² Em compasso com essa orientação do Direito Internacional, o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional,

tina realizada por particular, quando se estabeleceu, como regra, a sua ilegalidade, excepcionando-se a sua admissibilidade, apenas, quando feita no intuito de defesa.

A questão, porém, ganha maior relevo, quando se vislumbra situação que pode ocorrer em tema de cooperação jurídica internacional. Imagine-se situação em que a autoridade brasileira solicita a um determinado país estrangeiro que seja efetuada a quebra do sigilo telefônico. Ainda no plano da suposição, admita-se que, segundo a legislação do país alienígena, para a produção da diligência solicitada, não haja necessidade de prévia autorização judicial e, por isso mesmo, aquele determine que a medida seja adotada sem o pronunciamento de autoridade judicial. Finalizada a cooperação jurídica internacional mediante o encaminhamento da gravação da conversa telefônica sem autorização judicial, seria o caso de indagar-se se o acusado poderia, no processo, invocar o maltrato ao seu direito à inviolabilidade do sigilo telefônico, pois, conforme a Constituição brasileira, aquela diligência somente poderia ter sido cumprida com suporte em determinação dada por um juiz.

Pode-se dizer que o direito fundamental assegurado na Constituição não tem como barreira os limites territoriais do seu país, de modo que, mesmo se cuidando de diligência realizada em outro território, como o processo tramita no Brasil, as garantias plasmadas em nosso texto constitucional devem ser observadas. Contudo, a solução mais adequada é a recomendada pela regra de Direito Internacional, segundo a qual, na cooperação jurídica entre dois países, o ato deve ser praticado segundo a legislação daquele que presta o auxílio. Até porque, em respeito à soberania, o Estado requerente não pode impor ao requerido a sua legislação, ainda que nada impeça que, no pedido de cooperação, diante da divergência entre os sistemas jurídicos, aquele solicite que a diligência seja feita com a adoção de determinada formalidade, o que, na praxe internacional, motivada pelo princípio cooperativo, sempre é atendido, na medida em que tal não afronte a *ordem pública* do Estado requerido¹⁵⁰².

Sobre o tema, no julgamento da Extradução nº 524/DF, requerida pelo Paraguai, em decisão unânime do Pleno, o Supremo Tribunal Federal¹⁵⁰³, conquanto tenha assinalado que não se pode, sob o manto do *princípio da solidariedade* entre os países, prestar-se a cooperação jurídica internacional em colaboração com pretensões que são inadmissíveis sob a ótica dos direitos fundamentais, ressaltou que não cabe, no seu exame de legalidade, ingressar na análise do mérito ou de questões de ordem formal para o fim, neste caso, de enxergar eventuais nulidades. Merece destaque a parte da ementa assim redigida:

(...) O processo extradicional, que é meio efetivo de cooperação internacional na repressão à criminalidade comum, não pode constituir, sob o pálio do princípio da solidariedade, instrumento de concretização

elaborado pela comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, propôs, no caput do art. 27, a seguinte dicção normativa: “Os procedimentos de cooperação jurídica internacional passiva regem-se pelas disposições desta lei, aplicando-se subsidiariamente a legislação processual civil e penal”. Ressaltou-se, porém, no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, que “Será atendida a forma da lei estrangeira, quando requerida, salvo se incompatível com a ordem pública.”

¹⁵⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EXTRADIÇÃO PASSIVA. NATUREZA DO PROCESSO EXTRADICIONAL. LIMITAÇÃO JURÍDICA DOS PODERES DO S.T.F. INEXTRADITABILIDADE POR DELITOS POLÍTICOS. COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO. ASILO POLÍTICO. EXTRADIÇÃO POLÍTICA DISFARÇADA. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE EXTRADIÇÃO – INOBSERVÂNCIA DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO BRASIL/PARAGUAI. INCERTEZA QUANTO À ADEQUADA DESCRIÇÃO DOS FATOS DELITUOSOS. ÔNUS PROCESSUAL A CARGO DO ESTADO REQUERENTE. DESCUMPRIMENTO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Data da decisão: 31/10/1990. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 28 set. 2005.

¹⁵⁰⁴ Op. Cit., p. 45.

de pretensões, questionáveis ou censuráveis, que venham a ser deduzidas por estado estrangeiro perante o governo do Brasil. São limitados, juridicamente, os poderes do supremo tribunal federal na esfera da demanda extradicional, eis que esta corte, ao efetuar o controle de legalidade do pedido não aprecia o mérito da condenação penal e nem reexamina a existência de eventuais defeitos formais que hajam inquinado de nulidade a persecução penal instaurada no âmbito do estado requerente. A necessidade de respeitar a soberania do pronunciamento jurisdicional emanado do estado requerente impõe ao Brasil, nas extradições passivas, a indeclinável observância desse dever jurídico.

Observe-se que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal trazido à baila diz respeito à extradição passiva, porém reflete a principiologia adotada em tema de cooperação jurídica entre os países, no sentido de respeitar as regras de ordem formal referentes à condução dos processos judiciais de conformidade com as estabelecidas no ordenamento jurídico do País em que ele tem trâmite.

Em resumo, se a diligência feita em outro país em atendimento a pedido de cooperação jurídica internacional resta cumprida em consonância com o sistema jurídico do Estado estrangeiro, não se há de imputar, quando de sua internação no processo em curso no território nacional, a nulidade da prova, ao argumento de que não se homenageou regra expressa contemplada na nossa Constituição, razão pela qual, nesse sentido, mostra-se pertinente o acolhimento da cláusula de exclusão consubstanciada na tese da *infração constitucional alheia/estrangeira*.

9.2 – Princípio da presunção de não culpabilidade.

Antes de vicejarem as ideias revolucionárias e humanitárias propugnadas por BECCARIA, o acusado não possuía, sequer, o direito de defesa. Com uma visão além de seu tempo, o Marquês de BECCARIA disse que a absolvição do acusado não limpava a mancha lançada à sua honra, porque ele era misturado no cárcere aos condenados e porque a prisão antes da condenação, ao invés de ser uma custódia do réu, antes era um suplício, assim como era a própria pena de prisão¹⁵⁰⁴. Embora aí já se identifique a semente do princípio da presunção de não culpabilidade, o pensamento filosófico de BECCARIA ficou mais claro, quando ele, com força cogente, reclamou que “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada.”¹⁵⁰⁵ Por isso mesmo, para ele, só a força, e não o Direito, pode autorizar o juiz a aplicar a pena a um cidadão¹⁵⁰⁶, “... enquanto ainda se duvida que ele seja réu ou inocente”¹⁵⁰⁷.

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o *cidadão é réu ou inocente*, preconizado por BECCARIA na sua obra editada em 1764, foi, dois anos depois, inserido dentre as declarações dos direitos do homem, por meio da Declaração de Direitos da Virgínia, o que não é mera coincidência, mas uma sinalização muito concreta de que a obra de BECCARIA era conhecida e serviu de paradigma para os notáveis do Estado da Virgínia. O princípio foi albergado no art. 8.º, com a seguinte dicção: “Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito... de ser julgado com presteza por um júri imparcial..., o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros...”. A última parte destacada do art. 8º da Declaração de Direitos da

¹⁵⁰⁵ Ibid., p. 55. A palavra *réu*, utilizada por BECCARIA, certamente se confunde com a figura de condenado.

¹⁵⁰⁶ Em uma época em que o agente não era respeitado nem muito menos possuía direito contra a pretensão punitiva do Estado, é impressionante verificar que BECCARIA o qualificasse como cidadão.

¹⁵⁰⁷ Ibid. p. 55.

¹⁵⁰⁸ No original: “No person shall be held to answer for a capital, or other wise infamous crime, unless on a presentment or

Virgínia denota que o que foi assegurado ao agente foi o direito de *não ser considerado culpado*, senão por meio de uma decisão tomada à unanimidade pelo tribunal do júri.

Seguindo essa orientação, na declaração de direitos fundamentais enxertada à Constituição americana, mais precisamente na Quinta Emenda, está dito que “Ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri...”¹⁵⁰⁸. Sem embargo do que sobressai a uma interpretação literal do texto, JOHN R. VILE¹⁵⁰⁹ esclarece a essência do dispositivo em destaque e anota que ele, a despeito de estabelecer o sistema acusatório “... é baseado na presunção de que uma pessoa é legalmente inocente até que seja provada a sua culpa e que é melhor ter vários culpados livres do que um inocente condenado”. Por conseguinte, mesmo sem a mesma clareza redacional, o princípio de que ninguém pode ser declarado culpado sem embasamento em uma determinada certeza continuou prestigiado.

Essa cláusula foi acolhida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no seu art. 6º, sendo assim escrita: “Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado...”. Com a declaração francesa, empregou-se, pela primeira vez, a expressão *presumido inocente*, daí por que, nesse sentido, procede a afirmação de GRANDINETTI, segundo a qual foi, na célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que apareceu, em um texto legal, o princípio com essa expressão¹⁵¹⁰.

Se, no cenário internacional, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade é consagrado desde as primeiras declarações dos direitos do homem¹⁵¹¹, no nosso sistema jurídico, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal (STF, HC 67707-0/RS. Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Primeira Turma, j. em 07/11/80, DJ de 14/08/92, p. 12.225). Não tendo merecido a atenção expressa das Cartas anteriores, a consagração desse princípio dentre os direitos fundamentais é uma das inovações da Constituição de 1988.

Consoante a redação do art. 5º, LVII, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Parte dos doutrinadores identifica, aí, a chancela do que se convencionou chamar de princípio da *presunção de inocência*. Outros, acreditam que, em verdade, o que o dispositivo constitucional anuncia é o princípio da *presunção de não culpabilidade*. No Direito comparado, o princípio encontra guarida nos textos constitucionais dos países democráticos. Em investigação às Constituições que influenciaram mais de perto a elaboração da Carta Magna de 1988, observa-se que a Constituição da Espanha assegura, na qualidade de direito fundamental, que “Todos têm direito ... à presunção de inocência.” (art. 24, 2), a de Portugal que “Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação..”, e a da Itália que “O acusado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”¹⁵¹².

Em resumo, nota-se desse bosquejo histórico do princípio em exame que a presunção de não culpabilidade foi pensada por BECCARIA e adotada nas Constituições do Estado da Virgínia e dos

indictment of a Grand Jury” Na tradução feita por COMPARATO: “Ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia de um júri de acusação (grand jury)...” (Op. cit., p. 108)

¹⁵⁰⁹ VILE, John R. *A companion to the united states constitution and its amendments*. 3. ed. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001. p. 157. (“... is base on the presumption that an individual is legally innocent until proven guilty, and that it is better for many guilty individuals to go free than for any innocent person to be falsely convicted.”)

¹⁵¹⁰ *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 70.

¹⁵¹¹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em 1948 pela ONU, a Convenção do Conselho da Europa e o Pacto de São José da Costa Rica falam, expressamente, no princípio da presunção de inocência.

¹⁵¹² No original da Constituição italiana, o preceito assim está redigido “L'imputato no è considerato colpevole sino allá condanna definitiva.”

¹⁵¹³ Essa origem direta do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 foi logo revelada pelo então juiz WÁLTER FANGA-

Estados Unidos com essa conotação, somente passando a ser tratada como *presunção de inocência* a partir da declaração de direitos enunciada na Revolução Francesa. Disso resulta que, na França, Espanha e Portugal, está assegurado o direito à *presunção de inocência*, ao passo que, nos Estados Unidos, na Itália e no Brasil, o princípio foi catalogado como *presunção de não culpabilidade*. Aliás, a dicção normativa eleita para o princípio pelo constituinte brasileiro é praticamente a mesma utilizada na Constituição italiana, circunstância que evidencia não só sua fonte inspiradora, como também que o constituinte brasileiro, embora fortemente influenciado pelas disposições da Constituição portuguesa, em relação ao preceito em causa, afastou-se expressamente da orientação lusitana¹⁵¹³.

Apresenta-se de todo relevante a terminologia da mencionada cláusula, pois, como acentua CARLA FERNANDES, “... haja vista a sua correta dicção ter o condão de mensurar seu alcance aplicativo, justificar e legitimar sua incidência, tornando, ademais, límpida sua razão de existir.”¹⁵¹⁴ A escolha do constituinte brasileiro merece aplausos, pois, na verdade, nenhum país adota propriamente o princípio da *inocência*, porque isto inviabilizaria por completo o sistema processual, especialmente quanto às medidas de natureza cautelar. Se *presunção de inocência* houvesse, no desiderato de respeitar a essência desse princípio, para iniciar-se um processo, a prova quanto à participação do agente deveria ser idêntica àquela que dá a certeza material.

9.2.1 – Posição da doutrina e da jurisprudência quanto à nomenclatura *presunção de não culpabilidade* ou *presunção da inocência*.

A doutrina e a jurisprudência costumam falar em princípio da *presunção de inocência* como preceito que se faz sentir no inquérito policial e no processo judicial, o que, como se tentará apresentar, não se mostra adequado. O constituinte, nesse passo, foi extremamente feliz, ao cuidar de utilizar a palavra *não culpabilidade*, com isso querendo dizer que o acusado não pode sofrer punições antecipadas, só sendo admissível a declaração de sua culpabilidade havendo a certeza (*verdade real*). Com efeito, a Constituição não assegurou que todo homem é considerado inocente até a prova de sua culpabilidade, mas sim que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença criminal condenatória. Essa assertiva, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não tem o condão de fragilizar a garantia constitucional, pois, em verdade, serve para defender o cumprimento de sua essência.

MANZINI¹⁵¹⁵, apud CARLOS RUBIANES¹⁵¹⁶, identificava um certo paradoxo e mesmo irracionalidade na expressão *presunção de inocência* como garantia presente nos inquéritos e nos processos criminais, visto que, segundo ele, isso significaria a impossibilidade de proceder-se à custódia preventiva e outras providências que têm como pressuposto a existência de elementos tidos como válidos para justificá-las, na medida em que elas não têm como lastro a prova da culpabilidade, mas sim apenas indícios de autoria. Para aquele autor, melhor seria dizer que há, no processo criminal, mais uma *presunção de culpabilidade* do que de *inocência*, até porque, “... *si se presume la inocência del imputado, pregunta el buen sentido, ¿por qué entonces procede contra él?*”¹⁵¹⁷ Não há de negar-se que a indagação do processualista italiano é inquietante.

NIELLO MAIEROVITCH (*Presunção de não culpabilidade*. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. n. 126, p. 96.

¹⁵¹⁴ BRITO, Carla Maria Fernandes. *Arcabouço teórico do princípio da não culpabilidade no sistema jurídico penal brasileiro*. 2003. 61f. Especialização (Especialização em Direito) – Especialização em Direito, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Natal, 2003. p. 50.

¹⁵¹⁵ Cf. 1.3.8, supra.

¹⁵¹⁶ *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1985. v 1. p. 77.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 77-78.

¹⁵¹⁸ Apud RUBIANES. Op. cit., p. 79.

Tenha-se presente que como garantia ao cidadão de não se ver, sem motivo nenhum, sob o constrangimento de responder a inquérito policial ou mesmo a processo criminal, tem-se como regra que, para o indiciamento ou acusação de alguém, deve existir uma *culpa sumária formada*, escorada na certeza de que o crime realmente ocorreu (materialidade) e de indícios de que aquela pessoa, à qual imputada a conduta ilícita, tenha sido a responsável pelo fato. Em outras palavras, para que uma pessoa seja apontada como autora de uma ação delituosa, quer na fase do inquérito, quer do processo judicial, exige-se que haja *justa causa* para a imputação.

Acertada, assim, a iniciativa do legislador, em estabelecer, mediante a Lei nº 12.830, de 20 de julho de 2013, que o indiciamento deverá ser “fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias” (art. 2º, §6º).

A presunção de inocência, nesse sentido, entra em rota de colisão com a própria lógica garantista do sistema criminal. VÉLEZ MARICONDE¹⁵¹⁸, na tentativa de contornar, doutrinariamente, essa incongruência, informa que não há, propriamente, a consagração de uma presunção de inocência, mas de um *estado jurídico* segundo o qual ele é inocente até que a sua culpabilidade seja declarada em uma sentença, o que não impede a imposição, durante o processo, de medidas embasadas na *presunção de culpabilidade*.

Acatando essa tese, RUBIANES¹⁵¹⁹ diz que, para todos os efeitos, o acusado é considerado inocente durante o transcurso de todo o processo, situação jurídica que só se modifica após a declaração final da culpabilidade por meio da sentença, sem que isso impeça, porém, que “... en forma más o menos intensa, aparezca em el proceso una presunción de culpabilidad, que justifique medidas em su contra.” À objeção feita por CLARÍA OLMEDO quanto a essa linha de raciocínio, sob o argumento de que, se o processo criminal em rigor contempla uma presunção de culpabilidade, isso implicaria afirmar que o ônus da prova em contrário caberia ao acusado, RUBIANES¹⁵²⁰ contrapõe que tal não ocorre, pois a acusação tem de transformar aquela presunção de culpabilidade em certeza de responsabilidade penal, sob pena de o estado de inocência continuar incólume.

Referindo-se ao princípio da inocência declarado como direito fundamental do homem por diplomas internacionais e acatado no ordenamento jurídico colombiano¹⁵²¹, LONDOÑO HIMÉNEZ¹⁵²² reconhece que, tal como se há entendido em sua plenitude, “... dicho principio no es fácil que tenga plena eficacia dentro del proceso penal” e admite que “... dados los actos jurídicos que necesariamente deben producirse dentro del proceso penal, a la luz de nuestra ley, queda la sensación de que la presunción es la contraria, es decir, la de culpabilidad.”¹⁵²³

O doutrinador colombiano constrói o pensamento de que, à medida que o processo judicial vai aprofundando-se em provas contrárias ao acusado, na mesma intensidade vai diminuindo a presunção de inocência. Ele diz que o princípio em referência vai destruindo-se gradualmente, “... por la situación de captura em estado de flagrancia o cuasiflagrancia, por una orden de captura escrita, por la indagatoria, por el auto de privación de la libertad, por el enjuiciamiento, por la comparencia en la calidad de procesado a la audiencia pública, por el veredicto condenatorio, etc”. Meditando sobre o assunto, EUGENIO FLORIÁN¹⁵²⁵ aponta que, em muitas situações, devido à robustez da prova contra o acusado,

¹⁵¹⁹ Op. cit., p. 79.

¹⁵²⁰ Ibid. p. 79.

¹⁵²¹ Art. 3º do Código de Processo Penal colombiano: “Toda persona a quien se atribuya um heco punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad em setencia ejecutoriada.”

¹⁵²² *Tratado de derecho procesal penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1989. t. 1, p. 17.

¹⁵²³ Ibid., p. 18

¹⁵²⁴ Ibid., p. 19

¹⁵²⁵ Apud JIMÉNEZ. Op. cit., p. 19.

a presunção de inocência pode *descartarse y eliminarse, sem que isso se relacione, efetivamente, com “... ninguna presunción, sino que, por el contrario, encierra elementos de prueba que se manifiestan desde el comienzo y que revelan um estado de hecho desfavorable al acusado. Aquí la presunción de inocência está ausente, no por razones teóricas sino de hecho, o, por lo menos, tal presunción se vé rápidamente eliminada por elementos adversos.”*

Em crítica aos que defendem a presença do princípio da inocência como cláusula retora do processo criminal, GIOVANE LEONE¹⁵²⁶ adverte que isso comporta uma inversão do sentido lógico e jurídico do sistema em si, daí por que é mais apropriado dizer que *“Mientras hay um procedimiento en curso, no hay ni culpable ni inocente, sino unicamente indiciado: solo en el momento en que recaiga en la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o inocente.”* De forma mais precisa, BETTIOL¹⁵²⁷, prestando atenção ao sistema italiano, verifica que, ao contrário da expressão utilizada no art. 6º da Convenção europeia dos direitos do homem, a Constituição da Itália, no seu art. 27, não expressa tecnicamente uma presunção de inocência, pois, se assim fosse, diante da passividade do Ministério Público em produzir as provas suficientes para a condenação, o *“juiz debería absolver al imputado porque a favor de este juzgaría una presunción de inocencia.”*

Na doutrina nacional, a discussão também é acirrada. MIRABETE¹⁵²⁸, com esteio em lição de FLORIAN, defende que não existe uma presunção de inocência, mas apenas uma tendência de presunção de inocência, *“... ou, mais precisamente, um estado de inocência.”*, chegando mesmo a concordar com CARLOS RUBIANES, quando o autor argentino afirma que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade penal. MARCELO FORTES BARBOSA, partindo do pressuposto de que a fonte de nosso princípio advém da Constituição da Itália, igualmente defende que o princípio é o da não culpabilidade. Já CAPEZ¹⁵²⁹, embora sem maior profundidade, fala, uma hora, em estado de inocência e, em outra, em presunção de inocência. Em sentido contrário, TOURINHO FILHO¹⁵³⁰ sustenta que a nossa Constituição consagrou o princípio da inocência encartado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, emitida pela ONU em 1948¹⁵³¹.

Na jurisprudência brasileira, há julgados nominando o princípio de presunção de inocência e da não culpabilidade. O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 9, deu preferência à expressão presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal, porém, principalmente em suas últimas decisões, tem preferido empregar a expressão presunção de não culpabilidade, o que parece ser de melhor técnica¹⁵³².

9.2.2 – Princípio da presunção de não culpabilidade como expressão mais correta.

Não fosse a circunstância de o constituinte brasileiro ter adotado, expressamente, a orientação italiana, no sentido de que não se presume a inocência, mas sim a não culpabilidade, questões de ordem lógica e mesmo jurídica conduziriam a pensamento nesse sentido. Sem querer aqui apresentar uma visão reducionista do princípio, não se pode deixar de perceber que um dos reflexos mais contundentes desse princípio incide sobre a questão da prova, conferindo validade ao princípio do *favor rei* ou do

¹⁵²⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵²⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973. p. 265.

¹⁵²⁸ *Proceso penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 42.

¹⁵²⁹ *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 37.

¹⁵³⁰ *Proceso penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 62.

¹⁵³¹ Art. 11: “Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law” (Tradução livre: “Toda pessoa que responde a processo criminal será considerado inocente até ser provada a sua culpa de acordo com a lei”).

¹⁵³² No STF: a) julgados que adotam o princípio da presunção de não culpabilidade: HC, Primeira Turma, Rel. Ministro

*in dubio pro reo*¹⁵³³. A doutrina e a jurisprudência reconhecem que esse princípio declarado na Constituição tem o condão de estabelecer que as prisões processuais possuem natureza cautelar e, como se verá mais adiante, permite também que se privilegie o *status libertatis* do acusado no embate que ele trava, durante a relação processual, com o *jus persequendi* exercido pelo Ministério Público em nome da sociedade.

No Superior Tribunal de Justiça, instaurou-se divergência, entre a Quinta e Sexta Turmas, quanto à admissibilidade, ou não, de serem considerados como maus antecedentes processo e inquéritos em andamento. Essa divergência foi superada com a edição pelo STJ da Súmula 444, no sentido de que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.” O Supremo Tribunal Federal tinha precedente em sentido contrário¹⁵³⁴, porém, posteriormente, na decisão do pleno quando da apreciação do Recurso Extraordinário 591054/SC, em julgamento sob regime de repercussão geral, a adotar a orientação do Superior Tribunal de Justiça¹⁵³⁵.

Em outra leitura, o princípio sinaliza que, para a adoção de providências contrárias ao acusado, a justificativa deve repousar em uma *verdade material*, e não apenas *formal*, pois, na dúvida, a decisão deve ser em prol do inculpatado. Como decorrência desse princípio, para que seja autorizada decisão contrária ao acusado, exige-se que o juiz tenha apoio em provas inquebrantáveis, dissipando eventuais dúvidas quanto ao acerto da posição adotada. Os argumentos apresentados quanto à incongruência de um princípio da inocência residem, justamente, no fato de ser permitida a adoção de várias providências de ordem criminal contra uma pessoa, sem que contra ela se tenha uma certeza de sua culpabilidade.

Note-se que, conquanto se exija um suporte probatório mínimo para que, pelo menos, seja instaurado um inquérito policial¹⁵³⁶ ou processo criminal contra alguém, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal sanável por via do habeas corpus, em nenhum momento se garante à pessoa que ela somente poderá ser indiciada ou acusada caso se tenha prova de sua culpabilidade. Pelo contrário, a própria legislação entende que é suficiente, para que a pessoa seja indiciada ou denunciada, a existência de culpa sumária ou suporte probatório mínimo. A garantia que a pessoa tem se resume em não ser

CELSE DE MELLO, j. 07.11.89, RTJ 141/816 e RT 690/380; HC 71.918-0, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJU 17.11.95, p. 39.206; HC 76.592-6, Segunda Turma, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJU 30.10.98, p. 3; RHC, Segunda Turma, Rel. Ministro PAULO BROSSARD, j. 13.04.92, RTJ 142/254; HC 83.728, Primeira Turma, DJ 23.04.2004, p. 25; b) julgado que adota o princípio da presunção de inocência: HC, Primeira Turma, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, j. 26.4.94, RTJ 159/213; c) julgados que utilizam as duas expressões: HC 81964 Primeira Turma, Rel. Ministro GILMAR MENDES, j. 10.12.2002, DJ 28.02.2003, p. 16. HC 80535/SC, Primeira Turma, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 12.12.2000, DJ 02.03.2001, p. 03.

¹⁵³³ O Ministro CELSE DE MELLO, em voto dado na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que o princípio é o da *não culpabilidade*, embora não afaste outros reflexos que dele decorrem, arremata que o seu “... domínio de incidência mais expressivo é o da disciplina da prova.” (In *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 219)

¹⁵³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1. HABEAS CORPUS. 2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. PROCESSOS E INQUÉRITOS EM ANDAMENTO. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. RESSALVA DE UMA MELHOR ANÁLISE DA MATÉRIA. 4. HABEAS CORPUS INDEFERIDO, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: HC – Processo: 81.974, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 22/10/2004, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 17 fev. 2005.

¹⁵³⁵ “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17/12/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2631969&numeroProcesso=591054&classeProcesso=RE&numeroTema=129>. Acesso em: 19 mai. 2015.

¹⁵³⁶ É importante ter presente a diferença entre instaurar inquérito e proceder ao indiciamento. Não raro, a autoridade policial instaura o inquérito sabendo, apenas, que ocorreu o ilícito, não tendo, em alguns casos, sequer um suspeito. Assim, em obediência ao princípio da obrigatoriedade, com base apenas na notícia de que um crime pode ter ocorrido, a autoridade policial instaura o inquérito. Todavia, para indiciar alguém ela precisa reunir não apenas provas que de fato o crime ocorreu, como também indícios de que aquela pessoa perpetró o ilícito.

¹⁵³⁷ Note-se que os fundamentos para a decretação de toda e qualquer medida cautelar criminal de ordem pessoal passou

molestada na esfera jurídica de sua liberdade e quanto à honra sem que haja ao menos provas de que o fato ocorreu e indícios de que ela seja a responsável.

Por isso mesmo, a autoridade policial, ao fazer o indiciamento, não parte de nenhum juízo de certeza quanto à culpabilidade, do mesmo modo como procede o Ministério Público quando do oferecimento da denúncia. Para eles, bastam a materialidade e indícios de autoria, o que significa dizer que, mesmo na dúvida, eles devem levar adiante a *persecutio criminis*, assim como ocorre, até mesmo, em relação ao magistrado. Aliás, pertinente lembrar que, em diversos momentos do processo, para tomar uma decisão contrária aos interesses do acusado, o juiz não precisa do auxílio da verdade material. A procedência dessa assertiva se mostra já na primeira decisão dada pelo juiz no processo, que diz respeito ao juízo de admissibilidade da denúncia. Nesse momento, o magistrado se contenta, para proferir decisão desfavorável aos interesses do réu, em observar se há elementos probatórios pertinentes à materialidade e indícios quanto à autoria. Se o princípio fosse da inocência, ou mesmo se ele se fizesse sentir em todo e qualquer momento do processo, o juiz, sem base em uma prova conclusiva quanto à culpabilidade, não poderia admitir a denúncia.

Várias outras decisões dadas pelo julgador ao longo do processo podem ser citadas como exemplo. Veja-se o caso da decretação da prisão preventiva. Se os fundamentos – *periculum libertatis* – estão embasados na necessidade de garantia da ordem pública ou econômica/evitar a prática de infrações penais¹⁵³⁷, para a investigação ou a instrução criminal, ou de assegurar a aplicação da lei penal, os requisitos – *fumus boni iuris* reclamados para que o juiz esteja autorizado a determinar a privação do direito de liberdade a quem ainda não foi considerado culpado, circunscrevem-se à prova da existência do crime e aos indícios suficientes da autoria (art. 312, segunda parte, do CPP)¹⁵³⁸.

Não se vai aqui defender que, devido à exigência de culpa sumária para que alguém seja indiciado na esfera policial ou denunciado perante o juízo, ao invés da presunção de inocência, vigora mesmo uma presunção de culpabilidade, a qual, para autorizar a condenação, precisa transformar-se, no final do processo, em certeza da culpabilidade. O que se quer evidenciar é que o nome técnico correto é mesmo o da presunção de não culpabilidade, até porque ele somente vigora, em toda a sua essência, quando o juiz, com o seu pronunciamento, pode firmar a culpabilidade do acusado.

Pode-se dizer que quando o magistrado analisa um pedido principal ou incidental que não é de condenação do acusado, esse princípio em comento não tem incidência. Tome-se como primeiro parâmetro o que ocorre na apreciação de toda e qualquer decisão interlocutória, e não apenas em relação àquela com a qual o Juízo analisa o recebimento da denúncia. Nelas, o juiz não decide se o acusado é, ou não, culpado, pelo que, para decidir contra o interesse deste não há necessidade de que o decreto jurisdicional tenha como lastro a verdade material, sendo suficiente a formal, que se baseia na prova quanto à existência do crime e de indícios de autoria¹⁵³⁹. Em alguns casos, como na busca e apreensão, basta a suspeita de que a pessoa oculte arma proibida ou objeto relacionado a um crime (art. 240, § 2º, do CPP).

A verdade da afirmação feita manifesta-se com mais força, quando se examina o que ocorre nos

a ser disciplinada no art. 282, I, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011. Dessa forma, a leitura harmônica dos arts. 282, I, e 312, primeira parte, do CPP, leva à conclusão de que, para todos os efeitos, doravante, seguindo o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, para fins legais, a decretação de medida cautelar tendo como fundamento a manutenção da ordem pública ou econômica só está autorizada quando se mostra necessária para evitar a prática de infrações. Cf. item 9.6.5.1.1, *infra*. Cf. SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 436-439 e 451-455.

¹⁵³⁸ Cf. item 9.6.5.1.1, *infra*.

¹⁵³⁹ Podem ser mencionadas todas as medidas cautelares de ordem criminal (escuta telefônica, quebra de sigilo etc), a começar pela prisão preventiva.

¹⁵⁴⁰ Cf. item 9.6.5.1.4, *infra*.

processos da competência do tribunal do júri. No final da primeira fase, após as razões finais, os autos vão conclusos para julgamento, a fim de que o órgão julgante pronuncie, impronuncie, desclassifique o crime para outro que não seja da competência do tribunal do júri ou então absolva liminarmente o acusado. O juiz, em nenhuma dessas hipóteses, decide se o incriminado é culpado ou inocente, apenas remete o processo para o tribunal do júri, a fim de que lá ele seja julgado. É um mero juízo de admissibilidade do julgamento perante o referido tribunal. Por isso mesmo, para pronunciar, é suficiente que o julgador se convença da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor (art. 413, caput, do CPP). Ele não faz um juízo de culpabilidade, senão de que há provas nos autos que justificam o julgamento pelo tribunal do júri. Não se há de falar, portanto, em aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade¹⁵⁴⁰. Ademais, a doutrina e a jurisprudência defendem que, na dúvida, entre pronunciar ou impronunciar, o juiz deve inclinar-se para a primeira, pois, nesse caso, aplica-se o *in dubio pro societate*.

Todavia, o que mais reforça essa tese é quando se observa o que acontece em relação à absolvição sumária. No procedimento relativo ao tribunal do júri, tendo em conta que o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é o conselho de sentença, formado por pessoas leigas recrutadas da sociedade, a doutrina e a jurisprudência possuem posição consolidada no sentido de que o magistrado, na dúvida, deve pronunciar o acusado. Não sendo esse o caso, ele deve impronunciar, o que significa que a decisão somente faz coisa julgada formal, de modo que permite, enquanto não verificada a prescrição, a reabertura do caso, desde que coligidas novas provas sobre o fato ilícito. A absolvição sumária, que é a decisão com a qual o juiz diz que o acusado é inocente da acusação ou é inimputável, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência, só é possível quando o juiz tiver a certeza da inculpabilidade ou da inimputabilidade. Aqui, inverte-se a lógica do processo: para absolver, a decisão do juiz, na sua motivação, tem de estar acompanhada de prova robusta em prol do acusado – prova material.

Na sapiência de SEABRA FAGUNDES¹⁵⁴¹, na seara do tribunal do júri, “A prova para dar lugar à absolvição, com base em causa excludente da imputabilidade, deve ser tão plena e segura como a que exige da autoria e materialidade do delito para a definitiva condenação.” Essa posição da doutrina e da jurisprudência brasileiras só é sustentável a partir do momento em que se admita que o princípio sufragado em nosso ordenamento jurídico é o da presunção de não culpabilidade, de modo que ele está presente, em sua essência, nos momentos em que o juiz, com a sua decisão, pode reconhecer a culpabilidade do denunciado. Assim, como na primeira fase do tribunal do júri, especialmente na absolvição sumária, o juiz não pode fazer juízo de valor quanto à culpabilidade, pois, quando muito, só lhe é permitido inocentar o acusado, não há de falar-se, aqui, em princípio do favor rei ou do *in dubio pro reo*.

Tendo em conta essa premissa, a absolvição sumária prevista para os demais procedimentos, inovação introduzida com a primeira etapa da Reforma Tópica de 2008¹⁵⁴², também é orientada pelo princípio do *in dubio pro societate*. Como já tivemos a oportunidade de dizer, a absolvição sumária é “... uma decisão de exceção, que somente deve ser dada nas hipóteses em que o juiz está seguro, com base na robustez da prova, de que o acusado deve ser, independentemente da instrução do processo,

¹⁵⁴¹ Apud BARROS; Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 254.

¹⁵⁴² Mais especificamente, em razão da redação determinada no art. 397 do CPP pela Lei nº 11.719, de 2008. A própria redação dos incisos do art. 397 do CPP demonstra que, exceto quanto à absolvição sumária com base na extinção da punibilidade, questão objetiva, nas demais hipóteses, o juiz precisa estar fulcrado em juízo de certeza. Vejam-se as expressões grifadas nos incisos 397 do CPP: “I – a existência *manifesta* de causa excludente de ilicitude do fato; II – a existência *manifesta* de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato *evidentemente* não constitui crime; ou V – extinta a punibilidade do agente.” (Grifamos).

¹⁵⁴³ Cf. SILVAJÚNIOR, Walter Nunes da. *Reformatópica do processopenal*, p. 171.

desde logo absolvido.¹⁵⁴³ Por conseguinte, para encerrar prematuramente o processo, com prolação de sentença absolutória, o juiz precisa ter a certeza material da inculpabilidade, da inimputabilidade ou de que, efetivamente, o fato imputado ao acusado não constitui crime.

Essa característica é insita à revisão criminal, não apenas porque aqui há uma sentença condenatória transitada em julgado, mas porque com ela não se pode condenar ou piorar a situação da pessoa, mas apenas absolvê-la ou melhorar a sua situação. O mesmo ocorre em relação ao habeas corpus, de modo que, quando ele visa a extinção de processo sob o fundamento de que o acusado é inocente, para que seja decidido pela procedência do pleito, é preciso que a prova da inocência seja evidente¹⁵⁴⁴.

Essas considerações permitem concluir que a expressão mais correta é mesmo presunção de não culpabilidade, que é da preferência do Supremo Tribunal Federal e, ademais, reflete melhor qual é o seu verdadeiro sentido, pois, sem que isso represente redução de seu alcance, situa melhor a cláusula constitucional em relação ao seu domínio de incidência mais expressivo, que é em relação ao campo da prova¹⁵⁴⁵.

De qualquer sorte, o mais apropriado, porém, é fazer-se uma distinção que se apresenta sobremaneira importante, a fim de asseverar que o preceito encartado em nossa Constituição dá azo a que se enxergue nele não apenas uma presunção de *não culpabilidade*, como igualmente uma *presunção mesmo de inocência*.

Em obséquio aos diplomas internacionais que conferem preferência à nomenclatura direito ao silêncio e, ademais, em compasso com o argumento da exigência da culpa sumária (materialidade e indícios de autoria) para o indiciamento ou a existência do processo criminal, pode-se asseverar que, para todos os efeitos, essa expressão, *lato sensu*, engloba a presunção de inocência *stricto sensu* e a presunção de não culpabilidade.

A presunção *stricto sensu* será abordada no item 9.2.6, infra, e diz respeito, apenas, ao que se exige para o indiciamento no inquérito e a existência do processo criminal.

9.2.3 – A verdade real, in dubio pro reo ou favor rei como decorrência do princípio da não culpabilidade e seu alcance em relação à prova.

Do princípio da presunção de não culpabilidade é que decorre o do *in dubio pro reo*, pelo que leva à conclusão de que a regra que determina o magistrado a decidir, na dúvida, em favor do acusado, somente se aplica quando ele estiver para julgar sobre a culpabilidade ou não. Em outra análise, esse princípio insere, no âmbito do processo criminal, o que se convencionou chamar favor rei ou de verdade material. Tal princípio consagra a máxima construída pela inteligência de CARRARA¹⁵⁴⁶ ao ensinar que, para a sociedade, era preferível absolver um culpado do que condenar um inocente, até porque, se outro não fosse o motivo, a condenação do inocente representa um mal concreto e real, enquanto a absolvição do culpado tem apenas a potencialidade de causar um perigo de lesão social.

Conquanto o alcance do princípio sirva para estruturar o próprio sistema criminal no sentido de

¹⁵⁴⁴ STF, RHC 68.525/DF, Segunda Turma, Rel. Ministro Paulo Brossard, j. 13.04.92, DJ de 12.06.92, p. 9.028.

¹⁵⁴⁵ Observe-se que, mesmo sob a nomenclatura de princípio da presunção de não culpabilidade, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que esse postulado tem como consequência a concepção de que a prisão processual possui natureza acautelatória, de modo que somente deve ser decretada em situações excepcionais, nas quais haja plena justificativa para que assim seja (cf. HC 80.719, Primeira Turma, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. 26/06/2001, DJ 28.09.02, p. 37). Os reflexos do princípio da não culpabilidade em relação à prisão processual serão abordados mais adiante.

¹⁵⁴⁶ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora LZN, 2002. v. 2. p. 292-293.

¹⁵⁴⁷ A verdade material, em sua essência, quer dizer que o juiz, ao julgar, deve estar o mais aproximado possível da realidade

privilegiar e dar maior tutela na relação processual ao direito de liberdade do acusado, a repercussão mais direta do princípio da presunção de não culpabilidade incide quanto à determinação de sobre quem recai o ônus da prova e da força que lhe deve ser dada. Conseqüência lógica do princípio da não culpabilidade é que o juiz, para condenar alguém, deve escorar-se na verdade real ou material¹⁵⁴⁷, uma vez que, na dúvida, ele deve aplicar o *favor rei* ou o brocardo do *in dubio pro reo*.

Como o princípio da não culpabilidade é insito ao processo criminal, sem repercussão no processo civil, diz-se que uma das distinções basilares entre um e outro é justamente porque aquele se lastreia pela verdade material, enquanto o segundo deve-se ater à verdade apenas formal. Dessa forma, a verdade real como princípio reitor do processo criminal se baseia na premissa de que não interessa à sociedade encontrar *um* culpado, mais sim *o* culpado, pois a área de segurança afetada com a ação ilícita somente terá possibilidade de ser recuperada ou ter amenizado o gravame a ela causado, caso o verdadeiro responsável pelo delito seja chamado a sua responsabilidade. Ou seja, a função do processo criminal é encontrar o culpado e fazer incidir sobre ele as medidas adequadas para reorientá-lo quanto ao convívio em sociedade. No processo civil, via de regra, o que está em jogo são interesses particulares, que podiam ter sido resolvidos extraprocessualmente, daí por que a resolução do problema da responsabilidade pode ser encontrada das mais variadas formas, até mesmo com a assunção por terceiros da obrigação de dar, fazer ou prestar o que é devido pelo réu. Como a resolução da questão cível prescinde da identificação da culpabilidade do réu, o assunto pode ser tratado com base em uma verdade meramente formal, qual seja, aquela admitida pelas partes ou que está disposta nos autos.

Todavia, a questão precisa ser mais bem explicada. No processo penal, não raro, a decisão é tomada com base em uma verdade meramente formal e, em alguns casos, ela é, até mesmo, consensual, como ocorre nas hipóteses de transação e de suspensão condicional do processo. Ninguém dirá que, quando o juiz, em obséquio ao princípio da não culpabilidade, absolve o acusado por insuficiência de provas, a sentença se apoia na verdade real ou material. Nesse caso, a verdade que autoriza a sentença absolutória é a formal. Do mesmo modo, observe-se que, ao longo do processo, o juiz exara decisões que têm como supedâneo a mera verdade formal, como ocorre nas decisões interlocutórias, pois nelas o juiz firma a sua convicção quanto ao atendimento do pleito do Ministério Público – mesmo quando essa decisão importa em privação da liberdade do acusado –, apenas com base na materialidade do crime e indícios da autoria.

Como se vê, não é correto asseverar que o processo criminal é inteiramente regido pelo princípio da verdade real, visto que esta, pelo fato mesmo de decorrer do princípio da presunção de não culpabilidade, informa que o Ministério Público, para conseguir a procedência de sua pretensão acusatória, tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do dever-poder de punir, porquanto o juiz somente pode condenar o agente com base na certeza de que ele é culpado. Vendo as coisas pelo pólo passivo da relação processual criminal, tem-se que o acusado, além de não ter o ônus de provar a sua inocência, deve ser absolvido, caso reste dúvida quanto a sua culpabilidade. Mantendo a análise sob esse ângulo, pode-se dizer que o princípio da não culpabilidade dá ao acusado o direito de ter uma sentença absolutória que não tem como certa a sua inocência, mas sim a dúvida de que ele seja culpado, ou não. Em outras palavras, essa sentença absolutória não é feita com base em uma verdade material, senão em uma verdade formal.

O expendido acima autoriza a conclusão de que a verdade real é um princípio que deve ser observado nas sentenças condenatórias, mas não quanto à sentença absolutória calcada na insuficiência de provas¹⁵⁴⁸, o que reforça, ainda mais, a tese de que a nomenclatura correta do princípio é presunção

fática que permeia o caso.

¹⁵⁴⁸ Observar o que foi dito da absolvição sumária.

de não culpabilidade, pois diz respeito ao juízo de culpabilidade, e não a toda e qualquer decisão ou momento processual.

9.2.4 – O alcance do princípio da presunção de não culpabilidade e sua inaplicação às atuações da autoridade policial e do Ministério Público.

Conforme foi visto nos itens anteriores, o princípio da não culpabilidade tem seu alcance propriamente dito relacionado ao momento em que o magistrado vai fazer o seu juízo de culpabilidade do acusado. Isso explica o motivo pelo qual o princípio *in dubio pro reo* não se faz sentir quando do juízo de admissibilidade da denúncia, na decisão de medida cautelar, aí incluída a decretação de prisão preventiva – a sua repercussão em relação à prisão processual é apenas para estabelecer que ela só é admissível com natureza cautelar –, na apreciação de habeas corpus, em revisão criminal e nas decisões de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e de desclassificação.

O alcance do princípio da não culpabilidade, sumariamente, estabelece que (1) só se admite a decretação de prisão do acusado, antes da sentença definitiva, a título de medida cautelar; (2) o acusado não tem o dever de provar a sua inocência, recaindo sobre o Ministério Público o ônus de provar a culpabilidade daquele¹⁵⁴⁹; e (3) para condenar o acusado, o juiz deve ter como base a plena convicção da culpabilidade (verdade material), sendo suficiente, para a absolvição por insuficiência de provas, a dúvida quanto à culpa (*in dubio pro reo ou favor rei*).

Se o alcance do princípio da não culpabilidade liga-se mais diretamente ao juízo de culpabilidade, evidencia-se que ele não é observado pela autoridade policial nem muito menos pelo Ministério Público, que é apenas parte na relação processual e, por isso mesmo, não possui o poder de decidir sobre a culpabilidade do acusado. Que a autoridade policial, na direção do inquérito policial, não se guia pelo princípio da presunção de não culpabilidade é algo que se apresenta com bastante clareza e há mesmo muitas justificativas para tal, pois se trata de mera investigação, na qual impera o sistema inquisitivo. Quanto a isso não há maior divergência.

Todavia, quando se faz essa afirmação nos meios acadêmicos e mesmo para membros do Ministério Público, as reações são as mais diversas, muitos se posicionando veementemente contrários à assertiva. Defendem que o Ministério Público, como guardião dos valores plasmados na Constituição de 1988, com especial destaque para os direitos fundamentais, não pode conduzir-se de modo contrário aos princípios preceituados na Carta Política. Porém, essa posição não se coaduna com a natureza das coisas. Em primeiro exame, não se pode perder de vista que, no âmbito do processo criminal, o Ministério Público é parte, e como tal deve comportar-se, uma vez que defende não propriamente o Estado, mas a sociedade.

O Ministério Público recebeu da Constituição a titularidade da ação penal para agir em nome da sociedade, como ação coletiva com a qual, na defesa do interesse do grupo social, procura obter o esclarecimento do ilícito e a aplicação das medidas adequadas para restabelecer a ordem. Caso se diga que o Ministério Público, no exercício de sua função, orienta-se pelo princípio da não culpabilidade, está-se defendendo que ele deve aparelhar a ação penal com prova que revele a verdade material, o que muitas vezes, por questão de lógica, não dá e juridicamente é mesmo impossível. A verdade material é para ser perquirida no processo criminal que é instaurado por meio da ação penal.

Ora, o inquérito policial não é instrumento para se obter verdade material, pois o seu fim não

¹⁵⁴⁹ Nos termos do Código de Processo Penal, assim como ocorre no processo civil, o ônus da prova cabe a quem alega o fato (art. 156, caput, com a redação determinada pela Lei 11.690/2008). Assim, se o acusado alega um fato, obviamente que é ele quem tem o ônus de prová-lo.

¹⁵⁵⁰ Nesse sentido, cabe observar que o art. 1º, I, alínea e, da Lei Complementar nº 64, de 1990, com a redação dada pela Lei Com-

é perquirir a prova cabal da culpabilidade do agente, mas apenas coletar elementos probatórios que levem à conclusão de que o fato criminoso ocorreu e de que há indícios quanto à autoria. Não sendo a prova material objeto do inquérito policial, mas apenas a formal, logicamente não se há de exigir, ou dizer, que a ação penal formulada com amparo nele se faz valer de prova material. Por outro lado, a verdade material só pode advir do devido processo legal, o que significa dizer procedimento no qual se permite, em gênero, a ampla defesa, o que não há no inquérito policial. Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência consolidada há muito tempo, consigna que é nula a sentença condenatória lastreada em prova obtida exclusivamente em inquérito policial.

Outra incongruência ao se admitir que o Ministério Público pautar o seu agir pelo princípio da não culpabilidade, é que ele seria autorizado, no caso de dúvida, a pedir o arquivamento do inquérito, negando, por linhas transversas, à vítima e à sociedade em geral o direito de ver o assunto esclarecido por meio do processo judicial. Nem se argumente que, nesse caso, o juiz poderia utilizar-se da medida sinalizada pelo art. 28 do CPP, pois isso de nada adiantaria, uma vez que o Procurador-Geral, obediente ao mesmo princípio, não teria outra alternativa que não insistir no arquivamento. Por outro lado, o Ministério Público transformar-se-ia no próprio julgador, avocando para si a função judicante, sem sequer ter havido a instauração do processo, atitude que nem mesmo o juiz pode fazer, a não ser no momento final, que ocorre quando ele vai pronunciar-se acerca da culpabilidade ou não do acusado. O Ministério Público, nessa hipótese, assim como ocorre com o juiz no momento em que este vai decidir se recebe, ou não, a denúncia, deve pautar o seu agir com suporte na verdade formal.

Em rigor, o Ministério Público deve agir tendo em conta a culpa sumária, o suporte probatório mínimo, enfim, a verdade formal que exala dos autos do inquérito, de modo a oferecer a denúncia para, sob a batuta do devido processo legal, buscar a verdade material necessária à satisfação de sua pretensão. Mas não se pense que o Ministério Público deve orientar-se pelo *in dubio pro societate* apenas no momento da propositura da ação. Esse princípio o acompanha no decorrer do processo, de modo que ele, para pedir a absolvição do acusado, não deve determinar-se pelo princípio do *in dubio pro reo*. Se o Ministério Público não tem convicção da inocência do acusado, deve persistir na imputação criminosa. Parece óbvio que, para o *parquet*, a força do princípio do *in dubio pro societate* somente arrefece após a prolação da sentença absolutória. A partir daí, mostra-se adequado que o órgão ministerial, tendo em conta a menor gravidade do ilícito, a possibilidade da prescrição e mesmo as qualidades pessoais inerentes ao agente, tergiverse quanto à oportunidade e conveniência da interposição do recurso.

Em outra perspectiva, cabe indagar se o princípio da presunção de não culpabilidade vigora, com toda a sua higidez, durante todo o trâmite do processo criminal ou se sofre variações, conforme as sucessivas etapas. Diante da dicção normativa empregada pelo constituinte *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, o Supremo Tribunal Federal tem posição no sentido de que, enquanto não exaurida a possibilidade recursal, não pode surtir nenhum efeito de sentença ou acórdão com preceito condenatório.

Essa, todavia, não parece ser a posição mais acertada, ainda mais no cenário nacional, cuja arquitetura complexa do judiciário contempla a existência de quatro instâncias, de modo que esse entendimento, no mínimo, gera sensação de impunidade, diante da demora para que ocorra o trânsito em julgado.

Não se discute que a presunção de não culpabilidade em si do agente em relação a um determinado caso só se extingue com o trânsito em julgado do pronunciamento judicial condenatório. Assim, por exemplo, em processo de revisão criminal não se há de falar em presunção de não culpabilidade.

De toda sorte, apresenta-se em sintonia com o preceito constitucional em causa a assertiva de que a presunção dele oriunda só detém toda a sua elasticidade e alcance em relação a uma pessoa enquanto não houver um *juízo de culpabilidade* contra ela. Ainda que a decisão na qual se escora o juízo de culpabilidade for passível de desconstrução, mercê do provimento de pretensão recursal eventualmente interposto.

Notadamente, caso esse juízo de culpabilidade estiver firmado em decisão de tribunal de segundo grau, instância que exaure a *jurisdição de partes*, isto é, exaure a discussão fática sobre o assunto submetido a deslinde do judiciário. Nessa linha de entendimento, mostra-se plenamente compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade a previsão de que os efeitos de preceito condenatório se façam sentir quando oriundo de decisão de órgão colegiado de segundo grau, como ocorre quanto à caracterização de *ficha suja* como causa de inelegibilidade para participar de certame eleitoral para fins de provimento de cargo eletivo¹⁵⁵⁰.

9.2.5 – O princípio da presunção de não culpabilidade e a sua repercussão no tratamento dado às partes na relação processual.

Quando ocorre um crime, a norma penal abstrata exala como efeito o dever-poder de o Estado perquirir a responsabilidade penal do agente que praticou a conduta típica. A despeito da legitimidade para o exercício do direito de punir, ao agente a quem se imputa a prática do ilícito é reconhecido o direito de defender a sua liberdade, mediante a utilização de instrumentos eficazes. Por mais legítimo que seja o exercício do direito de punir, ainda que se enxergue nele mais um direito coletivo da sociedade¹⁵⁵¹ do que um mero interesse estatal político, o acusado tem de merecer, pelo menos, um tratamento igualitário. Até porque na relação jurídica instaurada com o processo penal, existem dois direitos fundamentais coletivos que suscitam as maiores preocupações dos cidadãos e do Estado: de um lado, o direito de punir e, do outro, o direito de liberdade.

Sob outro aspecto, a mera existência do processo penal, sem embargo de macular a imagem da pessoa perante a sociedade, importa, no mínimo, em ameaça ao direito de liberdade¹⁵⁵². Nesse sentido, GILMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET¹⁵⁵³ esclarecem que a persecução criminal injusta ofende o princípio da *dignidade da pessoa humana*, a par de essa ofensa ser potencializada, na medida em que ameaça a *esfera da liberdade de locomoção*¹⁵⁵⁴.

Os cidadãos em geral, e não apenas aquele que está respondendo ao processo, ainda que não tenham a atenção despertada para tal, têm o efetivo interesse de que o direito de liberdade seja respeitado pelo Estado quando do exercício do direito de punir. Assim, ambos são direitos que interessam de perto a todos os cidadãos, e não apenas ao projeto político de um determinado governo ou somente ao agente que está se defendendo no processo, não havendo, em princípio, hierarquia entre um e outro.

Assim, como em dimensão última tanto o direito de punir quanto o de liberdade possuem gênese coletiva, deve-se ter em conta, antes de tudo, que não é adequado dizer que o direito de punir, por representar um interesse coletivo, deve receber mais prestígio do que o direito de liberdade do acusado. Isso ocorria antes da jurisdicionalização do dever-poder de punir, ou seja, da previsão do devido processo legal como indispensável para se obter a responsabilidade penal. Naquele ensaio de justiça criminal, a persecução criminal levada a efeito pelo Estado não conhecia regras, era feita de forma absoluta e não admitia, sequer, que o acusado tivesse o direito de defesa. Essa situação, repudiada com veemência por BECCARIA no livro *Dos delitos e das penas*, a partir da garantia do devido processo legal, sofreu

plementar nº 135, de 2010, define que são inelegíveis *os que forem condenados em decisão proferida por órgão judicial colegiado*, nos crimes que especifica.

¹⁵⁵¹ A ação penal é uma ação coletiva, na qual o Ministério Público substitui o grupo social, que tem o interesse no descobrimento da verdade e que seja buscada a responsabilidade penal mais adequada ao restabelecimento da ordem pública.

¹⁵⁵² A pena restritiva de direitos, muito embora não suprima o direito de liberdade, tem o condão de restringi-lo e, de qualquer sorte, arranha a imagem da pessoa.

¹⁵⁵³ Op. cit., p. 529.

¹⁵⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵⁵ Op. cit., p. 292.

modificação profunda. No primeiro passo, ao acusado foi reconhecido o direito de defesa, pois a ele deveria ser assegurada a possibilidade de defender-se no processo, direito fundamental que é inerente à condição humana. O seu chamamento ao processo deixou de ser para que ele fosse objeto de prova, a fim de que, agora, a sua participação fosse para apresentar defesa às acusações que lhe são feitas na ação penal. De todo modo, junto com o direito de defesa, adveio outra cláusula fundamental para o homem, justamente a *presunção de não culpabilidade*, que veicula a parêmia de que, na dúvida, o juiz deve decidir em prol do acusado.

Essa máxima foi o resultado lógico da inteligência emprestada ao princípio da não culpabilidade, pensada por BECCARIA e sufragada, pela primeira vez, em um texto normativo, na Declaração de Direitos da Virgínia. O pranteado mestre CARRARA, discípulo de BECCARIA e que assumiu para si a missão de fazer as deduções jurídicas da primeira escola penal, construiu a sua teoria tendo como suporte a conclusão de que, para a sociedade, é menos pernicioso absolver um culpado do que condenar um inocente. Com essa assertiva, ele disse, com todas as letras, que, entre a tutela da liberdade do acusado e a do dever-poder de punir, deve prevalecer a primeira. De fato, debruçando-se sobre a hipótese em que a prova, não sendo certa, suscitava no julgador a dúvida entre tutelar o direito do acusado ou o da sociedade com a condenação, disse aquele que mereceu, mais do que ninguém, o título de *il professore*¹⁵⁵⁶

.... qual a que deve prevalecer? Sem dúvida a de tutelar o direito do acusado. É palpável a razão principal da resposta, pois violado o direito em prejuízo do acusado, ocasiona-se um mal certo e positivo, a condenação do inocente; ao passo que, se preferir a absolvição no caso de dúvida, ter-se-á, perante a verdade oculta, violado o direito que tinha os associados à punição do culpado, não se produzindo mais que simples perigo. (...) Além disso, ao mal real da condenação do inocente volta a reunir-se um duplo perigo também para os associados: 1º, o perigo de que o verdadeiro culpado, assim conservado impune, extraia daí incitamento a novas lesões do direito. 2º o perigo que pesa sobre cada um de ser, por sua vez, vítima de um erro judiciário, pelo qual os cidadãos hesitam entre o temor dos crimes e o temor das aberrações judiciais, sentindo-se eles próprios inseguros, e antipática a justiça.

Na mesma passada, GIUSEPPE BETTIOL¹⁵⁵⁷, após advertir que o princípio do favor rei é um princípio básico de toda legislação processual penal inspirada em sistema jurídico que tem como cláusula retora a proteção do direito de liberdade, conclui que “*En la contraposición entre el ius puniendi del Estado, de um lado, y el ius libertatis del imputado, del outro, la preeminência debe ser atribuída a este último si quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe.*” Em nosso meio, concordando com as colocações de BETTIOL, TOURINHO FILHO adverte que há várias disposições no Código de Processo Penal que consagram o *favor libertatis ou favor rei*¹⁵⁵⁸.

Como foi ressaltado, o fundamento do sistema democrático-constitucional brasileiro se pauta pela preservação do direito de liberdade, de modo que este, e não o direito de punir, é que merece tratamento mais atencioso por parte do legislador e do operador jurídico. A regra vazada na parêmia

¹⁵⁵⁶ Ibid., p. 292-293.

¹⁵⁵⁷ Op. cit., p. 262.

¹⁵⁵⁸ Op. cit., p. 70. O autor, além de mencionar os casos de proibição da *reformatio in pejus* (art. 617), dos recursos privativos da defesa, como o protesto por novo júri e os embargos infringentes ou de nulidade (arts. 607 e 609, parágrafo único), da revisão criminal como ação exclusiva do acusado e da regra do art. 615, § 1º, do CPP, inclui, ainda, a absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII) e o princípio da presunção de inocência. Na verdade, porém, a absolvição por insuficiência de provas decorre do princípio da presunção de inocência, aqui chamado de presunção de não culpabilidade.

¹⁵⁵⁹ O STF, no julgamento do HC 80.224-SP, rel. Ministro Maurício Corrêa, expressou entendimento no sentido de que a

de que para alguém ser condenado há necessidade de prova robusta e inquebrantável, pois, na dúvida, deve-se absolver o acusado, revela que o nosso sistema jurídico é arquitetado sob uma plataforma que privilegia, na relação processual, a posição do acusado. Com isso, em prol da preservação do direito de liberdade do acusado, o ônus da prova recai sobre o Ministério Público, pois este somente conseguirá a condenação do acusado se revelar, sob a marca da verdade real, que ele deve ser considerado culpado.

Em homenagem à escolha política de privilegiar-se o direito de liberdade em detrimento mesmo da *persecutio criminis*, quebra-se a igualdade de tratamento das partes, com a imposição ao Ministério Público de buscar a verdade real no processo, enquanto para o acusado a verdade formal é bastante para a sua absolvição. Note-se que, no processo civil, em obséquio ao princípio isonômico, tal não ocorre, daí por que, na dúvida, o juiz não está autorizado a julgar em prol do réu. Com isso, se nota que, quanto à prova, tema fundamental do processo criminal, não há tratamento igualitário, pois, como decorrência lógica do princípio da presunção de não culpabilidade, o direito de liberdade recebe atenção maior do sistema, a ponto de autorizar o juiz a decidir em seu favor, sempre que ele estiver com dúvida quanto à culpabilidade.

Esse procedimento está coerente com o surgimento das declarações dos direitos do homem, o que corresponde à própria razão de ser do processo criminal. Aqui já foi visto que o processo criminal foi pensado como um instrumento para preservar os direitos essenciais da pessoa humana na refrega contra a pretensão punitiva do Estado. As declarações de direitos do homem, depois encartadas nas Constituições sob a modalidade de direitos fundamentais e que formam as regras basilares do processo criminal, foram criadas como normas necessárias para proteger os valores essenciais da pessoa humana, em especial a vida, a liberdade e a honra, mediante a imposição de limites ao Estado.

Na medida em que os direitos fundamentais surgiram para que eles fossem respeitados frente ao exercício do dever-poder de punir, é válido afirmar que estes possuem posição de proeminência no sistema jurídico, o que importa dizer que a tutela dos direitos do acusado detém, na relação processual criminal, força mais destacada do que a tutela da persecução criminal. Por isso mesmo, o *desequilíbrio* da relação processual ou o *tratamento privilegiado* da tutela da liberdade não se mostra apenas quando se examina a questão referente à prova necessária para autorizar o acolhimento da pretensão acusatória. Isso se verifica, igualmente, na maior liberdade da produção de prova pelo acusado, na previsão da revisão criminal em prol apenas da defesa, na retroatividade beneficia a favor do acusado, na mutabilidade permanente da coisa julgada condenatória.

A pertinência desse entendimento aqui defendido resultou expressamente exaltada, à unanimidade, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.263-SP, no qual foi relator o Ministro ILMAR GALVÃO¹⁵⁶⁰, tendo assim ficado redigida a ementa, na parte que interessa ao assunto em foco:

(...) a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo.

Por conseguinte, o princípio da presunção de não culpabilidade resulta em *desequilíbrio* da igualdade das partes na relação processual criminal, ao conferir a prevalência do direito à *liberdade em detrimento do dever de acusar*, o que, aliás, é uma decorrência lógica da função limitadora da pretensão

defesa, mesmo após a interposição do recurso de apelação, pode produzir novas provas das quais somente teve conhecimento posteriormente.

¹⁵⁶⁰ HC 80.263-SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, j. 20.02.2003, DJ de 27.06.2003, p. 30.

¹⁵⁶¹ MARIA THEREZA MOURA não considera a *justa causa* uma das condições da ação, porquanto, para ela, a falta de uma

punitiva desempenhada pelos direitos fundamentais, desde as suas primeiras formulações como declarações de direitos do homem, essência que permanece hígida nos sistemas democráticos.

9.2.6 – A presunção de inocência como garantia contra a instauração de inquérito ou de processo criminal sem justa causa.

O princípio plasmado no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, como se ressaltou acima, diz respeito ao juízo de culpabilidade, de modo que ele, quanto ao seu campo de domínio maior, que é o da prova, somente se faz sentir quando o juiz se debruça sobre o caso para definir se o acusado é culpado ou inocente. Todavia, exegese desse princípio em consonância com a dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da honra e mesmo o diálogo com diplomas internacionais permite extrair do texto constitucional a presença do princípio da presunção de inocência *stricto sensu*, conforme pinçada no item 9.2.2, supra.

Note-se que, consoante a doutrina e a jurisprudência brasileiras, para que alguém seja indiciado ou acusado em processo judicial, mister se faz que haja um suporte probatório mínimo que aponte a existência do crime e indícios de sua autoria. Assim além das três condições da ação clássicas, a ação penal tem uma quarta e específica condição, que é a justa causa¹⁵⁶¹.

Ainda que sem a melhor técnica, a modificação introduzida no Código de Processo Penal por obra da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, dá a entender que a *justa causa* é uma condição específica da ação apenal, porquanto passa a ser considerada, ao lado da falta de pressuposto processual e da ausência da tríade condicional de toda e qualquer ação, uma das hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa¹⁵⁶².

A exigência de *justa causa* para o indiciamento em inquérito policial ou oferecimento da ação penal é uma garantia por demais importante, porque assegura que nenhuma pessoa será constrangida, por meio de inquérito ou de processo criminal, quanto ao seu direito de liberdade e mesmo à honra, sem ter contra ela provas de que o fato efetivamente ocorreu, assim como de indícios que, se não autorizam a conclusão de sua culpa, justificam que ela seja apontada como a possível autora do fato criminoso.

Mas por que se precisa de justa causa para se indiciar ou acusar alguém? GIMAR MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES e PAULO GONET¹⁵⁶³ ressaltam que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, diante dos danos que a mera existência de um processo criminal acarreta à dignidade pessoal do indivíduo, ocorre constrangimento ilegal, quando a persecução penal é *injusta*.

É como se o sistema dissesse que todas as pessoas são *presumidamente inocentes*, daí por que, para que ela seja apontada como a provável autora de um crime, exige-se que essa imputação se faça

das três condições da ação constitui-se, por si mesmo, em uma das hipóteses de *falta de justa causa* (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 221). Dessa forma, para MARIA THEREZA, justa causa corresponde a um "... juízo de mínima probabilidade de condenação" (Ibid., p. 245), até porque, para o ajuizamento da ação penal, "Não se exige, de pronto, a certeza moral quanto à ocorrência do fato, da autoria e da culpabilidade. Esta será imprescindível no final, para autorizar um decreto condenatório." (Ibid.)

¹⁵⁶² Art. 395: A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal." À primeira vista, a *justa causa*, assim como a *inépcia da inicial*, não foram considerados seja como condição da ação, seja como pressuposto processual. No nosso entendimento, "Menos preocupado com o rigor científico do que com a realidade, o que se teve em mente, com a redação emprestada ao art. 395 do CPP, foi ressaltar que, no momento desse exame, o juiz, dentre os pressupostos processuais e as condições da ação, deve dar acentuado destaque exatamente para aqueles vícios que, mais frequentemente, são questionados no decorrer do processo, muitas vezes, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus." (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 103.)

¹⁵⁶³ Op. cit., p. 529.

¹⁵⁶⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73.

com base em uma culpa sumária. Há mesmo, no sistema jurídico brasileiro, como efeito mais alargado do princípio da não culpabilidade, uma presunção de que todas as pessoas são inocentes, de modo que elas não podem ser perturbadas com imputações criminosas, a não ser que essa afirmação, feita pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, tenha como suporte um lastro probatório mínimo.

Para o cidadão, essa presunção de inocência é uma garantia no sentido de que ele não poderá ser perturbado em sua paz nem arranhado em sua dignidade como pessoa com imputações levianas, invocadas sem a menor plausibilidade, com o propósito apenas de deixá-lo em situação constrangedora.

Para os órgãos do Estado encarregados da persecução criminal, a presunção de inocência, na perspectiva aqui sustentada, impõe uma limitação quanto a essa atuação, na medida em que exige a necessidade de que a imputação criminosa tenha como lastro uma prévia reunião de elementos probatórios a respeito da materialidade e autoria do delito, ou seja, haja justa causa para a persecução criminal.

9.3 – Princípio acusatório.

Quanto à forma de início do processo criminal são conhecidos três sistemas, decorrendo, de cada um deles, princípios que lhes são inerentes: o inquisitivo, o misto e o acusatório. Cronologicamente, em verdade, o primeiro foi o sistema acusatório, que predominou aproximadamente até o Século XII. A partir daí, foi sendo substituído pelo *sistema inquisitivo*, o qual vigorou absoluto por longo tempo, especialmente na Europa continental, até o Século XIII, sendo que em alguns países se estendeu até parte do Século XIX. Em seguida, o inquisitivo foi sendo azeitado com as ideias do *sistema acusatório*, dando lugar ao denominado *sistema misto*. Com a nova visão criminal exurgida após a Segunda Guerra mundial, começou o amplo movimento de retorno ao sistema acusatório.

No regime inquisitivo, a relação processual tem início sem a necessidade de provocação por parte de pessoa distinta do juiz e não há a separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador¹⁵⁶⁴. Esse sistema guardava identidade com época do Estado absoluto, no qual, como se viu, não havia processo propriamente dito, mas apenas um ritual, de modo que a persecução criminal não se baseava em regras pertinentes ao devido processo legal.

O sistema misto¹⁵⁶⁵, em alguns casos, permite a iniciativa do processo por parte do juiz e atribui a este diversas funções que são atípicas à atividade judicante, além de conferir tratamento privilegiado ao Ministério Público, considerado uma espécie de *juiz de pé*¹⁵⁶⁶. Foi o sistema adotado na concepção do atual *Código de Processo Penal*.

O sistema acusatório ou acusatório *puro*, por sua vez, é aquele em que a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinhem com a equidistância a ser tomada quanto aos interesses das partes.

¹⁵⁶⁵ AURY LOPES JR. defende a tese de que o conceito de *sistema misto* é um reducionismo *ilusório* (*e ineficiente*). Ele diz, com respaldo em BINDER, que a afirmativa de que o nosso sistema é o *acusatório formal* é o mesmo que falar em *inquisitivo* dos dias atuais, com a participação do Ministério Público. Por isso mesmo, arremata, com ênfase: “Nós preferimos fugir da maquiagem conceitual, para afirmar que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório, para não induzir ninguém em erro”. (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.)

¹⁵⁶⁶ O sistema inquisitivo dominava a Europa continental, com exceção apenas da Inglaterra, que adotava o julgamento pelo tribunal do júri, com o que se assegurava não apenas a publicidade e o direito de defesa, mas também a separação entre quem acusava e aquele que se encarregava de julgar. Logo após a Revolução Francesa, a França passou a adotar o sistema misto, o que refletiu em praticamente toda a Europa (TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 82)

¹⁵⁶⁷ Op. cit., p. 40. Como já foi dito, BECCARIA construiu o seu pensamento com base na teoria *do contrato social* de

BECCARIA, tendo concentrado o seu pensamento na ideia de estabelecer limites ao poder de punir do Estado, lançou a pedra fundamental para a construção do sistema acusatório, ao dizer que o soberano não pode reunir, em suas mãos, o poder de *acusar e julgar*; sendo “... necessário, portanto, que um terceiro julgue a verdade do fato.”¹⁵⁶⁷ O que ele defendia é que houvesse uma efetiva separação entre a pessoa que acusa e a que julga, pois, a persistir a forma como até então vigia, o acusado não tinha a garantia de um julgamento imparcial.

Plantadas as suas sementes, o sistema acusatório surgiu como consequência natural do devido processo legal, diante da necessidade de separar aquele que deduz a pretensão acusatória daquele que deve julgar a lide. O sistema acusatório (re)apareceu com o avanço humanitário e a consequente propagação das declarações de direitos que levaram à processualização da justiça penal¹⁵⁶⁸. É o sistema que se encaixa no perfil de Estado democrático. Isso tanto é verdade que o princípio acusatório foi catalogado como direito fundamental logo na Constituição americana, mais precisamente por força da Quinta Emenda¹⁵⁶⁹, e alguns países, como é o caso de Portugal, ainda hoje consagram, de forma expressa, dentre os direitos fundamentais, que o processo criminal deve seguir o sistema acusatório¹⁵⁷⁰. Acompanhando esse raciocínio, JOSÉ FREDERICO MARQUES, acertadamente, lança a afirmação de que “A processualização da justiça penal é corolário lógico do sistema acusatório.” Ademais, a sedimentação do brocardo *ne procedat iudex ex officio* foi o avanço que fez exsurgir os três sujeitos principais da relação processual (juiz, autor e réu).

A Constituição de 1988 não trata expressamente do sistema acusatório nem muito menos as anteriores. Devido ao fato desse princípio não ter ficado expresso nas Constituições anteriores, o Código de Processo Penal previa, no art. 531, que o processo criminal relativo às contravenções penais teria início com o auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, forma que foi estendida, por força da Lei nº 4.611, de 1965, para as lesões corporais e homicídios culposos¹⁵⁷¹. Assim, nessas hipóteses, o processo podia ter início por provocação do próprio juiz, o que se identificava com o sistema inquisitivo. Desse modo, na feitura do Código de Processo Penal adotou-se o sistema misto, pois, embora como regra geral a iniciativa do processo estivesse vinculada ao ajuizamento da ação penal, para alguns casos – contravenções, homicídios e lesões corporais culposos –, o processo podia ter início por portaria do juiz e, até mesmo, da autoridade policial, o que é próprio do sistema inquisitivo.

Embora a Constituição de 1988 não tenha feito como o constituinte português, pelo menos de forma implícita acolheu o sistema acusatório, até porque este é o único que se pauta em consonância com o modelo de Estado democrático¹⁵⁷². Com efeito, a interpretação sistemática da Constituição de

ROUSSEAU, de modo que, para ele, o crime era a violação do pacto firmado entre as pessoas que compõem a sociedade.

¹⁵⁶⁸ No segundo quartel do Século XIX, ganhou fôlego o movimento tendente à extinção do sistema inquisitivo na fase instrutória, com a eliminação do sistema misto e a edificação, em seu lugar, do sistema acusatório. (Cf. TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 81-87).

¹⁵⁶⁹ De fato, JOHN VILE sustenta que o preceito constitucional em foco, ao dizer que ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri, adota expressamente o princípio acusatório. (Op. cit., p. 157).

¹⁵⁷⁰ A Constituição de Portugal, no art. 32, 5, dispõe: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

¹⁵⁷¹ VICENTE GREGO ressalta que essas exceções ao princípio acusatório, “... apesar de terem resistido ao crivo jurisdicional por mais de 30 anos, eram, na verdade, inconstitucionais, e no novo texto constitucional desapareceram totalmente.” (Op. cit., p. 73).

¹⁵⁷² O sistema processual penal chileno era inquisitivo, até a implantação do processo de democratização, cujo marco re-

1988 conduz à conclusão de que o princípio acusatório está imanente no nosso ordenamento jurídico, a partir do momento em que, com a redação do art. 129, inciso I, da Constituição, tornou privativa do Ministério Público a propositura das ações penais de iniciativa pública¹⁵⁷³. Isso teve o condão de realçar que agora, sob nenhuma hipótese, pode ter início o processo criminal pelo juiz sem que antes haja a devida provocação por quem detém a legitimidade para fazê-la, ficando vedado, dessa forma, o procedimento de ofício¹⁵⁷⁴. Daí se conclui que foram revogadas as hipóteses em que o processo tinha início por meio de portaria editada pelo juiz.

Se é verdade dizer que o Código de Processo Penal – elaborado sob a batuta da Constituição de 1937, a mais retrógrada da nossa história constitucional –, pelo fato de ter sido concebido sob uma ideologia que não acreditava na democracia, senão no Estado forte e dominador, com cunho eminentemente repressivo, precisa ser revisitado sob as lentes de um ordenamento jurídico democrático efetivamente inaugurado com base na Constituição de 1988, é singularmente válido afirmar que o processo criminal necessita ser lido com a concepção de que ele não é orientado mais pelo sistema misto, mas sim pelo acusatório.

Essa advertência é mais válida ainda porque, mesmo que não se aceite a tese de AURI LOPES JR., no sentido de que, efetivamente, não há um sistema misto, ou ele é inquisitivo ou acusatório, com algumas impurezas, sendo o modelo misto uma síntese dos dois sistemas, de toda sorte, sofre influência direta

... da cultura, das tradições e em particular do momento histórico do país que o adota, especialmente em relação à criminalidade e à vontade de combatê-la com maior ou menor determinação, ainda que a custo de qualquer limitação dos direitos do indivíduo¹⁵⁷⁵.

Note-se que a maioria dos doutrinadores, com muita propriedade, prefere falar em sistema inquisitivo, *sistema misto e sistema acusatório, a falar em princípio inquisitivo, princípio misto ou princípio acusatório*, pois, na verdade, cada um deles representa um sistema processual distinto, com características determinantes, das quais resultam diversos princípios próprios à forma escolhida pelo legislador. Por isso mesmo, com a mudança do sistema misto para o acusatório, não houve a simples alteração de um princípio específico do processo criminal, mas a transformação do paradigma mesmo

gulatorio é a Lei de Reforma Constitucional nº 19.519, publicada em 16 de setembro de 1997. O Ministério Público só veio a ser criado pela Lei 19.640, de 1999 (Lei Orgânica Constitucional do Ministério Público). Comentando essa alteração do modelo do sistema penal do Chile, MARIA INES HORVITZ LENNON arremata: “*El modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal se aviene mejor con formas de organización política que reconocen el valor de La autoridad y la autoridad y la centralización del poder; en suma, con el régimen político, con separación de funciones y aseguramiento de la igualdad de posiciones de las partes.*” (LENNON, Maria Ines Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 28.

¹⁵⁷³ Na sistemática do processo criminal, a forma inquisitiva somente era admissível nos crimes que desafiavam ação penal de iniciativa pública. Por conseguinte, ao dizer que, nas ações penais de iniciativa pública, a função acusatória é privativa do Ministério Público, o constituinte suprimiu a possibilidade de a autoridade policial ou o juiz, em qualquer hipótese, dar início ao processo.

¹⁵⁷⁴ Cf. GRECO FILHO. Op. cit., p. 73; MIRABETE. Op. cit., p. 571. JARDIM. Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 197 Sem embargo de a Constituição ter explicitado o sistema acusatório no art. 129, I, na medida em que nela não se atribuiu ao Poder Judiciário função estranha à atividade judicante, essa posição ficou reforçada.

¹⁵⁷⁵ “... della cultura, delle tradizioni e in particolare del momento storico del paese che lo adotta specie in relazione all'andamento della criminalità e allá volontà di combatterla con maggiore o minore determinazione, ache a costo di qualche limitazione dei diritti dell'individuo. (FORTUNA, E.; DRAGONE, S.; FASSONE, E; GIUSTOZZI, R.; PIGNATELLI, A. *Manuale pratico del nuovo processo penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1991, p. 13)

¹⁵⁷⁶ Cf. item 9.2 e segs., supra.

do sistema processual, advindo daí as mais diversas consequências.

A sistemática inquisitiva alimentava, por exemplo, a ideia de que o processo criminal, ao contrário do civil, não possui lide, e que o Ministério Público, a bem da verdade, não é parte. Com o sistema acusatório, essas assertivas perdem sentido, pois ele se pauta na noção do contraditório manifestado pela existência de uma pretensão acusatória, deduzida pelo autor da ação, resistida por quem ocupa o pólo passivo da relação processual, por meio da defesa feita pelo acusado. Nessa concepção de processo criminal, o Ministério Público, assim como o acusado, é parte e como tal há de ser visto, a fim de que ambos sejam tratados com igualdade e, até mesmo, haja tratamento mais privilegiado da defesa, em razão da aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade (*in dubio pro reo*)¹⁵⁷⁶.

Alguns doutrinadores refutam a tese de que o Ministério Público é parte¹⁵⁷⁷ no processo penal, uma vez que não há *igualdad de tareas e igualdad de medios* (“*igualdad de armas*”) *com la parte contraria (defensor y acusado)*¹⁵⁷⁸, na medida em que o Ministério Público possui outras atribuições, dentre as quais postular em prol do próprio acusado, se assim for o correto. Nessa perspectiva, BAUMANN¹⁵⁷⁹ põe em dúvida se é oportuno defender essa posição, porquanto “*Um mero papel de parte y la situación psicológica procesal correspondiente (el ministerio público como adversário del imputado: situación de duelo) podrían perjudicar considerablemente al imputado em la distinta distribución de los medios coercitivos.*”

De toda sorte, quando se defende que o Ministério Público é parte no processo penal não se pretende, com isso, dizer que seja transformado em genuíno *órgão acusador*. Pelo contrário, mesmo na qualidade de parte, a justificativa para a titularidade da ação recair em órgão estatal dotado de independência funcional é para que os interesses legítimos da sociedade sejam defendidos, o que compreende o pedido de absolvição ou outros pronunciamentos em favor do acusado. Até porque, consoante arguta observação feita por CARRARA, pedir a condenação de um inocente é dupla injustiça, na medida em que pode ser punido quem não deve, ao passo que se deixa impune o verdadeiro culpado¹⁵⁸⁰. De mais a mais, ainda que o acusado seja culpado, a atuação do Ministério Público deve ser no sentido de que se faça a justiça do caso dado, i. é, seja aplicada a melhor solução jurídica, o que pode ser, a depender da hipótese, a transação, suspensão do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos etc.

Afastado esse risco de a circunstância de o Ministério Público ser considerado parte restringir a sua atuação no âmbito do processo penal ao exercício da pretensão acusatória em si, a resistência a essa tese só se justifica como resquício da cultura própria do sistema inquisitivo, segundo o qual o processo criminal não comporta lide, pois não é adequado dizer-se que alguém possui o direito de colocar resistência ao desempenho de uma atividade necessária e fundamental, como é o exercício do *dever-poder* de punir.

Só no sistema inquisitivo e mesmo no misto, se concebe que a pretensão acusatória receba tratamento privilegiado em detrimento do direito de defesa, reconhecendo-se ao Ministério Público posição de destaque no processo criminal, no sentido de receber homenagens como se fora uma espécie de *magistrado em pé*, e não de parte¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁷ Na Reforma Tópica do processo penal tem-se utilizado, expressamente, a expressão *partes* para se referir não apenas à defesa, mas ao querelante, ao assistente, se houver, e, ainda, ao Ministério Público. Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 469.

¹⁵⁷⁸ BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 22.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

¹⁵⁸⁰ *Programa do curso de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002, 2v., p. 292-293.

¹⁵⁸¹ A posição de destaque do Ministério Público na sala de audiência, com o direito, assegurado em lei (art. 18, inciso I,

FORTUNA, DRAGONE, FASSONE, GIUSTOZZI e PIGNATELLI¹⁵⁸² dizem que o sistema acusatório se caracteriza: (i) órgão acusador distinto do julgador, garantindo a neutralidade do juiz; (ii) paridade de armas entre o Ministério Público e a defesa; (iii) produção das provas pelas partes; (iv) observância do princípio da presunção de inocência (não culpabilidade); (v) limitação da prisão processual; (vi) contraditório entre as partes; (vii) oralidade; (viii) publicidade.

Em outro trabalho, em apertada síntese, dissemos que a mudança de um sistema misto, com forte sotaque inquisitivo, como é o modelo da redação originária do Código de Processo Penal brasileiro, implica a adoção de um sistema (i) simplificado, (ii) transparente/publicidade, (iii) oral, (iv) de partes (Ministério Público concebido como parte e assim tratado na relação processual, (v) observância das garantias constitucionais do acusado, especialmente em relação (v1) à defesa efetiva, (v2) ao direito ao silêncio, (v3) à presunção de não culpabilidade, (v4) nulidade das provas obtidas por meio ilícito, e (v5) preservação da imparcialidade do juiz, afastando-o das atribuições reservadas para o Ministério Público¹⁵⁸³.

9.3.1 – Resquícios do sistema misto no Código de Processo Penal.

Até a Constituição de 1988, o sistema adotado pelo Código de Processo Penal era o misto, razão pela qual havia exceções ao princípio acusatório, com a admissão de que, em alguns casos, o processo tivesse início por provocação do próprio juiz. A circunstância de o legislador ter seguido um sistema misto, naturalmente, teve repercussão igualmente na redação de outros dispositivos, especialmente quanto à definição do papel que pode ser desempenhado pelo juiz na relação processual e na postura do Ministério Público. Quanto à postura deste, os resquícios do sistema misto são revelados, até mesmo, em situações que parecem apenas simbólicas, como é o caso da posição que deve ocupar o Ministério Público nas audiências¹⁵⁸⁴.

Em razão de dispositivos da lei orgânica dos Ministérios Públicos federal e estaduais (respectivamente, Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 18, I, a, e Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 41, XI), os representantes desses órgãos têm a prerrogativa funcional de sentar à direita do juiz ou do presidente do órgão judicial colegiado, o que resulta em uma imagem de superioridade quanto à defesa do acusado, que não fica sentada na mesma bancada do juiz¹⁵⁸⁵. De acordo com o sistema acusatório, no qual o Ministério Público é parte e não tem posição de destaque em relação à defesa do acusado, autor e réu devem sentar-se à mesa de audiência da mesma forma como se faz no processo

alínea “a”, da Lei Complementar 75, de 1993), de sentar à direita do juiz, é um simbolismo da cultura inquisitiva. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça, na 159ª Sessão Plenária, ao apreciar o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0001023-25.2011.2.00.0000, à unanimidade, em voto da relatoria do Conselheiro Emmanoel Campelo, manteve liminar, até o julgamento do mérito, para assegurar ao Ministério Público o direito de sentar à direita do magistrado. (www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22547. Acesso em 13 dez. 2012.)

¹⁵⁸² FORTUNA, E.; DRAGONE, S.; FASSONE, E; GIUSTOZZI, R.; PIGNATELLI, A. *Manuale pratico del nuovo processo penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1991, p. 11.

¹⁵⁸³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 51.

¹⁵⁸⁴ Quanto aos membros do Ministério Público estadual, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 41, XI, estatui como prerrogativa institucional: “tomar assento à direita dos juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma. Em relação ao Ministério Público federal, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, é mais incisiva: “sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem” (art. 18, I, a).

¹⁵⁸⁵ Não raro o acusado se impressiona com a cena que ele vivencia na audiência, pois vê o Ministério Público, que é contra quem ele está debatendo no processo, sentado do lado do juiz, à sua direita, como se fosse alguém que pertencesse ao Judiciário, do outro o escrivão, e mais ao fundo, do lado esquerdo, o seu advogado.

¹⁵⁸⁶ Basicamente há duas formas de organização da sala de audiência. Com a bancada em forma de “t” (uma bancada reta no

civil. Até porque a audiência deve retratar fielmente a figura triangular que representa graficamente a relação processual, de modo que o juiz deve ficar equidistante das partes, no vértice do triângulo, enquanto estas devem ocupar, na mesma linha, cada uma um dos dois lados opostos.¹⁵⁸⁶

Assim, a posição de destaque do Ministério Público na sala de audiência, com o direito, assegurado em lei, de sentar à direita do juiz, é um simbolismo da cultura inquisitiva. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça, na 159ª Sessão Plenária, ao apreciar o Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0001023-25.2011.2.00.0000, à unanimidade, em voto da relatoria do Conselheiro Emmanoel Campelo, manteve liminar, até o julgamento do mérito, para assegurar ao Ministério Público essa prerrogativa¹⁵⁸⁷.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁸⁸, faz algum tempo, já se posicionou no mesmo sentido, todavia, a questão está pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4768, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

A par dos resquícios simbólicos, há outros que decorrem especialmente da forma como foram estabelecidos os deveres do juiz. Ora, se no sistema misto o juiz, em alguns casos, pode, até mesmo, dar início ao processo em substituição ao Ministério Público, como decorrência natural dessa forma de processo, várias outras atribuições lhe são passadas que são mais próprias do autor da ação. É o que ocorre, v. g., com a atribuição outorgada ao juiz pelo art. 5º, II, do Código de Processo Penal, de representar à autoridade policial a instauração de inquérito policial¹⁵⁸⁹. Mediante a requisição, o juiz determina que a autoridade policial instaure o inquérito que, depois, servirá de base para o ajuizamento da ação penal que poderá ser julgada pelo próprio magistrado.

Essa forma de proceder não se coaduna com o sistema acusatório, cuja regra é deixar a iniciativa da persecução criminal com quem tem a legitimidade para a propositura da ação, como forma de resguardar a neutralidade do órgão julgador¹⁵⁹⁰. A tendência do sistema acusatório “... é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória”¹⁵⁹¹, de modo que ao juiz não deve ser dado que provoque, mesmo indiretamente, a sua própria jurisdição¹⁵⁹². De forma contundente, AFRÂNIO SILVA JARDIM¹⁵⁹³ finaliza que “... estão varridas quase todas as funções persecutórias, por isso que anômalas, que o velho Código de Processo Penal ainda, residualmente, deixara ao Poder Judiciário.”

Pode-se dizer que o sistema acusatório instaurado com a Constituição de 1988 não tenha tido o

sentido horizontal e outra no sentido vertical perpendicular àquela) ou de “u”(uma bancada reta no sentido horizontal e duas retas verticais, perpendiculares àquela, deixando um espaço vago no meio, destinado para que fiquem as pessoas que vão ser ouvidas pelo juiz na audiência). Em forma de “t” ou de “u”, o juiz fica na bancada horizontal, tendo, ao seu lado, o escrivão ou digitador e, na bancada vertical, ficam as partes. Se a questão é que o Ministério Público, no processo criminal, tem de ficar à direita e no mesmo plano, isso não é problema.

¹⁵⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22547. Data de publicação: 05/12/2012. Acesso em: 13 dez. 2012.

¹⁵⁸⁸ No julgamento do RHC 13.720/SP, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro GILSON DIPP, assim decidiu: “O fato de o defensor do réu não estar assentado ao lado do Juiz Presidente, por ocasião de julgamento na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, não configura constrangimento à liberdade de ir e vir. O posicionamento do Ministério Público, que se coloca sentado ao lado do Magistrado Presidente do Tribunal do Júri, decorre da Lei no 8.625/1993, não significando superioridade em relação ao defensor.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 09/09/2003. Disponível em: www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jursiprudencia.asp. Acesso em: 11 out. 2005.

¹⁵⁸⁹ Dentre outras hipóteses, AFRÂNIO SILVA JARDIM identifica o art. 5º, II, do Código de Processo Penal como resquício do *inquisitorialismo* e acredita que “... a provável legislação processual penal varrerá de nossa ordem jurídica tais indesejáveis dispositivos, preservando o Juiz destas funções anômalas, porque persecutórias.” (Op. cit., p. 87).

¹⁵⁹⁰ JARDIM. Op. cit., p. 196.

¹⁵⁹¹ Ibid. p. 196.

¹⁵⁹² Ibid. p. 197.

¹⁵⁹³ Ibid. p. 197.

¹⁵⁹⁴ Observe-se que alguns doutrinadores, com suporte na assertiva de que não há mais possibilidade de que seja instaurada

condão de revogar a autorização legislativa dada ao juiz de requisitar a instauração do inquérito policial, mas parece por demais evidente que, nesse caso, o próprio juiz que provocou, mesmo que indiretamente, a persecução criminal, fica impedido de exercer a jurisdição do caso.

Outro resquício muito claro do sistema misto é a previsão contida no art. 28 do Ordenamento Processual Penal. Em virtude da adoção do sistema acusatório puro, em que não é admissível a existência de processo sem ação penal, seja ela pública ou privada, o art. 28 do CPP se encontra revogado, não mais podendo ser aplicado, pois aqui a provocação da persecução criminal pelo juiz não é apenas indireta, mas direta mesmo. Sob essa ótica, o art. 28 do Código de Processo Penal representa reminiscência do sistema inquisitivo, presente em nosso ordenamento processual até a instauração da nova ordem constitucional, ocorrida com a promulgação da Lei Maior de 1988. Daí a razão pela qual, a partir de então, no tornar privativo do Ministério Público o impulso quanto aos crimes de ação penal pública, constituindo-o, assim, em essência, o *dominus litis* da ação, todos os dispositivos do diploma processual penal não consentâneos com esse mandamento foram, implicitamente, revogados. Com efeito, como aqui se disse, logo após a promulgação da nova Constituição, a doutrina, em consenso, entendeu como revogados os dispositivos de lei infraconstitucional que admitiam o início de processo criminal mediante portaria do juiz ou da autoridade policial. Essa posição mereceu a simpatia dos tribunais, tornando-se entendimento pacífico.

Agora é hora de avançar o entendimento, para afirmar que, em homenagem ao sistema acusatório puro, a instauração do processo criminal pelo juiz nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal encontra-se revogada, pois tal não se coaduna com aquela forma de organização processual¹⁵⁹⁴. Ademais, cabe agregar em socorro a essa tese que o Projeto de Lei nº PL 4.209/2001, que trata da investigação criminal, e está em discussão no Congresso Nacional, em sintonia com o sistema acusatório, propõe a alteração do art. 28 do Código de Processo Penal, no sentido de que o próprio Ministério Público, quando se convencer da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promova, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito, com o consequente envio da promoção para o órgão superior da instituição. Outro ponto de destaque na proposta, é a previsão de que tanto o investigado ou indiciado como o ofendido poderão, enquanto não houver o pronunciamento do órgão superior do Ministério Público, apresentar razões escritas, na defesa de seus interesses.

Esse é o melhor tratamento para a matéria, aplicando, em simetria, o que ocorre no caso de arquivamento de inquérito civil, bastando que se imponha ao membro do Ministério Público, na hipótese em que ele acha que não deve oferecer a denúncia, encaminhar os autos do inquérito para o Procurador-Geral com a exposição das razões pelas quais firmou o seu entendimento, para que, no âmbito dessa instituição, a questão seja definida. Nem se diga que tal providência tem a possibilidade de gerar algum tipo de instabilidade, até porque, mesmo com a disciplina empregada pelo art. 28 do CPP, a última palavra quanto ao oferecimento, ou não, da denúncia fica com o órgão ministerial.

Nada obstante esse entendimento doutrinário, a prevalência do sistema acusatório puro requer, antes de tudo, que se possibilite alguma forma de controle dos pronunciamentos do representante do Ministério Público, como ocorre no que diz respeito ao arquivamento dos inquéritos cíveis instaurados para os fins da ação civil pública.

Enquanto não prevista a forma de obviar o monopólio por parte do representante do Ministério Público quanto à intenção de oferecer a denúncia ou não, há de encontrar-se solução intermediária razoável, a fim de não ocasionar instabilidade jurídica. Desse modo, tem-se que, naqueles casos em que o representante do Mi-

a relação processual de ofício, chegam a vaticinar que não mais subsiste a figura do duplo grau de jurisdição necessário. Aliás, a esse respeito, existe registro de diversos julgados, aos quais não faço remissão, no momento, para não alongar a exposição. Acrescente-se, apenas, que não merece procedência a argumentação, pois o duplo grau necessário não infirma o sistema acusatório puro, uma vez que se trata de providência consentânea com a segurança jurídica que se reclama para situações mais melindrosas.

¹⁵⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, op. cit., p. 191.

nistério Público pede o arquivamento do inquérito policial ao argumento de que inexistem para o oferecimento da denúncia elementos de prova suficientes no pertinente à autoria e/ou à materialidade, impõe-se ao juiz, sem adentrar o exame dos fundamentos, determinar o arquivamento, ficando ressalvada, contudo, a possibilidade de, exsurto novas provas, vir a ser exercitada a ação penal. Até porque, nesses casos, a decisão, como se sente, não faz coisa julgada material, podendo, enquanto não prescrita a pretensão punitiva, ser ofertada a peça acusatória.

No entanto, naquelas hipóteses em que o representante do Ministério Público pede o arquivamento do inquérito policial sob outro fundamento, que traz como consequência do pronunciamento judicial a formação de coisa julgada material, deve o magistrado analisar, acuradamente, o mérito da questão e, não concordando com as razões ali asseveradas, desacolher o pleito, determinando o encaminhamento dos autos à Câmara de Procuradores. De qualquer modo, aqui o juiz só deve deixar de acolher o pedido de arquivamento quando as provas em contrário no inquérito forem manifestas, denotando o desacerto da promoção ministerial.

É a aplicação do entendimento esposado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, e seguido, reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, da ocorrência, diante de certas circunstâncias, de uma espécie de *inconstitucionalidade progressiva, ou melhor, revogação progressiva*¹⁵⁹⁵.

Essa parece ser a solução mais adequada, enquanto não suprida, por obra legislativa, omissão quanto à forma de expressar o inconformismo contra os pedidos de arquivamento por parte do Ministério Público. Obviamente que, nesses casos, o juiz, pelo fato de determinar a remessa dos autos para o Procurador-Geral com base no art. 28 do CPP, fica impedido de funcionar no processo, pois ele passa a ser o agente que provocou o ajuizamento da ação penal, quando o próprio membro do Ministério Público entendeu que não era o caso¹⁵⁹⁶. Acreditamos mesmo que deveria ser o caso de permitir-se à vítima direta da ação ilícita, em casos tais, oferecer queixa criminal subsidiária, em homenagem ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹⁵⁹⁷.

Também merece registro a questão da *mutatio libelli* (art. 384, caput e parágrafo único, do CPP)¹⁵⁹⁸. Diferentemente da hipótese da *emendatio libelli*, na qual o juiz apenas corrige errônea verificação na denúncia a fim de dar a definição jurídica correta do fato criminoso narrado (art. 383 do CPP)¹⁵⁹⁹

¹⁵⁹⁶ Esboçou-se doutrina no sentido de que o art. 28 do CPP está revogado por ofensa ao princípio do promotor natural. Essa posição, porém, não se sustenta. Caso ela fosse acolhida, o *princípio do promotor natural* seria bem mais forte do que o do *juiz natural*, pois este não impede que as decisões do juiz sejam revistas pelas instâncias superiores. Se o princípio do promotor natural impedisse o reexame da posição do representante do MP pelas instâncias superiores do órgão ministerial, este passaria a possuir um *domínio único e completo* da persecução criminal, o que não é salutar em um regime democrático.

¹⁵⁹⁷ De acordo com o art. 5º, inciso LIX, da Constituição, insere-se na categoria de direito fundamental a propositura de ação privada, mesmo nos casos de ação pública, "... se esta não for intentada no prazo legal". Note-se que essa é uma garantia mínima, não havendo nenhuma vedação, por conseguinte, à possibilidade de o legislador ordinário alargar as hipóteses de ajuizamento de queixa penal subsidiária. Cf. item 9.3.3.3, *infra*.

¹⁵⁹⁸ Outros resquícios do sistema misto estão presentes no art. 10, § 3º, no art. 26 e art. 531 do CPP. Os arts. 26 e 531 do CPP já foram declarados revogados. Quanto ao art. 10, § 3º, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI nº 1.615-6/DF, relatada pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA, deferiu liminar para afastar a aplicação do Provimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na parte em que determinava que, na hipótese de haver novo pedido de dilação de prazo para conclusão do inquérito, a tramitação deveria dar-se diretamente entre o Ministério Público e o órgão policial (Tribunal Pleno, j. 12.06.997, DJ de 5.11.99, p. 2.) Com isso, o Supremo Tribunal Federal, no exame da tutela de urgência requerida, entendeu que o pedido de dilação do prazo para conclusão do inquérito formulado pela autoridade policial ao juiz não é uma reminiscência do sistema misto. De qualquer modo, em outro caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em razão do princípio acusatório, o juiz não pode, quando o Ministério Público pede o arquivamento, *determinar de ofício a realização de novas provas de investigação no inquérito* (HC 82.507-SE, Primeira Turma, un., Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 10.12.2002, DJ de 19.12.2002, p. 92).

¹⁵⁹⁹ Na redação originária, o dispositivo estava assim redigido: "O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que

na *mutatio libelli*, o juiz provoca o ajuizamento da ação penal em relação a um fato criminoso que não foi objeto da denúncia ou a alteração da pretensão acusatória, a fim de que seja dada nova definição jurídica ao fato. Nos termos da redação originária do art. 384, caput e parágrafo único, quando a nova definição não importava em aplicação de pena mais grave, não havia, sequer, necessidade de aditamento da peça acusatória, o que era, convenhamos, uma clara ofensa ao princípio acusatório¹⁶⁰⁰. No nosso entendimento, esse dispositivo, nessa parte, encontrava-se revogado pela Constituição de 1988.

A nova redação emprestada por meio da Lei nº 11.719, de 2008, ao art. 384, caput, escoimou essa anomalia, de modo que, doravante, ainda que não seja o caso de aplicação de pena mais grave, sendo cabível, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, nova definição jurídica do fato, terá de haver, no prazo de cinco dias, o aditamento por parte do Ministério Público.

Atendendo ainda a recomendação sugerida pela doutrina, com a inserção do § 2º ao art. 384, restou estabelecido que o juiz deve utilizar, por analogia, a solução alvitrada pelo art. 28 do CPP, na hipótese em que o Ministério Público, ao receber a vista dos autos para fins de aditamento na forma do art. 384, caput e parágrafo único, do mesmo Diploma Legal, recalcultra em fazer a mudança da acusação.

Embora a disciplina dada ao assunto *da mutatio libelli* tenha ficado mais adequada ao sistema acusatório, ainda persiste certa incongruência na matéria, pois o art. 28 do CPP, em si, como aqui já foi dito, é um resquício do sistema inquisitivo, por ensejar uma clara cooperação do juiz quanto à pretensão persecutória.

Note-se que uma das ideias centrais da Lei nº 11.719, de 2008, como de resto da reforma do Código de Processo Penal, é a desconstrução do modelo misto e solidificação do sistema acusatório. Nesse passo, o legislador, além de procurar adequar os institutos da *emendatio e da mutatio libelli* ao perfil acusatório, preocupou-se, até mesmo, em reafirmar, no nível infraconstitucional, que cabe ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública... (art. 257, I, do CPP, com a redação da Lei nº 11.719, de 2008), e de modificar o sistema presidencial de audiência para a inquirição direta das testemunhas (art. 212, caput, do CPP, redação da Lei nº 11.690, de 2008)”.

No sistema presidencial, adotado anteriormente, as perguntas do Ministério Público e dos advogados às testemunhas tinham de ser feitas ao juiz, que as reperguntava às testemunhas. Com o sistema direto, agora introduzido em nosso meio, chamado no Direito americano de *cross-examination*, as partes formulam diretamente as suas perguntas às testemunhas, cabendo ao juiz, apenas, a função de indeferi-las, quando não forem pertinentes com a causa ou tiverem o condão de induzir a resposta. Indo mais além, ainda tendo em conta o princípio acusatório, o juiz terá uma função mais passiva nas audiências, na medida que, em rigor, ao contrário de antes, só lhe caberá, após as perguntas das partes, *complementar a inquirição* sobre os pontos que não tiverem sido esclarecidos. (Parágrafo único do art. 212 do CPP, com a redação da Lei nº 11.690, de 2008)¹⁶⁰¹.

9.3.2 – Poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal, de acordo com o sistema acusatório.

constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.” Com melhor técnica redacional, a Lei 11.719, de 2008, alterou o texto, nos seguintes termos: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

¹⁶⁰⁰ Ada Pellegrini se manifestava nesse sentido (Cf. CHOUKR, Frauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2000, p. 86-87)

¹⁶⁰¹ Com essa alteração, a função do Ministério Público na audiência fica bem mais ativa. Antes, as primeiras perguntas às testemunhas arroladas pelo Ministério Público, que são sempre ouvidas antes das indicadas pela defesa, eram feitas pelo juiz, o qual, tendo em conta o conjunto de elementos probatórios do inquérito policial, o texto da denúncia e o interrogatório do acusado, invariavelmente, concentrava o maior número de perguntas a respeito das evidências incriminatórias dos autos. O Ministério Público, em verdade, com suas perguntas, complementava a inquirição. Agora é o contrário. Ele é quem terá de dar

Na ideia do sistema acusatório, as funções de acusar e julgar são separadas por órgãos pertencentes a poderes políticos distintos. Em uma visão mais alargada, é como se o dever-poder de responsabilizar, criminalmente, as condutas fosse dividido em três partes: (1) a que diz quais são os crimes e qual deve ser a pena; (2) a que pede a condenação e aponta a sanção que deve ser imposta quando ocorre o fato definido como crime; e (3) a que julga se, realmente, o caso é considerado crime e diz qual é a medida adequada para solucionar a questão. Cada uma dessas funções é exercida por um poder diferente: (1) quem diz em tese quais são os crimes e quais as medidas que podem ser adotadas na solução do caso é o Legislativo, mediante a feitura das normas jurídicas; (2) quem deduz a pretensão acusatória e pede a aplicação da medida é o Executivo; e (3) quem decide, mediante a interpretação dos fatos e das normas jurídicas, é o Judiciário.

O Executivo, para melhor gerenciar essa atividade punitiva, dividiu a persecução criminal em dois momentos distintos: (1) a *preparatória ou investigatória* e (2) a *postulatória* (pretensão acusatória) perante o Judiciário. Para tanto, possui órgãos específicos para cada uma dessas tarefas. Quanto à fase preparatória ou investigatória, a Constituição de 1988, inovando na nossa tradição, cuidou de regulamentar o assunto e conferiu a missão, no âmbito federal, à polícia federal e, no estadual, à polícia civil¹⁶⁰², enquanto o Código de Processo Penal, sem qualquer distinção, denomina polícia judiciária o órgão incumbido dessa missão (art. 4º, caput).

No tocante à polícia federal, o constituinte, no art. 144, § 1º, IV, da Constituição em vigor, disse que seria de sua competência “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Quanto à polícia civil, afirmou que a ela incumbe, “... ressalvada a competência da União, as funções de *polícia judiciária* e a apuração de infrações penais exceto as militares”.

No que tange à pretensão acusatória em juízo, o legislador afirmou que cabe ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.” Note-se que, ao cuidar de definir a atribuição para atuar perante o Judiciário, o constituinte teve o cuidado de realçar que a ação penal era *privativa* do Ministério Público. Lembre-se que a ação penal é o gênero do qual a denúncia é apenas uma de suas espécies. De ordinário, por conseguinte, a atividade investigatória fica a cargo da polícia judiciária, sendo de sua alçada apurar os elementos probatórios referentes à materialidade e à autoria, a fim de fornecer ao Ministério Público a munição necessária para o ajuizamento da denúncia, pois é este quem detém, *privativamente*, capacidade postulatória para ajuizar toda e qualquer ação penal de iniciativa pública.

De todo modo, a despeito do silêncio da Constituição, como consequência do sistema misto adotado na feitura do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, a autoridade policial conserva parcela de capacidade postulatória, de maneira que, quando precisa realizar diligência somente possível caso haja autorização judicial, ela pode pedir diretamente ao magistrado a determinação da providência, sendo desnecessário solicitar ao Ministério Público o ajuizamento do pleito. Em muitos casos tratam-se de medidas indispensáveis para a eficácia da apuração feita no inquérito policial, como são as hipóteses de pedido de quebra dos sigilos telefônico, fiscal e bancário e de busca e apreensão, mas outros são medidas meramente acautelatórias, que não têm pertinência com a apuração em si, a exemplo do que ocorre na representação para que seja decretada a prisão temporária ou preventiva¹⁶⁰³.

início às perguntas, em relação às testemunhas arroladas na denúncia, enquanto à defesa, no que diz respeito às que forem por ela indicadas.

¹⁶⁰² Cf. tópico 7.2.3.1.3, supra, em que se faz a distinção entre as polícias impropriamente chamadas judiciárias (federal e civil) e as polícias preventiva e ostensiva.

¹⁶⁰³ A única circunstância em que a decretação de prisão preventiva pode ser ordenada para viabilizar o inquérito ocorre quando ela é deferida para a conveniência de sua instrução. Nos demais casos, ela não serve propriamente ao inquérito policial.

¹⁶⁰⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 461.

Quando a autoridade policial aciona o judiciário pedindo para que seja tomada uma determinada providência, está-se-lhe reconhecendo capacidade para postular em juízo, ou melhor, de aforar ações perante o órgão judicante. Na primeira edição deste livro, sustentamos que essa é uma função atípica, que é um corolário lógico da missão outorgada pela Constituição às polícias federal e civil, pois se elas tivessem que solicitar ao Ministério Público que este providenciasse o pedido perante o Judiciário, tal comprometeria a agilidade e mesmo a eficiência da apuração.

Esse entendimento, porém, não parece o mais acertado. Isso porque, conforme acentuamos em outro trabalho, sob a batuta do¹⁶⁰⁴

“... sistema acusatório, como passou, a partir de 1988, a ser o nosso, não tem sentido nenhum atribuir à autoridade policial legitimidade para pedir, quando já concluído o inquérito policial, a prisão preventiva ou mesmo a aplicação de uma medida cautelar diversa. Até porque, sendo o Ministério Público o titular da *ação principal*, como é próprio da processualística, também o é da *ação cautelar* correspondente.”

Na segunda etapa da Reforma Tópica, o legislador infraconstitucional, com a edição da Lei nº 12.403, de 2011, corrigiu, em parte, essa anomalia, no instante em que, com a nova redação alvitrada para o art. 282, § 2º, do CPP (“As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”), restringiu a outorga de capacidade postulatória à autoridade policial apenas às medidas cautelares preparatórias, ou seja, aquelas requeridas antes da instauração do processo principal.

O certo é que o Ministério Público, sendo o *dominus litis* do processo principal, também o seja do processo cautelar, seja ele preparatório ou incidental. Lamenta-se que o legislador da segunda etapa da Reforma Tópica, seduzido pela *cultura do sistema misto-inquisitivo*, tenha preferido manter a nossa tradição de atribuir à autoridade policial ainda parcela de capacidade postulatória¹⁶⁰⁵.

9.3.2.1 – Inexistência de privatividade da polícia judiciária para a investigação dos crimes (persecução criminal extraprocessual).

Pela leitura dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, percebe-se que a Carta Magna não concedeu exclusividade à polícia judiciária na apuração dos delitos. Com efeito, ao tratar da investigação extraprocessual, o constituinte, em nenhum momento, disse que essa atividade seria privativa da polícia judiciária. A única menção que ele fez à *exclusividade* foi quanto à polícia federal, mas não em relação à apuração das infrações propriamente ditas, porém apenas para ressaltar que esse exercício exclusivo dizia respeito às *funções de polícia judiciária da União*¹⁶⁰⁶. Desse modo, o que se tem é que o constituinte disse que a função investigatória seria de regra exercida pelas polícias federal e civil, conforme fosse o caso, nunca que outros órgãos, em função atípica, não pudessem cuidar de levar adiante investigações, como medida suplementar e mesmo substitutiva.

¹⁶⁰⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 463- 464.

¹⁶⁰⁶ Interpretando esse preceito constitucional, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, em voto da relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, adotou esse entendimento ao decidir o HC 89.837/DF, merecendo menção a seguinte parte da ementa: “ (...) – A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.” (www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoAndamento.asp? Data da decisão: 20.10.2009. Acesso em 11 dez. 2012. Os grifos são do original).

¹⁶⁰⁷ Cf. item 7.2.3.1.3, supra.

Da exegese extraída do art. 144, § 1º, I e IV e § 4º, da Constituição, tem-se que, de forma expressa, ficou atribuída à polícia judiciária a persecução penal investigatória. Veja-se, nesse particular, que, quando o constituinte quis dizer que a persecução criminal era privativa, ele o fez de forma expressa. Assim como se afirmou, linhas atrás, esta foi a primeira vez que a própria Constituição, no art. 144, explicitou os órgãos do Estado aos quais seria confiada a missão de exercer a persecução criminal¹⁶⁰⁷. Para esse fim, mantendo a tradição brasileira, ele separou os campos de atuação da persecução criminal, a saber, aquela que é meramente apuratória e extraprocessual da que é eminentemente postulatória e processual: a primeira ficou com a polícia judiciária e a segunda com o Ministério Público. Quando o constituinte tratou de definir a atribuição referente à persecução criminal postulatória e processual, ele teve a preocupação de ressaltar que ela era privativa do Ministério Público. Todavia, quando abordou a atribuição da persecução criminal investigatória e extraprocessual, ele não disse que era privativa da polícia¹⁶⁰⁸.

Sem embargo dessa consideração, a própria Constituição faz duas ressalvas, uma explícita e outra implícita. A explícita é quanto aos crimes militares (art. 144, § 4º, da Constituição) e a implícita é quando confere à Comissão Parlamentar de Inquérito os poderes investigatórios (art. 58, § 3º, da Constituição). Embora lá se diga que os poderes investigatórios são próprios das autoridades judiciais, em verdade, com essa afirmação, o que se realça é que, no exercício de sua função investigatória, esse órgão do Legislativo, de ordinário, não precisa de autorização judicial para quebrar uma garantia constitucional, exceção feita aos casos em que a Constituição, de forma expressa, faz a reserva de jurisdição¹⁶⁰⁹. Ou seja, o poder investigatório das CPIs é superior ao das polícias judiciárias, pois, de regra, elas mesmas têm o poder de determinar a flexibilização de uma garantia constitucional.

Pode-se dizer que esses dois casos, de uma forma ou de outra, estão previstos na própria Constituição como exceção. Ainda assim, cabe lembrar que antiga súmula do Supremo Tribunal Federal enuncia que “O poder de polícia da câmara dos deputados e do senado federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.” E não é só. Mesmo a Constituição de 1988 não tendo nenhuma disposição expressa a respeito, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), no art. 33, parágrafo único, estabelece que, caso a suspeita quanto à prática de crime recaia na pessoa de juiz, a direção do inquérito deve ser repassada para o tribunal ou órgão especial do tribunal ao qual está vinculado o magistrado¹⁶¹⁰. Se se entender que a investigação é privativa da autoridade policial, este dispositivo terá de ser considerado revogado, o que não parece ser o caso. Até porque o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que, quando se trata de magistrado, a atividade investigatória, excepcionalmente, passa a ser dirigida pelo tribunal ao qual ele pertence (RHC 84.903/RN, Primeira Turma, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 4.2.2005)¹⁶¹¹.

¹⁶⁰⁸ Esse ponto não passou despercebido por EUGÊNIO PACELLI. O autor, ao defender que não há exclusividade da polícia judiciária para a apuração das infrações, anota que “a CF não prevê nenhuma *privatividade* da polícia para as investigações criminais, como o faz, por exemplo, em relação à titularidade para as ações penais públicas, o que parece remeter a solução da questão para indagações de outra natureza (não exclusivamente jurídicas).” (*Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 51).

¹⁶⁰⁹ Cf. itens 7.2.3.1.1 e 7.2.3.1.2, *supra*.

¹⁶¹⁰ O parágrafo único do art. 33 da LOMAN está assim redigido: “Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.”

¹⁶¹¹ No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha afirmado que o inquérito deve ser feito pelo próprio tribunal, não reconheceu a nulidade suscitada pelo fato de a denúncia já ter sido recebida e, ademais, não ter ficado evidenciado nenhum prejuízo para o acusado (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL: EXCEÇÃO ATINENTE À MAGISTRATURA (LOMAN, ART. 33, PARÁG.

Aliás, há o entendimento de que, quando se trata de crime envolvendo pessoa com direito a prerrogativa de função perante a Excelsa corte, o próprio inquérito há de ser conduzido por ela, e não pela autoridade policial. Por isso mesmo, na chamada operação Navalha, em razão de estar entre um dos envolvidos um então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o inquérito foi conduzido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶¹².

O Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 4º, após estatuir como regra que a apuração das infrações compete à polícia judiciária, ressalva que essa previsão não exclui das autoridades administrativas a competência para investigar as ações ilícitas que elas tenham como obrigação apurar. Colmatando essa norma, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990¹⁶¹³, impõe, entre os deveres da autoridade administrativa, promover, sempre que tiver ciência, a imediata apuração de irregularidades no serviço público (art. 143, caput), dispondo, ainda, que deverá arquivar o processo, quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou *ilícito penal* (art. 144, parágrafo único). Mesmo que fosse desnecessário, para realçar ainda mais o poder investigatório deferido à autoridade administrativa, o diploma legal em foco deixa expresso, no art. 171, que “Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal ...”

Vê-se, assim, que a legislação infraconstitucional comete à autoridade administrativa a competência para apurar crimes quando estes praticados no exercício da função pública, razão pela qual a remessa dos autos não é direcionada para a polícia judiciária, mas sim para o Ministério Público, a fim de que este, de posse dos elementos que informam a existência da justa causa, ofereça a ação penal¹⁶¹⁴. Tal função cometida à autoridade administrativa seria inconstitucional, caso o entendimento fosse de que o poder investigatório é privativo da polícia judiciária. Se essa for a interpretação retirada do texto constitucional, tem-se que o parágrafo único do art. 4º do CPP foi revogado pela Constituição de 1988 e que os dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, acima destacados, são inconstitucionais¹⁶¹⁵.

ÚNICO): DISCUSSÃO QUE, NO CASO, RECEBIDA A DENÚNCIA POR DECISÃO DEFINITIVA, É DESNECESSÁRIO APROFUNDAR, POIS SE IRREGULARIDADES OCORRERAM NO INQUÉRITO, NÃO CONTAMINARAM A AÇÃO PENAL: PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

¹⁶¹² O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet-QO 3825, un., Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, reafirmou o entendimento de que “(...) Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 10. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei nº 8.038/1990, art. 2º e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 11. Segunda Questão de Ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Data da decisão: 10/10/2007 Acesso em 10 dez. 2012.)

¹⁶¹³ Dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

¹⁶¹⁴ Ademais, se o inquérito policial não é imprescindível para o ajuizamento da ação penal, tendo o processo administrativo feito a apuração do ilícito criminal, nada mais razoável que os autos sejam encaminhados, diretamente, para o Ministério Público, a fim de que se providencie, desde logo, a promoção da persecução criminal em juízo.

¹⁶¹⁵ Malgrado a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, não contenha norma expressa, as autoridades administrativas integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha, no desempenho da atividade fiscalizatória, detêm poder investigatório quanto às infrações ambientais. O mesmo se diga em relação aos fiscais do trabalho, notadamente em relação ao trabalho escravo.

¹⁶¹⁶ O art. 200 do Código Tributário possui a seguinte redação: “As autoridades administrativas federais poderão requisitar

Na mesma diretriz, o Código Tributário Nacional, no art. 200, deixa claro que a fiscalização levada a cabo pela autoridade fiscal compreende a apuração dos crimes tributários, sendo-lhe conferido até mesmo o poder de requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, “... quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária ...”¹⁶¹⁶. Igualmente sob o pressuposto de que o poder investigatório das infrações penais não é *privativo* da autoridade policial, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, preceitua, no art. 2º, I, II e §1 3º, que as funções fiscalizatórias do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Imobiliários compreendem “... a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras” e complementa com a imposição de informação ao Ministério Público, quando, no exercício de suas atribuições, “... verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública ou indícios da prática de tais crimes ...” (art. 9º).

A especificidade e circunstâncias técnicas de determinados crimes que exigem, para a sua apuração, conhecimentos específicos, como são os casos dos crimes financeiros, tributários, ambientais e do trabalho, recomendam que, nessas situações, a investigação seja conduzida por pessoas que possuem o devido preparo para lidar com essas matérias. Para se identificar a sonegação fiscal, por exemplo, nem sempre é fácil, pois exige amplo conhecimento da hipótese de incidência do tributo, assim como das técnicas de gestão administrativa que podem ser adotadas a fim de minorar o encargo fiscal. O mesmo se diga em relação às complexas transações financeiras e às muitas formas de agressão à natureza. A caracterização mesma do trabalho escravo requer prévio conhecimento dos direitos trabalhistas e do quê e quanto o empregador pode cobrar, em forma de desconto no salário, ao empregado.

A afirmação de que o poder investigatório é *privativo* da polícia judiciária implicaria fazer com que, em todo e qualquer caso, a despeito de o fato criminoso já ter sido apurado por uma autoridade administrativa, houvesse a necessidade de que fosse instaurado o inquérito policial, ademais de caracterizar burocracia despropositada e incompatível com o Estado moderno, infirmaria a doutrina e a jurisprudência consolidadas em nosso meio, no sentido de que a finalidade do procedimento levado a efeito pela autoridade policial resume-se à apuração da materialidade e de indícios de autoria, de modo que, caso esses elementos já existam, o Ministério Público pode, com base nos elementos que possui, promover a ação penal, independentemente da instauração do inquérito policial.

Se assim não for, se se entender que outros órgãos, aí incluído o Ministério Público, não possuem poderes investigatórios uma vez que a Constituição teria dado essa exclusividade à polícia judiciária, tal teria a consequência de levar à conclusão de que a autoridade policial, sob a regência da nova Constituição, não tem capacidade postulatória para pedir quebra de sigilos telefônico, fiscal e bancário, busca e apreensão e prisões temporária e preventiva perante o Judiciário, até porque, nesse aspecto, o constituinte cuidou de sublinhar que a ação penal pública é privativa do Ministério Público¹⁶¹⁷.

Como se vê, essa forma de pensar levaria à conclusão de que o inquérito policial se trata de peça indispensável para a propositura da ação penal, o que contraria, outrossim, a doutrina e a jurisprudência uníssonas construídas ao longo do tempo a respeito do tema.

o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à eficiência de medida prevista na legislação tributária, *ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.*” (Os grifos não constam do original).

¹⁶¹⁷ Em nosso entendimento, como decorrência lógica da mudança do sistema processual penal do modelo misto para o acusatório, a despeito de previsões contidas no CPP e em leis especiais, a autoridade policial não tem mais capacidade postulatória para solicitar nenhum tipo de medida cautelar. Cf. item 9.3.2, *supra*.

¹⁶¹⁸ Esse comando normativo também se aplica aos Ministérios Públicos dos Estados, pois o art. 80 da Lei nº 8.625, de 1993,

Por fim, o Parlamento aprovou a Lei nº 12.830, de 2013, apenas para esclarecer que a função de polícia judiciária, conquanto administrativa, possui *natureza jurídica* (art. 2º, caput), ao passo que a Câmara dos Deputados, rejeitou a PEC 37, de 2011, que pretendia alterar o art. 144 da Constituição para deixar escrito, de forma cogente, ser da alçada exclusiva das polícias federal e civis a apuração das infrações penais.

9.3.2.2 – Os poderes investigatórios do Ministério Público.

Vexata quaestio instalou-se quanto a saber se o Ministério Público, na esteira da forma como a Constituição de 1988 tratou da segurança pública, possui o poder de conduzir, ele próprio, a despeito da polícia judiciária, investigações para o fim de ajuizar a ação penal. A questão passa, desde logo, por uma premissa, plantada no tópico anterior: a Constituição não deu à polícia judiciária a *exclusividade/privatividade* para apurar os crimes. Como foi ressaltado, vários órgãos administrativos (Banco Central, Comissão de Valores Imobiliários, autoridade fiscal, órgãos de proteção ao meio ambiente, etc.), em consonância com a legislação infraconstitucional, expressamente, possuem poderes investigatórios quanto aos crimes praticados por meio de atos compreendidos dentro da função fiscalizatória da respectiva autoridade administrativa. Evidenciou-se que, até mesmo, o poder judiciário, que, em um sistema acusatório, de regra, não possui poder investigatório extraprocessual, em caso excepcionalíssimo, qual seja, quando o suspeito da prática da infração é um magistrado, assume a atribuição de apurar a ocorrência do ilícito criminal.

A par disso, a Lei de Organização do Ministério Público federal dispõe que, quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral, a quem incumbirá designar membro do parquet para dar prosseguimento à apuração do fato (art. 17 da Lei Complementar nº 75, de 1993)¹⁶¹⁸. Com isso se quer dizer que basta a suspeita de que o membro do Ministério Público tenha participado do crime, para que o inquérito saia da alçada da autoridade policial e passe para a direção do Ministério Público. Essa norma, assim como aquela referente à direção da apuração de ilícito envolvendo magistrado, tem em mira preservar a independência funcional dos membros do Ministério Público, cuja atividade, não raro, gera confrontos com as autoridades policiais. Caso o *parquet* ficasse passível de apuração criminal conduzida por autoridade policial, ele poderia sofrer uma *pressão silenciosa* nas suas muitas relações funcionais travadas com os agentes da polícia. Justamente para livrá-lo dessa coerção, o legislador passa para a própria instituição ministerial a incumbência de fazer a apuração criminal, quando há suspeita de envolvimento de um de seus integrantes.

Certamente que procede a assertiva de que, nesse caso, essa função anômala do Ministério Público é sobremaneira excepcional, assim como ocorre quando se trata da condução de inquérito no qual se apura a possível participação de magistrado. Todavia, a Lei nº 8.625, de 1993, art. 26, I, “a”, de modo cogente, autoriza o Ministério Público estadual a colher depoimentos ou esclarecimentos e, ainda, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva. No mesmo tom, a Lei Complementar nº 75, de 1993, arts. 7º, I, e 8º, V, confere ao Ministério Público federal a legitimidade para instaurar não só inquérito civil, como outros procedimentos administrativos correlatos, além de realizar inspeções e diligências investigatórias. Observe-se que o art. 26, I, “a”, da Lei nº 8.625, de 1993, dá ao Ministério Público a atribuição de colher depoimentos ou esclarecimentos, enquanto a Lei Complementar nº 75, de 1993, também aplicável ao Ministério Público estadual por força do art. 80

afirma que a eles se aplicam, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

¹⁶¹⁹ Cf. GARCIA, Emerson. *Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

do primeiro diploma legal, diz, textualmente, que o *parquet* pode realizar diligências investigatórias. Observe-se que aqui não se repete a expressão constitucional, contida no art. 129, VIII, primeira parte, que fala apenas em requisitar diligências investigatórias.

Tendo em consideração esses aspectos, o Superior Tribunal de Justiça tem posição consolidada de que o órgão ministerial possui poder para realizar investigações. Porém, a mesma uniformidade e orientação não se enxergava no exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Há tempo a Excelsa Corte vinha sendo chamada a se pronunciar sobre o assunto. No primeiro registro de que se tem notícia, o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua composição plenária, deparou-se com o debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.226-PR, promovida pela Associação dos Delegados de Polícia – ADEPOL, questionando a constitucionalidade de resolução editada pelo Procurador-Geral de Justiça do Paraná, que instituiu, na comarca de Curitiba, promotoria de investigação criminal, com poderes para requisitar exames, documentos e informações de qualquer órgão, repartição ou entidade pública ou privada, bem como a condução coercitiva, pela polícia civil ou militar, de quem, tendo sido notificado para prestar depoimento, deixasse de comparecer injustificadamente.

A liminar, julgada em 11 de outubro de 1995, tendo como relator o Ministro OCTÁVIO GALLOTI, foi indeferida por falta de plausibilidade, porém o mérito da demanda não foi apreciado, uma vez que não se reconheceu a legitimidade da referida associação para ajuizar a ADI. Logo em seguida, entretanto, antes de ser decidido que a ADEPOL não detinha legitimidade para a propositura da ação, a referida associação promoveu outra Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.142/DF), com a qual impugnou a constitucionalidade da Lei nº 8.625, de 1993, art. 26, I, e da Lei Complementar nº 75, de 1993, arts. 10, 18, II, “f”, parágrafo único, pelo fato de os referidos dispositivos legais concederem ao Ministério Público poderes para instaurar inquéritos e outras medidas e procedimentos pertinentes. A liminar foi indeferida à unanimidade em 14 de fevereiro de 1996, tendo como relator funcionado o Ministro CARLOS VELLOSO. Porém, mais uma vez, o mérito não foi decidido, posto que não foi reconhecida a legitimidade da associação para o manejo da ADI.

Após essas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nas quais o mérito não foi apreciado, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Segunda Turma, foi chamado para deslindar a matéria, quando do julgamento do HC 77.371/SP¹⁶²⁰. Naquela oportunidade, o relator do feito foi o Ministro NELSON JOBIM, tendo Sua Excelência rejeitado a tese de invalidade da apuração extraprocessual conduzida pelo Ministério Público, sob o argumento de que “a Lei Orgânica do Ministério Público faculta a seus membros a prática de atos administrativos de caráter preparatório tendentes a embasar a denúncia.”¹⁶²¹ Esse julgamento ocorreu em 1º de setembro de 1998, mas, logo em seguida, o mesmo órgão fracionário, no julgamento do RE 205.473/AL, à unanimidade, com voto redigido pelo Ministro CARLOS VELLOSO¹⁶²², mudando completamente o pensamento anterior, disse que “... não cabe ao membro

p. 317. O autor faz menção a vários acórdãos da Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, todos confirmando a legitimidade do Ministério Público para realizar investigações.

¹⁶²⁰ 1616 Teve a ADI 1.615/DF, relatada pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA, cuja pretensão julgada procedente, porém ali se questionou a circunstância de o Tribunal de Justiça do Distrito Federal ter determinado que, na hipótese de haver novo pedido de dilação de prazo para a conclusão do inquérito policial, a tramitação deveria dar-se diretamente entre o Ministério Público e o órgão. O pleito foi deferido ao argumento de que o ato normativo impugnado contrariava o disposto no art. 16 do Código de Processo Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, un. Data da decisão: 12/06/1997. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005).

¹⁶²¹ In Revista Trimestral de Jurisprudência n. 167, p. 250. A decisão da Segunda Turma foi unânime, tendo participado da sessão e votado com o relator os Ministros CARLOS VELLOSO, MARCO AURÉLIO e MAURÍCIO CORRÊA, sob a presidência do Ministro NÉRI DA SILVEIRA.

¹⁶²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, Data da decisão: 15/12/1998. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 4 fev. 2005. No mesmo sentido, RHC 23.3072, Segunda

do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal.”

No julgamento do RHC 81.326/DF, foi a vez de o Ministro NELSON JOBIM¹⁶²³ demonstrar que mudou de orientação, ao assinalar, em passagem da ementa de seu voto:

(...) INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial.

Devido a essas decisões, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, passou a afirmar, peremptoriamente, que o Ministério Público, conquanto tenha a legitimidade para requerer a instauração de inquérito policial e mesmo de requisitar diligências investigatórias, não tem legitimidade para presidir inquérito policial, daí por que a ele é defeso inquirir diretamente pessoas suspeitas da prática de crime.

Entretanto, logo após, com base no último precedente da Segunda Turma do STF supramencionado, questionou-se a validade de apuração feita pelo Ministério Público, voltada para a persecução de crime tipificado no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Como o estatuto em comento, no art. 201, inciso VII, diz competir ao Ministério Público “instaurar sindicâncias... para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude.”, a mesma Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, diante dos seus precedentes no sentido de que o Ministério Público não teria poderes investigatórios, no julgamento do HC 82.855/GO, em voto do Ministro NELSON JOBIM, uma vez mais, mudou o seu pensamento sobre a matéria, para esclarecer que o *parquet* detém, mercê de previsão em lei especial, legitimidade para instaurar sindicância tendente à apuração de crimes previstos no ECA. Os termos da ementa do acórdão, votado à unanimidade pelos membros da Segunda Turma e relatado pelo Ministro NELSON JOBIM¹⁶²⁴, em virtude da importância para o esclarecimento do assunto, vão a seguir transcritos:

HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). O Ministério Público tem legitimidade para instaurar sindicância para a apuração de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/90). Além da competência que lhe atribui o ECA, é pacífico o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não necessita de inquérito policial para instaurar ação penal. Caso que não se confunde com o RHC 81.326 que tratava de falta de legitimidade do Parquet para presidir ou desenvolver diligências pertinentes ao inquérito policial. A questão relativa à infância e à juventude é regulada por lei especial que tem previsão específica (Lei 8.069/90). Habeas corpus indeferido.

Turma, m., Relator p/ acórdão Ministro NELSON JOBIM, j. em 18/05/99.

¹⁶²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. Data da decisão: 06/05/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005.

¹⁶²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA), Data da decisão: 30/04/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005.

¹⁶²⁵ (www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp? Data da decisão: 20.10.2009. Acesso em 11 dez. 2012. Os

Como se observa, na ementa do acórdão fez-se a distinção entre a legitimidade para apurar, por meio de sindicância, a ocorrência de crimes e a legitimidade para instaurar inquérito. Consoante o acórdão, o Ministério Público detém poder investigatório, desde que o faça mediante sindicância, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente. O que ele não possui – é o que a leitura da ementa permite concluir –, mesmo em se tratando de apuração de infrações às normas de proteção à infância e ao adolescente, é poder para instaurar *inquérito*. Isso é o que está afirmado, com todas as letras, na ementa em destaque. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal, no aresto em foco, expressamente reconheceu que o Ministério Público detém poder investigatório, quando tal estiver previsto em lei, muito embora essa conclusão, em certa medida, contrarie o que ficou assentado no julgamento do RHC 81.326 – mencionado na ementa –, ocorrido anos antes, pois ali se disse que o órgão ministerial não podia, diretamente, inquirir pessoas que fossem apontadas como autoras de ilícito penal, a despeito de assim estar previsto em sua lei orgânica.

Por fim, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal adotou a tese da validade dos poderes investigatórios do Ministério Público, consoante se observa de parte da ementa do julgamento ocorrido no HC 89,837/DF, em acórdão relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO¹⁶²⁵, vazada nos seguintes termos:

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de “*dominus litis*” e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a “*opinio delicti*”, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

De qualquer maneira, a matéria ainda não estava pacificada no Supremo Tribunal Federal, pois continuava pendente de apreciação as ADIs n.ºs 4220 e 4271¹⁶²⁶, que questionavam a constitucionalidade dos incisos V e IX do artigo 8º e I e II do artigo 9º, todos da Lei n.º 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), além do artigo 80 Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e da Resolução n.º 20, de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que conferem ao Ministério Público o poder para realizar inspeções e diligências investigatórias.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, como argumento para não definir a matéria, invocava a inconveniência da definição do assunto no âmbito do Judiciário, porquanto a matéria estava para ser apreciada pelo Parlamento. Esse obstáculo foi superado, pois a Câmara dos Deputados, como já dito aqui, em compasso com a manifestação dos mais diversos segmentos da sociedade civil, em junho de 2013, rejeitou a PEC 37, que pretendia, por linhas transversas, retirar os poderes investigatórios do Ministério Público¹⁶²⁷.

Por isso mesmo, em 14 de maio de 2015, entrou na pauta do plenário a continuidade do julga-

grifos são do original).

¹⁶²⁶ Nesta ADI há parecer da Advocacia Geral da União, assinado pelo hoje Ministro do STF Dias Tóffoli, entendendo pela inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

¹⁶²⁷ Nas diversas manifestações populares que ocorreram nas principais cidades do país em 2013, dentre os vários assuntos invocados, houve expressa pressão para que o Congresso Nacional vetasse a PEC 37.

¹⁶²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.

mento do Recurso Extraordinário 593727¹⁶²⁸, no regime de repercussão geral, que aguardava voto-vista do Ministro Marco Aurélio. Já tinham votado os Ministros CEZAR PELUSO, na qualidade de relator, e os Ministros GILMAR MENDES, CELSO DE MELLO, AYRES BRITO, JOAQUIM BARBOSA e LUIZ FUX, todos, exceto o primeiro, no sentido de reconhecer a ampla legitimidade do poder investigatório do Ministério Público. No voto-vista, o Ministro MARCO AURÉLIO firmou passo no entendimento de que, embora “O MP, como destinatário das investigações, deve acompanhá-las, exercendo o controle externo da polícia”, ele não possui legitimidade para, por meios próprios, realizar investigações criminais. Os Ministros DIAS TOFOLLI e RICARDO LEWANDOWSKI acompanharam o voto do Ministro CESAR PELUSO, reconhecendo a atuação investigatória do Ministério Público apenas em *hipóteses excepcionais*, enquanto as Ministras ROSA WEBER e CÁRMEM LÚCIA se filiaram à tese dos poderes investigatórios do Ministério Público em maior *extensão*.

De toda sorte, no julgamento, restou esclarecido que os poderes investigatórios do Ministério Público possuem limites, restando assentado o *seguinte*¹⁶²⁹:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

9.3.2.2.1 – Argumentos que confirmam os poderes investigatórios do Ministério Público.

Sem embargo da posição já firmada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, importa registrar que a discussão sobre os poderes investigatórios do Ministério Público envolve questões de ordem jurídica, histórica e, essencialmente, política. Os argumentos com os quais se procura demonstrar que não há a figura do promotor investigador, englobando essas três formas de olhar a questão, podem ser resumidos nas seguintes proposições: (1) a Constituição de 1988, com a redação dos art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º, atribuiu, exclusivamente, à polícia judiciária a missão de apurar as infrações penais; (2) o constituinte, ao invés de permitir que o Ministério Público substituísse a autoridade policial, conferiu-lhe a função de exercer o controle externo (art. 129, VII); (3) a Constituição, quando deu ao Ministério Público poder investigatório, estabeleceu essa função de forma expressa, como fez em relação ao inquérito civil (art. 129, III); (4) quanto ao inquérito policial, o que se conferiu ao parquet foi apenas a possibilidade de requisitar a sua instauração e diligências investigatórias; (5) a legitimidade para a propositura da ação penal não implica, necessariamente, a atribuição de poder investigatório; (6) não há lei dando essa prerrogativa ao Ministério Público; (7) na tradição do Direito brasileiro, historicamente, a apuração dos elementos indispensáveis à promoção da ação penal sempre foi confiada à polícia judiciária, sendo rejeitadas as propostas legislativas com as quais se pretendeu passar, também, essa função para o órgão ministerial; (8) tanto o Ministério Público não detém poder investigatório que há, em tramitação no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda Constitucional nº 197, de 2003, com

asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184. Acesso em: 19 mai 2015.

¹⁶²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184. Acesso em: 19 mai 2015.

¹⁶³⁰ A previsão expressa constitucional veio para consagrar a possibilidade de o Ministério Público valer-se do Inquérito Civil.

a finalidade de modificar a redação do art. 129, VIII, para deixar expresso que ele pode *promover investigações*; (9) o monopólio das funções de investigar e de promover a ação penal não é politicamente adequado; (10) o envolvimento do Ministério Público com a investigação preparatória não é pertinente, pois compromete a sua imparcialidade no instante em que, com a valoração das provas obtidas no procedimento, deve avaliar se o caso é para o ajuizamento da ação, ou não; (11) falta de normas regulamentadoras do exercício dessa função por parte do Ministério Público.

Os argumentos apresentados não são fortes o suficiente para infirmar os poderes investigatórios do Ministério Público. Antes de analisar um a um, cabe fazer dois esclarecimentos fundamentais para a devida apreciação da questão. Deve ser lembrado que o que se está defendendo não é que o órgão ministerial tenha, como regra, a atribuição de investigar os crimes, mas sim que essa função seja exercida, de forma supletiva, todas as vezes que se sentir dificuldade por parte da autoridade policial em cumprir, com a devida presteza, a sua missão, seja por deficiências estruturais, seja porque a apuração envolve agentes policiais ou autoridades governamentais ou pessoas influentes. Como o Ministério Público, embora pertença ao Executivo, possui independência funcional, o que quer dizer que os seus membros não estão sujeitos à obediência hierárquica no cumprimento de suas funções, ele tem mais liberdade para atuar na investigação de casos complexos que envolvem pessoas de notória influência administrativa, econômica e política.

O outro esclarecimento prévio é que não se defende que o *parquet* tem legitimidade para presidir ou instaurar inquérito policial. Esse poder, evidentemente, o Ministério Público não possui, simplesmente porque ele não é autoridade *policial*. Por conseguinte, quando se defende que o Ministério Público detém poderes investigatórios para que ele próprio proceda às investigações necessárias, não se está querendo que ele, doravante, substitua, sempre, a autoridade policial na apuração dos crimes, senão que, em casos específicos, quando demonstrada a inconveniência quanto à permanência do assunto sob a batuta da polícia, faça uma atuação supletiva nessa área, mediante procedimento por ele mesmo instaurado e dirigido.

O primeiro argumento com o qual se sustenta a impossibilidade de o Ministério Público proceder a investigações preliminares parte de uma premissa falsa, qual seja, de que a Constituição tenha conferido às polícias federal e civil a *exclusividade/privatividade/monopólio* da atividade investigatória. Esse assunto já foi explorado no item 9.3.2.1, razão pela qual, com o propósito de não repetir o que ali foi dito, recomenda-se a sua releitura.

O segundo, igualmente, também padece do vício de tomar como parâmetro inicial uma premissa que não condiz com a verdade, ao se escorar na afirmação de que a atribuição conferida ao Ministério Público pelo constituinte, em relação à atividade investigatória, foi apenas quanto ao exercício do controle externo dessa atividade policial (art. 129, VII), e não de substituir a autoridade policial. Como foi acentuado, o reconhecimento de poderes investigatórios nas mãos do Ministério Público não tem o condão de substituir a autoridade policial, mas sim de complementar essa função, especificamente naqueles casos em que a independência para a apuração pela polícia está comprometida. A eventual atuação do Ministério Público na coleta de elementos para a propositura da ação penal não substitui, nem muito menos inibe, a instauração e direção do inquérito pela autoridade policial. Constitui-se uma investigação paralela complementar, cabendo ao órgão ministerial, quando do oferecimento da ação penal, atentar para o conjunto probatório dos dois procedimentos.

O terceiro, ao invés de invalidar a iniciativa do Ministério Público na persecução criminal extraprocessual, por uma questão mesmo de lógica, confirma que a ele é dada essa função. Ao ser atribuída ao *parquet* a missão de instaurar inquérito civil, o constituinte nada mais fez do que reforçar a ampla possibilidade de o órgão ministerial proceder a investigações, mesmo quando não se trata de assunto referente à justiça criminal. Isso porque, de ordinário, a atuação do Ministério Público se restringe ao ambiente criminal, só excepcionalmente ingressando na seara cível. Por isso mesmo, em relação à área cível, havia necessidade de que fosse feita uma previsão expressa, muito embora a ausência dela na

Constituição não importasse na conclusão de que o Ministério Público não pudesse instaurar inquérito civil, pois tal é previsto, em nosso sistema, desde a edição da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 –, quando não havia nenhuma menção no texto constitucional revogado a respeito dessa função¹⁶³⁰.

Se o Ministério Público tem poder investigatório, até mesmo, no campo cível, ambiente no qual, só excepcionalmente, atua, o que não dizer na sua própria área de ação, que é a criminal? E mais, dizer que o Ministério Público pode, por meio do inquérito civil, apurar a prática de ilícitos que comprometem o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, mas, de outro lado, afirmar que ele não detém poderes investigatórios para o fim de aparelhar a eventual ação penal a ser ajuizada, representa incongruência que agride a racionalidade. Ora, não raro – e nos casos de improbidade tem-se mesmo como regra –, nos inquéritos civis, são apurados comportamentos que representam não apenas ilícitos cíveis como igualmente os de ordem criminal, de modo que é mais comum do que se imagina a propositura de ações criminais com suporte em elementos probatórios colhidos no interior de inquéritos civis¹⁶³¹. Seria um contra-senso dizer que a prova colhida no inquérito civil é válida para o ajuizamento da ação civil coletiva, mas não o é para subsidiar o ajuizamento de ação penal.

Irracionalidade maior se apresenta afirmar que, diante da falta de poderes investigatórios criminais ao Ministério Público, a prova apurada no inquérito civil, para ser idônea quanto à ação penal, deve passar pelo crivo da autoridade policial. No mínimo, seria o caso de fazer a distinção consignada no julgamento do HC 82.855/GO, no qual a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, em compasso com o voto do Relator, Ministro NELSON JOBIM, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuiu ao Ministério Público a missão de apurar, por meio de sindicância, os crimes previstos naquele diploma legal, firmou o entendimento de que o que se veda ao *parquet* é a instauração de inquérito policial, mas não a instauração de sindicância, ainda que o seja com o fim de investigar crimes. Utilizando o mesmo raciocínio, seria o caso de concluir – na pior das hipóteses – que o Ministério Público, assim como ocorre na sindicância, pode, por meio de inquérito civil, pelo menos apurar a prática de crimes praticados contra o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

O quarto argumento não resiste a uma maior análise. É inconcebível que o Ministério Público, especialmente nos casos mais delicados, fique inerte enquanto a autoridade policial cuida de empenhar-se à procura dos elementos probatórios que vão servir para que o órgão ministerial tenha conhecimento

Nesse sentido, cabe destaque a manifestação de ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO, na qualidade de Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e Secretário – Geral da Confederação Nacional do Ministério Público durante sua participação na Assembléia Nacional Constituinte, especificamente na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público: “É necessário, também, que a Constituição preveja a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública; a intervenção nos processos judiciais, em que haja interesse público; que consagre, de vez, a iniciativa do Ministério Público para promover o inquérito civil; que traga, no seu bojo, a previsão da ação civil pública, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e indisponíveis.” – Grifo Nosso. –BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente. Acesso em : 13. mar 2013.

¹⁶³¹ Atento para essa questão, EMERSON GARCIA adverte que “Especificamente em relação às infrações penais perpetradas por agentes públicos no exercício da função, não raras vezes tem-se a simultânea prática de ato de improbidade, conforme disciplina instituída pela Lei nº 8.429/92. Nesse caso, inexistente óbice a que as provas colhidas no inquérito civil instaurado para apurar a prática do ato de improbidade venham a ser utilizadas para instruir a ação penal. Muda-se o designativo, mas a essência continua a mesma: o Ministério Público, resistências à parte, continuará apurando a prática de atos ilícitos.” (Op. cit., p. 319-320).

¹⁶³² Para não se alongar muito em justificativas, relembre-se o que aconteceu no caso da morte de Paulo César Farias, mais co-

das circunstâncias do crime e de quem é o seu autor. Ademais, requisitar diligências é próprio de quem pode investigar. Se a afirmação é de que o Ministério Público somente pode requisitar as diligências, mas não propriamente realizá-las, seria o mesmo que impedir o parquet de visitar o local do ilícito ou mesmo de falar com o suspeito ou indiciado, a fim de esclarecer alguma dúvida remanescente que lhe inquieta a mente. Há determinados atos investigatórios em que, diante da peculiaridade da situação, tudo recomenda ao próprio Ministério Público deslocamento para realizar a diligência, o que sempre foi feito, especialmente nos casos de homicídio, no pertinente a inspeções no local do crime.

O quinto desmorona com os fundamentos feitos acima. Mas releva acrescentar que a persecução criminal é uma só, dividida, porém, em duas funções, uma investigatória e extraprocessual e outra postulatória e processual. Sendo a primeira preparatória da segunda, parece evidente que esta não pode ficar à mercê da outra, até como forma de preservar a sua independência e eficiência. Até porque, nos casos mais complexos, os atos investigatórios iniciais, notadamente em relação às provas que, com o passar do tempo, não podem ser efetivamente repetidas, é imperioso que o Ministério Público acompanhe a investigação e, caso não concorde ou desconfie da forma como ela está sendo conduzida, ele próprio faça uma apuração paralela. Se não lhe for reconhecido o poder de assim agir, a função ministerial do *parquet* quanto ao ajuizamento da ação criminal estará, irremediavelmente, em muitos casos, severamente comprometida¹⁶³².

O sexto padece de vício quanto à análise da legislação infraconstitucional. A Lei Complementar nº 75, de 1993, no art. 8º, V – também aplicável ao Ministério Público estadual ex vi do art. 80 da Lei nº 8.625, de 1993 – confere ao Ministério Público o poder de *realizar inspeções e diligências investigatórias*. Observe-se que não é o poder de requisitar, mas sim de *realizar inspeções e diligências investigatórias*. Sem embargo de lhe ser atribuído poder investigatório para todos os casos em geral, o mesmo diploma normativo, no parágrafo único do art. 17, dá ao órgão ministerial a incumbência de assumir a investigação conduzida pela autoridade policial, toda vez que houver indício de que o crime tenha sido praticado por um de seus membros.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 201, VII, confere ao *parquet* a apuração, via sindicância, das infrações criminais previstas naquele estatuto. Por fim, a Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 8º, § 1º, impõe ao Ministério Público a apuração das ações ilícitas praticadas contra o meio ambiente, o consumidor, a ordem urbanística, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo e a ordem econômica, rol acrescentado pela Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, para incluir, também, os ilícitos verificados em operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; de compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado, ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas; de omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa (art. 1º, incisos I, II e III). O Estatuto do Idoso, no art. 74, inciso VI, de forma expressa, insere dentre as atribuições do Mi-

nhecido como *PC Farias*. Nos atos preparatórios, uma sucessão de erros na investigação inviabilizou e comprometeu, de forma substancial, a atuação do Ministério Público. Naquele caso, a falta de preservação da cena do crime – no dia seguinte ao crime, o quarto foi lavado e a cama e o colchão em que se encontravam os corpos de *PC Farias* e de sua namorada foram queimados – e a falta de medidas simples, como medir o tamanho dos corpos, além de outras falhas, impediram que o assunto fosse esclarecido, permanecendo, até hoje, a dúvida na sociedade brasileira quanto ao que ali efetivamente ocorreu, o que só alimenta a suspeita de queima de arquivo.

¹⁶³³ Sobre ser importante a prévia audiência do indiciado pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, diante

nistério Público instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso.

O sétimo e o oitavo argumentos se complementam, porém não convencem. Não se quer modificar a tradição do Direito brasileiro, mas, sim, mantê-la, a partir mesmo da inteligência extraída do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, segundo a qual não é privativa da autoridade policial a apuração das infrações criminais. Esta permanece como órgão que detém, de regra, a competência para instaurar e presidir os inquéritos policiais, porém essa função não inibe que órgãos administrativos civis, em relação aos crimes cometidos no desempenho de atividades inseridas no campo de fiscalização dos agentes públicos, procedam à devida apuração, nem muito menos que o Ministério Público tenha uma atuação complementar nessa área. Ao longo dos tempos, de modo formal ou informal – mais informal do que formal, diga-se –, o Ministério Público sempre conduziu investigações paralelas. Depois da Constituição de 1988, com a sua melhor organização, o Ministério Público se ocupou de formalizar essa atuação, mediante a criação de estrutura administrativa para esse fim, o que deu *visibilidade e eficiência* ao que antes era desalinhado e não tinha melhor resultado prático. Ademais, a cultura jurídica brasileira, fomentada pela doutrina e jurisprudência nacionais, sempre sinalizou que o inquérito policial se constitui apenas de uma peça informativa, plenamente dispensável, quando o Ministério Público, de outro modo, possui os elementos necessários para a propositura da ação penal.

O nono, além de partir de premissa que não condiz com a realidade, repudia, por um lado, o monopólio de toda a atividade de persecução criminal por parte do Ministério Público, porém, por outro lado, defende para a polícia judiciária o monopólio da instauração e direção de toda a atividade investigatória. De primeiro, registre-se que o reconhecimento de poderes investigatórios ao Ministério Público não tem o condão de dar-lhe o monopólio da investigação e promoção da ação penal, pelo simples motivo de que, com isso, não se quer atribuir, doravante, essa função para o órgão ministerial. A imiscuição do Ministério Público nessa área é *complementar* e somente deve ocorrer nos casos em que se nota dificuldade ou deficiência na condução da investigação pela polícia, o que, geralmente, se nota ocorrer em casos mais complexos e delicados. Por outro lado, com esse argumento aqui questionado, a corrente que defende a ilegitimidade do Ministério Público para promover a apuração de infrações protege, por linhas transversas, o monopólio dessa atividade por parte da polícia, o que é convenhamos – aí, sim, politicamente indesejável, especialmente em se tratando de um Estado democrático-constitucional.

O décimo argumento não possui melhor sorte. O Ministério Público, diferentemente do juiz, é *parte* na relação processual penal, daí por que a sua eventual participação na fase preparatória à ação penal não compromete a imparcialidade que lhe é inerente. Para ele, o princípio da imparcialidade incide como forma de evitar que o *parquet*, por motivos alheios a sua missão funcional, atue em caso no qual possui interesse na absolvição ou condenação de quem é suspeito, indiciado ou acusado. De mais a mais, nos dias de hoje, em um sistema criminal democrático, no qual se defende o direito de a pessoa se defender antes mesmo do ajuizamento da ação, é de imprescindível importância que se dê a ela a oportunidade de ser ouvida pelo membro ministerial encarregado de fazer a valoração quanto ao ajuizamento, ou não, da ação penal.

A experiência forense mostra que, em muitos casos, se o Ministério Público tivesse tido contato direto com o acusado e escutado a versão deste sobre a sua eventual participação no crime, a denúncia não seria oferecida. Se o grandioso efeito da Escola Positiva foi trazer o acusado para o processo criminal no desiderato de que ele fosse conhecido pelo juiz, o novo movimento que se impõe é que o Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, tenha a oportunidade de conhecer o rosto e a voz da pessoa contra quem ele, muito provavelmente, irá fazer a imputação criminosa. Ao invés de ser um malefício, a maior participação do Ministério Público nos atos investigatórios irá dar-lhe não só a possibilidade de conhecer os fatos além da pálida imagem que é desenhada nos autos do inquérito por meio de palavras e mesmo desenhos e fotografias, como também de ver, ao vivo e em cores, o principal ator do drama

criminal, que é a pessoa apontada como a autora do crime¹⁶³³.

O décimo primeiro, por fim, é o mais singelo, porque simplesmente o regramento da atividade investigatória da autoridade policial está no Código de Processo Penal. As normas contempladas do art. 4º ao 23 do CPP são aplicáveis, naturalmente, ao Ministério Público, quando este resolver realizar a apuração do fato criminoso. Conquanto a normatização dessa atividade pelo Ministério Público seja importante, a ausência não se apresenta como óbice para que seja reconhecida a sua legitimidade à prática de atos investigatórios. Atos normativos internos podem estabelecer regras pertinentes para definir a competência de cada órgão ministerial e formas procedimentais específicas.

Não merece censura, portanto, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos poderes investigatórios do Ministério Público. De todo modo, também na atividade preparatória do ajuizamento da ação penal, deve ser preservado o princípio do promotor natural, a fim de evitar que o *parquet* selecione, conforme o seu maior ou menor interesse em relação a um determinado assunto, os casos que ele quer investigar e, igualmente, que ele investigue assunto que é da atribuição de outro órgão. É imprescindível que o fato a ser examinado seja precedido de distribuição efetivada por critério objetivo.

9.3.2.2.2 – Poderes investigatórios do Ministério Público no Direito Comparado.

No exame do Direito comparado, percebe-se que a tendência mundial é atribuir-se ao Ministério Público, a par da função para o ajuizamento da ação penal, legitimidade para levar adiante a investigação dos crimes. Isso ocorre nas duas grandes famílias do Direito, a saber, no *common law* e no *civil law*. Na primeira família, os dois países paradigmas desse tipo de sistema jurídico, os Estados Unidos e a Inglaterra, conquanto, praticamente, restrinjam a atuação do Ministério Público apenas à esfera criminal, contemplam o referido órgão com mais ampla atribuição investigatória. Na Inglaterra, o *Crown Prosecutions Service* tem como função não apenas ajuizar a ação criminal, como igualmente acompanhar a investigação criminal realizada pelas polícias e mesmo cuidar dos problemas jurídicos verificados na fase investigatória¹⁶³⁴.

Ainda assim, JOSÉ EDUARDO SABO PAES adverte que, de acordo com a *Prosecution of Offences Act* 1985, art. 3º, o Ministério Público pode instaurar e conduzir o procedimento penal nos casos em que a importância ou dificuldade assim recomende ou assuma a direção dos procedimentos penais instaurados pela polícia nos casos em que especifica. No ordenamento jurídico americano, a desenvoltura do *parquet* na condução dos atos preparatórios à ação penal é tão ampla que se lhe reconhece o poder de manter o sigilo do nome das testemunhas e, até mesmo, de negociar diretamente com a defesa, sem a intermediação do magistrado, o reconhecimento da culpa do agente¹⁶³⁶.

No *civil law*, conquanto, no início, a participação do Ministério Público nos atos investigatórios não fosse expressamente prevista, ao longo do tempo, por influência mesmo do sistema do *common law*, paulatinamente o *parquet* foi sendo contemplado com iniciativas nessa área. Na Alemanha, por obra da reforma de 1974, no lugar do juízo de instrução, foram conferidos poderes investigatórios ao

da consideração de que o direito ao silêncio, com a Constituição de 1988, está inserido no núcleo do princípio da ampla defesa, tem-se que é direito do acusado ser ouvido por quem é o titular da ação penal. (Cf. item 9.5.2.4., infra)

¹⁶³⁴ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 51

¹⁶³⁵ *O ministério público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 117.

¹⁶³⁶ SAUWEN FILHO. Op. cit., p. 52.

¹⁶³⁷ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora

Ministério Público¹⁶³⁷. Em Portugal, o Código de Processo Penal, de forma expressa, expõe que a referida instituição, assistida pelos órgãos da polícia criminal, ocupa-se da direção do inquérito, sendo da sua alçada dar a orientação dos atos investigatórios (art. 263º, nº 1 e 2). Na Itália, o Código de Processo Penal prevê uma instrução preliminar, que precede a fase instrutória, a qual é dirigida pela autoridade policial ou conduzida pelo próprio Ministério Público¹⁶³⁸. A Espanha e a França, como informam KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR¹⁶³⁹, seguindo as influências do sistema do *common law*, estão realizando mudanças gradativas no mesmo sentido, no desiderato de colocar o Ministério Público como diretor da investigação, a fim de que possa, quando assim achar mais conveniente, ele mesmo realizar as diligências ou determinar que elas sejam levadas a efeito pela autoridade policial.

A evidenciar essa tendência mundial quanto à atribuição de maior participação e mesmo direção dos atos investigatórios pelo Ministério Público, o projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, trabalho apresentado à comunidade científica em outubro de 2000, na cidade do Chile, com a participação de vários pesquisadores latino-americanos e europeus, no art. 74, *caput*, diz que a polícia executará sua tarefa sob a superintendência direta do órgão do Ministério Público, sendo incumbência deste supervisionar o correto cumprimento dessa tarefa pela polícia, podendo expedir, para esse fim, instruções gerais¹⁶⁴⁰. No propósito de tornar evidentes os poderes investigatórios do Ministério Público, o art. 250 do projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América acrescenta que o órgão ministerial "... deverá praticar todas as diligências pertinentes e úteis para determinar a existência do fato", com todas as circunstâncias de importância para a aplicação da lei penal e o esclarecimento dos autores da infração, procurando identificá-los e conhecer as circunstâncias pessoais que sirvam para valorar sua responsabilidade.

Por conseguinte, a outorga de poderes investigatórios ao Ministério Público é uma tendência mundial, uma vez que representa o avanço do processo criminal democrático, no qual o órgão ministerial assume posição mais ativa ainda na fase preparatória, como medida necessária para que o agir do *parquet* seja mais próximo da realidade dos fatos, uma vez que essa proximidade o torna mais eficiente não apenas quanto à formação de seu juízo pela propositura da ação criminal como para deixar de propô-la. É mais razoável que assim seja, até porque, como o Ministério Público é o titular do direito de ação, nada mais natural que ele mesmo possa, quando tal for conveniente, sair em busca das provas, ademais de ser mais adequado que tanto a polícia quanto o órgão ministerial tenham poderes investigatórios, pois isso, à toda evidência, mais contribui do que atrapalha para o esclarecimento da verdade, ainda mais diante de nossa realidade em que há uma cifra negra à margem de apuração e um sem-número de inquéritos nos quais as investigações são deficientes, muitas vezes comprometendo, decisivamente, a sorte dos processos judiciais¹⁶⁴¹.

Como se vê, está em compasso com o Direito Comparado a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em regime de repercussão geral do RE 593727, no sentido de

Método, 2000. p. 22.

¹⁶³⁸ BUONO, Carlos Eduardo Athayde. *A reforma processual penal italiana: reflexos no brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 30.

¹⁶³⁹ Op. cit., p. 22.

¹⁶⁴⁰ Op. cit., p. 11.

¹⁶⁴¹ A sociedade, que tem um sentimento de impunidade muito forte, deve ficar atônita com a discussão sobre quem tem poder investigatório e deve, obviamente, achar o debate despropositado, pois o mais sensato é permitir que ambas as instituições se ocupem da matéria. Até porque, para se ter ideia da incapacidade investigatória, no Rio de Janeiro, 90% dos autores de homicídios sequer são identificados (SOUZA, Percisal de. Op. cit., p. 108) e, à exceção do Estado de São Paulo, o índice de esclarecimento de crimes pela polícia civil fica abaixo de 5%. (TOLEDO, Roberto Pompeu. *A polícia continua sem polícia: existe, além dos caos aéreo e do Renam, um problema de segurança pública – o leitor se lembra?* Revista Veja.)

¹⁶⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.

que o Ministério Público possui poderes investigatórios¹⁶⁴².

9.3.2.3 – Princípio acusatório e vedação do juízo de instrução.

A Constituição, ao organizar e cuidar de definir as atribuições do Ministério Público, insere como principal função deste a titularidade da ação penal de iniciativa pública. Dessa maneira, exige-se, para a instauração do processo, que o órgão legitimado proponha a ação, não se admitindo, por conseguinte, o seu início de ofício. Isso faz com que vigore, em nosso ordenamento jurídico, o princípio (sistema) acusatório que, para a doutrina, implica a inércia da atividade jurisdicional, na ampla defesa e no contraditório, no tratamento igualitário das partes e na concepção de um processo que compreende a composição de uma lide. Ou seja, o princípio acusatório carrega embutidos vários outros princípios que impõem o desenvolvimento de uma relação processual mais democrática, na qual se rendem homenagens aos direitos fundamentais do acusado, o que não ocorre nos sistemas inquisitivo e misto.

Como consequência do princípio acusatório, com a finalidade de preservar a imparcialidade do juiz e garantir o tratamento isonômico, veda-se ao Poder Judiciário o desempenho de atividade investigatória na fase pré-processual, só devendo ser chamado, nessa fase, para resolver sobre a adoção de medidas ou a produção de provas que sejam limitadas por lei ou pela Constituição. Por isso mesmo, o magistrado não pode dirigir a atividade investigatória nem dela participar em substituição à autoridade policial ou ao Ministério Público. Ele deve atuar como terceiro, no desiderato de controlar essa atividade investigatória, daí por que, em obséquio ao sistema acusatório, o juiz não pode participar, mesmo que a pretexto de *autorizar e legitimar* a ação policial em locais garantidos pela inviolabilidade do domicílio, das diligências investigatórias¹⁶⁴³. A própria forma como é organizada a magistratura na Constituição demonstra que ao juiz não é dado exercer a função investigatória, até porque esta, como aqui já foi salientado, é uma das expressões do dever-poder de punir do Estado-Executivo, que se traduz em uma atividade preparatória à ação penal.

O sistema acusatório, que é a materialização da separação das funções de *acusar e julgar*, não se coaduna com a hipótese de se outorgar à magistratura o exercício de função destinada a preparar a elaboração da peça acusatória a ser apreciada pelo juiz. Não se mostra razoável que o juiz colabore com o Ministério Público na coleta dos elementos indispensáveis para que este ofereça a ação penal que vai, a final, ser julgada pelo próprio poder judiciário.

O problema mais evidente quanto à participação do juiz na atividade investigatória diz respeito à imparcialidade que se exige da autoridade a quem é atribuída a missão de analisar, caso a caso, as hipóteses que podem ensejar a quebra de uma garantia constitucional¹⁶⁴⁴. Já foi salientado no item 7.2.3.2.2, que o juiz, ao ter participação na atividade preparatória ao ajuizamento da ação, desequilibra as posições entre autor e réu, ostentadas na futura relação do processo penal, pois o magistrado irá julgar sobre um fato que ele mesmo investigou. Não se pense que o problema seria resolvido facilmente com a conscientização do juiz quanto à necessidade de que ele separasse mentalmente as suas duas funções. Estudos de psicologia judiciária demonstram que o juiz – mesmo que inconscientemente – vincula-se ao que foi descoberto com as investigações feitas por ele, o que compromete a sua isenção na avaliação das provas pertinentes à elucidação do caso.

O pior é que, consoante exposição de AFRANIO SILVA JARDIM, a experiência brasileira do

asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184. Acesso em: 19 mai 2015.

¹⁶⁴³ Cf. item 7.2.3.2.1, supra.

¹⁶⁴⁴ Cf. item 7.2.3.2.2, supra.

¹⁶⁴⁵ Op. cit., p. 86.

despeito de o ingresso nos órgãos públicos ser franqueado às pessoas em geral, não seria razoável admitir-se que, tendo a autoridade policial a pretensão de realizar alguma diligência, com o fim de obter determinada prova, pudesse ela ingressar, livremente, independentemente de autorização da autoridade pública¹⁷⁸⁷, nos prédios. Principalmente se a diligência tiver de ser realizada no gabinete de algum servidor ou juiz. Observe-se que nas chamadas operações *Hurricane e Thêmis*, as diligências realizadas dentro de fóruns federais foram precedidas de autorização judicial. Nem poderia ser diferente.

Aliás, nesse caso, até para que a imagem do Poder Judiciário não fique severamente comprometida, é recomendável que o magistrado, ao determinar a busca e apreensão, indique um juiz para acompanhar a execução da medida, exatamente para evitar excessos e a falsa impressão de que a polícia está invadindo os prédios do Poder Judiciário para pegar documentos e prender funcionários e juizes. Cabe lembrar que, quando se trata de busca e apreensão a ser realizada em escritório ou local de trabalho do advogado, conforme previsto no art. 7º, II, da Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto da Advocacia), a diligência, a despeito da prévia autorização judicial, somente pode ser feita pela autoridade policial caso haja o acompanhamento de representante da Ordem dos Advogados do Brasil. Na apreciação da ADI 1.127-8-DF, o Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar, suspendeu essa parte do dispositivo em foco. Retomando o julgamento em 17 de maio de 2006, o STF estendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo, ao argumento de que, instada em caráter confidencial e cientificada com as cautelas próprias, a OAB deixar de fazer a indicação, essa exigência do acompanhamento da diligência ficará suplantada, não gerando ilicitude da prova resultante da apreensão¹⁷⁸⁸.

Seguindo a mesma ordem de ideias, similar regra deve existir em relação aos prédios do Poder Judiciário. Os últimos episódios, especialmente o relativo à operação *Thêmis* no fórum da Justiça Federal de São Paulo, falam por si sós¹⁷⁷⁹. A sociedade fica com a impressão, por mais que a ordem seja judicial, de que os agentes policiais estão invadindo os prédios da justiça e prendendo os juizes, para depois o Judiciário, em atitude corporativista, ordenar a soltura.

Note-se que a norma do Estatuto da Advocacia fala em escritório e local de trabalho, o que compreende os escritórios residenciais. Assim, tem-se entendido que, mesmo em se tratando de busca e apreensão domiciliar, desde que o fato criminoso seja relativo ao exercício da advocacia, o correto é que a diligência seja acompanhada por representante da OAB.

Assim, em se tratando de busca e apreensão na residência de juiz, a melhor solução, sem dúvidas, é a designação, assim como ocorre em relação à advocacia, de um representante da magistratura, no caso, de um outro juiz para acompanhar a execução da ordem judicial.

Por outro lado, essa providência não precisa ser prévia ou anterior à realização da diligência. Ela deve constar, naturalmente, da própria decisão¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info427.asp. Acesso em 31 mai. 2007.

¹⁷⁸⁹ Na Operação *Thêmis*, foram detectados excessos por parte dos agentes da polícia federal, no cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos pelo STJ. Na execução da diligência, conforme amplamente noticiado na imprensa e relatado por juizes, os agentes de polícia chegaram com as sirenes ligadas, colocaram os carros ostensivamente em frente ao fórum federal situado na Avenida Paulista, em São Paulo, e desceram fortemente armados, alguns deles portando, inclusive, submetralhadoras. Naturalmente que essa pirotecnia não é necessária e somente serve para comprometer a imagem do Judiciário perante a sociedade, como se a autoridade policial estivesse fazendo uma devassa no órgão judicante, quando a polícia, no caso, nada mais faz do que cumprir ordem de um magistrado.

¹⁷⁹⁰ Na Operação *Passárgada*, na decisão deferindo a busca e apreensão na casa e no gabinete de juizes, o Desembargador Federal JIRAIR MEGARIAN, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, acertadamente, determinou que a diligência fosse acompanhada por um magistrado. A decisão findou sendo anulada, porém, pelo fato de o Desembargador ter dado a decisão na qualidade de autoridade administrativa, não no exercício de atividade judicante.

¹⁷⁹¹ Op. cit., p. 107.

9.4.5.3 – O alcance da expressão morador.

Como se disse, a garantia da intimidade com a preservação da casa contra a invasão de terceiros, agentes públicos ou particulares, considerando-a asilo *inviolável*, vem desde a primeira Constituição brasileira. Na sua primeira aparição, o constituinte fez menção à expressão *cidadão*, mas, logo na Constituição de 1891, inaugurou-se a preferência pela palavra *morador*. A partir daí, com exceção da Constituição de 1937, todos os nossos textos constitucionais mantiveram a palavra *morador* como aquele que detém legitimidade para dar, ou não, o consentimento de ingresso na casa. Note-se que o legislador, acertadamente, não fala em proprietário, locatário ou possuidor, mas sim morador. Isso porque alguém pode ser o proprietário e mesmo ter o imóvel locado em seu nome, mas não ser o morador do imóvel. Nesse caso, mesmo o proprietário ou locatário que não reside no imóvel, para nele ter ingresso, precisa do consentimento do morador.

A compreensão exata da expressão morador, utilizada pelo constituinte, é de fundamental importância para o campo do processo criminal, pois a entrada de autoridade policial ou de qualquer outra pessoa, com intuito de fazer averiguações e buscas de elementos comprobatórios quanto à prática de infração penal, sem o consentimento daquele que tem legitimidade para se apresentar como morador, salvo nas hipóteses elencadas na Constituição, contamina de ilicitude a prova adquirida. O assunto merece destaque, mesmo que, na prática, a autoridade policial, na maioria das vezes, não tenha o consentimento para ingressar na casa, sem embargo de ela mesma, não raro, preferir obter, junto ao juiz, o mandado de busca e apreensão, até para dar mais confiabilidade a sua atuação.

A fim de delimitar o alcance da expressão morador, empregada, tradicionalmente, no nosso Direito Constitucional, é preciso que o exegeta cuide de incutir, em seu subconsciente, o escopo perquirido com a inviolabilidade do domicílio. Não se pode esquecer que a proteção à casa, considerando-a asilo *inviolável* do indivíduo, no início derivada dos costumes quanto à preocupação de preservar do olhar dos estranhos a intimidade do lar, não muito tempo depois alargou sua atenção para o Poder Público, a fim de obviar os malefícios advindos quanto à insegurança fomentada pelos constantes mandados de busca e apreensão expedidos pelo poder monárquico absoluto.

Por conseguinte, o sentido da vedação constitucional é coibir que agentes públicos, ou mesmo particulares, arbitrariamente, penetrem em recinto não aberto ao público em geral, daí por que, em se tratando de habitação familiar, defende-se não só a intimidade do proprietário da casa, mas também de todos aqueles que nela residem, sejam membros integrantes da família ou não. Esse é o alcance da expressão morador: todo aquele que reside na casa, membro integrante da família ou não.

Porém, como ficou assentado, a expressão casa contempla os locais destinados para o desempenho das atividades dos profissionais liberais, como escritórios, consultórios, oficinas e mesmo escolas. Nesse caso, morador são os sócios dos estabelecimentos, com destaque, naturalmente, para os sócios-gerentes, que são as pessoas que se ocupam da administração do empreendimento. Nas escolas, o diretor é o morador para os fins constitucionais, sendo natural que, em relação à sala de aula, o consentimento para o ingresso seja da autoridade do professor que esteja, no momento, lecionando para os alunos.

9.4.5.3.1 – Preponderância do *jus prohibendi*, no caso de discordância entre os moradores.

Se todas as pessoas que habitam ou residem na casa familiar são consideradas moradores para os fins da norma constitucional, resta saber, no caso concreto, quem é que detém legitimidade para dar ou negar o consentimento, manifestação que pode ser tácita ou expressa, escrita, oral ou por gestos. Não se pode pensar que quem detém legitimidade para dar ou negar o consentimento são os pais ou o proprietário do imóvel, porquanto, como se disse acima, a expressão *morador*, inteligentemente empregada na cláusula constitucional em destaque, compreende todas as pessoas que habitam a casa.

Os filhos, sendo maiores de 18 anos, podem, a despeito do consentimento de seus genitores, negar o ingresso, assim como outras pessoas que lá residem.

Esclareça-se, uma vez mais, que a proteção constitucional não diz respeito apenas ao morador-proprietário, mas a todos os que habitam o lar, daí por que basta um dos moradores negar o consentimento, para que o ingresso, sem autorização judicial, se tenha como ilegal. Até porque a invasão no domicílio para fins de investigação criminal ou para outra finalidade é acontecimento que devassa a intimidade e retira o sossego de todos os que moram no local. Por isso mesmo, na hipótese de ingresso em residência para fins de investigação criminal, não apenas a pessoa suspeita, indiciada ou acusada pode negar o consentimento, como também qualquer um dos moradores tem legitimidade para tanto, isso porque, com a invasão, não apenas a intimidade do suspeito, indiciado ou acusado é devassada, mas de todas as pessoas que moram na casa. A entrada de estranho na casa, especialmente quando se trata de agente policial que visa fazer averiguações e buscas, causa transtorno e desassossego a todos.

Não se mostra adequada a solução alvitrada por ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁷⁹¹, na medida em que ela diz que o *jus prohibendi* do direito de admissão ou de exclusão, em se tratando de habitação familiar, cabe aos pais, reconhecendo-se, porém, aos filhos o direito de proibir ou admitir o ingresso de terceiros nas *dependências a eles pertencentes*, o que não contraria, segundo afirma, a titularidade dos pais quanto às demais dependências da casa. Os filhos maiores, porque capazes para a prática dos atos civis, em proteção a sua intimidade, têm o direito de impedir a entrada de estranhos no local em que residem, sem embargo de os seus genitores consentirem com a ingerência alheia. Ademais, não parece correto dizer que os filhos detêm o *jus prohibendi* apenas em relação às *dependências a eles pertencentes*. A intimidade dos moradores, via de regra, não está concentrada em apenas uma dependência específica da casa, mas em seu interior como um todo, até porque os documentos e demais pertences que fazem parte da intimidade podem estar em outros aposentos comuns da casa, como na sala, na cozinha, na garagem, no quintal etc.

Dessa forma, havendo mais de um morador, o consentimento de todos é imprescindível para que seja legítimo o ingresso na residência. Não precisa, repita-se, que o morador integre o núcleo da família, sendo suficiente que ele habite o local. A questão que se impõe, todavia, é saber se, na prática, a autoridade policial deve aguardar o momento em que estão presentes todos os moradores ou se, mesmo na ausência de algum deles, é conveniente pedir a autorização. ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁷⁹², partindo do pressuposto de que, na residência familiar, o direito de negar o consentimento pertence aos pais, conclui que, na ausência destes, o poder de veto se estende aos seus dependentes, aí incluindo filhos, empregados domésticos e hóspedes. Discorda-se do raciocínio uma vez que escorado em premissa falsa, qual seja, a de que a titularidade para dar o consentimento reside, de forma especial, na pessoa dos pais. Ademais, o empregado, salvo em relação ao compartimento por ele habitado, não é considerado morador, daí por que ele, mesmo na ausência das pessoas que moram na casa, não pode dar, validamente, autorização para que se faça uma diligência policial¹⁷⁹³.

De acordo com a tese aqui defendida, todos os moradores têm o direito de veto, de modo que a falta de consentimento de um torna ilícito o ingresso na casa. Por conseguinte, em rigor, sendo mais de um ou vários os moradores, para o ingresso legítimo na casa, de mister que haja o consentimento de

¹⁷⁹² Ibid., p. 107.

¹⁷⁹³ Esse assunto será tratado no tópico seguinte. A despeito do que foi asseverado, não se pode deixar de ter presente que, para determinados fins, tem-se de reconhecer a legitimidade, também, dos próprios serviços domésticos para passarem referida permissão. Isso ocorre, com frequência, no dia-a-dia, tomando-se, como exemplo, quando os agentes de fiscalização sanitária levam a efeito suas tarefas de inspeção no pertinente às condições de higiene do recinto, visitas que ocorrem, ordinariamente, no horário normal de expediente, oportunidade em que se encontram em casa, apenas, os empregados.

¹⁷⁹⁴ Esse direito de proibir a entrada de terceiros, pela empregada ou empregado, deve ter em consideração algumas

todos, até porque é a intimidade de todos que está em jogo. No caso concreto, porém, pode ser impraticável a autoridade policial esperar um momento em que estejam presentes todos os moradores para, aí, pedir o consentimento. Sem embargo de a melhor solução ser sempre pedir autorização judicial, excepcionalmente, quando ainda assim a autoridade pretenda agir, por motivos óbvios, o razoável é que ela sempre tenha o consentimento da pessoa contra quem a prova angariada com a averiguação ou busca domiciliar possa incriminar. Assim deve ser porque, ainda que a autorização não tenha sido dada por todos os moradores, a ilicitude da forma de obtenção da prova, sob a alegativa de que ocorreu maltrato à inviolabilidade do domicílio, não poderá aproveitar senão a quem não deu o consentimento, nunca à pessoa que autorizou o ingresso.

Seria a aplicação, no caso, da exceção às *exclusionary rules*, construída pela jurisprudência da Suprema Corte Americana, denominada *infração constitucional alheia*, segundo a qual a invalidade da prova ilícita só pode ser invocada pela pessoa que teve o direito fundamental violado e foi prejudicada com a sua admissibilidade no processo, assunto que foi tratado no item 9.1.6.2.11, supra.

9.4.5.3.2 – Espaço do empregado e *jus prohibendi*.

Questão peculiar diz respeito ao *jus prohibendi* do empregado doméstico, uma vez que ele resida na casa. Parece razoável que o empregado, residente no local, tenha o direito de negar o ingresso no espaço territorial definido para a sua privacidade, sendo pertinente a oposição contra outros moradores da casa, e, até mesmo, contra o patrão¹⁷⁹⁴. No particular, novamente, ousa-se discordar do arremate feito por ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁷⁹⁵, quando a autora afirma que “O patrão tem o direito de entrar no quarto da empregada, desde que para fins lícitos e morais, ainda que contra a vontade dela.” Ora, a circunstância de ser lícita a finalidade perquirida por quem ingressa no domicílio sem autorização não é excludente da ofensa ao preceito constitucional. Caso essa afirmação fosse válida, para dar foro de legalidade à malfeição a uma garantia constitucional, bastaria que o propósito fosse lícito, o que, convenhamos, verifica-se sempre que o Estado age tendo em mira exercer o *jus perseguendi*. Esse aspecto é sobremaneira importante, pois toda e qualquer invasão desse espaço territorial, sem que haja a devida autorização do morador importa, no ambiente do processo criminal, em prova obtida por meio ilícito.

Na linha do pensamento aqui desenvolvido, o patrão que entra na *casa do caseiro* ou quarto do empregado para verificar, por exemplo, se ele furtou algum objeto, afronta o preceito constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio, não tendo validade eventuais provas obtidas sob essa forma. Para todos os efeitos, aquele compartimento da habitação é o seu domicílio, oferecido ao empregado pelo patrão para que ali ele tenha a sua privacidade, em tudo se assemelhando ao quarto de hotel ou pousada. Parece que aqui se deve seguir a mesma ordem de ideias que guia a solução quando se trata do dono de hotel ou de pousada em relação aos quartos ocupados pelos hóspedes ou o proprietário do imóvel em relação ao locatário. A partir do momento em que o patrão entrega um cômodo da casa para que lá o seu empregado se instale, ele passa a ter o dever de respeitar a privacidade de quem mora naquele local, sob pena de a pessoa ser passível de aporrinhação, até mesmo, quando se encontra no repouso noturno, em sono profundo.

Na hipótese do empregado, tem-se adequado que seu poder de veto ou consentimento se restrinja apenas ao compartimento por ele ocupado, visto que, em relação às demais dependências, ele não é tido como morador, mas sim apenas empregado. Nesse caso, a situação é totalmente distinta daquela

circunstâncias. Primeiro, se o espaço destinado ao empregado é bem definido, como *casa de caseiro* ou mesmo um quarto específico, não há dúvidas de que ali ninguém pode penetrar sem o consentimento daquele. Isso se aplica, inclusive, ao patrão.

¹⁷⁹⁵ Op. cit., p. 107.

¹⁷⁹⁶ *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 442.

que diz respeito aos filhos ou a outras pessoas que moram na casa.

9.4.5.4 – Compreensão do significado da expressão noite, empregada no inciso XI do art. 5º da Constituição.

Na tradição constitucional brasileira, a garantia da inviolabilidade do domicílio sempre teve dois níveis: um destinado à proteção da casa durante o dia e outro em relação à noite. O constituinte sempre demonstrou maior preocupação em preservar a intimidade do lar durante o período noturno, em respeito ao momento em que a pessoa tem um maior recolhimento a sua intimidade, próprio para o descanso e o relaxamento e no qual a reunião familiar é mais concentrada e estreita. Assim, embora em relação ao período diurno, tanto nos casos de flagrante delito, desastre, para a prestação de socorro quanto de autorização judicial, o constituinte admita que se ingresse na casa ainda que sem consentimento do morador, sendo à noite, só nas três primeiras hipóteses é que se concebe o ingresso sem o consentimento do morador. Dessa forma, salvo nessas três situações, sequer com autorização judicial, o domicílio, sem o consentimento do morador, pode ser invadido. Nesse caso, a autoridade policial ou agente público terá de cuidar de dar cumprimento ao mandado durante o dia. Se por exemplo, a autoridade ou agente público estiver de posse de um mandado de busca e prisão, ele poderá, até, fazer campana durante todo o período noturno, nas imediações da casa, para evitar uma eventual fuga, mas não poderá ingressar no local. Terá de aguardar pelo amanhecer do dia seguinte, a fim de poder fazer a diligência.

O problema está em definir o que se entende por *noite*, para, por exclusão, saber o que é dia, uma vez que essa é uma circunstância sobremaneira importante para validar a operação feita em domicílio, ainda que respaldada por mandado policial. Meditando ainda sobre a redação empregada pela Constituição de 1967, escrevendo como doutrinador, o hoje Ministro CELSO DE MELLO¹⁷⁹⁶ defendia que se deveria entender as expressões *dia e noite*, utilizadas pelo constituinte, de acordo com o critério físico-astronômico, de modo que o período noturno deve ser entendido como o lapso temporal decorrido entre a aurora e o crepúsculo. Procurando um critério mais seguro, JOSÉ AFONSO DA SILVA, tendo como parâmetro o horário definido pelo Código de Processo Civil para a prática dos atos judiciais, a contrário senso, defende que o período noturno é aquele que está compreendido no intervalo de tempo que vai das 18 às 06 horas (art. 172), até porque, segundo ele, não há, no Código de Processo Penal ou em outra lei, nenhuma definição normativa quanto ao que seja período diurno¹⁷⁹⁷.

Embora mais preciso, o critério defendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA, aceito por alguns doutrinadores¹⁷⁹⁸, não parece coadunar-se com o preceito constitucional. Quando o constituinte veda a invasão do domicílio durante a noite, mesmo que haja autorização judicial, ele assim procede tendo em consideração não só que, nesse horário, o recolhimento à intimidade se faz em maior intensidade, mas igualmente pelos maiores transtornos que uma diligência dessa natureza ocasiona quando não é feita à luz do dia. Por mais que a tecnologia elétrica tenha avançado, ainda assim, uma diligência noturna, no interior de uma residência, é muito mais delicada e traumática do que aquela procedida sob a clareza da luz solar. Ademais, o art. 172 do Código de Processo Civil que, de acordo com a redação determinada pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, dá novo horário para a realização dos atos processuais – das 6 às 20 horas –, não se presta para disciplinar a matéria, até porque a norma em destaque trata

¹⁷⁹⁷ Op. cit., p. 377.

¹⁷⁹⁸ MIRABETE. op. cit., p. 321.

¹⁷⁹⁹ A norma não trata do horário de expediente forense, mas sim do horário no qual o oficial de justiça pode praticar os atos

do tempo referente aos atos processuais, e não à diligência destinada ao cumprimento de mandado de busca e apreensão e/ou prisão em domicílio¹⁷⁹⁹.

A delimitação do tempo no qual deve ser feita execução de ordem judicial por parte de oficial de justiça não implica dizer que ele, de posse do mandado de busca, pode invadir a casa, até mesmo, quando já tenha desaparecido a luz solar. Aqui vale a advertência de que o tipo de diligência empregada no cumprimento do mandado de citação, intimação ou outro qualquer, não se confunde com aquele que dá ao agente público o poder de ingressar na casa, sem o consentimento do morador. Em consonância com o comando normativo enunciado no art. 172 do Ordenamento Processual Civil, o que o oficial de justiça ou quem as suas vezes fizer pode realizar até o horário ali estabelecido é a comunicação de um ato processual em uma residência, nunca, porém, ingressar no seu interior, salvo com o consentimento do morador ou com autorização judicial específica.

Considera CELSO RIBEIRO BASTOS que, diante da prescrição constitucional, para todos os efeitos, “Será sempre inconstitucional uma invasão feita quando já não houver luminosidade solar, ainda que por invocação de uma hora oficial se possa concluir ser dia.” Corroborando com esse pensamento, ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁸⁰⁰ defende que não deve ser seguido o critério sugerido por JOSÉ AFONSO DA SILVA. O fundamento defendido por este doutrinador, estreme de dúvidas, é deveras prático e conveniente e serve para dar uma orientação objetiva, porém, peca por não guardar harmonia com o preceito constitucional. A solução aconselhada pelo renomado constitucionalista se soma àquela em que, devido à dificuldade em ensinar ao policial as circunstâncias fáticas que caracterizam a situação de flagrante delito, remedeia-se o problema simplificando a compreensão da garantia constitucional, com a afirmação de que a prisão é considerada em flagrante, desde que ocorrida dentro do espaço temporal de 24 horas. Essa recomendação, porém, não é aceitável no plano científico.

O mais correto é entender que, independentemente do horário, o que o constituinte quis ressaltar foi a inadmissibilidade, mesmo mediante ordem judicial, de que se ingresse na casa contra a vontade do morador, quando não houver mais a luz solar.

É preciso dar o devido destaque ao arremate aqui feito, em razão de esse detalhe ter sido preponderante para que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Inquérito 2424/RJ¹⁸⁰¹, considerasse válida a prova oriunda de captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, mesmo diante da circunstância de os equipamentos, com prévio autorização judicial, terem sido instalados no interior de escritório de advocacia durante o período noturno. Na ocasião, ao longo do voto, após asseverar que “... a escuta ambiental não se sujeita, por motivos óbvios, aos mesmos limites de busca domiciliar, sob pena de frustração da medida, e que, não havendo disposição legal que imponha disciplina diversa, basta a sua legalidade a circunstanciada autorização judicial”¹⁸⁰², ponderou o Relator, Ministro CEZAR PELUSO, que os valores jurídicos, encartados tanto na cláusula da inviolabilidade do domicílio quanto no *poder-dever* de punir do Estado, “... devem ser sopesados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os preceitos da concordância”¹⁸⁰³, de modo que, nesse caso, impõe-se, antes de mais, no desiderato de observar a ratio constitucional, qual

processuais.

¹⁸⁰⁰ Op. cit., p. 314.

¹⁸⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 19 e 20 nov. 2008. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁸⁰² Ibid.

¹⁸⁰³ Ibid. A ementa do acórdão, nessa parte, assim está redigida: “8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio.

...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 10 jan. 2013.)

¹⁸⁰⁴ Ibid.

o interesse ou valor jurídico tutelado pelo art. 5º, XI, da Constituição. Tendo em conta que a cláusula constitucional em foco presta tutela à intimidade, privacidade e à dignidade humana, ressaltou-se que não é adequada a “... equiparação entre escritório vazio com domicílio stricto sensu, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem”, pelo que

... as medidas adotadas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição consequente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimo de ordem pública¹⁸⁰⁴.

Restaram vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Eros Grau, que acolheram a preliminar de nulidade da prova, ao fundamento de que o escritório profissional, sendo equiparado a casa, por força do art. 5º, XI, da Constituição, não pode ser invadido, ainda que apenas para a instalação de equipamentos eletrônicose com suporte em autorização judicial, durante o período noturno.

A posição adotada pela maioria parece ser a mais acertada, não havendo registro de que o Supremo Tribunal Federal tenha voltado a se manifestar sobre a matéria. De toda sorte, isso fatalmente ocorrerá, porquanto a decisão da Suprema Corte, no Inquérito 2524/RJ, se conteve no juízo de admissibilidade da ação penal, de modo que, fatalmente, quando do exame do mérito do processo, o assunto voltará a ser agitado, mas não se acredita que o entendimento seja alterado.

9.4.5.5 – Determinação judicial substitutiva do consentimento do morador¹⁸⁰⁵.

No item 7.2.3.1, foram tecidas considerações sobre quem detém legitimidade para determinar a flexibilização de garantia fundamental. Embora os direitos fundamentais sejam relativos, eles representam garantias que devem, de regra, ser preservadas, somente se admitindo a flexibilização em casos excepcionais plenamente justificáveis. A questão que se impõe é saber quem detém o poder de substituir o consentimento do morador. Naquela parte do livro, pinçou-se que a Constituição, salvo raras hipóteses, não informa quem é o órgão incumbido de determinar a flexibilização dos direitos fundamentais. Apenas em três oportunidades, o constituinte foi expresso ao dizer que a quebra daqueles direitos fundamentais prescindiria de ordem, *determinação ou decisão judicial*. Sem embargo do que essa circunstância possa sugerir ao intérprete, a conclusão emanada do sistema democrático-constitucional, adotado com ênfase pela Magna Carta brasileira, é de que cabe ao Judiciário apreciar e decidir os casos em que, devido à excepcionalidade que envolve a questão, identifica-se justificativa para flexibilização de direito fundamental. Assim, em nosso sistema jurídico, o único órgão legitimado a decidir pela quebra da garantia processual apoiada em direito fundamental é o Poder Judiciário, até porque ele detém o monopólio da atividade jurisdicional.

No item 7.2.3.1.1, foi exposto que as Comissões Parlamentares de Inquérito, em razão de possuírem *poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais*, via de regra, detêm, quanto aos casos que estão sob a sua investigação, poder para determinar a flexibilização de direitos fundamentais. Nesses casos, não há necessidade de ser pedida a quebra da garantia fundamental a uma autoridade judiciária, porquanto à própria CPI é dada parcela de atribuição jurisdicional para decidir, mediante pronunciamento fundamentado.

¹⁸⁰⁵ Quanto aos casos em que a flexibilização da inviolabilidade do domicílio pode ser feita nas hipóteses de flagrante delito, desastre e para prestação de socorro, cf. item 7.2.3.1.3.1 supra.

¹⁸⁰⁶ CELSO RIBEIRO BASTOS, atento a essa peculiaridade, acompanhando o pensamento da doutrina e da jurisprudência,

Em resumo, no sistema da Constituição de 1988, a flexibilização do direito fundamental exige decisão de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, salvo os casos de flagrante delito e, em se tratando de inviolabilidade de domicílio, de desastre e quando a medida se impõe para a prestação de socorro¹⁸⁰⁶. Antes, porém, o entendimento não era esse. Por isso mesmo, com esteio na dicção normativa do art. 153, § 10, da Constituição de 1967, o Código de Processo Penal, nos arts. 241 e 242, expressamente, conferia à autoridade policial¹⁸⁰⁷ o poder de determinar a realização de busca domiciliar – o que importa em ingresso na casa independentemente do consentimento do morador –, chegando ao ponto de estabelecer que, quando ela própria cuidasse de realizar a diligência, não haveria, sequer, necessidade de levar consigo o respectivo mandado, a fim de apresentá-lo a quem estivesse no local. Agora, com a nova sistemática implementada pela Constituição de 1988, as duas normas jurídicas infraconstitucionais em foco, na parte em que elas permitiam a determinação da busca e apreensão domiciliar por decisão da autoridade policial, encontram-se derogadas.

Pois bem. Constituindo a regra do nosso sistema jurídico que, mesmo no silêncio do enunciado do direito fundamental, para a sua flexibilização, por mais legítima que seja a ação do poder público ou do particular, exige-se pronunciamento fundamentado de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, qual o sentido de o constituinte dizer, ao tratar da inviolabilidade do domicílio que, não havendo consentimento do morador, e não sendo caso de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro, a quebra da garantia somente é admissível mediante *determinação judicial*? O que o constituinte estabeleceu, com essa ressalva, foi a chamada cláusula de *reserva de jurisdição*¹⁸⁰⁸. Em outras palavras, o legislador conferiu uma garantia mais elástica para este tipo específico de direito fundamental, ao vedar, até mesmo, às comissões parlamentares de inquérito a possibilidade de determinar a sua flexibilização.

Por isso mesmo, a CPI não pode determinar a invasão domiciliar, uma vez que ela está grafada na Constituição com a cláusula de *reserva de jurisdição*. Só o juiz, por meio de decisão fundamentada, pode autorizar que se ingresse na casa, sem a autorização do morador. Além da decisão, quem for cumpri-la deve estar munido do mandado de busca domiciliar, o qual terá de satisfazer os requisitos do art. 243 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade. O mandado deve conter, por conseguinte, não só a identificação da casa¹⁸⁰⁹, como o nome do proprietário ou morador, com especial destaque para os fins da diligência, mediante a especificação do que poderá ser arrecadado, caso seja encontrado por quem está executando a ordem judicial.

Via de regra, o juiz, ao fazer expedir o mandado de busca e apreensão, além de identificar, especificamente, um objeto ou documento a ser apreendido na diligência policial, como medida de cautela, de forma abrangente, esclarece que poderão ser arrecadados todos e quaisquer documentos, objetos ou coisas direta ou indiretamente relacionados com o ilícito em apuração. Aqui, como já se teve oportunidade de ressaltar¹⁸¹⁰, não se identifica nenhuma ilegalidade, até mesmo porque o Código de Processo Penal, ao impor os elementos que devem conter o mandado de busca e apreensão, sem embargo de ter

confirma que não mais existe a possibilidade de invasão domiciliar por ordem administrativa, tendo perdido a administração, em relação a essa questão, a *autoexecutoriedade*, "... mesmo em casos de medidas de ordem higiênica ou de profilaxia e combate às doenças infectocontagiosas" (*Comentários à constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2. p. 68).

¹⁸⁰⁷ Quando no CPP o legislador usa a expressão *autoridade policial*, ele não está referindo-se a qualquer agente, senão ao delegado de polícia.

¹⁸⁰⁸ Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

¹⁸⁰⁹ Foi bastante criticada decisão da Justiça Estadual do Rio de Janeiro que, de certa feita, fez expedir mandados de busca e apreensão em uma determinada favela, sem a precisa identificação das casas.

¹⁸¹⁰ Cf. item 9.1.6.2.3, supra, em que se analisa a cláusula da *boa-fé* como exceção à *exclusionary rule*.

¹⁸¹¹ Na parte que interessa, o art. 243 assim está redigido: "O mandado de busca deverá: I – indicar, o mais precisamente pos-

sido incisivo no que se refere à necessidade de haver a rigorosa precisão quanto à casa e ao nome do respectivo morador, a respeito do que deve ser o objeto da diligência, coerentemente, estabeleceu que se deve particularizar, apenas, quais são os *seus fins* (art. 243, incisos I e II)¹⁸¹¹.

Ao contrário do que prega ADELAIDE DINORÁ GROTTI¹⁸¹², não se confunde com autorização judicial, para fins de flexibilização da inviolabilidade do domicílio, a decretação da prisão processual, com a conseqüente expedição do mandado para o seu cumprimento. Do mesmo modo, a expedição de mandado de busca e apreensão não dá poder para a prisão processual. Uma coisa é o juiz determinar a prisão de alguém, outra, totalmente diferente, é autorizar o policial a ter acesso ao interior de uma casa. Quando o magistrado decreta apenas a prisão e manda expedir o respectivo mandado, a ordem é para que, sendo ele encontrado, proceda-se ao seu recolhimento. Caso se queira permitir que a autoridade policial entre na casa para lá efetuar a prisão, o juiz tem, além de fundamentar a decretação da prisão, de justificar a flexibilização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, naturalmente com a exposição dos motivos que o faz crer que se encontra refugiada no local a pessoa contra quem expedido o mandado¹⁸¹³. Como dois são os direitos fundamentais – direito de liberdade física e à inviolabilidade do domicílio –, a flexibilização, por ordem judicial, tem de ser motivada em relação aos dois aspectos. Por isso mesmo, a autoridade policial, munida apenas do mandado de prisão, não tem autorização judicial para proceder à busca domiciliar. Se a pessoa procurada estiver escondida ou recolhida em uma determinada casa, para que seja efetuada, legalmente, a sua prisão no local, havendo recusa por parte do morador, é preciso que se obtenha a autorização judicial para a invasão¹⁸¹⁴.

9.4.6 – Sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

No inciso XII do art. 5º, a Constituição estabeleceu a garantia não só do sigilo das correspondências, como igualmente das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas. Por conseguinte, em um mesmo dispositivo, o constituinte procurou realçar a garantia da intimidade, fazendo menção, expressa, aos meios físicos e tecnológicos oferecidos às pessoas para que elas, fazendo encurtar a distância e o tempo, possam ter facilitadas as comunicações interpessoais quando não se encontrem no mesmo espaço físico, com a garantia de que o que ali for tratado não poderá ser violado, independentemente de o conteúdo referir-se a assuntos profissionais, comerciais, pessoais ou sobre terceiros. Pouco importa o conteúdo em si. O que é tratado por um desses meios de comunicação faz parte da intimidade dos interlocutores, sendo defeso a outrem captar o seu conteúdo.

Quanto ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, já havia dispositivo nesse sentido no sistema constitucional anterior. A novidade deu-se quanto à inclusão, dentre os meios de transmissão dos contatos interpessoais, das comunicações de dados, tecnologia que emergiu com a disseminação do uso da internet. Em verdade, no início, a garantia do sigilo dizia respeito apenas à correspondência, mas, com o desenvolvimento tecnológico, foi estendida, com a Constituição de 1967, para as comunicações telegráficas e telefônicas e, agora, para incluir as comunicações de dados.

sível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; III – mencionar o motivo e os fins da diligência”.

¹⁸¹² Op. cit., 115.

¹⁸¹³ Aliás, essa é a inteligência a ser emprestada ao art. 243, § 1º, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que, sendo deferida a diligência investigatória, bem assim a captura de alguém, deve constar do mandado de busca a ordem de prisão (“Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.”).

¹⁸¹⁴ Em alguns casos, de conformidade com as circunstâncias, o juiz, por força de decisão motivada, manda expedir mandado de busca, apreensão e prisão.

¹⁸¹⁵ O dispositivo em foco ainda continha uma segunda parte, assim redigida: “A administração do correio fica rigorosamente

Com efeito, no bosquejo histórico do tema, verifica-se que o sigilo da correspondência vem sendo, constitucionalmente, assegurado desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, pois nela estava expresso, em seu art. 179, 27, que “*O segredo das cartas é inviolável*”¹⁸¹⁵. Entretanto, antes mesmo da Constituição de 1824, no Brasil havia o monopólio estatal do serviço postal, tendo em vista garantir a sua inviolabilidade. A partir da previsão constitucional do sigilo da correspondência, o Brasil aderiu a diversos atos e convenções concernentes ao regime postal, merecendo registro, dentre eles: o Tratado de Berna, de 1874, pelo Decreto nº 6.581, de 25.05.1877; a Convenção Postal Universal de Paris, pelo Decreto nº 7.229, de 29.3.1879; a Convenção Postal Universal de Washington, pelo Decreto 531, de 17.12.1906, além de outras Convenções Postais, como a de Roma de 1906, a de Madri de 1920, a Pan-Americana de 1921 e a de Estocolmo em 1924¹⁸¹⁶.

Regulamentando o princípio constitucional, o legislador do Código Criminal do Império, nos arts. 215, 216, 217 e 218, entendeu que o sigilo da correspondência se tratava de direito relativo, de modo que não vedou a utilização das missivas nos processos criminais, senão aquelas “... tiradas do correio maliciosamente sem autorização do destinatário, ou da mão do portador particular, por qualquer maneira que seja”¹⁸¹⁷.

O tratamento constitucional sobre o sigilo da correspondência não sofreu alteração de conteúdo com as Constituições de 1891 e de 1934, tendo ambas disciplinado a matéria com enunciado idêntico – arts. 72, § 18 e 113, 8, respectivamente – ao dizer que “É inviolável o sigilo da correspondência.” A Carta de 1937, com seu cunho ditatorial, assegurava, no art. 122, 6, “A inviolabilidade do domicílio e da correspondência, salvo as exceções previstas em lei”, deixando expressa, aqui, a possibilidade de que a garantia viesse a ser quebrada, conquanto prevista a hipótese em lei ordinária. Sob a batuta da Constituição de 1937, veio a lume o atual Código de Processo Penal que, no art. 233, tornou defesa a admissibilidade das cartas particulares como prova apenas quando “... interceptadas ou obtidas por meios criminosos”.

A Constituição de 1946, que representou a redemocratização do País, no art. 141, § 6º, dizia que “É inviolável o sigilo da correspondência”, não prevendo nenhuma ressalva como fizera a de 1937, mas, mesmo assim, durante a sua vigência, não se questionou a adequação do art. 233 do Código de Processo Penal com a nova ordem constitucional. Na época, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era até mais elástico, na medida em que admitia a quebra do sigilo da correspondência, até mesmo, para fins não penais, como se colhe da análise do acórdão no recurso em mandado de segurança nº 11274, julgado em 27.11.63, lavrado pelo Ministro EVANDRO LINS E SILVA, que entendeu lícito o exame da correspondência comercial por meio de agentes fiscais¹⁸¹⁸.

Mantendo a tradição do nosso Direito, a Carta de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, deixou

responsável por qualquer infração deste artigo.” (FERREIRA. Op. cit. p. 84.)

¹⁸¹⁶ A Constituição de 1891, art. 34, 15, falava, tão-só, em legislar sobre serviço de correios e telégrafos nacionais. A Constituição de 1934, art. 5º, VII, preferiu a fórmula *manter o serviço de correio* e, no mesmo sentido, foi a orientação da Carta de 1937, art. 15, VI. A Constituição de 1946, art. 5º, XI, foi precisa ao determinar: *manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional*. A Constituição Federal de 1967, no inciso XII do art. 8º, deixou expresso competir à União Federal, apenas, *manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*. A Constituição em vigor, repetindo a ideia da anterior, expôs, no art. 21, X, ser da competência da União *manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*.

¹⁸¹⁷ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959. p. 65.

¹⁸¹⁸ O teor da ementa é o seguinte: “*Inviolabilidade da correspondência. Está sujeita a exame pelos agentes fiscais a correspondência comercial. O interesse público sobrepõe-se ao interesse privado. Não há direito líquido e certo para a recusa à fiscalização dos papeis constantes de arquivo comercial. Recurso de mandado de segurança não provido*”. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br, expressão de busca “correspondência e sigilo. Acesso em: 2 jan. 2003)

¹⁸¹⁹ Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 320; TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 319; SILVA. p. 378; CRETELLA JÚNIOR. Op.

estampado, no art. 153, § 9º, que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”, trazendo como novidade apenas a inserção das comunicações telegráficas e telefônicas como garantias constitucionais. A despeito do enunciado constitucional em exame, não havia dúvidas quanto à possibilidade de as cartas particulares serem interceptadas ou obtidas, a fim de que fossem utilizadas como prova em processo criminal, ressalvando-se apenas a rejeição quando obtidas por meios ilícitos. O art. 233 do Código de Processo Penal, por conseguinte, durante todo esse tempo, sempre foi aceito sem maiores contestações.

O constituinte de 1988, por sua vez, disse que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (art. 5º, XII). Manteve-se, assim, a tradição de nosso Direito Constitucional que consiste em estatuir o sigilo da correspondência e de outras formas de comunicação entre as pessoas como direito fundamental dos usuários do sistema, a fim de assegurar a preservação do segredo não só pessoal, como igualmente profissional.

Todavia, como se observa da redação do art. 5º, inciso XII, da Constituição de 1988, a dicção normativa constitucional atual referente ao sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, a par de reunir a garantia do segredo das *comunicações telegráficas e de dados*, fez a ressalva da possibilidade de limitar o direito fundamental referente aos contatos mantidos pela via telefônica apenas nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Até aí não se tem nenhuma inovação de monta maior, porém, tal como redigida a ressalva, em interpretação literal, o exegeta é levado a concluir que a exceção se dirige apenas às comunicações telefônicas, o que implica reconhecer, nessa linha de raciocínio, que as outras formas de comunicação encontram-se protegidas de forma absoluta, de modo que, em nenhuma hipótese, podem elas ser objeto de interceptação ou de revelação do conteúdo, salvo com autorização das pessoas envolvidas diretamente na relação. Nessa ordem de ideias, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados seria absoluto, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, salvo autorização dos próprios interessados, a possibilidade de flexibilização dessa garantia constitucional.

Conquanto existam vários escritos sobre as hipóteses de admissibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, não se vê preocupação doutrinária quanto à investigação científica sobre os contornos do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, a fim de esclarecer pontos que recalcitram em permanecer obscuros. Alguns doutrinadores, de forma simplista, têm manifestado o entendimento de que a expressão no *último caso*, empregada pelo legislador, tem o condão de excepcionar a possibilidade de flexibilização da garantia do sigilo apenas à hipótese em que a comunicação se processa pela via telefônica, o que leva à conclusão, a contrário senso, de que, quanto às outras formas de comunicação, a garantia do sigilo é absoluta¹⁸¹⁹.

Essa linha de pensamento entra em rota de colisão com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, sedimentado no Brasil e no Direito Comparado, de que os direitos fundamentais, por mais importantes que eles sejam, não possuem caráter absoluto¹⁸²⁰. Essa conclusão, que, aliás, se exaure na interpretação literal, pois se atém apenas à forma como foi redigida a norma, não se sustém. Antes de passar a discorrer sobre as formas possíveis de interpretação do dispositivo em destaque, a fim de, no final, apresentar aquela que se apresenta mais razoável, cabe, primeiramente, esmiuçar o que se compreende por cada uma dessas formas de comunicação. Impende deixar de lado, apenas, a comunicação telegráfica, pois esta, ao contrário das demais, não comporta nenhuma dificuldade na sua identificação,

cit. p. 270; GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

¹⁸²⁰ Cf. itens 5.7 e 7.2.2, *supra*.

¹⁸²¹ Outrora, a União Federal mantinha esse serviço por meio do Departamento de Correios e Telégrafos, órgão sem perso-

pois se refere, naturalmente, às mensagens transmitidas por meio de telégrafo, como é o caso do telegrama.

9.4.6.1 – Sigilo das correspondências, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.

A primeira referência que o constituinte fez no inciso XII do art. 5º da Constituição, foi ao *sigilo da correspondência*. Antes de esmiuçar o que se entende por sigilo da correspondência, cabe realçar que, para tornar efetivo o segredo desse meio de comunicação, a Constituição, no art. 21, X, confere à União a competência exclusiva para a prestação do serviço postal, atribuição a ser exercida por administração direta ou delegação. A atividade postal, em sua essência, não mereceu a consideração pelo constituinte apenas pelo fato de constituir-se elemento de *integração nacional* – sendo relevante a sua disciplina por ordem de *segurança nacional* e por se tratar de *serviço de relevante interesse coletivo*, principalmente tendo em conta a necessária preservação do sigilo das correspondências –, mas também em virtude de compromissos internacionais assumidos pelo Governo brasileiro perante Estados estrangeiros, pois é espécie de serviço que extrapola os limites internos dos países, transformando-se em questão afeta à ordem internacional¹⁸²¹.

Mas, o que é correspondência na qualidade de objeto jurídico da tutela constitucional? Em compasso com a Lei nº 6.538/78 (art. 9º), o monopólio do serviço postal confiado à ECT se circunscreve a três atividades: a) distribuição de carta e cartão-postal; b) distribuição de correspondência agrupada e c) emissão de selo. De qualquer forma, impõe-se definir quais os papéis que se inserem na qualificação de *carta, cartão-postal ou correspondência agrupada*. O legislador, no desiderato de escoimar divergência, em interpretação autêntica, no art. 47 do diploma legal em referência, tratou de esclarecer:

CARTA – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL – objeto de correspondência de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA – reunião, em volume de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

JOSÉ CRETELLA JR., imiscuindo-se no assunto, dando uma interpretação abrangente, entende que o serviço postal compreende a entrega a domicílio ou a colocação à disposição do destinatário nas próprias dependências do Correio de (a) correspondência (carta, cartão-postal, impresso, ecograma); e (b) encomendas ou objetos, valores (dinheiro, ordem de pagamento, recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista)¹⁸²². Todavia, sem embargo de todas essas formas de

nalidade jurídica, integrante do Ministério da Viação e Obras Públicas. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 509, de 20.03.69, criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, empresa pública federal de personalidade jurídica de Direito Privado, vinculada ao Ministério das Comunicações. O serviço postal, prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT, em virtude de delegação de competência, encontra-se, hodiernamente, regulado pela Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, e pelo Decreto nº 83.858, de 15 de agosto de 1979. Não é gratuito, mas sim pago pelo usuário por meio de uma tarifa — preço público — cobrada com a venda do selo que deve estar estampado no documento postal.

¹⁸²² Ibid. O Decreto nº 83.858, de 15.08.79, no art. 17, alínea “n”, exclui, peremptoriamente, do monopólio da União, “o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público”. Tem-se, assim, que o documento entregue aos consumidores, com a leitura

comunicação estarem inseridas no monopólio postal, acredita CRETELLA JÚNIOR¹⁸²³, ao analisar a definição de carta no art. 47 da Lei nº 6.538/78, que “... sem mensagem ou comunicação escrita entre remetente e destinatário, não há que se falar em carta ou missiva”, daí por que o transporte de títulos, valores e documentos não configuram carta¹⁸²⁴.

Até porque carta é, na definição colhida do Aurélio, “a comunicação manuscrita ou impressa e devidamente acondicionada, remetida a uma ou várias pessoas”. Mas essa comunicação diz respeito à *mensagem*, no sentido de *missiva*. Não deve ser considerado como tal, por exemplo, o aviso de vencimento, porquanto corresponde à cobrança, que é o exercício do direito de ação extrajudicial, não se confundindo com mensagem (comunicação). Com o seu encaminhamento a outra parte, não se está fazendo *comunicação*, no sentido de informá-la a respeito de algo, mas propriamente *cobrando* o que lhe é devido. O segredo, nesse caso, se impõe como forma de proteção à intimidade e à vida privada, preceitos contemplados no inciso X do art. 5º da Constituição.

É o que ocorre com a entrega das contas de consumo de água. A concessionária, nesse caso, não está correspondendo-se, no sentido epistolar, com a outra pessoa, e, sim, cobrando ao consumidor a importância que lhe há de ser paga, pelo fato de o consumo de água, em determinado período, ter correspondido àquele valor constante no documento apresentado.

Acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso ordinário em habeas corpus, por meio de sua Quinta Turma, em votação unânime, fez a distinção entre *carta e encomenda*, no escopo de estabelecer que a tutela do sigilo da correspondência, plasmada na Constituição, abrange apenas as missivas trocadas entre pessoas, razão pela qual não há ofensa à Carta Maior a determinação de apreensão de *encomenda*, encaminhada pelo sistema postal, consistente em brinquedo contendo em seu interior substância entorpecente. Pela clareza com que redigida, merece transcrição a ementa do acórdão, vazada nos seguintes termos.¹⁸²⁵

PENAL. PROCESSUAL. TIGRE DE PELÚCIA CONTENDO COCAÍNA. APREENSÃO DE ENCOMENDA NA AGÊNCIA DOS CORREIOS ANTES DE SER ENTREGUE AO DESTINATÁRIO. AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA.

1. Correspondência, para os fins tutelados pela Constituição da República (art. 5º, VII) é toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal ou telegráfica. (Lei nº 6.538/78).
2. A apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII. Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência.
3. Recurso Ordinário conhecido mas não provido.

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgado em apreciação, absteve-se de esmiuçar o alcance da garantia constitucional do sigilo da correspondência, evitando enfrentar a discussão a respeito do seu caráter absoluto ou relativo. Resolveu a questão fazendo a distinção entre *encomenda e correspondência* para, daí, concluir que a primeira modalidade de comunicação não está tutelada pela norma constitucional, o que parece adequado. De todo modo, o sigilo da encomenda, conquanto não esteja tutelado pelo inciso XII do art. 5º da Constituição, está protegido pelo inciso X do mesmo comando legal, sendo, assim, necessário que a flexibilização da garantia constitucional seja feita mediante

dos hidrômetros e os respectivos valores das contas de consumo de água, não está inserido no conceito de “carta”, preceituado no art 47 da Lei nº 6.538/78.

¹⁸²³ CRETELLA JÚNIOR. Op. cit. p. 1.364.

¹⁸²⁴ Ibid. p. 1.368

¹⁸²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Classe: RHC – Processo: 10537, UF: RJ, Data da decisão: 13/03/2001 Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em: 9 mar. 2005.

¹⁸²⁶ *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*: constituição, cidadania, violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos

autorização judicial.

9.4.6.2 – Sigilo das comunicações de dados, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.

Em relação aos bens jurídicos tutelados com a garantia do sigilo, a comunicação dos dados foi a grande inovação, porquanto, desde a Constituição revogada, já se tinha a proteção à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas. Devido à forma como está redigida a norma encartada no inciso XII do art. 5º da Constituição de 1988, há quem diga que a garantia constitucional diz respeito aos dados, quando eles se encontram armazenados, e não quando estão em trânsito. Manifestando concordância com o pensamento de VICENTE GRECO FILHO, LENIO STRECK¹⁸²⁶ diz que “... os dados – que são estáticos, e não em trânsito pela modalidade ‘comunicações telefônicas’ – estão protegidos pelo absoluto sigilo, assim como a correspondência e as comunicações.”

Essa conclusão parte de interpretação literal do art. 5º, XII, da Constituição. Considera-se que o constituinte, caso quisesse referir-se à garantia da comunicação de dados, não teria dito que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas...” e, sim, “É inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas...”. Contudo, não parece que assim seja, uma vez que, caso fosse a intenção do legislador proteger apenas os dados armazenados, não haveria sentido incluí-los em um dispositivo que trata, especificamente, das hipóteses dos meios de comunicação entre pessoas que se encontram a certa distância.

Se o constituinte inseriu a proteção aos dados junto ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, não há dúvidas de que ele teve a pretensão de ressaltar que o segredo deveria estender-se, também, às comunicações que são processadas por meio da transmissão de dados. Basta ver a análise histórica da previsão constitucional referente à correspondência para notar que, com o passar do tempo, ao lado da garantia do sigilo das comunicações feitas por intermédio da troca de missivas, o constituinte cuidou de agregar outras modalidades de transmissão e recepção de mensagens, surgidas com o avanço da tecnologia. Daí por que, com a Constituição de 1967, houve a inclusão, no dispositivo, das comunicações telegráficas e telefônicas e, com a de 1988, fez-se a complementação com a inserção das comunicações feitas por meio da transmissão de dados.

Além de não haver justificativa para incluir a proteção de dados guardados pelo sistema de computação em um dispositivo que trata do sigilo do conteúdo das comunicações feitas pelas pessoas, a garantia quanto aos dados estáticos ou armazenados, sob qualquer forma, já está suficientemente esboçada no inciso X do art. 5º da Constituição¹⁸²⁷. Mas não é só. Caso aceita a tese defendida pelos doutrinadores supramencionados, teríamos que fazer a distinção entre dados e dados eletrônicos, aqueles protegidos pelo inciso X e estes pelo inciso XII, ambos do art. 5º da Constituição. Assim, se os contatos das linhas telefônicas estiverem registrados no sistema de computação, a garantia do sigilo desses dados é a encartada no inciso XII do art. 5º da Constituição, e não no inciso X do mesmo dispositivo legal. No mesmo sentido, se os registros sobre um *sistema de corrupção* estiverem armazenados em um computador, a garantia do sigilo é veiculada pelo inciso XII, ao passo que se os mesmos dados se encontrarem coletados em um livro, a hipótese se enquadra na proteção dada pelo inciso X, ambos situados no art. 5º da Constituição.

O problema maior dessa interpretação não seria o inconveniente, apenas, de cindir a norma

penais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 43-44.

¹⁸²⁷ Cf. item 9.4.1, supra

¹⁸²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 371,

constitucional que assegura o sigilo de dados que fazem parte da vida privada (intimidade) da pessoa, de modo a entender que, dependendo da forma de armazenamento, em alguns casos, a garantia estaria estampada no inciso X e, em outros, no inciso XII, ambos do art. 5º da Constituição de 1988. O problema maior é que quem defende esse entendimento parte da premissa de que os dados armazenados em sistemas eletrônicos são invioláveis de modo absoluto. Assim, tendo como suporte o mesmo exemplo acima, os dados contidos em um livro poderiam ser, mediante autorização judicial, apreendidos e revelados para fins criminais, enquanto aqueles armazenados em um computador ou sistema de computação não o seriam. Note-se que o primeiro pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do alcance da garantia prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição, que foi, justamente, no famoso caso COLLOR, não foi aceita como prova a recuperação da memória dos computadores apreendidos no escritório da empresa VERAX, pertencente a PAULO CÉSAR FARIAS, sob o argumento de que a busca e apreensão, feita em diligência fiscal, a despeito da falta de autorização para o ingresso no local, foi realizada sem ordem judicial, o que caracterizou violação ao preceito contido no inciso XI do art. 5º da Constituição e, por outro lado, que a proteção aos dados, plasmada no inciso XII do art. 5º da Constituição, é absoluta, o que impede a revelação de seu conteúdo¹⁸²⁸. Na parte referente à inadmissibilidade da degravação da memória do microcomputador, assim constou da ementa redigida pelo Ministro ILMAR GALVÃO¹⁸²⁹, relator da Ação Penal:

1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

No corpo do acórdão, o relator, Ministro ILMAR GALVÃO¹⁸³⁰, foi categórico em afirmar que, não fosse a violação ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio sem autorização judicial, mesmo que a autoridade fiscal estivesse dela munida,

Ainda assim, não estaria nela compreendido o conteúdo ideológico de sua memória, razão pela qual a Polícia Federal não poderia ter-se apropriado dos dados contidos naquele microcomputador, para mandar decodificá-los ao seu alvedrio, como fez, acobertados que se achavam pelo sigilo, o qual, conquanto se possa ter por corolário da inviolabilidade do próprio recinto dos escritórios da empresa, acha-se especificamente contemplado no inc. XII, do mesmo artigo, ao lado da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Aliás, nos tempos modernos, em que todos os trabalhos datilográficos das empresas são realizados por meio de digitação, a invasão da memória dos computadores implica fatalmente a quebra do sigilo não apenas de dados em geral, desde os relativos a simples agenda até os relacionados a fórmulas e cálculos,

CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: AP – Processo: 307-3, UF: DF, PLENO, Data da decisão: 13/12/1994 Dispo- nível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT. Acesso em: 14 mar. 2005.

¹⁸²⁹ Ibid.

¹⁸³⁰ Ibid.

¹⁸³¹ Cf. tópico 7.2.2, supra.

mas também de toda correspondência epistolar e telegráfica, em relação aos quais o manto constitucional é de natureza absoluta, já que não deixou espaço reservado ao trabalho normativo do legislador ordinário, como se fez com as comunicações telefônicas.

Como se vê, nesse primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal considerou os dados armazenados em microcomputador como bem jurídico tutelado pela norma constitucional do inciso XII do art. 5º de modo absoluto, daí por que, mesmo que houvesse autorização judicial para que fosse feita a busca e apreensão dos aparelhos de informática, a revelação do conteúdo não seria admissível. Todavia, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, passou a afirmar, de forma peremptória, que não há, em nosso sistema jurídico, direitos fundamentais absolutos, pois todos eles são relativos¹⁸³¹.

Conquanto não se tenha notícias de outros pronunciamentos do STF a respeito da possibilidade da quebra do sigilo dos dados armazenados em computadores, há muitas manifestações dessa Excelsa Corte sobre a possibilidade da quebra de dados bancários, informações que estão inseridas em sistema eletrônico processado por meio de microcomputadores. Isso implica dizer que, a despeito do entendimento jurisprudencial firmado no sentido de que não há direito absoluto, caso o Supremo Tribunal Federal ainda tivesse posição no sentido de que os dados armazenados não podem, mesmo por ordem judicial, ser revelados, em nosso sistema, não seria admitida, sequer, a quebra do sigilo bancário. E mais: mesmo estando os dados referentes ao sigilo bancário armazenados em microcomputadores, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional que protege a intimidade quanto ao seu conteúdo é aquela manifestada no inciso X do art. 5º da Constituição, e não a regra do inciso XII do mesmo dispositivo¹⁸³².

9.4.6.3 – Sigilo das comunicações telefônicas, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.

A primeira impressão que sobressai a respeito do alcance da proteção às comunicações telefônicas é que ela se refere, apenas, àquilo que é tratado verbalmente entre duas pessoas, por meio da utilização do telefone. Acontece que a via telefônica é utilizada para o envio, igualmente, de comunicações feitas por escrito, como são os casos das transmissões via fac-símile e mesmo das mensagens que são digitadas de um aparelho telefônico para outro. Sem embargo das transmissões por escrito feitas por meio de dois telefones, há ainda comunicações que, conquanto não sejam enviadas de um telefone para ser recebido por outro, valem-se da via telefônica para que o contato entre as pessoas seja mantido. Não restam dúvidas de que a expressão *comunicações telefônicas* é algo mais abrangente do que *comunicações de telefone*¹⁸³³. Essa distinção é importante, especialmente para quem entende que a ressalva contida no final do inciso XII do art. 5º da Constituição faz com que somente seja admitida a flexibilização da garantia do sigilo das comunicações telefônicas¹⁸³⁴.

Justamente por compartilhar desse entendimento, DAMÁSIO DE JESUS¹⁸³⁵, preocupado em ressaltar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que

¹⁸³² Cf. itens 9.4.3 e 9.4.3.3, supra.

¹⁸³³ Nessa linha de pensamento, IVAN LIRA DE CARVALHO adverte que o constituinte, ao preferir a expressão *comunicações telefônicas*, não se ateve apenas a preocupações de ordem linguística, mas sim para deixar claro que ele não estava tratando apenas dos telefonemas entre pessoas. (*A regulamentação da escuta telefônica. Abordagem primária. In Enfoque jurídico*, ed. 1, ago/96, Suplemento do Informe TRF, 1ª Região, p. 7.)

¹⁸³⁴ A tecnologia tem avançado a ponto de os aparelhos telefônicos serem transformados em uma verdadeira espécie de computador, como é o caso, por exemplo, do chamado *iphone*.

¹⁸³⁵ *Interceptação de comunicações telefônicas*: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. Revista dos Tribunais, v. 735, p. 458-473.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, p. 167-171.

permite a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de *informática e telemática*, acrescenta que, quando o constituinte faz referência a *comunicações telefônicas*, ele inclui, no comando normativo, toda e qualquer forma de comunicação que se processe pela via telefônica, mesmo que aí ocorra a transferência de *dados*, como é o caso do uso do *modem*.

Adotando o mesmo posicionamento, RAÚL CERVINI e LUIZ FLÁVIO GOMES¹⁸³⁶ defendem que a comunicação telefônica é o gênero do qual decorrem várias espécies por meio das quais ela é processada, que pode ser pela transmissão da voz, de sons, imagens, dados, sinais etc. Por isso mesmo, como o *fax modem* consiste na transmissão e recepção, através de linha telefônica, de informações digitais de um computador para outro, para todos os efeitos, essa forma de contato se faz pelo sistema de telecomunicações. Para LÊNIO STRECK¹⁸³⁷, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 1996, não contém vício de inconstitucionalidade, pois, “... ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade ‘comunicações telefônicas’.”

Essa doutrina foi construída no escopo de fazer com que as transmissões eletrônicas feitas pela internet pudessem ser interceptadas e teve sucesso enquanto as transmissões de mensagens por aquela via se faziam pelo uso combinado de computador e meios de telecomunicação, que é o que caracteriza, propriamente, a telemática. Porém, se, até pouco tempo atrás, a transmissão e recepção de mensagens pela internet se faziam pelo sistema de telecomunicações, agora não é mais assim, pois cresce, cada vez mais, entre os usuários do sistema eletrônico, o processamento desse tipo de comunicação pela banda larga. Embora esse serviço oferecido pelas empresas de telecomunicações, de certa forma, faça uso do meio fixo de telefonia, pois a transmissão dos dados flui pela linha telefônica, de modo que, nesse caso, ainda que, de forma forçada, se pode dizer que se trata de comunicação telefônica, o mesmo não se verifica quando ele é prestado pelas empresas de televisão a cabo. Nesse caso, a linha de transmissão dos dados eletrônicos não se faz pelo serviço de telefonia nem muito menos por meio de linha telefônica. A empresa utiliza uma linha própria, fazendo a ligação da sua sede até a casa ou estabelecimento do usuário, criando um sistema totalmente independente do serviço de telefonia. O usuário, para transmitir e receber as mensagens eletrônicas, não precisa, sequer, possuir linha telefônica. Assim, nesse caso, não se pode falar que se trata de comunicação telefônica.

E mais: a evolução tecnológica do sistema de comunicação eletrônica, além de prescindir da via telefônica e permitir mensagens escritas instantâneas, possibilita que duas ou várias pessoas passem e recebam, em tempo real, as suas mensagens através de programas como o *MSN messenger* e o *skype*, viabilizando a transmissão e a recepção da palavra oral dos internautas, como se os computadores fossem verdadeiros aparelhos telefônicos, sem que essa comunicação seja feita pelo sistema de telecomunicações ou com a utilização do meio físico de telefonia.

9.4.6.4 – O tratamento dispensado ao sigilo da correspondência e das comunicações no Direito estrangeiro.

No exame do Direito Comparado, verifica-se que o sigilo da correspondência sempre vem re-

¹⁸³⁷ Op. cit., p. 42.

¹⁸³⁸ A expressão aqui está empregada em sentido amplo, no escopo de abranger todas as pessoas que devem ser tratadas com dignidade.

¹⁸³⁹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed., V. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 65.

¹⁸⁴⁰ Almeida Júnior relata que Camus se opôs à admissibilidade da utilização como prova das cartas particulares por consi-

conhecido como garantia fundamental dos cidadãos¹⁸³⁸. Na França, em um primeiro instante, a Assembleia Nacional, ainda em 1789, deparou com a discussão quanto à licitude da violação do segredo contido em carta, para fins de investigação de atos contra-revolucionários. Defendia-se a legitimidade do uso desse instrumento probatório, ao argumento de que os atos conspiratórios, praticados em uma situação de guerra como a que estava vivendo o povo francês, justificavam o uso de força mais cogente para coibir as condutas. No entanto, findou prevalecendo entendimento sedimentado em texto histórico de CÍCERO, que repudiava a utilização de cartas trocadas entre marido e mulher e amigos¹⁸³⁹, de modo que a assembleia manteve o segredo destas¹⁸⁴⁰.

Agrega JOÃO MENDES, com suporte em doutrina de HELIE, que, mais tarde, a doutrina francesa fez distinção no sentido de que “as cartas dirigidas ao indiciado ou que emanam dele – podem ser apreendidas pelo juiz de instrução na repartição dos correios; as cartas dirigidas a terceiro e que não emanam do indiciado, essas não podem ser apreendidas”¹⁸⁴¹. Desse modo, no sistema francês, o sigilo da correspondência não é absoluto, podendo ocorrer, assim, a utilização da carta em processo criminal. Essa posição se mostra afinada com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pelo povo francês, constituída em Assembleia Nacional, no dia 26 de agosto de 1789, que, expressamente, admite o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, desde que previstos em lei. No Direito francês, não há manifestação normativa específica sobre os limites do sigilo da correspondência, mas a doutrina evoluiu para entender que é possível a revelação do segredo contido na missiva, desde que mediante ordem judicial.

O Direito alemão, que construiu a dogmática do princípio da proporcionalidade, contempla a inviolabilidade da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas, dando-lhes o mesmo tratamento. Todavia, na primeira parte do nº 2 do art. 10, esclarece que “só podem ser ordenadas limitações com base numa lei.”¹⁸⁴². Especificamente em relação à proibição da produção de provas em respeito às garantias fundamentais registradas na Constituição alemã, o Tribunal Constitucional daquele país tem sufragado o princípio da ponderação de interesses, que dá orientação hermenêutica no sentido de que “... há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade.”¹⁸⁴³

Em exame do *leading case* julgado em 21 de fevereiro de 1964 pela Suprema Corte Constitucional alemã, conhecido como o caso do diário, COSTA ANDRADE¹⁸⁴⁴ informa que o *princípio geral de ponderação* coloca, em primeiro plano, a efetivação da justiça penal, cuja realização justifica e legitima o sacrifício de direitos fundamentais, daí por que

derar “... uma carta fechada como uma propriedade, e não se pode, sem atacar abertamente os mais sagrados direitos, romper os segredos das cartas”. Ibid. Cita ainda o referido autor que Mirabeau, indignado, exclamou: “Que é isto?! Um povo que quer tornar-se livre, emprestando as máximas e os processos da tirania?! (...) É sem utilidade alguma que seriam violados os segredos das famílias, o comércio dos ausentes, as confidências de amizade, a confiança entre os homens. Dir-se-ia de nós na Europa: em França sob pretexto de segurança pública, são privados os cidadãos de todo o direito de propriedade sobre as cartas que são as produções do coração e o tesouro da confiança.” (Ibid. p. 66)

¹⁸⁴¹ ALMEIDA JÚNIOR. p. 66-67.

¹⁸⁴² Art. 10º – 1. *O sigilo da correspondência e das comunicações postais, telegráficas e telefônicas é inviolável. 2. Só podem ser ordenadas limitações com base numa lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem constitucional liberal e democrática ou a existência e a segurança da Federação ou de um Estado, a lei poderá determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo afectado e que, em vez de seguir a via judicial, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares designados pela representação do povo.*”

¹⁸⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 28.

¹⁸⁷⁴⁴ Ibid. p. 31.

(...) à semelhança do que acontece para as escutas telefônicas, também para os demais meios de prova a Constituição oferece ao legislador ordinário um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do princípio da ponderação, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave.

Consoante se vê na doutrina acima exposta e mesmo da mera leitura do art. 10, nº 2, primeira parte, da Constituição da Alemanha, no Direito germânico, a fim de facilitar a efetivação da justiça penal, que é alçada à categoria de bem jurídico de dignidade constitucional própria do Estado de Direito, o legislador ordinário tem ampla liberdade de prever, para os crimes mais graves, a possibilidade de restrição das garantias fundamentais, dentre elas o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Já a Constituição espanhola de 1978 contém norma garantindo “... o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas”, mas, na parte final, concebe que a decisão judicial determine a quebra do sigilo¹⁸⁴⁵. Como se nota, a Constituição da Espanha vai mais além, na medida em que não remete à lei a especificação das hipóteses que excepcionam a garantia do sigilo, mas sim confere ao juiz a possibilidade de examinar, no caso concreto, se é pertinente, ou não, dotar o Estado de força maior na investigação do caso que está sob apreciação. Mas o legislador espanhol, já ciente das comunicações realizadas por meio da transmissão de dados eletrônicos, no número 4 do art. 18, mantendo a linha de pensamento no sentido de que não há direito fundamental absoluto, estabeleceu que “A lei limitará o uso da informática a fim de garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos.”

Na Itália, a Carta constitucional, ao tempo em que, na primeira parte do art. 15, diz que são invioláveis a liberdade e o segredo não só da correspondência, como também de qualquer meio de comunicação, na segunda, explicita que, uma vez observadas as garantias preceituadas em lei, a autoridade judiciária pode determinar a sua restrição¹⁸⁴⁶. A despeito de constar da norma constitucional que a limitação pode ocorrer por determinação da autoridade judiciária, o novo Código de Processo Penal italiano permite que o Ministério Público, em caso de urgência, execute a diligência sem a prévia intervenção do juiz, devendo este, em exame posterior, convalidar, ou não, a medida. Advertem BUONO e BENTIVOGLIO¹⁸⁴⁷ que o Código de Processo Penal italiano de 1998 confere às comunicações por correspondência e telegráficas o mesmo tratamento, com a definição dos delitos que admitem a quebra do segredo. Tem-se, assim, que, na Itália, além de a garantia do sigilo da correspondência não ser absoluta, em casos excepcionais, pode ser quebrada sem a prévia autorização do Judiciário, sendo exercido o controle judicial apenas a *posteriori*.

A Constituição portuguesa de 1974, assim como as dos demais países analisados até agora, igualmente, garante o sigilo das correspondências e das telecomunicações, “... salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”¹⁸⁴⁸ Sem embargo de cuidar do segredo das correspondências do mesmo modo do sigilo das telecomunicações, o constituinte português teve a preocupa-

¹⁸⁴⁵ Art. 18, 3: “É garantido o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas, salvo decisão judicial em contrário.”

¹⁸⁴⁶ A norma está assim redigida: “A liberdade e o segredo da correspondência e de qualquer outra forma de comunicação são invioláveis.

Sua limitação pode ocorrer somente por determinação da autoridade judiciária, mantidas as garantias estabelecidas pela Lei.”

¹⁸⁴⁷ BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 143.

¹⁸⁴⁸ Art. 34, nº 4: “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

¹⁸⁴⁹ AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora

ção de dissipar dúvidas quanto à admissibilidade da imposição de limitações pelo legislador ordinário ao exercício das duas garantias. Indo mais além, no art. 35, 2, a despeito de dizer, nas duas primeiras partes do dispositivo, que “São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão, bem como os fluxos de dados transfronteiras”, no final, ressalvou a possibilidade de quebra do sigilo “... em casos excepcionais, previstos na lei”.

Em suma, de todo o exposto, não restam dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência da França, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal não fazem distinção ontológica entre o sigilo da correspondência e o das comunicações telefônicas e que, em todos eles, é plenamente admissível a restrição do segredo das cartas e das comunicações telefônicas. As Constituições espanhola e portuguesa, que fizeram menção direta às comunicações feitas por meio do sistema de informática, foram expressas ao permitir, em determinados casos, também a flexibilização dessa espécie de sigilo. Merece registro, outrossim, que o entendimento sedimentado nesses países é o de que os direitos fundamentais, ainda que inspirados nos direitos naturais, não são absolutos, mas tão-somente relativos, de modo que, mesmo quando não haja expressa previsão constitucional, nada impede que se imponham freios ao seu exercício, porquanto é aplicável a cláusula dos *limites imanes*.

Por fim, merece consideração o projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, trabalho apresentado à comunidade científica em outubro de 2000, na cidade de Santiago do Chile, com a participação de vários pesquisadores latino-americanos e europeus,¹⁸⁴⁹ no qual, no art. 165, há a previsão expressa da interceptação e do sequestro¹⁸⁵⁰ da correspondência, admitindo-se, até mesmo, que, em casos de perigo pela demora, o Ministério Público e a polícia¹⁸⁵¹ possam fazer a interceptação sem a prévia autorização judicial, muito embora depois devam levar ao crivo do Juiz, que avaliará a legalidade da medida tomada.¹⁸⁵²

9.4.6.5 – Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados.

Da maneira como foi redigido o preceito da Constituição de 1988, que assegura a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a um primeiro exame, parece que o constituinte brasileiro se despartou dos paradigmas do Direito Comparado, com a intenção deliberada de conferir ao tema uma abordagem singular, na medida em que teria erigido o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados à categoria de direito fundamental absoluto, uma vez que somente excepciona a proteção à inviolabilidade do meio de comunicação quando se trata da hipótese de contato telefônico.

Método, 2001. p. 11.

¹⁸⁵⁰ No Código de Processo Penal brasileiro, o instituto que confere lastro à apreensão da carta é a busca e apreensão.

¹⁸⁵² Conferir que esse poder de interceptação e sequestro ao Ministério Público e à polícia, independentemente de autorização judicial, mesmo que reservado à hipótese de perigo pela demora, dá margem muito grande à prática de abusos. Nesse aspecto, a proposta merece crítica.

¹⁸⁵² A norma proposta tem a seguinte redação: “Art. 165. Sequestro de correspondência. Quando for de utilidade para a averiguação poder-se-á ordenar a interceptação e o sequestro da correspondência postal, telegráfica ou teletipográfica e os envios dirigidos ao imputado ou por ele remetidos”.

“A ordem será expedida pelo juiz de instrução ... O Ministério Público e a polícia poderão expedir a ordem em caso de perigo pela demora. Porém, deverão proceder segundo o art. 162 e a correspondência ou envio não lhes será entregue, mas ao tribunal competente. Se dentro de três dias, a ordem não é ratificada pelo tribunal, cessará a interceptação e o sequestro, e as peças serão liberadas a quem correspondam.” (AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 303.

¹⁸⁵³ Verificar o que restou dito no item 9.4.6.6, supra. Note-se que, na interpretação da garantia da inviolabilidade da corres-

Se essa for a inteligência firmada sobre o assunto, implica conceber um regramento no ordenamento jurídico brasileiro peculiar, que rompe com a nossa tradição constitucional¹⁸⁵³ e, como restou acentuado, com o disciplinamento jurídico previsto nas Constituições da França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, justamente os países que inspiraram, decisivamente, a elaboração de nossa Carta vigente¹⁸⁵⁴. Todavia, não é razoável que assim seja, pois, como foi exaustivamente debatido no capítulo 7, quando se tratou da *hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais*, especialmente nos itens 5.7, 7.2.2, 7.2.3, 7.2.3.1, 7.2.3.1.1, 7.2.3.1.2, os direitos fundamentais catalogados em nosso sistema são relativos, sendo admissível, por conseguinte, a sua flexibilização e, em alguns casos, especialmente quando se trata de hipótese de flagrante delito, admite-se que, no exercício do poder de polícia ostensiva, a autoridade policial aja mesmo sem autorização judicial¹⁸⁵⁵.

Além das considerações ali assentadas, cabe agregar que a garantia constitucional *sub studio* tem o seu comando voltado para expandir a garantia do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e, até mesmo, da honra e da imagem, quanto à violação a que esses bens jurídicos estão sujeitos, não só por parte dos órgãos públicos, como também pelas pessoas físicas e jurídicas privadas¹⁸⁵⁶. De todo modo, uma vez concebido o sigilo da correspondência como uma proteção do cidadão contra o Estado na sua persecução criminal, tem-se que não é defesa a edição de norma jurídica que venha a regulamentar a quebra do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, no sentido de viabilizar a utilização do conteúdo dessas informações como meio de defesa a quem responde a processo criminal. Isso porque, se a garantia da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, na sede criminal, é encarada como uma limitação do direito de punir, não haveria contradição com a norma constitucional permitir essa violação, desde que ela seja para possibilitar ao acusado o direito de contestar a pretensão punitiva contra ele exercida¹⁸⁵⁷. Essa constatação é suficiente para fazer ruir a tese de que o sigilo dessas formas de comunicação se manifesta inquebrantável, com caráter absoluto, como se não fosse possível, em nenhuma hipótese, a sua restrição ou limitação¹⁸⁵⁸.

FERNANDES¹⁸⁵⁹, com suporte no princípio da proporcionalidade, lembrando que, em determinados casos, para garantir o direito à própria vida, há necessidade de ser violado o sigilo da correspondência, lança a seguinte assertiva: “Imagine-se que alguns presos, através de troca de correspondência, preparam a fuga, na qual será sequestrada e morta uma autoridade. Estranho que não se permita a viola-

pondência estabelecida na Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ela não era absoluta, consoante se vê da redação dada à ementa do acórdão lavrado pelo Ministro EVANDRO LINS, cujos termos são os seguintes: “Inviolabilidade da correspondência. Está sujeita a exame pelos agentes fiscais a correspondência comercial. O interesse público sobrepõe-se ao interesse privado. Não há direito líquido e certo para a recusa à fiscalização dos papeis constantes de arquivo comercial. recurso de mandado de segurança não provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INVIOABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA. Classe: RMS – Processo: 11274. TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 27/11/1963. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 18 set. 2005.

¹⁸⁵⁴ Raul Machado Horta, sem desconsiderar as influências internas que guiaram o constituinte de 1988, ressalta que foram sentidas as influências externas que “... provieram do constitucionalismo europeu, através da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e das Constituições da Itália de 1947, da França, de 1958, da Espanha, de 1978, e de Portugal, de 1976.” (*Direito constitucional*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 64).

¹⁸⁵⁵ Cf. itens 7.2.3.1.3, 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2, supra.

¹⁸⁵⁶ Cf. item 5.8, supra. Nesse item, é feita a distinção entre direitos fundamentais e da personalidade.

¹⁸⁵⁷ Sobre o assunto, ver o que ficou expandido sobre a teoria da prova benéfica em prol do acusado, como exceção à *exclusionary rule* (Cf. item 9.1.6.2.5, supra.)

¹⁸⁵⁸ Como as normas constitucionais penais representam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, a cláusula encartada na Lei Fundamental, consubstanciada na ampla defesa, é contemplada somente ao acusado. Esse tema está tratado no item 9.5.1, infra.

¹⁸⁵⁹ PENTEADO, Jacques de Camargo (Coord). *Justiça Penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, s. d. p. 72.

¹⁸⁶⁰ Em síntese, ainda que se entenda que o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados é

ção dessa correspondência se há notícia do plano, com o intuito de abortá-la.” Nesse caso, entende o autor citado que o valor maior, a vida, há de ser preservado, afirmação com a qual não se há de tergiversar.

Presuma-se a situação da carta-bomba. Diante da garantia do sigilo absoluto, sem possibilidade de restrições, ela não poderia ser interceptada? Só poderia sê-la caso o destinatário consentisse? E se o destinatário fosse um suicida? Vale lembrar os acontecimentos posteriores ao atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, com as cartas enviadas para americanos, contendo a substância química letal identificada como *antraz*. Consoante noticiário jornalístico, nos Estados Unidos, em muitos casos, ante meras suspeitas, cartas foram interceptadas e abertas, no escopo de evitar males que viessem a atingir não apenas o próprio destinatário, mas também a terceiros¹⁸⁶⁰.

De mais a mais, ao estabelecer que, ao agir em estrito cumprimento de dever legal, o agente do Estado não pratica nenhum crime, o Código Penal permite, por linhas transversas, que, sendo o caso, desde que necessário para o cumprimento do dever de polícia quanto ao desempenho da segurança pública, restrinja-se o sigilo da correspondência ou das comunicações telegráficas ou de dados. Ora, ainda que, à primeira vista, essa posição pareça despropositada, ela se torna razoável, na medida em que imaginarmos a possibilidade de o agente do Estado, no estrito cumprimento de dever legal, agredir fisicamente o causador do ilícito, até mesmo lhe ocasionando a morte, em afronta ao bem jurídico maior de todo e qualquer ordenamento jurídico, que é a vida, mas não possa, também para evitar ou impedir a consumação ou fazer com que a atividade criminosa cesse, interceptar a correspondência ou a comunicação telegráfica ou de dados, ainda que sem autorização judicial.

Se alguém está prestes a matar outrem, utilizando-se de um revólver, o agente estatal pode intervir e, no estrito cumprimento de dever legal, prendê-lo, violando o seu direito de liberdade ou, até mesmo, se for o caso, matá-lo para evitar que o crime ocorra¹⁸⁶¹. Nesse caso, a ação não só é legítima como também é legal, ainda que se arranhe o direito de liberdade ou o próprio direito à vida do agressor. Porém, se aquele que deu causa ao crime, astutamente, enviar uma carta-bomba a outrem, não poderia o agente do Estado intervir, porque essa atitude violaria o direito ao sigilo da correspondência? Não seria razoável que assim se entendesse. Como foi salientado no item 7.2.3.1.3.2, no exercício do poder de polícia, à qual é inerente a autoexecutoriedade, não haveria a necessidade de que o agente policial violasse em si a correspondência, fazendo a abertura da missiva. A sua intervenção se basta em sustar a circulação da carta. Óbvio que se a carta, em verdade, se trata de um artefato explosivo, na eventualidade de o agente policial, sem autorização judicial, proceder a sua abertura, tal não acarretaria nenhuma ilegalidade à sua atividade. Porém, não havendo plena segurança quanto a essa circunstância, o recomendável é o agente policial proceder da mesma forma como ele faz em casos de apreensão de droga em locais fechados; ou seja, na dúvida, deve pedir a autorização judicial para fazer a diligência.

Se até o direito à vida, como vimos, não é absoluto, não só porque a Constituição ressalva, expressamente, a possibilidade da pena de morte, em caso de guerra declarada, como também porque no exercício do poder de polícia, em casos extremos, o agente do Estado pode legitimamente ceifar a vida do autor do ilícito, não se mostra coerente sustentar que o sigilo da correspondência ou das comunica-

absoluto, mesmo assim, esse comando normativo teria seu raio de alcance restrito à inadmissibilidade da quebra do segredo da missiva, no intuito de não permitir que o seu conteúdo seja valorado como instrumento probatório, nunca, porém, como óbice para que, no legítimo exercício do poder de polícia, o Estado ou mesmo qualquer do povo intercepte ou obstrua uma correspondência utilizada como o próprio instrumento do crime, como no caso imaginado da carta-bomba.

¹⁸⁶¹ Cf. item 7.2.2, supra, parte em que se faz abordagem mais aprofundada sobre a eventual existência de um *direito de matar* e, até mesmo, de um *dever de matar*. A interpretação sistêmica do texto constitucional permite a assertiva de que existe, desde que presentes as circunstâncias justificadoras, o *direito* – para o particular – e o *dever* – para o policial militar – *de matar*.

¹⁸⁶² Cf. item 7.2.3.1.3.2, supra.

ções telegráficas ou de dados o seja¹⁸⁶². Ademais, quanto à garantia do sigilo da correspondência, não há apenas limitações implícitas, mas também, pelo menos, uma expressa. Ocorre quando, na Constituição, está plasmado, no art. 136, § 1º, que, durante o estado de defesa, o decreto que o instituir deverá determinar o tempo de sua duração, além de especificar as garantias constitucionais restringidas, dentre elas o sigilo da correspondência.

Com essas considerações, não se duvida que o art. 233 do Código de Processo Penal, a contrário senso, ao admitir como prova as cartas interceptadas ou obtidas sem o consentimento do emitente ou do destinatário, desde que não tenha sido utilizado meio ilícito, continua em plena vigência, diante de sua compatibilidade com a Constituição de 1988, da mesma forma como se afinava com as Cartas de 1937, 1946 e 1967. Como desenvolvimento do mesmo raciocínio, também se chega à conclusão de que o art. 240, § 1º, letra f, do Ordenamento Processual Penal é plenamente compatível com os ditames da Constituição, de modo que a medida cautelar de busca e apreensão, determinada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, em decisão fundamentada do juiz, constitui-se o instrumento hábil para se colher a correspondência para fins de que ela instrua o processo na qualidade de prova.

No julgamento do caso COLLOR¹⁸⁶³, o Ministro ILMAR GALVÃO, em seu voto, ressaltou que o sigilo constitucional dos dados, assim como a garantia da inviolabilidade da correspondência, tinha caráter absoluto, daí por que, em nenhuma hipótese, poderia haver a sua flexibilização. De todo modo, em decisão anterior, ocorrida no mês de março do ano de 1994, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de sua Primeira Turma, tendo como relator o Ministro CELSO DE MELLO¹⁸⁶⁴, não só previu a possibilidade de que houvesse a quebra do sigilo da correspondência, como foi muito mais além, na medida em que, ao reconhecer a recepção da norma contida no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, entendeu possível que a administração penitenciária, mesmo sem autorização judicial, procedesse à interceptação epistolar.

Registre-se que em outro pronunciamento, agora em decisão monocrática da lavra do Ministro MARCO AURÉLIO¹⁸⁶⁵, prolatada nos autos da Ext. 718/RF, datada de 15 de maio de 1998, ante pedido da Polícia Federal no sentido de lhe ser dada autorização “para abertura de encomendas postais que chegaram a esta Superintendência, endereçadas ao mencionado alienígena foragido, a fim de buscar eventual pista que possa informar o paradeiro do nominado”, mesmo com o parecer favorável da Procuradoria da República, lastreado no precedente do Habeas Corpus 70.814/SP, conferiu-se caráter absoluto à inviolabilidade da correspondência, com os seguintes argumentos:

¹⁸⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 371, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, À AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: AP – Processo: 307-3, UF: DF, PLENO, Data da decisão: 13/12/1994 Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT. Acesso em: 14 mar. 2005.

¹⁸⁶⁴ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO. Classe: HC – Processo: 70814, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, un. Data da decisão: 01/03/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 16 jan. 2007).

¹⁸⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 16/05/1998.

¹⁸⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS.

2. Consubstancia garantia constitucional a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas. O óbice ao conhecimento do conteúdo dos postados é absoluto, valendo notar que somente quanto às comunicações telefônicas abriu-se a exceção, limitada, de resto, às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, mesmo assim aludindo-se à necessidade da existência de ordem judicial. Em síntese, a cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não alcança o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, estando restrita às comunicações telefônicas. O preceito beneficia, a teor do disposto no artigo 5º, não só os brasileiros, como também os estrangeiros residentes no País, ainda que estes últimos tenham, contra si, pedido de extradição em curso. O que se tem na espécie é o impedimento constitucional à quebra do sigilo requerida pela Polícia Federal, apenas permitida uma vez verificado o estado de sítio ou o de defesa (artigo 136, § 1º, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal).

Outro é, porém, o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, no julgamento do Habeas Corpus 14.569/SP, a Sexta Turma, à unanimidade, em voto proferido pelo Ministro VICENTE LEAL¹⁸⁶⁶, firmou passo na linha de entendimento de que “A inviolabilidade das comunicações, embora erigida ao nível de garantia constitucional (CF, art. 5º, XII), cede espaço quando presente interesse público superior, como na hipótese de investigação criminal, desde que autorizada a quebra por decisão judicial.” Essa, sem dúvidas, parece ser a posição mais adequada, até porque, conforme aqui já foi exaustivamente defendido, inclusive com suporte em posição adotada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o direito fundamental, por mais essencial que seja, não possui caráter absoluto, senão apenas relativo.

9.4.6.5.1– Interpretação sistêmica da expressão (salvo) no último caso, prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição.

Impõe-se acrescentar, por derradeiro, que nenhuma regra jurídica existe isoladamente, pois o Direito, antes de tudo, é sistema, devendo os preceitos constitucionais ser interpretados conforme os princípios encartados no ordenamento jurídico. O legislador, ainda que se trate do constituinte, não detém o dom de prever todas as circunstâncias da vida que recomendam a solução alvitrada pela norma jurídica. A visão do legislador, logicamente, é preconcebida dentro daquelas circunstâncias vislumbradas nos momentos que antecedem a motivação à feitura da norma, daí por que, na maioria das vezes, o alcance da norma, para determinados casos, em razão da peculiaridade da situação, é restringido ou alargado. O que se quer dizer é que o verdadeiro alcance de uma norma não está de pronto revelado com o seu enunciado estampado na lei, mas sim quando se examina a extensão com que ela deve ser interpretada, dentro de um determinado contexto fático.

CONDENAÇÃO. PROVA. SIGILO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. QUEBRA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. Data da decisão: 24/04/2001. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005. No exame de Recurso Ordinário em Habeas Corpus 6719/SP, em decisão unânime da Sexta Turma, cujo relator foi o Ministro FERNANDO GONÇALVES, o Superior Tribunal de Justiça restringiu a garantia constitucional às *cartas fechadas*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC. PROVA. SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA. VIOLAÇÃO. Data da decisão: 24/12/1997. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005). Assim, uma vez aberta ou destinatário, não haveria mais a proteção constitucional encartada no art. 5º, XII, da Lei Maior, podendo a correspondência, independentemente de autorização judicial, ser coletada para fins de prova criminal. Todavia, mesmo que se considere encerrada a garantia constitucional da inviolabilidade da correspondência após a sua abertura, não se pode deixar de observar que o segredo nela contido permaneceria protegido constitucionalmente, agora pela regra estampada no art. 5º, X, da Constituição, uma vez que não há dúvida de que o seu conteúdo se insere no conceito de *vida privada*. Desse modo, estando aberta ou fechada, para a revelação do conteúdo da correspondência sem o consentimento de um dos interlocutores reclama-se autorização judicial.

¹⁸⁶⁷ Preceito aplicável, também, ao Ministério Público dos Estados, por força do art. 80 da Lei 8.625, de 1993.

Cabe ao exegeta, portanto, enxergar o Direito como sistema organizado, fazendo as distinções necessárias para adequar a norma aos seus verdadeiros fins, de modo que se, diante das circunstâncias, são feitas as distinções desacertadamente, com a conseqüente valoração inadequada, o erro é do operador jurídico, e não da norma em si. Até porque o Direito é instrumento de vida, forma de organização e pacificação social, que ordena o desenvolvimento e as realizações das necessidades humanas dentro dos valores colimados pelo grupo social, de modo que as suas soluções nunca podem conduzir ao absurdo ou à injustiça. Quando tal se verifica é porque o operador jurídico trilhou caminho diferente da verdade jurídica.

Muito embora a dicção normativa encartada na Constituição da República, no inciso XII do art. 5º, deixe consignado que “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” – redação que, em sua leitura isolada, leva a crer que o constituinte ressaltou a possibilidade de quebra apenas das comunicações telefônicas –, parece evidente que é possível haver a flexibilização dos direitos fundamentais contemplados na norma em qualquer uma das hipóteses ali previstas.

Com efeito, a primeira interpretação que ressaí da norma, e é a mais fácil de ser vista, leva a crer que o legislador deixou expresso que seria *inviolável o sigilo da correspondência*. Se ele quisesse restringir, assim como o fez em relação às comunicações telefônicas, o direito ao sigilo quanto à correspondência, às comunicações telegráficas e aos dados, não teria utilizado a expressão (*salvo*) no último caso. Porém, interpretações outras emergem do enunciado *sub examine*, mais consentâneas com a realidade, com a nossa história constitucional e com o tratamento dispensado ao tema no Direito Comparado. Até porque, na seara do Direito, a norma jurídica, sempre e sempre, admite, no mínimo, duas inteligências diametralmente opostas. É nesse contexto hermenêutico que se pode defender a ideia de que o dispositivo encerra dois comandos: o primeiro se refere ao sigilo em si das fontes que enuncia e o segundo relaciona-se à comunicação desses elementos informativos de prova que, nessa linha, poderia ser interceptada, pois quando o constituinte disse (*salvo*) *no último caso* estaria se referindo a qualquer hipótese de comunicação, e não apenas àquela veiculada pela via telefônica.

Aliás, parece que o Legislativo está a entender que a expressão (*salvo*) no último caso está referindo-se a qualquer um dos casos de comunicação, a partir do instante em que editou norma contida no art. 6º, VIII, alínea “a”, da Lei Complementar nº 75, de 20 de março de 1993, expondo competir ao Ministério Público da União representar “... ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual”¹⁸⁶⁷.

Essa interpretação sistemática do Legislativo, adotada quando da feitura da Lei Complementar nº 75, de 1993, é mais consentânea com a lógica do que aquela que quer emprestar caráter absoluto aos sigilos da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados. Isso porque não há distinção ontológica entre uma forma e outra de comunicação. Veja-se que aqui se mostrou que, na história do nosso Direito Constitucional, o sigilo da correspondência permaneceu sendo assegurado desde a Carta Imperial de 1824, mas sempre se entendeu que ele era de caráter relativo e nunca tinha havido nenhum tratamento diferente em relação a essas formas de comunicação. Por outro lado, na apreciação da doutrina e da jurisprudência de países cujas constituições serviram de paradigma para a elaboração da nossa de 1988 – França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal –, em todos eles, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas é tido como relativo e recebe o mesmo tratamento que é dispensado para o segredo da comunicação telefônica.

¹⁸⁶⁸ De qualquer forma, como foi visto, a comunicação eletrônica, feita pela internet, hoje permite que a comunicação seja por

A única diferença que se poderia fazer entre a comunicação por correspondência, por telegrama ou transmissão de dados e o contato que é feito por meio de telefone seria que aquelas se processam por meio da escrita, enquanto a última por meio da fala¹⁸⁶⁸. Porém, a escrita é a mera reprodução, em símbolos, da fala, ou seja, a sua representação. Se a fala, que é representada pela escrita, pode ser interceptada, por que não a escrita, que é apenas a sua imagem? A escrita, à semelhança da fala, é forma de expressão da língua, não havendo distinção ontológica entre uma e outra, a justificar tratamento diferenciado no que respeita à proteção mediante a preservação do sigilo.

Ademais, o telefone, hodiernamente, com o avanço da tecnologia, também possibilita o contato por meio da escrita. É o que ocorre com o *fac-símile*. Qual a diferença entre a correspondência postal e aquela feita por *fac-símile*, que justifique a distinção quanto à possibilidade de quebra de apenas uma delas? Sem falar no correio eletrônico que, em consonância com a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, pode ter o seu sigilo quebrado, meio de comunicação que em nada difere da carta, senão quanto ao instrumento que veicula a transmissão da mensagem escrita, assim como ocorre nas mensagens enviadas de telefone para telefone¹⁸⁶⁹. É por isso que a interpretação literal é odiosa, para não dizer que ela, sozinha, não se presta para determinar o alcance do preceito, especialmente quando se trata de um princípio cujo enunciado, pela sua própria natureza generalizante, compreende conceito polissêmico de complexa compreensão. Não parece razoável querer expressar o conteúdo de um direito fundamental, vazado em forma de princípio, com suporte somente na interpretação literal de sua expressão normativa¹⁸⁷⁰.

De qualquer forma, a despeito do que dispõe a Lei Complementar nº 75/93, ainda há a Lei de Execução Penal que, no art. 41, parágrafo único, diz que o direito do preso à correspondência pode ser suspenso ou restringido, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal. Para quem defende que o sigilo da correspondência é absoluto, nem mesmo a correspondência dos detentos pode vir a ser interceptada, o que conduziria ao absurdo de permitir que o encarcerado, de dentro do estabelecimento prisional, continuasse a comandar o crime, protegido que estaria pelo sigilo de sua correspondência e de suas comunicações por meio do telégrafo. Sob enfoque de outro ângulo, seria possível coibir que o detento, por meio das comunicações telefônicas, desse continuidade a sua participação na prática de ilícitos, mas nada pudesse ser feito quando o meio utilizado fosse a correspondência ou a comunicação telegráfica.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, como salientado linhas atrás, mantendo coerência com a sua concepção de que os direitos fundamentais são relativos, chamado a dirimir controvérsia na qual se discutia a constitucionalidade do art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210, de 1984 – Lei de Execução Penal –, que permite à administração penitenciária, por medida de segurança do estabelecimento, mesmo sem autorização judicial, a interceptação da correspondência dos presos, assim se posicionou:

(...) A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

É interessante observar que, no caso da norma jurídica em estudo, permite-se que a interceptação seja feita independentemente de autorização judicial específica, porém, mesmo assim, o Supremo

meio da fala com a transmissão, até mesmo, da imagem.

¹⁸⁶⁹ A Lei nº 9.296, de 1996, regulamentou a interceptação das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, o que abrange a correspondência eletrônica.

¹⁸⁷⁰ Cf. item 7.1, supra, que cuida da interpretação das normas e princípios constitucionais.

¹⁸⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 16 jan. 2007.

Tribunal Federal, diante das peculiaridades da relação entre o administrador penitenciário e os detentos, tem como justificada a restrição nela imposta ao sigilo da correspondência¹⁸⁷².

9.4.6.5.2 – Interpretação literal que conduz à conclusão lógica de que a ressalva contida no inciso XII do art. 5º da Constituição encerra cláusula de reserva de jurisdição quanto à comunicação telefônica.

A interpretação literal, antes de reforçar a ideia de que o sigilo da correspondência é absoluto, tem o condão de relativizar, ainda mais, a garantia ali contida. Aqui foi dito, com base em vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, que quando não há nenhuma ressalva no enunciado que veicula o direito fundamental, o entendimento é de que a sua flexibilização é possível por decisão de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito¹⁸⁷³. Quando, porém, o constituinte expressa o direito fundamental, mas diz que este somente pode ser quebrado se houver pronunciamento judicial, como ocorre nas hipóteses de prisão processual e de inviolabilidade do domicílio, ele reforça a garantia, com a inclusão da cláusula de reserva de jurisdição¹⁸⁷⁴. Ou seja, nessa hipótese, o direito fundamental somente poderá ser flexibilizado caso isso seja determinado por um juiz no exercício da atividade jurisdicional, vedando-se, por conseguinte, que a quebra seja deliberada até por CPI.

Seguindo essa linha de pensamento, esposada ao longo deste estudo, se se entender que a ressalva (*salvo no último caso*, estampada no art. 5º, XII, da Constituição, aplica-se apenas às comunicações telefônicas, isso implica reconhecer que a cláusula de *reserva de jurisdição* quanto à garantia ali prevista se circunscreve a essa forma de contato. Se a cláusula de reserva de jurisdição, plasmada no inciso XII do art. 5º da Constituição, diz respeito, exclusivamente, às comunicações telefônicas, a conclusão daí resultante não seria no sentido de que as demais formas de comunicação deveriam ser consideradas absolutas, mas sim que elas não estão acobertadas pela garantia de que a quebra do sigilo a elas relativa somente seja feita por determinação de um juiz, no exercício da atividade judicante. Assim, a correspondência e as comunicações telegráficas e de dados, antes de serem absolutas, podem ter o sigilo nelas guardado flexibilizado não só por ordem judicial, mas também por decisão de CPI.

Essa é a interpretação mais adequada, porquanto se harmoniza com a forma como essa garantia vem sendo tratada ao longo de nosso sistema constitucional, especialmente ao modo como ela foi cuidada pela Carta Magna de 1967. Observe-se que, naquele texto, as comunicações telefônicas eram tratadas da mesma forma que a correspondência e a comunicação telegráfica e, a despeito de lá não haver nenhuma ressalva quanto à possibilidade de ser determinada a flexibilização dessas formas de comunicação entre as pessoas, isso era plenamente possível. Se, antes da Constituição de 1988, o sigilo da correspondência fosse considerado absoluto, poder-se-ia, até, entender que a ressalva contida no novo texto constitucional tinha sido colocada com a clara intenção de deixar expresso que, embora tratado no mesmo dispositivo, o sigilo telefônico seria apenas relativo.

Desse modo, querer abstrair a inteligência do dispositivo em foco mediante a interpretação literal da nova disciplina defeituosa emprestada pelo constituinte de 1988 ao inciso XII do art. 5º, cer-

¹⁸⁷² A decisão judicial que determina a prisão dá a autorização necessária para que o direito fundamental da liberdade seja restringido. Com essa decisão, porém, não apenas o direito de liberdade, na sua expressão quanto ao direito de ir e vir, é atingido. A liberdade de comunicação em si com o mundo exterior, o que compreende o seu direito à correspondência, também sofre limitações.

¹⁸⁷³ Aqui já foi mostrado que todos os direitos fundamentais são relativos, daí por que a garantia constitucional neles veiculada pode, desde que haja justificativa, ser suspensa. Cf. itens 7.2.3., 7.2.3.1 e 7.2.3.1.1, *supra*.

¹⁸⁷⁴ A Constituição de 1988 previu a cláusula de reserva de jurisdição apenas para três hipóteses: prisão, quando não for o caso de flagrante, invasão de domicílio e quebra de sigilo telefônico. Cf. item 7.2.3.1.2, *supra*.

¹⁸⁷⁵ Quanto à interceptação de comunicação telefônica, o constituinte resolveu dar o mesmo tratamento que ele dispensou para

tamente conduzirá a conclusão incorreta. Por isso mesmo, tendo em conta não só o histórico de nossas cartas constitucionais que nunca conferiu à correspondência e às comunicações *telegráficas status* de direito fundamental absoluto, mas também o tratamento dispensado ao tema pelo Direito Comparado, que não conhece diferença entre uma e outra forma de possibilitar o relacionamento entre as pessoas, impõe-se que a interpretação mais razoável é aquela que defende a possibilidade, independentemente da forma de comunicação, da quebra do sigilo.

Na esteira desse entendimento, a ressalva contida no final do inciso XII do art. 5º da Constituição serve, isso sim, para dar mais garantia ao sigilo telefônico que, dentre todos os meios de comunicação ali mencionados, devido mesmo à tecnologia utilizada, foi considerado pelo constituinte como o mais vulnerável e, por isso mesmo, o que mereceu tratamento mais rígido. Essa é a justificativa do constituinte para eleger a cláusula de reserva de jurisdição para os casos em que esteja em jogo a permissibilidade da interceptação telefônica¹⁸⁷⁵. Nesse caso, nem mesmo a CPI pode dar decisão nesse sentido.

Com essa visão e interpretação do inciso XII do art. 5º da Constituição, a quebra dos sigilos das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, em princípio, é admissível para fins cíveis e criminais, desde que haja autorização dada, em decisão fundamentada, por juiz no exercício de atividade jurisdicional ou CPI, ao passo que, em se tratando de sigilo telefônico, tal somente pode ocorrer para fins criminais, nas hipóteses previstas em lei e apenas se, e quando, houver ordem proferida de autoridade judicial.

9.5 – Princípio da ampla defesa.

Antes da processualização do exercício do dever-poder de punir do Estado, a persecução criminal era um mero ritual, no qual o acusado tinha uma participação submissa, sem que lhe fosse reconhecido o mais simples dos direitos, que era o de defender-se. O acusado não era chamado para se defender, mas sim para se submeter ao poder de investigar do Estado, sendo-lhe infligidas as mais variadas formas de investigação destinadas a perquirir a verdade, que ia de interrogatórios sugestivos e processos secretos à ampla aplicação da tortura. O incriminado não tinha, sequer, o direito ao uso da palavra, sendo-lhe vedada a oportunidade de demonstrar a sua inocência¹⁸⁷⁶. Os acusados eram tratados como meros objetos do poder punitivo e mesmo quando o poder político era tido como uma investidura divina, a forma de o réu defender-se ou falar no procedimento contra ele instaurado era mediante a sua submissão a atrozes provas para a aferição da verdade de suas declarações¹⁸⁷⁷. Na fase religiosa, afloraram as *ordálias ou juízos de Deus* que consistiam na crença de que o próprio acusado, submetido a provações perante Deus, faria como exsurgir a verdade, na medida em que Ele, onipresente e onisciente, se fosse o caso, interviria para não deixar um inocente *sofrer ou morrer*¹⁸⁷⁸. Tinha-se a crença totalitária

os casos de prisão e de invasão de domicílio.

¹⁸⁷⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 15. O autor mostra que, mesmo no Antigo Testamento, havia a lição bíblica de que, no julgamento, deve ser dada a palavra ao réu, pois nas escrituras consta o relato de que Deus não condenou Adão, sem antes ouvi-lo. (Ibid.)

¹⁸⁷⁷ Ibid., p. 16.

¹⁸⁷⁸ Várias eram as fórmulas adotadas para que o acusado, com o seu corpo, demonstrasse a sua culpa ou inocência. Havia a *prova do arroz*, na qual o acusado, logo após fazer a sua declaração, tinha de engolir uma certa quantidade do cereal, ainda cru, sendo considerado culpado caso não obtivesse êxito na tarefa. (Ibid., p. 17). Igualmente, tinha o teste das *bebidas amargas*, aplicado à mulher acusada de adultério, que era considerada culpada caso, ao ingerir a bebida, ela contraísse o rosto e os olhos ficassem injetados de sangue (Ibid.) No teste da *água fria*, o acusado era lançado em um reservatório d'água, sendo ele tido como culpado caso o corpo não submergisse (Ibid., p. 18). Tinha também a prova segundo a qual a inocência do acusado somente era reconhecida na hipótese de ele se mostrar resistente ao caminhar sobre brasas durante um determinado tempo ou suportar a mão em um braseiro (Ibid.). Mais drástica, ainda, era a prova das *serpentes*, que consistia em colocar o acusado

de que o acusado, sendo culpado, não tinha direito à defesa, pois era inconcebível que o autor de um ilícito tivesse o direito de resistir à legítima punição pelo Estado, ao passo que, caso ele inocente fosse, essa verdade surgiria no decorrer da investigação.

Insurgindo-se contra esse estado de coisas, BECCARIA, no livro que o celebrou, sustentou que a persecução criminal deveria ser conduzida com base em regras garantidoras dos direitos essenciais dos homens, dentre elas o direito de defender-se e de ser tratado com dignidade. A partir de então, houve uma verdadeira virada copérnica na seara criminal, e o acusado, que não tinha direito nenhum contra a pretensão acusatória, passou a ter o direito de defesa e, logo em seguida, à ampla defesa.

Demarcando essa nova fase, a Sexta Emenda à Constituição americana elencou como direito fundamental do acusado o direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser acareado com as testemunhas, de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa. Não só foi consagrado o direito de defesa, como também, indo muito mais além, o direito à assistência jurídica, cláusula que somente seria incorporada aos ordenamentos jurídicos muito tempo depois. Ademais, como, na dicção normativa do preceito, fala-se em direito de ser informado da acusação e de ser acareado com as testemunhas, nota-se que ele foi pensado apenas para o ambiente próprio do processo criminal.

Na Constituição alemã, o direito de defesa está consagrado no art. 103, ao se assegurar que “Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais.” Na Constituição da Espanha o preceito do direito de defesa se encontra mais detalhado, sendo visível a influência da Constituição americana, na medida em que, ao lado do direito ao juiz natural, está anunciado que todos têm direito “... à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação contra si deduzida ... a utilizar os meios de prova adequados à sua defesa, a não prestar declaração contra si próprios, a não se confessarem culpados...”. No sistema italiano, o direito de defesa, também, tem berço constitucional, por força do que dispõe o art. 24, segunda parte, que noticia ser a defesa “... inviolável em qualquer situação e grau do processo.” A Constituição portuguesa, por sua vez, de forma enfática, sob a rubrica *garantias de processo criminal*, inscreve como direito fundamental a cláusula de que “O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa” (art. 32, 1).

Do exame mais atento do tratamento dispensado no Direito Comparado ao direito de defesa, observa-se que ele surgiu como uma garantia processual pertinente ao ambiente criminal, mais especificamente a quem é réu, e, assim, permanece na Constituição dos Estados Unidos, da Espanha e de Portugal¹⁸⁷⁹. Apenas nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano, é que o direito de defesa está assegurado de forma genérica, com incidência tanto na seara criminal quanto na cível.

A inclusão do direito de defesa dentre os direitos fundamentais é da tradição do constitucionalismo brasileiro. Na Constituição Imperial de 1824, não se assegurou, expressamente, o direito de defesa, porquanto restou consignado, como direito fundamental, apenas o direito de o preso ser informado, por meio de nota de culpa assinada pelo juiz, dos motivos da prisão, dos nomes do seu acusador e os das testemunhas, caso elas existissem¹⁸⁸⁰. Porém, a Constituição de 1891 foi precisa, ao preceituar, no art.

entre os répteis, sendo ele considerado o autor do crime se fosse picado (Ibid.). Outra fórmula prevista era colocar, ao lado do acusado, o cadáver da vítima, pois, se começasse a correr sangue do corpo, aquele era considerado o autor do homicídio (Ibid.). Por fim, ainda se empregava o duelo, no qual a intervenção divina não permitiria que triunfasse o culpado. (Ibid.)

¹⁸⁷⁹ Tendo a preocupação de estender o direito de defesa, quanto ao processo civil, não só ao réu como ao autor, ALEX CARROCCA, divergindo de vários doutrinadores espanhóis, defende que, muito embora, à primeira vista, a garantia estampada no art. 24, n. 2º, seja destinada ao acusado, não considera acertado esse reducionismo da classe, pois ela dá amparo a todas as partes do processo (*Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1998. p. 87.)

¹⁸⁸⁰ Art. 179, VIII. “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o

72, § 16, que “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa.” Como se vê, ao ser inaugurado o direito de defesa como cláusula constitucional, o constituinte destinou a garantia aos acusados, esclarecendo, assim, que ela era prevista para o processo criminal. Naquela oportunidade, destacou-se que a garantia era da mais plena defesa. Com melhor técnica, a Constituição de 1934, no art. 113, 24, estatuiu que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.” (-Grifei) Ou seja, ao referir-se aos acusados, manteve a ideia de que a garantia era dada em relação ao processo criminal, acrescentando, ainda, que esta abrangia, igualmente, os meios e recursos essenciais a ela. A norma em destaque teve o condão, ainda, de inserir, em nosso meio, a ampla defesa que, a partir daí, não mais deixou de ser mencionada nos textos constitucionais posteriores, com exceção da Constituição de 1937. Isso porque, com o seu arcabouço autoritário, a Constituição de 1937 apequenou o preceito, pois disse, apenas, na parte final do art. 122, que “A instrução criminal será contraditória, asseguradas as necessárias garantias de defesa”.

O direito de defesa que, com a Constituição de 1934, tinha sido alçada à categoria de ampla e compreendido, ainda, os meios e recursos a ela essenciais, foi rebaixado nos sentidos vertical e horizontal. A Constituição de 1946, no art. 141, § 25, resgatou, pelo menos, a amplitude do direito de defesa, na medida em que fixou que “É assegurada aos acusados ampla defesa” e que “A instrução criminal será contraditória”. Coube à Constituição de 1967 restabelecer a redação da Carta de 1934, ao insculpir, dentre as declarações de direitos, que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” (art. 150, § 15) e complementar, mais adiante, que “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.” (art. 150, § 16).

A Constituição de 1988, em redação bem melhor, modificando o paradigma anterior, embora tenha mantido o núcleo da cláusula tal como ela tinha sido concebida na Carta de 1934, foi mais além, no desiderato de contemplar o direito à ampla defesa não apenas na seara criminal, como igualmente na cível, assim deixando consignado o preceito: “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.” (art. 5º, inciso LV). E mais, no inciso LXXIV, disse que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, tendo o cuidado de antes assinalar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (inciso LXIII)¹⁴⁸⁸¹. Na medida em que se entende que a expressão preso, utilizada pelo constituinte, em verdade, quer dizer toda e qualquer pessoa a quem se imputa a prática de algum tipo de crime, tem-se que o direito de *assistência de advogado*, catalogado como direito fundamental no dispositivo em foco, é assegurado, igualmente, não apenas ao preso, mas ao acusado em geral. A assistência jurídica por parte do Estado ao acusado é garantia prevista não apenas para quem não possui recursos suficientes para patrocinar a sua defesa, mas a toda e qualquer pessoa, como está dito no inciso LXIII do art. 5º da Constituição, até porque, sem defesa efetiva, há ofensa ao *due process Law*. A estruturação eficiente da defensoria pública, por conseguinte, é dever constitucional decorrente de garantia com status de direito fundamental.

9.5.1 – Direito fundamental que está expresso, no processo criminal, apenas em relação ao acusado.

Conforme se verifica da análise dos textos constitucionais, historicamente, o direito à ampla

Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.”

¹⁴⁸⁸¹ Sobre o direito de assistência de advogado, assegurado ao preso, cf. item 9.6.5.2.2, infra.

¹⁴⁸⁸² Op. cit., v. 5, p. 235.

defesa constou das constituições brasileiras como garantia inerente ao processo criminal e, ainda assim, previsto apenas em relação aos acusados. Do alto de sua reconhecida autoridade, PONTES DE MIRANDA¹⁸⁸², em comentário sobre o art. 153, § 15, da Constituição de 1967, destacava que “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial.”, de modo que o princípio, tal como ele era concebido em nosso ordenamento jurídico, nada tinha a ver com o processo civil¹⁸⁸³. Por isso mesmo, até a Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, deixou consignado que a ampla defesa, na qualidade de garantia constitucional, era prevista apenas para o processo criminal¹⁸⁸⁴. Coerente com esse entendimento, o legislador do Código de Processo Civil em vigor, contaminado pela ideia da ampla defesa prevista apenas para o acusado do processo penal, estendeu o referido princípio para o âmbito cível, porém sob a perspectiva do réu¹⁸⁸⁵.

Corrigindo esse erro histórico, o constituinte de 1988 alargou a garantia, acrescentando, ao lado dos *acusados em geral*, como destinatários da garantia à ampla defesa, *os litigantes no processo judicial ou administrativo*, de forma que, em relação ao processo judicial cível, a garantia da ampla defesa diz respeito tanto ao autor quanto ao réu¹⁸⁸⁶. No processo civil, portanto, a ampla defesa refere-se ao autor e ao réu, até porque o que o autor faz no processo é defender o seu direito contra a ameaça de lesão ou lesão sofrida. Em verdade, quem vai à justiça não está *agindo*, mas, sim, *reagindo*, ou melhor, não está propriamente em ação, mas em reação. Tem-se, por conseguinte, que, enquanto no âmbito do processo penal o princípio da ampla defesa se restringe à pessoa do réu, no processo civil ele vai mais além, para se estender ao autor¹⁸⁸⁷.

Sendo, no processo penal, a ampla defesa estipulada somente para os acusados em geral, isso faz supor – como de fato ocorre – ser limitada a defesa do direito (exercício do dever-poder de punir) do autor, no processo penal¹⁸⁸⁸. Essa circunstância reforça a ideia que serve de lastro ao estudo aqui

¹⁸⁸³ Ibid. p. 235.

¹⁸⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, em demonstração quanto ao entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o alcance do princípio da ampla defesa, cita precedente da Excelsa Corte sobre o assunto quando ainda estava em vigor a Constituição de 1934, com voto assim sumariado: “O invocado preceito, enquadrado entre os incisos 21 a 31 de 1934, que todos consagram garantias aos réus em processos criminais, ou acusados de crimes, propriamente ditos, não cogita de estabelecer nenhuma norma fundamental para o processo civil. Corresponhia ele ao § 16 do art. 72 da Constituição de 1891 (texto da Reforma de 1926), suprimidas, apenas, as palavras *desde a nota de culpa...* supressão esta que se explicava pelo fato de haver o legislador constituinte de 1934 substituído a garantia da nota de culpa pela obrigação imposta à autoridade de comunicar imediatamente ao juiz competente a prisão efetuada, que o juiz deverá relaxar, se fôr ilegal.” (Ibid., p. 236)

¹⁸⁸⁵ A crítica mais contundente que se faz ao Código de Processo Civil é que ele, a despeito de conceitualmente ser de rigorosa técnica, não foi elaborado tendo em conta a busca de resultados em espaço de tempo razoável. O ônus da demora do trâmite processual recai, única e exclusivamente, sobre o autor que, mesmo conseguindo a procedência de sua pretensão em primeira instância, ainda assim permanece em situação de desvantagem, pois a sentença judicial passível de recurso não opera nenhum efeito concreto. A ideologia que comandou a elaboração do Ordenamento Processual Civil teve como norte *proteger o réu*, desequilibrando a relação processual em prol deste, no que diz respeito ao fator tempo. Se essa tomada de posição se justifica no âmbito do processo criminal, uma vez que neste o direito de liberdade se sobrepõe ao direito de punir representado pelo Ministério Público (Cf. item 9.2.5, supra), o mesmo não se dá na órbita do processo civil, no qual as partes devem ser tratadas, na medida do razoável, com rigorosa igualdade.

¹⁸⁸⁶ É preciso que se realinhe o perfil do Código de Processo Civil, a fim de que esse princípio seja visto, também, sob a perspectiva do autor. Ora, o maior problema que advém da garantia da ampla defesa do réu se concentra no espaço temporal necessário para a sua produção. O movimento reformista do Código de Processo Civil, ciente dessa realidade, tem procurado dividir o ônus do tempo do processo entre autor e réu, por meio de instrumentos como a tutela antecipada e, mais recentemente, da efetiva execução da sentença provisória.

¹⁸⁸⁷ O tratamento diferente se justifica diante da magnitude do direito de liberdade, que é defendido pelo réu no processo penal.

¹⁸⁸⁸ Ao sustentar que o direito de defesa constitucionalmente assegurado no sistema espanhol se estende às partes, e não apenas ao acusado, ALEX CAROCCA partiu da constatação de que o art. 24, n. 2, da Constituição da Espanha diz, “... *explícitamente, que el de defensa es un derecho que se reconoce 'a todos', lo cual incluye sin duda a todas las partes procesales,*

burilado de que os direitos fundamentais previstos na Constituição se estabelecem, sob a ótica do sistema criminal, em limitações ao dever-poder de punir do Estado, sem embargo de se reconhecer que, diante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, há o dever de proteção eficiente, de modo que a persecução criminal, conquanto limitada, há de possuir instrumentos hábeis em prol da defesa da sociedade.

Por outro lado, a concepção de que o direito à ampla defesa se concentra, apenas, na pessoa do acusado, justifica o maior prestígio que devem merecer, no sistema processual penal, os instrumentos estabelecidos para o exercício do direito de defesa do acusado. Com isso se pode dizer que, enquanto no processo civil deve haver tratamento igualitário das partes quanto ao exercício da ampla defesa, no processo penal o acusado pode, e deve, em homenagem à supremacia do direito de liberdade, possuir mais oportunidades e meios de defender-se do que o autor, porquanto esse preceito constitucional, na seara criminal, está previsto apenas para o acusado.

Ainda dentro dessa linha de ideia, deve-se concluir que, quando no inciso LVI do art. 5º o constituinte diz que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, evidentemente que, no processo cível, a proibição alcança não só o autor, como também o réu, mas, no processo penal, porquanto se trate de uma limitação do direito de punir, a norma é direcionada unicamente à pessoa titular da ação penal. O que se quer dizer é que a Constituição permite que o acusado, no exercício da sua ampla defesa, utilize-se das provas, ainda que obtidas de forma ilícita, para a comprovação de sua inocência ou mesmo para atenuar a sua culpabilidade. Essa concepção dos direitos fundamentais dá solução, com substancial justificativa, à problemática teórica quanto à permissibilidade do uso pela defesa da prova obtida ilegalmente, não apenas com esteio no critério da ponderação ou colisão de direitos fundamentais.

Isso porque, na medida em que se tem que, em primeiro plano, os direitos fundamentais se consubstanciam, no âmbito do Direito Processual Penal, na proteção à vida, à integridade física, à liberdade e à intimidade, a vedação inserta na Constituição, quanto à utilização da prova obtida por meio ilícito, somente se aplica ao autor, sendo possível, assim, que o acusado dela se faça valer, no desiderato de comprovar a sua inocência. Por essa ótica, o juiz não está autorizado a proferir sentença condenatória tendo como suporte prova obtida ilicitamente, todavia pode nela se escorar quando o faça para absolver o acusado¹⁸⁸⁹. O que é defeso, portanto, é a sentença condenatória apoiada em prova obtida por meio ilícito, não a absolutória.

O pensamento aqui sufragado se identifica com a regra de exclusão da ilicitude da prova obtida por meios ilícitos desenvolvidos no Direito americano, identificada como teoria da prova benéfica em prol do acusado (item 9.1.6.2.5, supra) ou mesmo da proporcionalidade ou do *balancing test* (item 9.1.6.2.6, supra).

9.5.1.1 – Diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil.

Mas não é só em relação aos destinatários que se faz sentir a diferença do princípio da ampla defesa nos ambientes do processo criminal e civil. Mais do que no processo civil, o princípio da am-

cualquier sea el juicio de que se trate.” (Op. cit., p. 89-90.) Esse argumento não é válido para o nosso sistema, pois, enquanto, para o campo civil, a cláusula da ampla defesa foi prevista para os litigantes, no âmbito criminal, ela teve como destinatário apenas o acusado.

¹⁸⁸⁹ Essa tese se sustenta na explicação da cláusula constitucional que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Se a garantia é dirigida para proteger o cidadão contra o Estado, em sua essência, o comando normativo quer dizer que a prova obtida de forma ilícita não poderá ser valorada para o fim de dar suporte à condenação, mas nada obsta que venha a subsidiar o juízo de absolvição. A esse respeito, cf. o item 9.1.6.2.5, supra.

¹⁸⁹⁰ A expressão está aqui empregada consoante o contexto da escola da *Nova Defesa Social*, tal como ela foi idealizada na

pla defesa, na seara criminal, pode ser visto, sob a perspectiva individual, como uma garantia que é outorgada ao acusado pelo sistema, enquanto, em outra, de sentido coletivo, uma garantia do devido processo legal. A defesa no processo penal é questão de ordem pública, pois não interessa a resolução do problema com base em uma verdade formal, mas sim que o resultado do processo se dê de conformidade com o que de fato aconteceu (verdade real). O final do processo, no âmbito criminal, é apenas um meio, não um fim, pois não interessa para a sociedade que alguém seja punido ou considerado responsável por um fato criminoso, porém que a medida penal se faça sentir na pessoa de quem realmente praticou a conduta delituosa, porque esta é a única forma de conferir a efetiva defesa social¹⁸⁹⁰. Por isso mesmo, a defesa no processo criminal não é um direito exclusivo do acusado, daí por que ele não é disponível, não podendo ser renunciado. Ainda que o acusado não queira, a defesa dele será feita no processo criminal.

VITTORIO DENTI¹⁸⁹¹, atento para esse aspecto do direito de defesa, ensina que esta garantia deve ser vista, igualmente, "... como exigência de um correto desenvolvimento do processo, por um interesse público geral que transcende o interesse do imputado." No mesmo sentido, MORENO CATENA¹⁸⁹² adverte que

La defensa en el proceso penal no puede ser concebida sólo como un derecho que asiste al inculpado para hacer valer por si o con la asistencia de un abogado, sus argumentos defensivos y promover todos os resortes permitidos por la ley para intentar su absolución; trascendiendo de la simple esfera individual, atañe al interes general que el proceso sea decidido rectamente y, desde ese punto de vista, la defensa opera como factor de legitimidad de la pretensión punitiva y la sanción penal.

Diferentemente, no processo civil, caso o réu não queira defender-se, ele pode abrir mão da sua ampla defesa e, até mesmo, reconhecer a procedência do pedido, resolvendo, se for o caso, desde logo, cumprir a obrigação que é reclamada pelo autor. Por conseguinte, enquanto, no processo civil, a materialização da ampla defesa se contenta com a previsão e oferecimento de oportunidades para que o réu se defenda, no criminal, além disso, a defesa tem de ser efetiva, sob pena de nulidade do processo.

Verifica-se, assim, que, no processo civil, a defesa é uma mera faculdade do réu, ficando ao seu talante sopesar a conveniência de sua defesa, permitindo-se-lhe, inclusive, se assim o entender, reconhecer a procedência da pretensão. No processo penal, ela é obrigatória, de modo que o acusado, sempre e sempre, sob pena de nulidade, tem de ser defendido. A ampla defesa no processual penal impõe como regra a seguinte parêmia: "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor" (art. 261 do CPP), daí por que, se "o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação" (art. 263, caput, do CPP)¹⁸⁹³. A ampla defesa no processo

doutrina de MARC ANCEL e demais doutrinadores adeptos dessa corrente de pensamento, surgida logo após a Segunda Guerra Mundial. (Cf. itens 1.3.9 e 1.3.9.1, supra)

¹⁸⁹¹ DENTI, Vittorio. *La difesa come diritto e come garanzia*. In *Il Foro Italiano*, 1977. v. C, p. 55 e ss. Tradução livre: "... come esigenza di un corretto svolgimento del processo, per un interesse pubblico generale que transcende i 'interesse dell'imputato."

¹⁸⁹² Apud PÉREZ, Alex Carocca. *Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1998. p. 22.

¹⁸⁹³ Explorando esse tema, CARLOS RUBIANES alerta que "*La característica fundamental de la defensa em el proceso penal es que se efectivice, aun contra la voluntad del proprio imputado de delito.*" (Op. cit., v. 1, p. 86), consideração que anima o autor a dizer, com apoio em doutrina de CLARÍA OLMEDO, que a defesa no processo penal é uma *potestad ou poder de resistência a la acción* (Ibid.).

¹⁸⁹⁴ O acusado tem o direito de escolher o seu advogado. Todavia, se ele não o faz, o juiz pode, e deve, nomear-lhe um defen-

criminal, portanto, é substancial, e não meramente formal. Ao acusado é dado o direito de escolher o advogado de sua confiança, mas, caso ele não o faça, o juiz deve nomear-lhe um defensor¹⁸⁹⁴.

A ampla defesa criminal é tão substancial que não é apenas a sua falta que maltrata o devido processo legal nessa seara, mas, até mesmo, o seu exercício deficiente pelo profissional ao qual confiada a missão de cuidar dos interesses do acusado. O só fato de o acusado ter sido defendido por um advogado constituído ou defensor dativo nomeado pelo juiz não afasta a possibilidade de reconhecer-se a nulidade processual por ofensa ao princípio da ampla defesa. Esse entendimento está plasmado na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, assim enunciada: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu”. Com isso, se tem que, no ambiente criminal, devido ao princípio da ampla defesa ser substancial, a sua falta é vício processual que caracteriza nulidade absoluta, enquanto a sua deficiência importa em nulidade relativa, que somente deve ser reconhecida quando demonstrado nos autos que, em razão do modo como ela foi exercida, o acusado findou sendo prejudicado¹⁸⁹⁵.

Não basta, por conseguinte, nomear um defensor dativo para o réu que não tenha constituído advogado, sendo de mister que a defesa no processo criminal realmente seja exercida. Nessa linha de entendimento, ANTONIO SCARANCA¹⁸⁹⁶ reconhece que a presença de advogado constituído ou nomeado pelo juiz não é suficiente para prestar homenagem ao princípio da ampla defesa no processo criminal, pois “É preciso que se perceba, no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado.” SCARANCA faz referência a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou nulo o processo criminal porque o defensor do réu não apresentou a defesa prévia, não fez nenhuma pergunta às testemunhas na audiência de instrução, nas razões finais, de forma singela, disse apenas

sor, a fim de que o processo possa ter seguimento. Se o acusado, tendo constituído o advogado, este expressamente renunciar ao mandato ou não demonstrar interesse em prosseguir ou não exercer com eficiência a defesa, o juiz, antes de nomear defensor, deve intimar o incriminado, dando-lhe a oportunidade de fazer a escolha de outro profissional. Nesse sentido, assim decidiu o STF: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RENÚNCIA DO MANDATO. INTIMAÇÃO. INÉRCIA. DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. EXISTÊNCIA DE OUTRO ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. I. – É regular a designação de defensor dativo quando, não obstante haver sido devidamente intimado, o acusado não procede à substituição do advogado constituído, que renunciara ao mandato. II. – Ausência de cerceamento de defesa. Não demonstrado prejuízo à defesa do paciente. A lei processual adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual, na linha do adágio *pas de nullité sans grief* (CPP, arts. 563 e 566). III. – Se o réu afirma, em audiência, que está sendo defendido pelo defensor dativo, não pode arguir cerceamento de defesa por falta de intimação da renúncia de advogado constituído, em face do que dispõe o art. 565 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido”. IV. – Recurso improvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Classe: RHC – Processo: 84900, UF: RS, SEGUNDA TURMA, un. Data da decisão: 26/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005). Abrandando ainda mais o rigor da exigência de intimação do acusado para que ele faça a escolha do substituto de seu advogado constituído, em outra passagem, o STF se posicionou da seguinte forma: “HABEAS CORPUS. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inexiste cerceamento de defesa se o réu não se opõe à nomeação de defensor dativo, após seu patrono constituído haver abandonado a causa. Recurso ordinário a que se nega provimento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Moreira Alves, Classe: RHC – Processo: 62647, UF: DF, SEGUNDA TURMA, un. Data da decisão: 19/04/1985. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005).

¹⁸⁹⁵ Em exame da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, ANTONIO SCARANCA diz que a defesa não pode ser meramente formal, daí por que, “... se houver falha na atuação do defensor e disso resultar prejuízo para o réu o processo há de ser anulado” (Op. cit., p. 262.). Fazendo referência a julgados do STF que identificaram nulidade em processos criminais por ofensa à cláusula da ampla defesa, mesmo quando o acusado é defendido por advogado, porém sem que ela se apresente adequadamente exercida, o mencionado autor cita os acórdãos dados no RHC 58240, RTJ 96/109; HC 57175, RTJ 92/64; HC 54531, RT 79/106; e RHC 62870, RTJ 113/1079. (Ibid.)

¹⁸⁹⁶ Ibid., p. 262.

¹⁸⁹⁷ Ibid., p. 262.

que não havia elementos a justificar o pedido de absolvição e, para completar, não recorreu da sentença condenatória (STF, RHC-SP, 59.502-2, Primeira Turma, DJ de 11.06.1982, p. 5.678)¹⁸⁹⁷. A efetividade como condição para que se tenha como cumprida no processo criminal a cláusula da ampla defesa vai a ponto de levar ao entendimento de que o patrocínio dos interesses dos acusados no processo, sob pena de nulidade, não pode ser desempenhado por um mesmo advogado ou defensor dativo, quando há mais de um acusado e são colidentes os argumentos de defesa, como ocorre quando um deles, como forma de provar a sua inocência, acusa o outro¹⁸⁹⁸.

Em resumo, a diferença quanto ao conteúdo do princípio da ampla defesa no processo criminal, em relação ao processo civil, é que, naquele, não se garante apenas o exercício da defesa, pois se exige que ela, além de concreta ou efetiva, seja eficiente, sob pena de a sua falta ou deficiência. Enquanto, no processo civil, ampla defesa se confunde com a oportunidade dada ao réu de defender-se, no processo criminal, ampla defesa é sinônimo de defesa efetiva e eficiente.

9.5.1.2 – Direito à autodefesa consistente no direito de ser intimado dos atos do processo, de participar das audiências e ao *jus postulandi*, como decorrência da amplitude do direito de defesa no processo criminal.

No sistema jurídico brasileiro, como regra, o advogado é essencial à administração da justiça (art. 133, primeira parte, da Constituição), querendo isso dizer que a defesa dos interesses das partes perante o Judiciário tem de ser manifestada por profissional habilitado para o exercício da advocacia. De modo mais cogente, o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 7 de julho de 1994) impõe que a representação judicial das partes seja feita por meio de advogado devidamente habilitado perante a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Dessa forma, no processo criminal, a capacidade postulatória, que, no pólo ativo, pertence geralmente ao Ministério Público, no pólo passivo, recai na pessoa do advogado, que é quem detém o *jus postulandi* em nome do acusado.

Porém, a capacidade postulatória ou *jus postulandi*, que é o reconhecimento da legitimidade para agir e falar no processo, tem um tratamento deveras singular no processo criminal, como corolário lógico dos contornos da garantia da ampla defesa que se presta a tutelar a liberdade. Com efeito, no processo civil, a defesa do réu é feita exclusivamente pela pessoa de seu advogado, de modo que, uma vez habilitado nos autos, todos os pronunciamentos da parte, exceto em relação ao depoimento pessoal, são feitos pelo defensor, assim como as comunicações processuais são realizadas por seu intermédio, não havendo, assim, a necessidade de intimação pessoal do seu cliente para que este tome conhecimento e participe dos atos processuais. As únicas comunicações processuais no campo civil que são feitas diretamente à parte ocorrem nos casos de citação e de intimação para prestar depoimento pessoal. No mais, a intimação das audiências, das decisões, da sentença, enfim, de todos os atos processuais são feitos à pessoa do advogado constituído, independentemente de o mandato de procuração conter ou não

¹⁸⁹⁸ O Supremo Tribunal Federal comanda esse entendimento na jurisprudência, valendo menção, apenas para ilustrar, a ementa do acórdão referente ao HC 69716/RS, relatado pelo Ministro ILMAR GALVÃO, em decisão unânime da Primeira Turma: HABEAS CORPUS. RÉU DEFENDIDO PELO MESMO ADVOGADO QUE ATUOU NA DEFESA DO CO-RÉU, EMBORA CONFLITANTES OS INTERESSES DOS DOIS. DEFESAS COLIDENTES. Se um dos réus nega a sua participação no crime, enquanto o outro o incrimina nas declarações prestadas, não poderia ter sido a defesa de ambos promovida pelo mesmo advogado que assumiu indevidamente o patrocínio comum. Evidenciado o prejuízo para o paciente, concede-se a ordem para anular o processo a partir do interrogatório, estendendo-se ao co-réu, que também teve sua defesa prejudicada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 25/02/2003 Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 16 mar 2005)

¹⁸⁹⁹ Assim também se dá, antes de o juiz declarar o abandono da causa.

poderes para esse fim.

No processo criminal é diferente. A ampla defesa importa não apenas na necessidade de que a defesa seja *efetiva e eficiente* no sentido técnico, isto é, exercida por meio de advogado habilitado e com substância, como igualmente que o acusado seja intimado pessoalmente para participar e tomar ciência dos atos processuais, sob pena de nulidade, aceitando-se, ainda, que, em alguns casos, ele *fale* nos autos. Ou seja, na seara criminal, não basta intimar o defensor para os atos do processo, pois, nada obstante este tenha poder de representação do seu cliente, o acusado detém o direito de participar dos atos processuais e, em alguns casos, de fazer a sua autodefesa. O que se quer dizer é que o acusado, sem embargo de ser-lhe assegurado o direito à defesa técnica, em homenagem à tutela do seu *jus libertatis*, conserva consigo o direito de defender-se.

Seguindo essa orientação, ANTONIO SCARANCE¹⁹⁰⁰ sustenta que “Quando nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa.” TOURINHO FILHO¹⁹⁰¹, fazendo a análise do assunto com os olhos voltados para o Direito infraconstitucional, após advertir que a expressão autodefesa possui dois sentidos, um para identificar a hipótese em que o acusado, sendo advogado, ele próprio faz a sua defesa técnica, o outro, como uma manifestação incoercível do instinto de liberdade, daí decorrendo para o acusado o direito de, por si mesmo, fazer a sua defesa material aliada à defesa formal ou técnica. Essa característica do processo criminal, como alertam ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO¹⁹⁰², não entra em colisão com a regra esculpida no art. 133 da Constituição, pois não afasta a participação do advogado, apenas se presta a ampliar a defesa.

O direito à autodefesa, derivado da compreensão da ampla defesa no campo processual penal, é de três ordens: (1) direito de ser cientificado dos atos processuais, (2) de estar presente às audiências e, por fim, (3) de falar nos autos¹⁹⁰³. A primeira consequência da autodefesa diz respeito ao direito de o réu participar, efetivamente, da relação processual, muito embora ele esteja representado, tecnicamente, pelo advogado constituído ou nomeado. Além do direito de ser citado¹⁹⁰⁴, que é a forma com que lhe é dado conhecimento da existência de uma demanda judicial contra si, o acusado, ao contrário do que sucede no processo civil, detém o direito de ser intimado pessoalmente da data da realização das audiências, das decisões interlocutórias e, ainda, da sentença¹⁹⁰⁵.

Não é suficiente a intimação ao seu advogado ou defensor dativo, posto que a intimação há de ser feita, igualmente, ao próprio acusado¹⁹⁰⁶. A falta de intimação ao acusado da audiência, ainda que

¹⁹⁰⁰ Op. cit., p. 258.

¹⁹⁰¹ *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 474.

¹⁹⁰² *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

¹⁹⁰³ Na compreensão do direito de falar nos autos, está o direito ao interrogatório, denominado, no Direito português, de *direito de audiência*. Pela especificidade e relevância do assunto, esse direito, como uma das espécies de autodefesa decorrente do direito à ampla defesa, será estudado no item 9.5.2.2, infra.

¹⁹⁰⁴ Os aspectos relativos à citação por edital e por hora certa estão tratados no item 9.5.1.4, infra.

¹⁹⁰⁵ O Código de Processo Penal, quanto à intimação, possui uma regra geral, aplicável aos atos processuais em gênero, e duas regras específicas, destinadas à decisão de pronúncia e à sentença.

¹⁹⁰⁶ Antes da edição da Lei n° 9.271, de 17 de abril de 1996, a redação do art. 366 do CPP era a seguinte: “O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado.” Depois da referida lei, a inteligência abstraída daquele dispositivo passou a constar do art. 367, cujo teor vazado nos seguintes termos: “O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.” Ou seja, no processo criminal, como consequência do princípio da ampla defesa, assegura-se ao acusado o direito de presença na relação processual, garantia que somente desaparece caso ele deixe de atender a algum chamamento judicial. Nesse caso, o acusado não perde o direito de se fazer presente, apenas não haverá mais necessidade ser feita a sua

feita ao seu defensor, é causa de nulidade, se bem que relativa, o que exige, por conseguinte, a demonstração de prejuízo¹⁹⁰⁷.

A necessidade de intimação do acusado para os atos do processo é a forma de assegurar-lhe a participação direta no processo criminal, não só para acompanhar o desenrolar da relação processual, dando auxílio ao seu advogado, mas também para que ele possa verificar se o seu direito de liberdade está sendo eficientemente tutelado por meio do desempenho de seu advogado ou defensor constituído. Se a ausência de intimação da data de realização das audiências leva à nulidade relativa, a irregularidade quanto à comunicação sobre as decisões interlocutórias e a sentença importam em impedir a preclusão para o ajuizamento de eventual recurso, uma vez que o prazo recursal somente começa a fluir a partir da última intimação, sendo irrelevante se a primeira foi ao acusado ou a seu advogado¹⁹⁰⁸.

Nesse sentido, ao ter sob apreciação recurso em habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁰⁹, partindo do pressuposto de que o direito à intimação pessoal do acusado dos atos processuais decorre do princípio da ampla defesa, daí por que, em se tratando de sentença condenatória, a sua ausência inibe a preclusão para a interposição do recurso, assim decidiu:

INTIMAÇÃO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – NECESSIDADE DE QUE SEJA REALIZADA NA PESSOA DO RÉU, INDEPENDENTEMENTE DA EFETIVADA AO DEFENSOR CONSTITUÍDO – RECURSO DE HABEAS CORPUS – SENTENÇA – INTIMAÇÃO – RÉU DEFENSOR.

(...) A ampla defesa e o contraditório exigem que o condenado, mesmo podendo recorrer solto, seja procurado para ser intimado in faciem, independentemente da intimação do defensor por ele constituído. O réu foi intimado apenas quando da audiência admonitória, motivo pelo qual não se lhe pode negar o direito de apelar, à força de que a intimação de perfizera na pessoa do defensor e a sentença teria transitado em julgado.

Em complementação ao direito de ser intimado dos atos processuais, o acusado tem o direito de estar presente às audiências e delas participar ao lado de seu advogado¹⁹¹⁰. O direito de presença (*The right to be present*) não está expresso na Constituição de 1988, mas foi objeto de reconhecimento normativo logo com a edição da Sexta Emenda à Constituição americana, na medida em que ali ficou assegurado ao acusado o direito de ser acareado com as testemunhas arroladas contra ele (*“The accused shall enjoy the right to... be confronted with the witness against him”*). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no art. 14.3.d, diz que “Toda pessoa acusada terá direito ... a estar presente

intimação para os demais atos do processo (STF, RTJ 68/343, in JESUS. Damásio E. *Código de Processo Penal Anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 367).

¹⁹⁰⁷ Ibid., p. 367.

¹⁹⁰⁸ TOURINHO FILHO cita várias decisões nesse sentido (RSTJ, 2/230; RT, 607/419, 609/439, 612/390, 622/318, 645/326, 646/382), mas ressalta que, no seu entendimento, caso o defensor seja convocado por primeiro, após a intimação do acusado, esta deve ser renovada, fazendo, em relação a essa posição, referência a decisões registradas na RT, 541/400, 596/305, 576/358, 598/324; JTACrimSP, 42/164, 44/164m 44/104, 58/199. (*Código de processo penal comentado*. v. 2. p. 279). Naturalmente que, quando a intimação da decisão interlocutória ou da sentença é feita apenas ao advogado ou defensor constituído, tendo sido interposto o recurso, resta obviada a irregularidade processual pela ausência de intimação pessoal do acusado.

¹⁹⁰⁹ SILVA, Alberto; STOCO, Rui. Op. cit., v. 2, p. 2109.

¹⁹¹⁰ No Código de Processo Penal português, o acusado tem o direito de “Estar presente aos atos processuais que directamente lhe disserem respeito” (art. 61º, 1, a), que se traduz, conforme ensina COSTA PIMENTA, em *direito de presença*, cujo fundamento se assenta “... na ideia de que ele é o instrumento adequado para, a todo o tempo, assegurar ao arguido a possibilidade de tomar posição sobre o material probatório que contra ele possa ser feito valer e, do mesmo passo, facultar-se uma relação de imediação quanto aos meios de prova e à entidade que procede à sua recolha” (Op. cit., p. 204).

¹⁹¹¹ Quem é advogado, especialmente os que militam na área criminal, sente a necessidade de se fazer acompanhar na audiên-

no julgamento.” Ainda que implicitamente, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, na medida em que veicula o “direito do acusado defender-se pessoalmente” e “... de inquirir as testemunhas presentes” (art. 8.2.d e f), também garante o direito de presença.

Essa garantia é para fins de permitir que o acusado preste auxílio na sua defesa feita em audiência, muitas vezes materializada com esclarecimentos fáticos importantes ao seu advogado ou defensor constituído, diante de afirmações feitas pelo ofendido, em suas declarações, ou pelas testemunhas, nas suas oitivas. O acusado não apenas tem o direito de participar da audiência, como de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar. Muito embora, na maioria das vezes, essa garantia seja preservada, ainda há a prática inadequada, especialmente quando se trata de julgamento pelo tribunal do júri, de colocar o acusado sentado à frente da mesa do juiz, ladeado por dois policiais. Essa prática é condenável porque coloca o acusado em situação vexatória perante todos e sugestiona a sua culpabilidade para o corpo de jurados, além de afrontar, igualmente, o direito à ampla defesa que, em sua extensão, compreende, também, o direito de o acusado conversar com o seu advogado ou defensor nomeado, auxiliando-o na linha de argumentação e/ou nas perguntas que devem ser feitas em prol da defesa¹⁹¹¹.

Ademais, especialmente nas sessões do tribunal do júri, além de colocar o acusado sentado em um local isolado por agentes policiais e distante de seu advogado, era comum algemá-los. Para obviar esse constrangimento e, por outro lado, evitar que essa forma de exposição do acusado influencie o jurado no julgamento, a Lei nº 11.689, de 2008, integrante da primeira etapa da Reforma Tópica, incluiu no art. 474 do CPP o § 3º, asseverando que “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”¹⁹¹²

Conquanto essa norma tenha sido editada apenas para o julgamento na sessão do tribunal do júri, logo depois, em 13 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11, para estabelecer que “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Se uma interpretação sistêmica do art. 473, §3º, do Código de Processo Penal, já animava o intérprete a entender que a regra ali contida se aplicava a todo e qualquer *ato processual* em que assegurado o direito de presença do acusado, com a edição da Súmula vinculante nº 11, não se há de ter dúvida que, em audiência, o juiz deve determinar que as algemas sejam retiradas, exceto quando, conforme o dispositivo em foco, houver *fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*.

Nem se diga que não se mostra adequada essa conclusão, com o argumento de que a Súmula Vinculante em destaque foi concebida para reger as operações policiais. A penúltima parte da Súmula Vinculante 11 (“...nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere...”) é suficientemente clara no sentido de que se aplica tanto ao ato de prender, proveniente de flagrante delito ou de ordem judicial, quanto a qualquer *ato processual*.

cia de seu cliente, pois há explicações imprescindíveis que precisam ser feitas, em razão de algumas afirmações feitas em depoimentos da vítima e das testemunhas.

¹⁹¹² Já manifestamos nossa crítica pelo fato de o legislador, ao cuidar da feitura do §3º do art. 474 do CPP, não ter aproveitado “... a oportunidade para realçar que o direito de presença do acusado à sessão do júri serve para ele prestar auxílio na sua defesa, que compreende o direito de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar durante o julgamento.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica*, p. 376.)

¹⁹¹³ Embora o dispositivo só se refira à hipótese de a presença do réu, pelo seu comportamento, poder influir no ânimo da

Ademais, ainda que fosse o caso de entender que o enunciado da súmula em foco se circunscreve ao ato de prisão, se mesmo em operações policiais, nas quais, via de regra, é necessário o emprego da força, a utilização de algemas precisa ser fundamentada, o que não dizer quando se trata de seu uso durante a realização de um ato processual, no qual a presença do acusado, em razão da ampla defesa, sob pena de nulidade, é necessária.

Conquanto tenha o direito de estar presente à audiência, a ausência do acusado, apesar de regularmente intimado, não impede a realização desse ato processual, bem assim pode ser determinada a sua retirada do recinto, quando o seu mau comportamento o recomendar ou na hipótese em que a sua presença venha a inibir o depoimento da vítima ou da testemunha¹⁹¹³. No primeiro caso, no exercício do poder de polícia dos trabalhos e, no segundo, para preservar de constrangimentos a vítima e a testemunha e ainda, em relação a esta, a imparcialidade, deve o juiz determinar a retirada do acusado da audiência ou sessão.

Quanto à retirada do acusado da sala de audiência, note-se que, na redação originária do art. 217 do CPP, essa era a providência a ser adotada, quando a vítima ou a testemunha alegava constrangimento ou receio de ser ouvida perante o acusado. Com a primeira etapa da Reforma Tópica, operada em 2008, a fim de preservar o direito à ampla defesa, a restrição do direito do acusado de estar presente à audiência só pode ocorrer quando não for possível tomar o depoimento da vítima ou testemunha por videoconferência. Portanto, conforme a nova redação do art. 217 do CPP, sendo possível, ao invés de determinar a saída do acusado do recinto, deverá ser feita a inquirição da testemunha pelo sistema de videoconferência.

Embora haja entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁹¹⁴ no sentido de que no caso de expedição de carta precatória, não há necessidade de intimação do acusado, sendo suficiente a de seu defensor¹⁹¹⁵, o acusado possui o direito de estar presente na audiência realizada perante o Juízo deprecado. Salientou, porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, no Recurso Extraordinário 602.543/RS, submetido ao regime de repercussão geral, em voto da lavra do Ministro CEZAR PELUSO¹⁹¹⁶, que “Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimada expedição, não requer o comparecimento.” Na ocasião, restaram vencidos os Ministros CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO, os quais, com suporte nos precedentes firmados no HC 93.503/SP (DJE de 7.8.2009) e HC 86.634/RJ (DJE de 23.2.2007), defenderam que o direito de presença é irrevogável e indisponível, sendo irrelevante o fato de o acusado ter, ou não, manifestado a vontade de nela comparecer.

testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, por analogia, deve-se entender que idêntica medida há de ser adotada quando se tratar de vítima.

¹⁹¹⁴ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Prescindibilidade da requisição do réu preso, sendo bastante a intimação do defensor da expedição da carta precatória. 4. Desnecessidade de intimação do advogado da data da inquirição da testemunha. 5. Precedentes. 6. Recurso desprovido.” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: RHC – Processo: 81322, UF: SP, SEGUNDA TURMA, m.v. Data da decisão: 12/03/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005. Essa é a inteligência do art. 222 do CPP que, em relação à expedição de carta precatória, não prevê que a intimação deva ser formalizada para o réu cumulativamente ao defensor constituído (“Art. 222 – A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.”)

¹⁹¹⁵ Ainda, de acordo com a Súmula 155 do STF é “*Relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunhas*”, razão pela qual, além de ter de ser arguida na primeira oportunidade para falar nos autos, deve ser demonstrado prejuízo legado à parte (art. 563).

¹⁹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 21 de jan. de 2013.

¹⁹¹⁷ Cf. item 9.5.2.3.3, *infra*.

No nosso entendimento, esse direito de presença pode ser satisfeito se for assegurado ao acusado acompanhar, por meio de videoconferência, a audiência, desde que observadas as regras estampadas no art. 185, § 5º, do CPP (incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)¹⁹¹⁷

A terceira consequência direta do direito à ampla defesa na seara criminal é o reconhecimento de que o acusado, nada obstante tenha o direito de ter uma representação técnica no processo, exercida por advogado constituído ou defensor nomeado, ainda detém o direito de ele próprio, em muitas hipóteses, falar por si nos autos do processo. Isso ocorre não apenas no interrogatório que, como será visto mais adiante, é uma das formas de autodefesa no processo.

Antes da reforma operada em relação aos procedimentos ordinário e sumário, objeto da Lei nº 11.719, de 2008, essa capacidade postulatória do acusado se verificava já no início do processo, a partir da defesa prévia, pois o art. 395 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, dispunha que “O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.” Em razão disso, se o denunciado quisesse, no seu próprio interrogatório, ele poderia indicar as testemunhas que tivesse a pretensão de que fossem ouvidas. Por outro lado, ele próprio podia, querendo, em substituição ao seu advogado, apresentar a defesa prévia, que se tratava de peça facultativa e, normalmente, era utilizada apenas para arrolar testemunhas e, de soslaio, afirmar, sem adiantamento da tese e dos aspectos a serem explorados na defesa, que, no final do processo, seria comprovada a inculpabilidade do incriminado.

Com a simplificação dos procedimentos ordinário e sumário, o interrogatório do acusado, corretamente, deixou de ser o primeiro ato de instrução do processo para ser o último (art. 400, caput, do CPP), ao passo que a defesa prévia foi eliminada¹⁹¹⁸. Porém, assegurou-se ao acusado, no final da audiência de instrução, a possibilidade de requerer, independentemente da manifestação de seu advogado, “... diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.” (art. 402 do CPP)

Em se tratando de exceção de suspeição ou impedimento de magistrado ou de membro do Ministério Público, o acusado pode, ele próprio, apresentá-la, como forma de evitar que a eventual preocupação de seu advogado em não criar possível animosidade com o juiz ou com o Ministério Público, que possa prejudicar outros clientes, finde fazendo com que esse incidente não seja manifestado no processo. O acusado, naturalmente, tem muito mais desassombro para lutar pela sua defesa, daí por que, em casos assim, não raro, muito embora a peça seja redigida pelo advogado, quem a assina é o próprio incriminado¹⁹¹⁹.

Na fase recursal, o *jus postulandi* do acusado emerge com mais força, conforme se observa da leitura dos arts. 577 e 578 do Ordenamento Processual Penal. As duas normas em destaque, de forma repetitiva, escrevem que o recurso poderá ser interposto tanto pelo próprio recorrente quanto por seu representante¹⁹²⁰. Sendo mais expresso ainda, o § 1º do art. 578 do Código de Processo Penal admite, até,

¹⁹¹⁸ O legislador, seguindo a mesma ideia que norteou a concepção do sistema do juizado especial e tendo em conta que o direito ao silêncio, elevado à categoria de direito fundamental fez sobressair a natureza jurídica de direito de defesa do interrogatório, deixou esse importante ato do processo para ser realizado na própria audiência de instrução, após as declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas (art. 531 do CPP). Cf. item 9.5.2.2.

¹⁹¹⁹ Ademais, em proteção ao direito de defesa, o Código de Processo exige, quando a exceção de impedimento ou de suspeição é redigida pelo advogado, que ele tenha a outorga de poderes especiais para tanto. Com isso, se procura evitar que o advogado se sirva da defesa do acusado para destilar as suas mágoas pessoais com o juiz, prejudicando, por outro lado, o seu cliente (art. 98 do CPP).

¹⁹²⁰ Surgiu divergência acesa, na doutrina, quanto à vontade que deveria preponderar, na hipótese de haver divergência entre o acusado e o seu defensor no que se refere ao recurso. Parte da doutrina entendia que deveria prevalecer a vontade do advogado, pois ela é técnica, enquanto outros, a do acusado, visto que este é quem deve dar a última palavra sobre como deve ser conduzida a defesa. A solução mais óbvia parece ser aquela que aponta para a prevalência, sempre, da vontade ma-

que o acusado analfabeto faça a interposição do recurso, sendo, nesse caso, o termo assinado a rogo. ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO¹⁹²¹, após advertirem que a capacidade postulatória no processo criminal é confiada ao advogado, sendo a sua presença indispensável devido à defesa técnica ser irrenunciável e essencial, anotam que “... com relação especificamente aos recursos penais, deve-se observar que o art. 577 do CPP outorga ao réu legitimação concorrente e autônoma aos recursos, investindo-o igualmente de capacidade postulatória”, sendo possível, assim, que o acusado, independentemente de seu advogado, interponha o recurso¹⁹²².

Com mais ênfase ainda, está assegurado o *jus postulandi* no processo de execução penal. Sem embargo de a execução da pena privativa de liberdade comportar diversos atos administrativos, os incidentes são de ordem processual, tendo sido feliz o legislador ao ressaltar, no art. 194 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que será judicial o procedimento pertinente ao processamento dos assuntos referentes ao cumprimento da pena¹⁹²³. Para facilitar a defesa nesse procedimento, a legitimidade para postular em prol do condenado é reconhecida não só a quem o represente, incluindo-se aí o advogado, como a ele próprio e mesmo ao seu cônjuge, parente ou descendente. Isso ocorre porque a experiência mostra que o momento mais crítico para a defesa da pessoa é justamente no processo de execução criminal, pois, nessa fase, geralmente ela perde a sua capacidade econômica para custear advogado, enquanto a defensoria pública, quando existe, não tem quadro suficiente para prestar a devida atenção a todos os condenados.

Se fosse negado ao condenado o direito de postular a progressão de regime, o livramento condicional, o indulto, a detração penal, a remissão de pena em razão do trabalho ou do estudo ou da leitura e a autorização para a saída temporária, seria o mesmo que lhe negar o acesso à justiça, daí por que se justifica a amplitude do *jus postulandi* nessa fase processual. Só os condenados realmente abastados ou que, mesmo presos, pertencem a organizações criminosas ou continuam na prática de crimes é que possuem assistência de advocacia na fase da execução penal. Os demais, se não fosse o reconhecimento do *jus postulandi*, ficariam sem a possibilidade, sequer, de fazer os seus pedidos ao juiz.

Aliás, atualmente, a única defesa efetiva que se tem no processo de execução criminal é a auto-defesa, pois é raro o devido acompanhamento por advogado constituído ou nomeado do cumprimento da pena, restando comprometida a cláusula da ampla defesa nesse momento crítico para a pessoa, quan-

nifestada no sentido do recurso, pois, em rigor, ela não trará nenhum prejuízo para o acusado, porquanto não se admite a *reformatio in pejus*. A não ser que se tenha em consideração prejuízo de ordem subjetiva, porquanto pode ser que o acusado, psicologicamente, tenha a necessidade de encerrar, de uma vez por todas, o processo e partir logo para o cumprimento da pena ou medida alternativa que lhe foi imposta. O Supremo Tribunal Federal, por meio súmula 705, editada em 2003, resolveu em parte o problema, ao deixar assentado que “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”. De qualquer forma, percebe-se que, caso a situação seja inversa, a solução será a mesma, devendo preponderar a vontade do acusado em recorrer, sendo, nesse caso, diante da divergência com o seu defensor, nomeado um que seja *ad hoc* para apresentar as razões do recurso.

¹⁹²¹ Op. cit., p. 94.

¹⁹²² Isso somente é razoável em relação aos recursos em sentido estrito e de apelação, os quais, diferentemente das demais espécies recursais, possuem um procedimento com duas fases: a da interposição e a das razões. O que se reconhece ao acusado é o direito de interpor o recurso, pois aqui é suficiente a manifestação de vontade de impugnar a decisão ou sentença. Por isso mesmo, quando o recurso é interposto pelo acusado, o seu defensor deve ser intimado para apresentar as suas razões, pois aquele não possui qualificação técnica para fazê-las. Mesmo que no futuro venha a ser modificada a forma procedimental dessas duas modalidades recursais, de modo que, no momento da interposição, as razões também tenham de ser apresentadas, ainda assim deve permanecer a possibilidade de o acusado, no exercício da autodefesa, manifestar, independentemente de seu advogado, o interesse de recorrer. Na proposta de alteração do Código de Processo Penal enviada à Câmara dos Deputados pelo Governo Federal, que está em tramitação naquela casa legislativa, continua a previsão, nos arts. 577, caput, e 578, § 1º.

¹⁹²³ Até a década de 1970, o entendimento era de que a execução da pena se inseria dentre as atribuições do Executivo, daí por

do ela está severamente excluída da vida em sociedade. Todavia, os arts. 15 e 16 da Lei 7.210, de 1984, em materialização ao preceito da ampla defesa na execução penal, asseguram a assistência jurídica aos presos e internados sem recursos financeiros. De qualquer forma, para o efetivo cumprimento do mandamento constitucional, impõe-se que haja o acompanhamento da execução da pena do condenado por um advogado constituído, defensor público ou nomeado, sendo-lhe comunicados todos os incidentes ocorridos durante o cumprimento da pena, a fim de que seja feita a defesa técnica, independentemente da autodefesa exercitada pelo preso.

Por isso mesmo, com a pretensão de sanar vício contido na redação originária da Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal), o legislador, por meio da Lei nº 12.313, de 2010, incluiu a Defensoria Pública dentre os órgãos da execução penal. E mais, estabeleceu como atribuição da defensoria pública, quando houver preso sem advogado constituído, velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, mediante a intervenção no processo executivo e incidentes de execução, exercendo a defesa individual ou coletiva (art. 81-A).

Nos presídios federais, a atuação da Defensoria Pública da União tem sido elogiável. Porém, o mesmo não se pode dizer quanto ao cumprimento de pena no ambiente estadual. Conforme relatório elaborados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Conselho Nacional de Justiça, em regra, no sistema estadual, os encarcerados não recebem assistência técnica adequada para a defesa de seus interesses na execução da pena e, quando fazem o pedido sem advogado, o assunto é apreciado sem que seja nomeado um profissional para dar o devido auxílio. Ademais, na maioria dos casos de aplicação de sanção por falta disciplinar, não é instaurado procedimento para apurar e aplicar as sanções previstas na legislação e, mesmo quando isso é cumprido, não se presta homenagem ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que não se nomeia defensor para o apenado.

Como se vê, a repercussão do princípio da ampla defesa na execução penal importa em ter presente que, no cumprimento da pena, o condenado tem de ser acompanhado por um defensor, devendo-se aplicar, nessa fase processual, mediante o exercício de interpretação sistêmica, o postulado do art. 261 do Código de Processo Penal, segundo o qual nenhuma *pessoa* deverá ser *processada sem defensor*. Aliás, a esse respeito, há necessidade de que seja dada a devida atenção ao que preceitua o art. 5º, LXIII, parte final, da Constituição (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”), pois ali se assegura, especificamente, ao preso o direito à assistência de advogado, independentemente de ele ter, ou não, condições financeiras para constituir um defensor.

Esse dispositivo, analisado em conjunto com a garantia de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV, da Constituição), autoriza a interpretação de que o constituinte, consciente da realidade brasileira, teve uma preocupação especial quanto à situação de quem está encarcerado, a ponto de deixar expresso que o preso deve ter assegurada a assistência de advogado¹⁹²⁴.

que a regra era de que o Judiciário, ordinariamente, não deveria interferir nas questões afetas ao estabelecimento carcerário. Porém, a partir daí, especialmente depois das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, editadas pela Resolução de 19 de janeiro de 1973 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, por força do disposto no art. 56, nº 2, daquele diploma legal (“O respeito aos direitos individuais dos presos e, em particular, a legalidade da execução das penas devem ser assegurados através de um controle exercido, de conformidade com a legislação nacional, por uma autoridade judiciária ou por uma autoridade legalmente autorizada a visitar os presos, não pertencentes à administração penitenciária”), o Judiciário passou a exercer controle mais efetivo quanto ao cumprimento da pena. Sobre a jurisdicionalização da execução penal no Brasil e no Direito Comparado, cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *Controle da legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio. Fabris Editor, 1988; GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.)

¹⁹²⁴ Cf. item 9.6.5.2.2.1, *infra*.

¹⁹²⁵ Na doutrina, reina controvérsia quanto à origem efetiva do habeas corpus, pois há quem defenda que o seu aparecimento

Em algumas ações autônomas, também está assegurado o *jus postulandi*. O habeas corpus é o maior exemplo de que a capacidade postulatória no processo criminal é assegurada como forma de conferir o mais amplo acesso ao Judiciário na defesa do direito de liberdade¹⁹²⁵. Dada a finalidade do habeas corpus, que é uma ação constitucional inserida dentre os direitos fundamentais como o instrumento mais contundente disponível para obviar ilegalidades contra o direito de ir e vir, o legislador infraconstitucional, seguindo a tradição histórica desse instituto, quanto à legitimidade para o seu ajuizamento, seguiu a orientação do *princípio democrático*, de modo que não apenas a própria pessoa que está cerceada de seu direito de liberdade, como qualquer do povo, independentemente de ser parente ou não daquele, detém capacidade postulatória para impetrá-lo, sem que haja necessidade de que a petição seja assinada por um advogado¹⁹²⁶. A ideia é democratizar o máximo possível a defesa do direito de liberdade perante o Judiciário, pois a exigência da intervenção de um advogado poderia obstar o instinto natural de proteção à liberdade, não só pela dificuldade em se encontrar rapidamente um profissional em horários inconvenientes, mas também pela falta mesmo de recursos financeiros para a justa remuneração dos serviços advocatícios solicitados ou em razão da deficiência da assistência jurídica pública¹⁹²⁷. O que se quer é que seja possível, pelas mais diversas formas, levar ao conhecimento do Judiciário qualquer reivindicação no sentido de que seja sustada ilegalidade ou abuso ao direito de liberdade.

Por fim, quanto à revisão criminal, igualmente de forma expressa, o legislador dispõe que ela poderá ser invocada pelo *próprio réu ou por procurador legalmente habilitado*, permitindo, ainda, no caso de falecimento, que a ação seja ajuizada pelo *cônjuge, ascendente, descendente ou irmão* (art. 623 do CPP). Aqui se tem como consideração que a pessoa condenada, especialmente quando está cumprindo pena, tem dificuldade financeira de custear advogado, daí por que lhe é assegurada a pos-

se deu no Direito Romano, por meio do instituto *interdictum de libero homine exhibendo*. De todo modo, com os contornos com os quais o habeas corpus ficou concebido em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, identifica-se o seu surgimento na Magna Carta inglesa de 19 de junho de 1215. No Brasil, na Carta Imperial de 1824, o habeas corpus estava apenas implícito, tendo o Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, cuidado de escrevê-lo expressamente em nosso sistema. Daí em diante, o instituto passou a constar, de forma expressa, das demais Constituições, incluído dentre as declarações de direitos. O Código de Processo Penal em vigor, tecnicamente, trata do habeas corpus como se fosse espécie de recurso, quando, em verdade, a sua natureza jurídica é de ação. Não é, porém, uma ação penal propriamente dita, pois ela pode ser ajuizada em questões cíveis, nos casos de aplicação de prisão civil, nas hipóteses de inadimplência de pensão alimentícia e de depositário infiel (art. 5º, LXVII). É o direito-garantia assegurado aos indivíduos para escolher, ainda que apenas sob a forma de ameaça, violência ou coação da liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, seja praticado por um agente público, seja por um particular. Trata-se, portanto, de uma ação constitucional. A obra clássica na doutrina brasileira sobre o habeas corpus é o livro *História e prática do habeas-corpus*, de autoria de PONTES DE MIRANDA, 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

¹⁹²⁶ Não só qualquer do povo pode ajuizar, em nome de outrem, o habeas corpus, como também o Ministério Público e, até mesmo, o juiz ou tribunal podem deferi-lo de ofício, nessa última hipótese, como decorrência do poder geral de cautela do Judiciário. O art. 654, caput, diz que “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”, dispondo o seu § 2º que “Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

¹⁹²⁷ O sentido democrático do habeas corpus é tão intenso que há notícia de sua interposição por meio de exposição feita em papel de cigarro, arremessado à rua por entre as grades da cela de uma cadeia, recolhido por um transeunte e apresentado ao Judiciário. DAMÁSIO DE JESUS, fazendo remissão à jurisprudência – STF, RT 577/473; TJSP, RT 620/297 e 298 e RT 667/286 –, diz que se admite a interposição por telex, telegrama ou radiograma, exigindo-se, porém, a autenticação da assinatura no original levado à agência, o que deve ser mencionado no texto, mas acentua que, decisões recentes, têm sinalizado no sentido de retirar essa condicionante – STF, RT 637/343; STJ, HC 521, 6ª Turma, DJU 22.04.91, p. 4797 (Op. cit., p. 502). O autor faz referência, ainda, à interposição por telefone (Ibid.). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte deu figura de juízo à interposição do habeas corpus por meio do telefone, instituindo o *tele habeas corpus*. Ademais, como o juiz pode deferi-lo de ofício, não há vinculação da decisão com os motivos determinantes do pedido de liberdade, sendo possível que a concessão se dê sob outro enfoque.

¹⁹²⁸ Da mesma forma como procedeu em relação ao habeas corpus, a ação revisional, que está para o processo penal assim

sibilidade de fazer a sua própria defesa. Nesses casos, como a ação revisional é complexa, pois possui fundamentação vinculada (art. 621 do CPP), é de imperiosa necessidade que, a par da própria defesa feita pelo condenado ou por um parente, ocorra a nomeação de um defensor para que a assistência jurídica seja adequada¹⁹²⁹.

9.5.1.3 – Distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa.

No inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição, manteve-se a instituição do tribunal do júri dentre os direitos fundamentais, afirmando-se que a sua organização deverá ser desenhada na lei infraconstitucional, devendo observar-se, dentre outros princípios, o da plenitude de defesa. A questão a saber é se o constituinte reforçou o princípio da ampla defesa ou se ele quis dizer que, no tribunal do júri, diante da peculiaridade de o julgamento ser dado por um corpo formado por pessoas leigas, impõe-se a adoção de regras que conferem mais garantias ao acusado no processo.

Há uma corrente da doutrina que entende que a plenitude de defesa apenas corrobora a cláusula da ampla defesa. Outra defende que a plenitude de defesa é algo mais do que a ampla defesa, é um *plus* em relação a esta, ou seja, entende-se que o primado do direito de defesa estampado pelo constituinte para o tribunal do júri não é apenas a repetição do princípio da ampla defesa plasmado no inciso LV do art. 5º da Lei Fundamental. Com isso se quer dizer que, com relação aos processos da competência do tribunal popular, são asseguradas maiores garantias ao acusado no pertinente à participação no processo, reveladas com a exigência da intimação pessoal da decisão de pronúncia e a impossibilidade do julgamento à revelia.

A impressão que se tem é que a razão está com a segunda corrente, pois não seria razoável reforçar o princípio da ampla defesa, ainda mais utilizando outra expressão, o que é de todo desaconselhável pela técnica legislativa. Se realmente o constituinte tivesse em mente a intenção de reafirmar a aplicação do princípio da ampla defesa nos processos afetos ao tribunal do júri, o que, repita-se, era totalmente desnecessário, ele teria utilizado a mesma terminologia. Ora, se a repetição em si do princípio quanto ao processo da competência do tribunal do júri não se fazia necessário – ninguém poderia defender a tese de que a ampla defesa não seria aplicável aos julgamentos pelo tribunal do júri –, deve-se entender que o constituinte quis dizer algo mais quando deu a garantia de defesa no inciso XXXVIII do art. 5º da Carta Magna, máxime pelo fato de ele ter se utilizado de outra expressão, qual seja, a plenitude de defesa.

Observe-se que tal como estava disciplinado no Código de Processo Penal, a ampla defesa, em relação ao processo da competência do tribunal do júri, mostrava-se mais efetiva, no que diz respeito à participação do acusado na relação processual. Isso era sentido, especialmente na segunda fase do procedimento, que corresponde à fase do julgamento propriamente dito, momento em que o processo é remetido para o tribunal do júri, mas tinha início ainda na primeira fase, diante da exigência de que o acusado, nos crimes inafiançáveis, fosse intimado pessoalmente da decisão de pronúncia (arts. 413,

como a rescisória está para o processo civil, foi colocada atecnicamente pelo legislador no rol das modalidades de recurso. Em verdade, a revisão criminal se trata de ação penal, de competência originária de tribunal, que tem como escopo corrigir, em prol do réu, sentença condenatória transitada em julgado, modificando-a ou anulando-a. É ação autônoma de impugnação de sentença condenatória transitada em julgado.

¹⁹²⁹ As hipóteses de admissibilidade da revisão criminal são: a) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; c) quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

¹⁹³⁰ Essa previsão do CPP era muito criticada, pois transmitia a sensação perante a sociedade de impunidade. A família da

caput, e 414 do CPP). O processo, conforme condição que estava expressa no art. 413, caput, do Código de Processo Penal, “... não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia”. Dessa forma, caso o acusado estivesse foragido ou não tivesse sido encontrado para a intimação da decisão de pronúncia, o processo ficava suspenso em relação a ele, sem que se suspendesse, igualmente, o curso do prazo prescricional, pois não havia previsão nesse sentido, situação que ensejava muita crítica na doutrina e pelas pessoas que têm interesse no julgamento¹⁹³⁰.

Pejorativamente, essa norma era denominada *usina de prescrição*. O escopo dessa previsão legislativa era evitar que a pessoa fosse julgada à revelia pelo tribunal do júri que, pelo fato de ser formado por pessoas leigas, fatalmente seria bastante influenciado devido à circunstância de o acusado não estar presente na sessão de julgamento. Ainda que esse argumento fosse aceitável, a previsão contida no dispositivo em foco se mostrava despropositada, porquanto ainda se estava na fase processual da intimação da decisão de pronúncia, quando ainda não tinha sido iniciada, sequer, a segunda etapa do processo, que comportava a fase postulatória e a da instrução e julgamento.

Atendendo aos reclamos da doutrina e de parte da sociedade, o Parlamento aprovou a Lei nº 11.689, de 9 de julho de 2008, a qual alterou os dispositivos do Código de Processo Penal referentes ao tribunal do júri. Em consonância com as novas regras, o acusado solto, que não for encontrado para fins de intimação pessoal, será intimado por meio de edital (art. 420, parágrafo único, do CPP). Com isso, evitar-se-á que os processos fiquem paralisados, dando a impressão de impunidade, o que merece aplauso¹⁹³¹.

Ainda como decorrência da plenitude de defesa, havia previsão, no Código de Processo Penal, no sentido de que uma cópia do libelo fosse entregue pessoalmente ao acusado, independentemente da que deveria ser encaminhada ao seu advogado, sob pena de nulidade do processo, tal como estava previsto no art. 564, II, f, do CPP¹⁹³². Também essa norma era alvo de severas críticas, uma vez que acarretava, quando o acusado estava foragido, a paralisação do processo, sem prejuízo do curso do prazo prescricional. Atento a essa censura, na reforma do procedimento do tribunal do júri, o legislador teve a preocupação em obviar tal problema, suprimindo essa peça do procedimento, o que foi possível em razão da simplificação dos quesitos a serem formulados ao Conselho de Sentença, uma vez que nos termos da Lei nº 11.689, de 2008, o questionário levado à votação deve se restringir a perguntas sobre a materialidade do fato, à autoria ou à participação, se o acusado deve ser absolvido, se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa e se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia¹⁹³³.

Por fim, como regra específica prevista para o tribunal do júri, a fim de concretizar o princípio da plenitude de defesa, exigia-se, quando a hipótese se tratasse de crime inafiançável, a presença do

vítima não se conformava pelo fato de o acusado, em razão de estar foragido, não ser julgado pelo tribunal do júri. Era comum os familiares procurarem o juiz para saber a razão pela qual o processo estava paralisado e, diante da explicação que lhes era dada, demonstravam toda a sua indignação pela forma como o assunto era tratado normativamente.

¹⁹³¹ Não parece que a modificação arranhe a substância da garantia da *plenitude de* defesa, pois apenas corrigiu um excesso praticado pelo legislador infraconstitucional.

¹⁹³² O libelo era peça jurídica de rigor formal, em que o representante do Ministério Público, de forma objetiva e articulada, guardando fidelidade com a decisão de pronúncia, dava início à segunda fase do processo da competência do tribunal do júri. O libelo servia, ainda, de bússola para a elaboração pelo juiz-presidente dos quesitos a serem submetidos ao Conselho de Sentença, cujas respostas consistem no julgamento do caso.

¹⁹³³ Como o libelo e a contrariedade eram as oportunidades próprias para que as partes arrolassem testemunhas, juntassem documentos e requeressem diligências, com as supressões dessas duas peças, o art. 422 do CPP passou a ter a seguinte redação: “Ao receber os autos, o presidente do tribunal do júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.”

¹⁹³⁴ STF, RHC 103.078; STJ, HC 86.898, 110.175, 142.803 e 152.597.

acusado na sessão de julgamento, sob pena de adiamento (art. 451, § 1º, do CPP). Não se admitia, com isso, o julgamento à revelia, como forma de assegurar ao acusado o direito de ser inquirido pelo juiz na sessão do júri, oportunidade em que os jurados também podiam fazer-lhe perguntas. Nesse caso, a presença do acusado era necessária como forma de permitir que ele se defendesse e se fizesse conhecer por quem vai julgá-lo. A preocupação em não se admitir o julgamento à revelia se justificava, pois o conselho de sentença, composto de pessoas que não possuem formação jurídica, diante da ausência do acusado, tem a inclinação de condenar, diante do adágio praticado pelo comum do povo de que *quem não deve não teme* e que *quem foge tem culpa no cartório*. Essa previsão normativa, igualmente, vinha merecendo discussão nos meios acadêmicos, pois isso ocasionava, quando o acusado estava foragido, a paralisação do processo, sem que o mesmo ocorresse em relação ao prazo prescricional.

Para contornar essa *vexata quaestio*, a Lei nº 11.689, de 2008, também se ocupou desse assunto, ao dispor que o interrogatório do acusado somente será realizado se ele estiver presente em plenário, devendo-se, pois, em caso contrário, dar continuidade ao processo, sendo passada a palavra ao Ministério Público, para a sua sustentação oral (*caput* do art. 474 do CPP). Possibilita-se, por conseguinte, o julgamento de crimes dolosos contra a vida, ainda que inafiançáveis, à revelia do acusado, o que era vedado pela sistemática anterior. O art. 474, *caput*, nessa parte, guarda coerência com o escopo de dissipar o sentimento de impunidade, ante a impossibilidade de realizar-se o julgamento de crimes da competência do tribunal do júri sem que o acusado fosse intimado pessoalmente da pronúncia, ou, então, não estivesse presente à sessão de julgamento.

Como se vê, ainda que se entenda que o princípio da *plenitude de defesa* é um plus em relação à ampla defesa, cuja justificativa radica nas peculiaridades próprias dos julgamentos tomados pelo tribunal do júri, não se enxerga vício constitucional com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.689, de 2008, tendentes a conter a elasticidade dessa cláusula constitucional dentro de níveis mais do que razoáveis.

Até porque outros preceitos legais que se prestam, efetivamente, para realçar o princípio da plenitude da defesa no âmbito dos processos submetidos a julgamento pelo tribunal do júri foram preservados. Merecem destaque aqui 2 (dois) dispositivos. Em primeiro plano, o art. 497, inciso V, do Código de Processo Penal, que *permite/determina* ao juiz dissolver o conselho de sentença, relativizando a soberania e competência deste órgão, quando verificar que a defesa do réu não é feita de forma eficiente. Em segundo, mas não tão importante, o art. 413, §1º, que veda o excesso de linguagem na fundamentação da pronúncia, acompanhado da posição dos tribunais superiores em anular essa decisão, em razão da influência na consciência dos jurados que pode ser gerada pelas palavras nela constantes, o que compromete a plenitude da defesa¹⁹³⁴.

Ademais, as modificações encetadas com a Reforma Tópica de 2008 se mostram consentâneas com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que importa no dever do Estado em prever mecanismos eficientes para a persecução penal para a devida responsabilização pela ofensa a esses bens jurídicos caros à sociedade.

9.5.1.4 – As peculiaridades do direito à ampla defesa no processo criminal e sua repercussão nos efeitos da revelia.

Consequência direta da diferença do conteúdo da ampla defesa entre os processos criminal e civil se manifesta no instituto da revelia. No processo civil, a *contumácia*, além de importar a perda de oportunidade do exercício do direito de defesa, implica a presunção *juris tantum* da veracidade dos fatos alegados na petição inicial. No processo criminal, todavia, a revelia, de ordinário, somente pode ter

¹⁹³⁵ O art. 392, incisos IV, V, VI, do CPP, ao tratar de regras específicas para a intimação da sentença, dispõe sobre as hipóteses

duas consequências de menor importância para o acusado: (1) tornar dispensável a intimação pessoal do incriminado para participar dos atos processuais; (2) ocasionar a suspensão do processo.

Ainda assim, essas consequências da revelia no campo do processo penal dependem, fundamentalmente, da forma como for feita a citação. Caso esta tenha sido feita pessoalmente ou, ainda que feita por edital, tenha o acusado comparecido a juízo para tomar conhecimento da demanda existente contra ele ou tenha constituído advogado para o fim de defendê-lo, a revelia tem como efeito apenas tornar desnecessárias as intimações para as audiências e as comunicações das decisões interlocutórias, persistindo, porém, a necessidade de que seja intimado da sentença, mesmo por edital¹⁹³⁵, regra que, com a edição da Lei 11.689, de 2008, é igualmente aplicável à decisão de pronúncia¹⁹³⁶. Ocorrida a revelia no início do processo, sem a consequente suspensão do seu andamento, o juiz deve, caso o denunciado não tenha constituído advogado, nomear defensor dativo para desempenhar a função.

Os efeitos da revelia no processo criminal, por conseguinte, nesses casos, não têm a propriedade de tornar incontroversos os fatos alegados à exordial nem muito menos de fazer com que preclua a oportunidade de defesa, como se verifica no processo civil. Isso porque, sendo a ampla defesa no processo criminal marcada pelas características da *efetividade e eficiência*, a circunstância de o acusado não ser encontrado ou não atender o chamamento judicial para participar da relação processual não resulta em perda ou renúncia do direito de ser defendido.

Por outro lado, se o acusado for citado por edital, não tendo ele comparecido ao interrogatório nem constituído advogado, a revelia, nesse caso, acarreta a suspensão do processo, tal como preconiza o art. 366, caput, do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1986. Essa inovação legislativa teve como escopo adequar a legislação brasileira ao *movimento garantista* assinalado no Direito Comparado, diante da concepção de que o direito à ampla defesa no processo criminal alcança a garantia de que o acusado efetivamente saiba que há uma demanda contra ele e, assim, possa, querendo, participar ativamente da demanda processual, no sentido de ser ouvido e de fazer e auxiliar a sua defesa.

Como a citação editalícia se constitui uma mera ficção legal de que a pessoa tomou conhecimento de que há um processo instaurado contra ela, em homenagem ao conteúdo da ampla defesa no processo criminal, que abrange, conforme já salientado, o direito à autodefesa, consistente nos direitos de o acusado ser intimado dos atos do processo, de participar das audiências e de exercer o *jus postulandi*, tem-se que a revelia, quando o chamamento para o processo é feito dessa forma, deve trazer como consequência a suspensão processual¹⁹³⁷. Com isso se quer evitar que uma pessoa seja processada e condenada, sem que se tenha certeza de que ela, realmente, sabia da existência do processo¹⁹³⁸. Por isso mesmo, coerentemente, o legislador considerou que, mesmo citado por edital, quando o acusado constitui advogado, a falta de comparecimento ao interrogatório não tem o condão de suspender o processo, porquanto, nessa hipótese, resta inequívoco, por razões óbvias, que ele sabe que há uma imputação criminosa contra si.

O que se quer é ter a certeza de que o acusado sabe da existência do processo, e não apenas determinar a sua suspensão como consequência direta da revelia. Esta, por si só, não é causa da suspen-

em que, não sendo encontrado o acusado, esse tipo de comunicação processual há de ser feito mediante edital. Embora não haja expressamente nenhuma referência no artigo citado, a interpretação mais razoável é de que, mesmo em se tratando de revelia constatada no início do processo, conquanto dispensadas as demais comunicações processuais, no caso da sentença, que se trata de ato processual dos mais relevantes, especialmente quando se trata de decreto judicial condenatório, a intimação há de ser feita ao acusado, mesmo que por edital. Nesse sentido, cf. OLIVEIRA. Op. cit., p. 581.

¹⁹³⁵ Ver item 9.4.1.3, supra.

¹⁹³⁷ Cf. item 9.5.1.2.

¹⁹³⁸ Ao contrário do que se sustentou na primeira edição do livro, em melhor meditação sobre o tema, não se mostra razoável

são, mas apenas quando ela decorre de uma citação por edital e não há prova robusta de que o acusado tomou conhecimento do processo. Assim, se de outra forma houver comprovação de que o acusado tem ciência da demanda e de seus termos, mesmo que o processo tenha sido suspenso, deve o juiz retomar o seu curso. Pode ocorrer, por exemplo, a situação em que o acusado, cuja revelia tenha determinado a suspensão do processo, compareça em juízo, no desiderato de saber sobre o andamento da demanda. Em situação como essa, não parece razoável que o processo continue suspenso, sob a impressão de que ele é insciente quanto à imputação que lhe é feita. Pode-se sustentar não ser bastante ter a comprovação de que o inculpatado, antes de fugir ou mesmo quando já foragido, foi comunicado informalmente por alguém a respeito da imputação criminosa que lhe é feita, mas sim a prova de que ele conhece os termos da denúncia oferecida contra si. Essa posição, que à primeira vista pareceu ser sobremaneira razoável, não se mostra a mais adequada. Ora, se o acusado, a despeito de ciente de que há uma demanda contra ele, prefere se esconder e não se apresentar para acompanhar o processo, certamente que esse comportamento diz respeito a algo que consulta o seu interesse, mas isso não pode, de outra banda, prejudicar o trâmite do processo, com a sua paralisação, devido à suspensão.

Seja como for, esse dispositivo tem suscitado muitas críticas. As mais contundentes se dirigem, primacialmente, ao fato de a paralisação do processo acarretar, tal qual acontecia na hipótese da revelia para a intimação da decisão de pronúncia e para o julgamento no plenário do tribunal do júri – o que foi resolvido com a Reforma Tópica de 2008 –, uma sensação muito forte de impunidade, o que só contribui para arranhar, ainda mais, a imagem do Judiciário perante a sociedade, que não compreende e, ademais não aceita, a solução alvitrada pela legislação brasileira. Por outro lado, a paralisação do processo criminal é maléfica sobre os mais variados aspectos, notadamente no que diz respeito à aplicação da sanção ou medida criminal que, quanto mais tardia, mais ineficiente e menos necessária se mostra. A suspensão do processo traz grave prejuízo para a instrução do processo, pois ele sempre é calcado em fatos sobre os quais são imprescindíveis os depoimentos da vítima e das testemunhas, elementos probatórios cuja credibilidade tem muito a ver com o espaço temporal existente entre a data da ocorrência do fato criminoso e aquela em que se dá a audiência judicial. Isso porque a psicologia judiciária comprova que, naturalmente, com o passar do tempo, a memória sobre os fatos passa por processo de glosa, de modo que detalhes, por vezes deveras importantes, são esquecidos, permanecendo vivas apenas as partes nucleares do acontecimento¹⁹³⁹.

Como se isso não bastasse, a responsabilidade pela demora do processo recai única e exclusivamente sobre o Judiciário, de modo que ele sempre será criticado em virtude de um fato criminoso ocorrido já há algum tempo não ter sido julgado ou somente ter sido julgado depois de vários anos. Se, por um lado, o fato de dizer-se que fica suspensa a prescrição do crime faz com que o acusado tenha a consciência de que não adianta ficar foragido porque, no dia em que ele for encontrado, será processado e julgado, por outro, não resolve o desgaste sofrido pelo Judiciário perante a sociedade¹⁹⁴⁰. A família da vítima e as pessoas que se sentem mais atingidas com o fato criminoso querem, até para uma satisfação psicológica, o encerramento do processo, com o respectivo julgamento.

exigir, para que ocorra a suspensão do processo, que o acusado não tenha efetivo conhecimento dos termos da ação penal.

¹⁹³⁹ A testemunha, quando depõe sobre fatos ocorridos há bastante tempo, de regra, mostra insegurança e, quando assim não é, não presta um depoimento rico em detalhes.

¹⁹⁴⁰ TOURINHO FILHO faz coro aos críticos quanto ao conteúdo do caput do art. 366 do CPP, destacando a circunstância de a suspensão do processo, com conseqüente suspensão também da prescrição do crime, conduzir à imprescritibilidade do ilícito, "... num indisfarçável atentado ao seu direito de liberdade, e, ao mesmo tempo, obrigando-o a uma expiação indireta." (*Código de processo comentado*. p. 547.)

¹⁹⁴¹ A mudança realizada pela lei 16.683, de 2012 ainda acrescentou que nesses casos haverá citação por edital, prosseguindo

A suspensão processual nesse caso é assunto que deve ser tratado tendo em consideração não só o preceito da ampla defesa, mas igualmente o *amplo acesso à justiça* pelos interessados na responsabilização criminal de quem praticou a conduta ilícita. Impor a paralisação do processo devido à revelia importa, em outra ponta, na negativa do acesso à justiça, que compreende, como se sabe, o direito a um pronunciamento judicial em tempo razoável e eficiente. A paralisação do processo como consequência da revelia, além de comprometer a celeridade e a efetividade da justiça criminal, nega o acesso em si à justiça, pois, conquanto não iniba o ajuizamento da ação, não permite que o processo instaurado tenha andamento. Para obviar esse aspecto extremamente negativo quando se trata de crimes de lavagem de dinheiro, cuja repressão efetiva se justifica como política criminal indispensável para o combate à macrocriminalidade, o art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, restringe a aplicação do disposto no art. 366 do CPP, ao dizer que a regra prevista neste, em relação aos crimes tipificados naquele diploma legal, não deve ser observada¹⁹⁴¹.

Dentro da realidade brasileira, país de dimensões continentais, o melhor mesmo é que a regra da suspensão do processo pela revelia, nos casos em que o acusado é citado por edital, fosse retirada de nosso sistema, ainda que a justificativa para a adoção dessa regra encontre amparo no Direito Comparado e em uma visão mais alargada do princípio da ampla defesa. É de acreditar-se que seria suficiente o legislador infraconstitucional, em homenagem à ampla defesa, cuidar de editar normas específicas para cercar o julgamento de processos com acusado revel de maior grau de periculosidade. Poderia ser previsto, por exemplo, o duplo grau necessário de jurisdição, prazos mais elásticos, a inquirição de pessoas da família para um melhor conhecimento das qualidades pessoais do acusado etc. Certamente, uma solução alternativa será consentânea para conciliar o direito à ampla defesa com a necessidade de que os processos sejam julgados em variável de tempo razoável, o que, aliás, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi alçado à categoria de direito fundamental.

A Lei nº 11.719, de 2008, em consonância com o pensamento aqui esposado, em boa hora, introduziu no Código de Processo Penal o instituto da citação por hora certa, nas hipóteses em que o acusado se oculta para não ser citado. Essa previsão diminui a aplicação do caput do art. 366, pois, agora, quando não for caso de acusado foragido, mas que apenas se esconde para não ser citado, ao invés da expedição de edital, o juiz deverá determinar a citação por hora certa, preservando, assim, o andamento do processo, mesmo se ocorrer a revelia¹⁹⁴².

9.5.2 – Direito ao silêncio ou de permanecer calado.

Na seara da ampla defesa, grande novidade introduzida na declaração de direitos fundamentais foi quanto à garantia estampada no inciso LXIII do art. 5º. Na referida norma constitucional ficou catalogado, dentre os direitos reconhecidos ao preso, o de ser informado de que possui o direito de permanecer calado, consagrando, dessa maneira, a cláusula *nemo tenetur se ipsum accusare ou nemo tenetur*

o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

¹⁹⁴² A citação por hora certa não se atrita com o princípio da ampla defesa. É verdade que “Não se pode negar que a citação por hora certa, tal qual a por edital, é hipótese de citação ficta. Mas a primeira difere, substancialmente, da segunda. Na primeira, sabe-se que o acusado ainda reside em um determinado local, mas, de toda sorte, usa artifício para não ser encontrado pelo oficial de justiça. Este, com a fé de ofício da qual é portador, ao empreender a diligência, certifica essa ocorrência e, diante disso, procede à citação por hora certa. A presunção de veracidade da certificação do oficial de justiça, que deve ser feita no mandado, gera a certeza, *juris tantum* de que o acusado sabe que há no Judiciário uma imputação criminosa contra ele, mas, por não querer responder por ela, procura embarçar a movimentação da máquina jurisdicional, esquivando-se da citação pessoal. Ora, se o acusado, possuindo endereço certo, se esquia para não receber a comunicação processual, isso é prova incontestada de que ele sabe que há uma demanda contra si. (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica*, p. 119.)

¹⁹⁴³ Há divergências quanto ao surgimento do direito ao silêncio. Alguns asseguram que surgiu no common law, na Inglaterra,

se detegere. Esse princípio, previsto pela primeira vez de forma expressa em uma Constituição brasileira, foi pensado por BECCARIA, quando a regra do processo era fazer com que o acusado assumisse a sua culpa, ainda que para tanto fosse necessário se socorrer da tortura¹⁹⁴³. Na época em que a tortura era institucionalizada e prevista como meio eficiente no escopo de obter a prova para condenar alguém, o milanês, com espantosa clarividência, em crítica quanto ao ritual que impunha ao acusado o dever de prestar juramento perante o juiz de dizer a verdade, sustentou que “Uma contradição, entre as leis e os sentimentos naturais do homem, nasce dos juramentos que se exigem do réu a fim de que ele seja sincero, quando tem o maior interesse em ser mentiroso; como se o homem pudesse jurar sinceramente que irá contribuir para a própria destruição”¹⁹⁴⁴. Mais adiante, o festejado autor arrematou “Quão inúteis são os juramentos, a experiência tem-no provado, porque cada juiz me pode dar testemunho de que nenhum juramento jamais fez réu algum dizer a verdade: tem-no provado também a razão, que declara inúteis e, por consequência, prejudiciais, todas as leis que se opõem aos sentimentos naturais do homem.”¹⁹⁴⁵.

A Constituição americana consagrou esse princípio por meio do chamado *privilege against self-incrimination*, estampado na Quinta Emenda, ao estabelecer que “ninguém será compelido em nenhum processo criminal a ser testemunha contra si” (*no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*).

Nada obstante, observe-se que o Comitê de Inteligência do Senado norte-americano¹⁹⁴⁶, após 3 (três) anos e meio de investigação sobre a operação que resultou na captura e morte de BIN LADEN¹⁹⁴⁷ – principal responsável pelos ataques terroristas às torres gêmeas em Nova York e contra o Pentágono, em 11 de setembro de 2001 –, em relatório de 6.000 páginas, enviado ao Presidente BARACK OBAMA¹⁹⁴⁸, recriminou o uso de técnicas de interrogatório intensificadas ou técnicas de interrogatório reforçado, como a simulação de afogamento em tonéis (*waterboarding*), admitida pela CIA e pela Casa Branca¹⁹⁴⁹, para fins de revelação do paradeiro do líder da organização Al-Qaeda.

Na Constituição espanhola esse direito vem inserido dentro do contexto da norma que assegura o direito de defesa, na medida em que preceitua ser garantido a todos não prestar declaração contra si

com a progressiva diminuição da utilização da tortura como meio de prova, enquanto outros que a origem remota se encontra em Inocêncio II e no *ius commune* medieval. (COUCEIRO, João Cláudio. A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 66.)

¹⁹⁴⁴ Op. cit., p. 54.

¹⁹⁴⁵ Ibid., p. 54.

¹⁹⁴⁶ 4 BRASIL. UOL. Disponível em: noticias.uol.com.br. Data da publicação: 12/12/2012. Acesso em: 17 jan. 2013. Conforme MERVAL PEREIRA as “... técnicas de tortura foram utilizadas de maneira sistemática e oficial pelo menos até 2004, segundo um relatório do Senado daquela época, que indicava que haviam sido interrompidas quando o atual secretário de Defesa, Roberto Gates, assumiu em lugar de Rumsfeld no segundo mandato de Bush. Com a divulgação de documentos pelo Wikileaks, sabe-se que o sistema de tortura continuou sendo utilizado em Guantánamo.” (BRASIL. Senado. Disponível em: www.senado.gov.br/noticias. Acesso em: 17 jan. 2013).

¹⁹⁴⁷ O fato de seu em 2 de maio de 2011.

¹⁹⁴⁸ Sobre o relatório, BARACK OBAMA teria afirmado que “esses métodos não só são inconsistentes com os nossos valores como nação, como também não serviram aos nossos esforços de contraterrorismo” (BRASIL. Folha. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/12/1559790-relatorio-do-senado-dos-eua-acusa-cia-detorturas-brutais-e-nao-efetivas.shtml. Acesso em: 2 jan. 2015). Consta, porém, que o então presidente GEORGE W. BUSH disse, reiteradamente, que o programa de detenção e interrogatórios adotados pela CIA na investigação levada a efeito para capturar os líderes da Al Qaeda era —humano e legal (BRASIL. Folha. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/12/09/internacional/1418144432_841703.html. Acesso em: 2 jan. 2015).

¹⁹⁴⁹ Conforme parte do relatório só divulgada em 9 de dezembro de 2014, as torturas praticadas contra detentos encarcerados em prisões clandestinas, consistiu em banhos de gelo, isolamento, torturas psicológicas, ameaças de morte, impedimento de dormir, obrigatoriedade de ficar de pé por longos períodos e, até mesmo, reidratação ou alimentação retal como forma de impor o —controle total sobre o prisioneiro (BRASIL. Folha. Disponível em: www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/12/1559790-relatorio-do-senado-dos-eua-acusa-cia-de-torturas-brutais-e-nao-efetivas.shtml. Acesso em: 2 jan. 2015).

¹⁹⁵⁰ Nas Constituições da França, Itália e de Portugal, igualmente, não há, explicitamente, a garantia do direito ao silêncio. Na Amé-

próprios e a não se confessarem culpados (art. 24, 2). A Constituição da Alemanha, porém, não dá guarida, expressa, a essa garantia¹⁹⁵⁰, daí por que, esclarece CLAUS ROXIN¹⁹⁵¹, a jurisprudência do Tribunal Constitucional considerava o silêncio do acusado como um indicio de sua culpabilidade. Todavia, complementa ROXIN, “... hoy es de la opinión de que el principio del, ‘fair trial’ exige negar cualquier valor, no sólo cuando el procesado guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la Policía o en cualquier otro momento concreto.”

No plano internacional, a garantia que veda obrigar o agente à autoincriminação encontra espaço dentre as declarações de direitos, sendo mencionada, de forma cogente, como uma manifestação passiva da autodefesa, pertencendo, por conseguinte, ao contexto da ampla defesa¹⁹⁵². O princípio *nemo tenetur se detegere* restou estabelecido no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, no art. 14.3, g (“Toda pessoa acusada terá direito (...) a não ser forçada a depor contra si mesma ou a confessar-se culpada”) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8.2.g (“direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem de declarar-se culpada”). A fonte inspiradora imediata do constituinte brasileiro, portanto, são os textos internacionais mencionados que, por sua vez, normatizaram as ideias iniciais plantadas por BECCARIA.

Todavia, a forma como o direito de não se incriminar foi escrito e inserido em nosso texto constitucional padece de deficiência, porquanto o inciso LXIII do art. 5º, tal como redigido, em um primeiro momento, dá impressão de que teve como destinatário apenas a pessoa que se encontra na condição processual de preso. Ao que parece, o constituinte não teve a altivez de utilizar a redação clara e objetiva dos textos internacionais, pelo que preferiu usar palavras menos incisivas ou mais *palatáveis*. Além de fazer uso da expressão preso, o legislador se contentou em dizer, quanto ao direito de não se incriminar, apenas que era assegurado o direito de permanecer calado. Deixou para a doutrina e a jurisprudência a arena para que se travasse o embate sobre a efetiva repercussão desse princípio em nosso sistema jurídico.

Na doutrina, apressadamente, houve quem, mediante interpretação excessivamente literal do comando normativo, tivesse ânimo para defender que a garantia contemplada em nosso sistema tinha o condão de alcançar, apenas, aquela pessoa que se encontra encarcerada. O argumento era de que, nessa situação, a pessoa está mais vulnerável, passível de pressões psicológicas e submissa à autoridade

rica do Sul, o princípio do direito de não fazer declaração contra si mesmo está assegurado na Constituição da Argentina (art. 18) e na do Paraguai, sendo interessante anotar que, nesta última, além de o direito ao silêncio figurar na mesma norma que contempla o direito de defesa, não se trata de proteção destinada apenas ao acusado, porquanto se estende a toda e qualquer pessoa, aí incluídas as testemunhas, quanto a declarações que digam respeito aos seus cônjuges ou a seus parentes até o quarto grau de consanguinidade ou segundo de afinidade (art. 62, segunda parte). No Direito brasileiro, o direito ao silêncio das testemunhas está consagrado na legislação infraconstitucional, ao permitir-se o seu direito à recusa de depor ou, se por outro motivo não for possível obter-se ou integrar-se a prova, de dizer a verdade, quando o acusado for seu parente – ascendente ou descendente, afim em linha reta, cônjuge, irmão, pai, mãe ou filho adotivo (art. 206 do CPP). Nessa hipótese, o direito à recusa de depor ou ao silêncio é uma faculdade da testemunha, mas há, ainda, casos em que ela tem o dever de silêncio, como é o caso daquelas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo (art. 207 do CPP). Entende-se por profissão a atividade habitual e remunerada; por ofício, a ocupação não necessariamente habitual e remunerada; por função, o munus exercido em caráter profissional; e ministério é o desempenho altruístico de alto encargo assumido com a finalidade de servir a outrem. De acordo com a Constituição de 1988, não são obrigados a testemunhar os senadores e deputados federais (art. 53, § 5º), assim como os advogados, em relação ao seu cliente, devido ao postulado da inviolabilidade da advocacia (art. 133). Sobre a inviolabilidade da advocacia como forma de assegurar a ampla defesa, cf. item 9.5.4.

¹⁹⁵¹ ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p. 123-124.

¹⁹⁵² GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano*: estudo introdutório. In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 221.

¹⁹⁵³ Conforme esse entendimento, cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São

de policial, razão pela qual era recomendável, em casos tais, preocupação mais acentuada por parte do constituinte.

Além de a interpretação literal não se mostrar suficiente para explorar o alcance de *norma principiológica*, essa visão peca por não vislumbrar as fontes históricas do instituto em comento, com consequente perda do seu real alcance humanitário, que não se contenta em preservar apenas quem está preso contra a violência ao instituto natural de defesa, praticada em relação a quem é obrigado a se incriminar, submetendo-se à força de quem quer investigar o fato. Impor a alguém a obrigação de praticar uma ação ativa é violência que se avizinha à tortura.

Tendo em consideração esses aspectos, a doutrina mais aceita, e preponderante, é de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como igualmente qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado, preso ou mesmo condenado¹⁹⁵³. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime e, ademais, deve ser advertido de que possui esse direito. Não é válido, por outro lado, arrolar alguém como testemunha e querer, em razão do dever de dizer a verdade aplicável à hipótese, forçá-la a responder sobre uma pergunta que importa, mesmo que indiretamente, em incriminação do depoente. Até porque, tecnicamente, pelo menos no nosso sistema, ninguém é testemunha de seus próprios atos. A testemunha é uma terceira pessoa que tem conhecimento de fatos praticados por e relacionados a outras pessoas.¹⁹⁵⁴ O rótulo empregado para identificar o tipo de depoimento, parece claro, não é suficiente para permitir que se contorne a garantia constitucional. A pessoa, esteja ela para depor na qualidade de acusada ou testemunha, não pode ser obrigada a se declarar culpada.

Decerto que a testemunha, diferentemente do acusado, tem o dever de falar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho, porém não está obrigada a responder sobre fato que pode, ainda que em tese, incriminá-la¹⁹⁵⁵.

É irrelevante, igualmente, que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito¹⁹⁵⁶. Esse subterfúgio passou a ser utilizado pelas

Paulo: Saraiva, 1993. p. 392. GOMES. Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 51

¹⁹⁵⁴ A sua imparcialidade reside, justamente, na circunstância de não ter participação nos fatos em apuração.

¹⁹⁵⁵ STF, HC 73.053-3, DJ 26.09.1995, p. 31.400.

¹⁹⁵⁶ As Comissões Parlamentares de Inquérito tinham o costume de exigir que as pessoas suspeitas prestassem o compromisso de dizer a verdade, sob pena da prática do crime de perjúrio. Assim ocorreu na CPI que apurou o famoso caso dos anões do orçamento, conforme pôde ser visto nas transmissões das sessões veiculadas pela televisão. O primeiro caso de que se tem notícia quanto à submissão das CPIs ao postulado do direito ao silêncio foi na investigação feita a respeito de Francisco Lopes, na apuração de irregularidades por ele praticadas quando trabalhava no Banco Central. Naquele caso, Francisco Lopes ingressou com Habeas Corpus perante o STF, a fim de que lhe fosse assegurado o direito de recusar-se a depor. O STF, porém, deferiu o pedido apenas em parte, reconhecendo que, perante a CPI, tem incidência a garantia constitucional do direito ao silêncio, o que dá à pessoa o direito de não responder às perguntas que não queira, mas não de recusar-se a depor. A ementa ficou assim escrita: I. CPI: *nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais – e não maior que o dessas – a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a autoincriminação, que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio dos acusados. Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor não haja acusados: a garantia contra a autoincriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir a imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. II. Habeas corpus prejudicado, uma vez observada a liminar na volta do paciente à CPI e já encerrados os trabalhos dessa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC – Processo: 79244, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, un., Data da decisão: 23/02/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 23 mar. 2005.

¹⁹⁵⁷ Nesse sentido, cf. “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PRIVILÉGIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO

CPIs que, depois de verem sufragada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do direito ao silêncio era aplicável, também, às pessoas por elas convocadas para prestar depoimento, começaram a fazer o chamamento do suspeito ou investigado como se testemunha fosse. Entretanto, aquela Excelsa Corte, acertadamente, não deu guarida a essa pretensão, ressaltando que, sob a figura de testemunha ou acusada, a pessoa tem o direito de não se incriminar¹⁹⁵⁷.

9.5.2.1 – Direito ao silêncio (de permanecer calado) que se traduz em direito de não produzir, à força, prova contra si.

Em conformidade com o que ficou exposto no item anterior, o direito de permanecer calado, inserto no art. 5º, LXIII, da Constituição, encerra a inclusão, no nosso sistema jurídico, do princípio *Nemo tenetur se ipsum accusare ou nemo tenetur se detegere*, o que confere a garantia de não se autoincriminar a toda e qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de uma ação ilícita ou a quem seja endereçada uma pergunta que, caso respondida, possa envolvê-la quanto à participação em um ilícito. E mais: representa a garantia de que o agente deverá ser informado de que possui esse direito, sob pena de eventual confissão não possuir validade¹⁹⁵⁸.

De toda sorte, a expressão literal do dispositivo constitucional em apreciação diz muito menos do que corresponde o seu efetivo alcance exegético. Assim como se trata de reducionismo inaceitável pensar que a garantia é destinada apenas a quem está encarcerado pelo fato de a dicção normativa conter o termo preso, do mesmo modo também se mostra inadequado acreditar que o direito de permanecer calado somente dá à pessoa a garantia de que ela não pode ser obrigada a falar e de que tem de ser informada desse direito. Essa garantia quanto à informação do direito ao silêncio está expresso entre as formalidades que devem ser adotadas na prisão sem ordem judicial (art. 5º, LXIII). É o chamado aviso de Miranda do sistema norte-americano, segundo o qual, para ser válida eventual confissão, o policial tem o dever, no momento da prisão, de informar ao preso os seus direitos, dentre eles o de permanecer calado¹⁹⁵⁹. No nosso sistema, a garantia quanto à informação do direito ao silêncio deve constar do auto de prisão em flagrante e, ainda, de todo e qualquer interrogatório, seja ele formal, ou não.

– DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFEITO. – O privilégio contra a autoincriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. – O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. – Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não- culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CELSO DE MELLO, Classe: HC Processo: 79812, UF: SP, TRIBUNAL PLENO, un., Data da decisão: 08/11/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 23 mar. 2005.

¹⁹⁵⁸ Costuma-se dizer, sob a influência dos textos internacionais, que o direito de não se incriminar possui duas vertentes: (1) o direito de não declarar contra si mesmo; e (2) o direito de não confessar (GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano*: estudo introdutório. In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 221.

¹⁹⁵⁹ Cf. item 9.6.5.2.2, infra.

¹⁹⁶⁰ Cf. OLIVEIRA. Op. cit., p. 386; MIRABETE. Op. cit., p. 282. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3. ed.

Por outro lado, o que o constituinte diz, quando assegura o direito de permanecer calado, é que a pessoa não pode ser obrigada a se incriminar ou, em outras palavras, que ela não pode ser obrigada a produzir prova contra si. Aliás, essa última forma de revelar o conteúdo do preceito constitucional soa mais feliz, uma vez que consegue tornar mais clara a mensagem do constituinte. Não se confunde com o direito de mentir¹⁹⁶⁰. Tanto não há o direito de mentir que o afirmado pelo acusado no interrogatório pode ensejar, por exemplo, a responsabilização pela prática do crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou de autoacusação falsa (art. 341 do CP). Apenas a mentira para se livrar da imputação criminosa é tida como uma forma de defesa¹⁹⁶¹.

Questão controvertida é se o acusado, ao mentir sobre a sua própria identidade no interrogatório, pode ser condenado pelo ilícito capitulado no art. 307 do CP, que tipifica o crime de falsa identidade¹⁹⁶². No Direito português, reporta COSTA PIMENTA¹⁹⁶³ que o direito ao silêncio diz respeito apenas ao interrogatório de fundo, ou melhor, a sua parte substancial, quanto ao mérito ou sobre questão afeta à culpabilidade, daí por que não estão compreendidas na garantia as perguntas referentes à identidade, em relação às quais o acusado tem o dever de responder, como está expresso no art. 61, 3, b, do Código de Processo Penal de Portugal. Ainda assim, mesmo tendo o dever de dizer a verdade sobre a sua identidade, esclarece GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁹⁶⁴ que a legislação portuguesa, em atenção ao direito ao silêncio, “... não estabelece qualquer sanção para o arguido que, prestando declarações sobre os fatos que lhe forem imputados, falte à verdade.”

No nosso sistema a questão precisa ser mais bem pontuada. Com a redação determinada pela Lei nº 10.792, de 2003, o interrogatório passou a ser constituído de duas fases distintas: a primeira sobre a pessoa do acusado e, a segunda, sobre os fatos relacionados ao crime em apuração (art. 187, caput e §§ 1º e 2º, do CPP). Há quem defenda que, agora, ficou clara a distinção e que o direito ao silêncio só abrange a segunda parte do interrogatório. Acontece que essa distinção não foi feita pelo legislador. De fato, no art. 186, que também foi modificado pela Lei nº 10.792, de 2003, está dito que “... 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”, enquanto, logo em seguida, no art. 187, se afirma que “O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos”. Portanto, o direito ao silêncio, estampado no art. 186 do CPP, em princípio, diz respeito a todo o conteúdo do interrogatório explicitado no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 187, do mesmo Diploma Legal.

Por outro lado, no nosso sistema, sem embargo de entender-se que, em função do direito ao silêncio, o acusado não pode receber sanção pelo fato de mentir sobre a sua identidade no interrogatório, pois tal se insere na área da autodefesa, a previsão normativa contida no art. 307 do Código Penal (“Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”) está escrita entre os crimes contra a fé pública no capítulo II do Título XI do referido estatuto. Caso o legislador tivesse a pretensão de coibir a atribuição de falsa identidade perante o interrogatório, teria, obviamente, incluído esse tipo penal no Capítulo II, que trata dos crimes contra a administração da justiça¹⁹⁶⁵.

Lisboa/São Paulo: Verbo, 1996. p. 277.

¹⁹⁶⁰ O STF já decidiu que o juiz não pode levar em consideração, para fins de exasperação da pena, a afirmação falsa em prol de sua defesa feita pelo acusado HC 75.616, DJ. 01.08.1997, p. 33.532.

¹⁹⁶² O art. 307 do Código Penal tem a seguinte redação: “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.”

¹⁹⁶³ Op. cit., p. 203. O dispositivo do Código de Processo Penal português é cogente, ao dizer que é dever do acusado “Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais” (art. 61º, 3, b).

¹⁹⁶⁴ Op. cit., p. 277.

¹⁹⁶⁵ Cf. DELMANTO. Op. cit., p. 307.

¹⁹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJe 13.10.2011. Disponível em: www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22486472/re-

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 522, deixou sedimentado o entendimento de que “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.” No mesmo passo, o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento sob regime de repercussão geral do RE 640.139, tendo como relator o Ministro DIAS TOFFOLI¹⁹⁶⁶, definiu que “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/880 não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”.

Por outro lado, segundo a essência do direito ao silêncio, a pessoa não pode ser violentada no seu instinto natural de preservação, o que implica o de procurar defender-se, quando se sente atacada ou, no caso, acusada, de modo que a ela não pode ser imposta a tarefa de cooperar ou colaborar para a sua punição¹⁹⁶⁷. A obrigação legal dessa ordem seria equivalente à tortura psicológica, ademais da aceitação de tratamento desumano, daí por que, com a visão sistêmica do arcabouço democrático da Constituição de 1988, percebe-se que o preceito em destaque não poderia deixar de constar dentre os direitos fundamentais.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, ao debater a constitucionalidade de obrigar-se a pessoa a se submeter a exame de DNA em ação de reconhecimento de paternidade, sem fazer consideração ao direito ao silêncio, entendeu que essa exigência não se afina com garantias *explícitas e implícitas* encartadas no nosso sistema constitucional, destacando, dentre eles, a preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer¹⁹⁶⁸. Assim, o direito ao silêncio, além de se tratar de princípio inserto no sistema da ampla defesa, é cláusula constitucional que, dentro do contexto da dignidade humana, reforça, igualmente, o direito à intimidade, à intangibilidade do corpo humano e, ademais, o preceito implícito de que o nosso ordenamento jurídico não permite que se obrigue alguém à execução específica e direta de obrigação de fazer. Ou seja, em homenagem ao direito de liberdade física e psíquica, ninguém pode ser obrigado a fazer diretamente algo específico.

Por conseguinte, o que se convencionou chamar em nosso sistema de direito ao silêncio é muito mais do que a garantia de a pessoa não ser obrigada, mediante o depoimento tomado oralmente, a se incriminar, pois compreende, em sua verdadeira essência, não só não se sujeitar à colaboração forçada por meio da palavra, mas igualmente a não contribuir ativa ou passivamente de outras formas. Assim é que, ao lado do direito de não falar está, v. g., o de não soprar o bafômetro, aparelho utilizado para detectar e determinar o grau de concentração de álcool no organismo da pessoa.

Portanto, a circunstância de a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), em sua redação originária, no art. 306, ter previsto como crime a condução de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a

curso-extraordinario-re-640136. Acesso em: 24 mai. 2015.

¹⁹⁶⁷ Essa era a crítica que BECCARIA fazia à legislação em vigor na época.

¹⁹⁶⁸ O julgado está assim sumariado: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DE-BAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro FRANCISCO REZEK, Classe: HC – Processo: 71373, UF: RS, TRIBUNAL PLENO, un. Data da decisão: 22/11/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 mar. 2005. Essa é a primeira decisão que se tem do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, permanecendo, ainda hoje, como referência especial para esses casos.

¹⁹⁶⁹ A Lei nº 11.705, de 2008, no desiderato de tornar mais severa a redação originária do art. 306, findou inviabilizando a realização

incolumidade de outrem, não legalizou ou autorizou a submissão do agente, contra a sua vontade, a teste de alcoolemia ou exame clínico.

A fim de orientar como se comprovar a condução de veículo com a capacidade psicomotora alterada, na hipótese em que o agente, com base no direito ao silêncio, recusa a se submeter ao bafômetro, o legislador, com a Lei nº 12.760, de 2012, ao modificar, mais uma vez, o texto do art. 306 do Código de Trânsito¹⁹⁶⁹, esclareceu, com o enxerto do §2º, que a prova do fato pode ser feita com suporte em vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos¹⁹⁷⁰.

Ainda assim, persiste a anomalia introduzida pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que estabeleceu, ao modificar o Código de Trânsito Brasileiro, como hipótese de prática da infração administrativa prevista no art. 165 do referido Estatuto¹⁹⁷¹, a circunstância de o condutor se recusar, quando envolvido em acidente ou for alvo de fiscalização, sob suspeita de dirigir sob influência de álcool, a se submeter a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAM, permitam certificar o seu estado (art. 277, §3º, do Código de Trânsito). Essa norma, como se verifica, é de flagrante inconstitucionalidade, pois tipifica como ilícito administrativo o exercício do direito ao silêncio, que é o direito que o condutor tem de se recusar a fazer qualquer tipo de exame.

Ademais de não poder ser obrigado a se submeter a teste de embriaguez, não pode ser levado a passar por exame de DNA ou grafotécnico. Por mais que, à primeira vista, assim não seja, tem-se de considerar que, em qualquer uma dessas hipóteses, havendo a recusa da pessoa, a única forma de fazer com que ela produza a prova pretendida é mediante a força, o que, há de convir-se, não se conforta com a estrutura democrática de nosso sistema. Por isso mesmo, o acusado não pode, consoante reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ser obrigado a participar da prova consistente na reconstituição de crime¹⁹⁷². Note-se que, nessa vertente, o princípio do direito ao silêncio se afina, em tudo, com o brocardo *nem tenetur se detegere*, cuja tradução é ninguém é obrigado a se mostrar.

Uma distinção importante, porém, há de ser feita. Uma coisa é a produção forçada de prova e outra, bem diferente, é aquela que é produzida, voluntária ou involuntariamente, ainda que para outro fim, pela pessoa a quem é imputada a prática de ilícito criminal. Embora não seja admissível fazer com que alguém seja submetido à força a exame de DNA, nada impede que os elementos necessários para que se leve a efeito o exame sejam obtidos de outra forma. Podem ser arrecadados, por exemplo, os fios dos cabelos da pessoa que estão no salão no qual ela fez o seu corte, ou seja apreendido o sangue doado a uma instituição médica, a fim de que nele se proceda ao devido exame de DNA, conforme foi decidido na Reclamação 2040/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, no famoso caso GLÓRIA TREVI¹⁹⁷³. O Su-

da prova da infração penal, em se tratando de ingestão de bebida, por outra forma se não com a utilização do bafômetro ou exame clínico, na medida em que inseriu como elemento do tipo a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

¹⁹⁷⁰ O que se pode questionar, apenas, é se a filmagem, levada a efeito sem a permissão do agente condutor dos veículos e sem prévia autorização judicial possui validade, diante do alcance do princípio do direito ao silêncio. Essa questão, abordada no item 9.6.2.9 e 9.4, supra, será, uma vez mais, discutida adiante.

¹⁹⁷¹ O art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro impõe as penalidades de multa e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, sendo a infração considerada gravíssima, e a medida administrativa de retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

¹⁹⁷² STF, HC, Relator Ministro CELSO DE MELLO, RT 697/386.

¹⁹⁷³ Na polêmica extradição da cantora chilena Glória Trevi, a qual estava grávida e se recusava a fazer exame de DNA para identificar quem era o pai da criança, a autoridade judiciária determinou ao diretor do hospital no qual iria ser realizado o parto, a coleta e entrega de placenta para fins de realização da perícia que ela não queria fazer, além de ordenar, ainda, a entrega de cópia do prontuário. A questão suscitou amplo debate no Supremo Tribunal, pois a defesa da cantora suscitava a ilicitude da ordem judicial, na medida em que ela alegava afronta ao princípio da intimidade e ao seu direito de preservar a identidade do pai do seu filho. Confira-se parte da ementa: —(...) 7. Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’

premo Tribunal Federal confirmou a legalidade da determinação de coleta da placenta no procedimento médico do parto, a fim de que fosse possível, posteriormente, a realização do exame de DNA, para tirar dúvidas quanto a quem era o pai da criança. No caso, a intervenção médica era necessária e não houve a coleta à força da placenta, uma vez que esta é expelida do corpo humano como consequência natural do processo de parto. Reiterando essa posição, o STF, conquanto tenha ressaltado que não se pode constranger, sob cominação de pena de desobediência, o acusado a fornecer padrões gráficos de próprio punho para a realização do exame grafotécnico, nada impede que se determine a apreensão de escritos do suspeito de ter falsificado a assinatura em um documento qualquer no qual haja a sua escrita, no escopo de que seja feita a perícia¹⁹⁷⁴.

Do mesmo modo aconteceu em caso com ampla repercussão no noticiário nacional, envolvendo a descoberta do episódio em que uma criança recém-nascida foi retirada do berçário da maternidade por uma mulher que passou a assumir perante todos ser a sua verdadeira mãe¹⁹⁷⁵. Porque a mãe suspeita não aceitou submeter-se à coleta de material genético, esperou-se uma oportunidade para arrecadar uma ponta de cigarro jogada fora por uma filha biológica dela, contendo, ainda, partículas das glândulas salivares, o que permitiu, após a análise do DNA, ter-se a certeza de que ela, de fato, não era a genitora da criança.

Não se pode dizer, nessa hipótese, que tenha havido maltrato à norma constitucional em exame, uma vez que a prova produzida pela própria acusada não foi obtida sob a sua sujeição física ou psíquica. No caso acima, a pessoa produziu, ainda que involuntariamente, a prova que veio a incriminá-la. Seria possível insistir, no entanto, que, nesse caso, há ofensa ao princípio do direito ao silêncio, pois, para todos os efeitos, a pessoa tem o direito de não produzir prova contra si. Acontece que, conforme aqui já foi ressaltado, o que a legislação constitucional veda é que a pessoa seja obrigada a produzi-la. Se a pessoa, de alguma forma, produz a prova, esta pode, mesmo contra a sua vontade, ser utilizada para o fim de incriminá-la. Como visto, essa é a posição sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal e que parece ser a mais acertada.

e 'segurança pública' que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. (...) 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a cópia de entrega à Polícia Federal do 'prontuário médico' da reclamante." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Classe: Rcl – Processo: 2040, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 27/06/2003. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 mar. 2005).

¹⁹⁷⁴ O julgado está assim ementado: —HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Classe: RHC – Processo: 77135, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 08/09/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 mar. 2005).

¹⁹⁷⁵ O episódio ficou mais conhecido como *Caso PEDRINHO*.

¹⁹⁷⁶ O assunto desperta maior indagação, na medida em que amanhã pode ser que o critério de identificação civil e criminal aban-

Tem surgido, porém, discussão a respeito do alcance do direito ao silêncio, especialmente com o incremento da tecnologia quanto à forma de realização dos exames periciais. Sustentam alguns doutrinadores que uma gota de sangue, a mera saliva, um fio de cabelo ou um diminuto fragmento de unha é plenamente suficiente para permitir a realização do exame de DNA, daí por que não se mostra razoável negar-se a possibilidade de exigir da pessoa o fornecimento de um desses seus elementos intrínsecos, pois, em essência, isso não representaria ínfima lesão à dignidade da pessoa humana quanto à sua integridade corporal e, por outro lado, seria pouco invasivo a sua intimidade¹⁹⁷⁶.

MARTINE JACOT, no artigo publicado em O correio da Unesco¹⁹⁷⁷, disse que, na Alemanha, Noruega, Suécia, França e, em especial, nos Estados Unidos da América, tem-se entendido que é admissível a extração forçada de amostras de saliva e de sangue, quando ordenada por um juiz ou policial em algum momento da investigação criminal. Ressalta ainda que, no Reino Unido, todo preso ou pessoa suspeita da prática de delito obriga-se a fornecer amostra de saliva para a elaboração de seu mapa de DNA¹⁹⁷⁸.

A questão é que, nos Estados Unidos, por exemplo, a garantia do direito ao silêncio não tem o alcance que se observa no sistema brasileiro. No famoso julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o acusado, no sistema jurídico estadunidense, deve ser informado de que pode ficar calado, pois não é obrigado a produzir prova contra si. Como lembra BARBOSA MOREIRA¹⁹⁷⁹, diferentemente do que ocorre no Direito brasileiro, nos Estados Unidos o acusado é ouvido pelo juiz na qualidade de testemunha, daí por que, se ele for depor, ele tem de fazer o juramento de dizer a verdade (*to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth*). O que o princípio constitucional americano do *privilege against self-incrimination* dá ao acusado é o direito de escolher entre depor, ou não. Ele não pode, como explica JOHN VILE, no depoimento, selecionar as perguntas que quer responder e as que não são de seu interesse, diante da preocupação de não se incriminar¹⁹⁸⁰.

Sobre essa delicada questão, ROXIN¹⁹⁸¹ informa que a jurisprudência alemã limita o alcance desse princípio, ao admitir que, quando o agente, ao ser ouvido, faz a declaração sobre os fatos mais “... guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas”, é possível que isso seja utilizado como fundamento para a decisão contrária ao acusado, com o que concorda o autor, já que “... quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración”, acrescentando, porém, que “... a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones.”

Voltando ao sistema americano, verifique-se que a lógica ali é suficientemente clara: tendo em

done o sistema datiloscópico e passe a exigir o fornecimento elementos para a formação de banco de dados genético. Aí cabe perguntar: De acordo com o nosso sistema, isso colide com a integridade física ou mesmo com o direito à intimidade ou com o direito de não produzir prova contra si? No momento em que o DNA vier a ser a forma de identificação civil e criminal, quando ocorrer o indiciamento da pessoa, caso não tenha identidade civil ou nas hipóteses previstas em lei, ela poderá ser obrigada a se submeter ao exame de DNA. Note-se que, na atualidade, o nosso sistema é o datiloscópico e a pessoa é obrigada a essa forma de identificação.

¹⁹⁷⁷ p. 38.

¹⁹⁷⁸ Ibid.

¹⁹⁷⁹ *O processo penal norte-americano e sua influência*, In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 103. p. 100.

¹⁹⁸⁰ O autor afirmar que os acusados —... não podem exercer os direitos da Quinta Emenda sob bases seletivas... eles não podem individualmente selecionar quais perguntas eles pretendem declinar de responder por receio de se incriminarem” (“... cannot exercise their Fifth Amendment rights on a selective basis... they cannot individually select which questions they would decline to answer for fear of incriminating themselves.”) p. 100.

¹⁹⁸¹ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. p. 124.

¹⁹⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. Revista de Processo. São Paulo, v. 103.

consideração que seria desumano obrigar o acusado a confessar a sua culpa, ele pode, querendo, recusar-se a depor, mas, se preferir ser ouvido, terá de submeter-se, assim como as demais testemunhas, ao juramento de dizer a verdade¹⁹⁸². Ademais, agrega BARBOSA MOREIRA que o que não faz parte do depoimento sai da esfera de proteção da garantia exposta na Quinta Emenda¹⁹⁸³, razão pela qual são admitidas provas como testes destinados a medir o nível de álcool no sangue e ao reconhecimento por testemunhas convocadas para identificar o acusado como o autor do ilícito, de modo que, recusando-se a colaborar com a produção da prova, ele se sujeita a ver a sua conduta interpretada em seu desfavor e há notícia, até mesmo, de decisão judicial punindo o acusado por desacato ao tribunal (*contempt of court*), em virtude de não aceitar submeter-se ao exame determinado pelo juiz.

No mesmo sentido, JOAN PICÓ informa que o Tribunal Constitucional da Espanha tem o entendimento de que não se contrapõe à garantia de não autoincriminação o dever de submissão a testes periciais¹⁹⁸⁴. URBANO CASTRILLO¹⁹⁸⁵, Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo da Espanha, comenta que o Tribunal Constitucional espanhol, por meio da sentença 103/1985, em compasso com a Decisão nº 8278/78 da Comissão Europeia de Direitos Humanos, firmou orientação no sentido de que a submissão a testes periciais não se trata de procedimento inumano ou degradante, não sendo proibida pelo dispositivo em referência a extração sanguínea. De qualquer forma, o autor citado alerta que o cumprimento de ordem judicial no sentido de que seja coletado o sangue, por força do art. 15 da Constituição da Espanha, não pode causar prejuízo físico ou psíquico à pessoa e, mais à frente, defende que “...*tampoco se puede, contra la negativa a su práctica, recurrirse al empleo de la fuerza física, que sería en este caso degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la Constitución.*”¹⁹⁸⁷ Na linha desse pensamento, o autor em referência¹⁹⁸⁸ cita decisão do Tribunal Supremo em que se afirma que a obtenção de amostra de sêmen, para fins de elaboração do código genético do DNA, prescinde de consentimento do acusado. Mas, com suporte em doutrina de RUIZ VADILLO, as Regras Mínimas das Nações Unidas (Palmas 1992) permitem que,

... *únicamente con carácter excepcional pueden acordarse tales intervenciones aunque no cuenten con el consentimiento del afectado, en el caso de gravedad del hecho y falta de peligro para el imputado, ejecutadas por un profesional de la medicina y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona.*¹⁹⁸⁹

Na Alemanha, o direito ao silêncio não vai a ponto de reconhecer ao acusado o direito de não su-

p. 100.

¹⁹⁸³ DEL CAMEN apud BARBOSA MOREIRA, diz que “O privilégio contra a autoincriminação se estende apenas para a autoincriminação no testemunho; ele não proíbe a autoincriminação física” (“The privilege against self-incrimination extends only to testimonial (or communicative) self-incrimination; it does not prohibit physical self-incrimination.”). (Ibid).

¹⁹⁸⁴ Apud GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano*: estudo introdutório. p. 222.

¹⁹⁸⁵ *La prueba ilícita penal*: estudo jurisprudencial. 2. ed. Aranzadi, 2000. p. 96.

¹⁹⁸⁶ O art. 15 da Constituição Espanhola dispõe: “Todos têm direito à vida e à integridade física e moral, e em caso algum podem ser submetidos a tortura ou a penas ou tratos desumanos e degradantes. Fica abolida a pena de morte, salvo o que possam dispor as leis penais militares para tempo de guerra.”

¹⁹⁸⁷ Ibid, 96.

¹⁹⁸⁸ Ibid. Em outro passo, URBANO CASTRILLO relata que o Tribunal Supremo, após alguma vacilação, quanto à admissibilidade de utilizar-se o soro da verdade quando havia o consentimento do acusado, por meio do julgamento de 26 de novembro de 1991, entendeu que “... la confesión arrancada mediante torturas, hipnosis o sueros de la verdad está prohibida implícitamente por el artículo 15 de la Constitución” (Ibid., p. 102)

¹⁹⁸⁹ Ibid., p. 100.

¹⁹⁹⁰ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 139.

portar intervenções corporais, como tem acentuado o Supremo Tribunal Federal tedesco. ROXIN¹⁹⁹⁰, sem análise crítica, revela que o art. 81, a, do Código de Processo Penal alemão determinar que o acusado “*debe dejarse extraer sangre para aclarar su eventual responsabilidad lo que, para el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas (parágrafo 136 del Código penal) se convierte en el medio de prueba más decisivo.*”

Por fim, URBANO CASTRILLO mostra que o Supremo Tribunal Constitucional da Espanha, ao analisar caso em que houve a extração forçada do cabelo e de pêlos das axilas, entendeu que isso não afronta o art. 15 nem o art. 18.1, ambos da Constituição espanhola, pois a extração forçada é admitida, nos crimes de maior gravidade e quando haja suficiente justificação¹⁹⁹¹.

No Direito português, o direito ao silêncio está catalogado no Código de Processo Penal, no art. 61, 1, c, que inclui, entre os direitos do acusado, o de “Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.” A legislação lusitana assegura, como lembra COSTA PIMENTA¹⁹⁹², “um verdadeiro direito de não-colaboração”. Porém, o art. 172, 1 e 2, do Código de Processo Penal de Portugal, expressamente, prevê que o juiz pode ordenar qualquer pessoa, até mesmo o acusado, a sujeitar-se a exame pericial, devendo-se, porém, respeitar a dignidade da pessoa humana¹⁹⁹³.

De qualquer forma, consoante a análise da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil a garantia do direito ao silêncio tem tido alcance maior do que em outros países. Pelos precedentes da nossa Suprema Corte, tem-se a inadmissibilidade, mesmo para a apuração de crimes mais graves, da extração forçada do cabelo ou de um pedaço ínfimo da unha, pois, embora aqui não ocorra efetivamente uma agressão à integridade física do acusado, importa em constrangimento, tratamento desumano, violação à intimidade e mesmo em obrigar que a pessoa execute à força, mesmo contra a sua vontade, uma obrigação específica, o que é vedado em nosso sistema jurídico, não apenas de forma explícita e implícita em diversos incisos do art. 5º da Constituição, como também pela inteligência que se deve conferir ao princípio do direito ao silêncio.

Contudo, o alcance dessa cláusula constitucional não é tão alargado a ponto de entender-se, por exemplo, que o reconhecimento pela vítima ou testemunha somente é admissível caso haja o consentimento do acusado. Não se há de negar que, com a submissão ao reconhecimento contra a sua vontade, o acusado está, de certo modo, produzindo prova contra si forçadamente. O que não se pode admitir é que o acusado, por exemplo, seja conduzido, coercitivamente, ao encontro de uma testemunha, para passar pelo procedimento de reconhecimento. Pelo menos na fase processual, o que acontece, de regra, é o juiz, estando presente o incriminado, durante a audiência de inquirição da vítima e das testemunhas, perguntar a estas se elas reconhecem o acusado como a pessoa que praticou o crime. Em casos tais, mesmo que o acusado, no ato, proteste contra a medida, isso não tem o condão de invalidar a prova, pois, nesse caso, não há propriamente a exigência de que aquele pratique uma ação contra a sua vontade. Se assim não fosse, chegar-se-ia ao cúmulo de não admitir que fosse válido o testemunho, em crime de acidente de veículo, dando conta de que o acusado estava visivelmente embriagado, sob o argumento de que isso se trata de prova produzida pelo incriminado contra si.

Entendimento em contrário conduziria à conclusão pela invalidade da prova consubstanciada em filmagem ou depoimento testemunhal a respeito do estado de embriaguez do condutor de veículo, tal como preconizado no art. 306, §2º, do Código de Trânsito, incluído pela Lei nº 12.760, de 2012. Conforme já salientamos anteriormente, há de levar-se em consideração que, nesse caso, não há ofensa

¹⁹⁹¹ O art. 18, 1, da Constituição da Espanha preceitua: —É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem.

¹⁹⁹² Op. cit. p. 205.

¹⁹⁹³ Ibid., p. 457.

¹⁹⁹⁴ Nesse passo, ROXIN diz que o Tribunal Supremo Federal tem considerado ilícita a confissão direta feita a agente policial intro-

à inviolabilidade da intimidade, desde que a filmagem não seja feita de forma clandestina nem muito menos há de se dizer que foi vulnerada a proteção contra a autoincriminação. Ora, a prova, nesse caso, não foi produzida à força.

Sobre o alcance do direito ao silêncio em relação à autoincriminação involuntária, ROXIN ressalta que no Direito alemão, mercê do que dispõe o art. 136 a do Código de Processo Penal, isso se dá apenas quando é feita de modo subreptício¹⁹⁹⁴.

Merece destaque, ainda, a abordagem desse princípio quando a informação obtida com infração do direito ao silêncio não é utilizada para a incriminação da pessoa, mas sim para servir de informação para a investigação de crimes praticados ou que estão sendo planejados por outrem, especialmente quando se trata de delitos da magnitude dos classificados como terrorismo. A esse respeito, JOHN B. TAYLOR¹⁹⁹⁵ propõe novo campo de abordagem sobre o direito ao silêncio, exatamente “Quando o foco da investigação não é a punição mas a a prevenção – isto é, quando não serve para a obtenção da confissão mas como inteligência sobre atividades terroristas...”

De outro lado, há notícias de que, no futuro, será utilizado pelas autoridades de trânsito equipamento sofisticado, capaz de identificar e determinar o teor alcoólico na corrente sanguínea, sem a necessidade de exigir da pessoa investigada uma ação positiva, posto que suficiente posicionar o aparelho a alguns metros de distância, para que o teste seja feito. Se assim for, crê-se não ser o caso de inquirir de invalidade a prova, na hipótese de a pessoa se negar a ser periciada dessa forma. Desde que o acusado não seja subjugado mediante força física a ser examinado, não se tem por vulnerado o preceito constitucional.

Por isso mesmo, o soro da verdade, por caracterizar procedimento que se contrapõe à dignidade da pessoa humana, que resulta em violência física e psíquica da pessoa, não é admitido em nosso sistema. O mesmo se diga a respeito do detector de mentiras, ainda que haja o consentimento do acusado¹⁹⁹⁶, pois a dignidade humana é inegociável quando se trata de provas que comprometem a liberdade da declaração¹⁹⁹⁷. Ademais, esclarece ROXIN¹⁹⁹⁸, com apoio na jurisprudência alemã firmada sobre o

duzido clandestinamente na cela do acusado, que tenha obtido a sua confiança, por ofensa ao princípio do direito ao silêncio. Mas, de outra banda, critica o mesmo órgão jurisdicional por ter, sob o argumento de que é necessário para lutar eficazmente contra a delinquência, rejeitado a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, e aceitado a confissão indireta, na hipótese em que, na declaração prestada em confiança ao agente policial, foi revelada a existência de um cúmplice, o qual, convocado para depor, incriminou o acusado. (ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 134)

¹⁹⁹⁵ “when the focus of investigation is not punishment but prevention – that is, when interrogation is designed not to obtain a confession but to elicit intelligence about terrorist activities...” (TAYLOR John B. *Right to counsel and privilege against self-incrimination: Rights and liberties under the law*. USA: ABCCLIO, 2004, p. 268)

¹⁹⁹⁶ Há informações de que, nos Estados Unidos, desde que o acusado consinta, é admitido, se não em todos, em alguns Estados, a utilização do detector de mentiras como meio de prova. ROXIN admite que, quando o acusado solicita livremente se submeter ao detector de mentiras, não há de falar-se em ofensa ao direito ao silêncio, “... no obstante, el Tribunal Supremo Federal alemán considera AL detecto de mentiras como un medio de prueba totalmente inadecuado por los muchos errores que se derivan de su uso (resolución de diciembre de 1998, BGHSt 44, 308)” (ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 133)

¹⁹⁹⁷ Cf. CASTRILLO. Op. cit., p. 102. Como derivação do direito à vida, mesmo da dignidade da pessoa humana, existe o direito à integridade física e psíquica. Diante dessas garantias da integridade física e psíquica, veda-se a agressão física e psicológica, diante da preocupação com corpo humano, sob os prismas anatômico, fisiológico e mental. O Código Penal coíbe várias ações que importam em agressão à integridade física e psíquica, ao recriminar, por exemplo, as lesões corporais (art. 129) e a exposição ao contágio de moléstia venérea (art. 130), merecendo especial destaque o art. 132, que tipifica, sob a modalidade de crime de perigo, a mera exposição da vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente. A matéria mereceu a atenção do legislador da Lei nº 10.406, de 2002 (instituiu o novo Código Civil), que cuidou de preceituar, no caput do art. 13, que, “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Esclareceu, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que tal somente será admissível “... para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.” Embora pendente de definição o que sejam bons costumes, parece, à toda evidência, que esses

alcance do art. 136 a do Código de Processo Penal tedesco, o detector de mentiras não é válido porque este aparelho “... *muestra el funcionamiento inconsciente del cuerpo, como la respiración o la presión arterial, de onde se deducen ciertas conclusiones com relevância probadora...*”, ou seja, em outras palavras, “... *porque com ello el imputado resulta forzado, contra su voluntad, a suministrar pruebas contra si mismo.*”

9.5.2.2 – Direito ao interrogatório como materialização da autodefesa e decorrência lógica do direito ao silêncio.

Uma consequência direta da autodefesa é o direito do acusado de ser ouvido por quem tem a competência para julgá-lo. Esse direito constou do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (“Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública...”). A cláusula está inserta, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos, ao se estabelecer, no art. 8.1, que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.” No Direito Comparado, além da Constituição americana, a alemã, de forma enfática, preceitua, no art. 103, 1, que “Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais.”¹⁹⁹⁹

Seguindo essa ordem de ideias, J. MAIER²⁰⁰⁰ leciona que, no ordenamento processual criminal alemão, o interrogatório é o exercício de defesa material feito pelo próprio acusado, não se tratando de meio de prova, mesmo que, eventualmente, possa conter revelações incriminatórias. Ainda que não esteja contemplado como direito fundamental declarado na Constituição, no sistema português essa garantia é denominada direito de audiência, que se funda, nos termos do art. 61º, 1, b, do Código de Processo Penal, no direito de “Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete”.

Como adverte GERMANO MARQUES²⁰⁰¹, “O direito de audiência não consiste apenas no direito de o arguido se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados, mas também o de ser ouvido, de se pronunciar, sempre que o tribunal tenha de tomar qualquer decisão que o possa afectar pessoalmente.” Em verdade, o direito do acusado de ser ouvido pelo juiz que irá tomar uma decisão que possa trazer alguma consequência negativa para ele é uma derivação do direito de audiência e significa que o arguido não deve ser tratado como uma entidade abstracta, como um arguido, puramente formal e presumivelmente culpado, mas como uma pessoa que tem uma versão dos factos e das circunstâncias a transmitir ao tribunal, que por lei é de ser presumido inocente até a condenação, e que como presumido inocente tem o direito a que a sua versão seja ponderada por quem tem o poder-dever de decidir sobre a sua eventual responsabilidade. Conforme GERMANO MARQUES, direito de o acusado ser ouvido (*être entendu de son juge*) é um direito essencial deste que, de outra banda, como consectário lógico, informa que a autoridade judiciária tem o dever jurídico e moral de escutá-lo²⁰⁰².

No nosso sistema, o direito de audiência, em verdade, se esgota no interrogatório, momento processual no qual ele tem a oportunidade de apresentar ao juiz a sua versão sobre os fatos e de dar as

bons costumes têm de ser vistos em sua acepção geral e específica de cada classe, sendo razoável entender que o soro da verdade e o detector de mentira não se afinam com os bons costumes.

¹⁹⁹⁸ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 133.

¹⁹⁹⁹ O direito do acusado de audiência ou de ser ouvido não está expressamente contemplado nas Constituições da França, Itália e Espanha.

²⁰⁰⁰ Apud TOURINHO FILHO. Op. cit., v. 3, p. 267.

²⁰⁰¹ Op. cit., p. 276.

²⁰⁰² SILVA. Op. cit., p. 276.

²⁰⁰³ O Código de Processo Penal prevê várias oportunidades para a realização do interrogatório, a partir ainda da fase pré-processu-

explicações necessárias para convencer o julgador de sua inocência²⁰⁰³. No Direito anterior, o interrogatório era situado como ato de defesa, mas, com o advento do Código de Processo Penal de 1941, houve uma mudança substancial, pois passou a figurar como uma das espécies de prova²⁰⁰⁴.

Embora o interrogatório tenha sido inserido no Código de Processo Penal em vigor como uma das modalidades de prova, o certo é que, mesmo assim, alguns doutrinadores de escol, como BENTO DE FARIA, continuaram defendendo que, da mesma forma como ocorria no Direito anterior, esse momento processual era situado como ato de defesa. EDUARDO ESPÍNOLA, em seus comentários sobre o então novo Código de Processo Penal, rebatia com veemência a assertiva de BENTO DE FARIA de que o interrogatório deveria ser considerado, substancialmente, um direito de defesa, para afirmar que, quem assim se expressava, não tinha ainda se apercebido do alcance da inovação legislativa, pois se, de um lado, o interrogatório se traduz em oportunidade ofertada ao acusado para ele dar, com base na verdade ou na mentira, a sua versão sobre o ilícito, serve, por outro, para o juiz avaliar a índole e os sentimentos do acusado, a fim de compreender-lhe o caráter e, ainda, verificar as suas reações, ao ser-lhe dado, diretamente, o conhecimento da imputação feita nos autos²⁰⁰⁵.

MIRABETE²⁰⁰⁶ sustenta que, em nosso sistema, o interrogatório do acusado é meio de prova, mas alerta que se trata, outrossim, de ato de defesa, porquanto não se pode negar que o incriminado pode valer-se dele para se defender da acusação. Atento para a modificação substancial ocorrida com a edição da nova Constituição, EUGÊNIO PACELLI²⁰⁰⁷ reconhece que, sem embargo de concebido inicialmente como um meio de prova, pois o acusado era unicamente mais um objeto da prova, agora, com a nova ordem jurídica, o instituto há de merecer nova leitura. De forma mais incisiva, TOURINHO FILHO²⁰⁰⁸, que sempre sustentou, a despeito da posição topográfica reservada para o interrogatório, que a audiência do acusado era direito de defesa e meio de prova, com a vinda a lume da Constituição de 1988, e conseqüente reconhecimento do direito ao silêncio como direito fundamental, assevera que esse ato processual deve ser considerado apenas um meio de defesa.

A razão parece estar com a doutrina esposada por TOURINHO FILHO. O direito ao silêncio, como efetivo meio de defesa, foi inaugurado com a Constituição de 1988. É verdade que, antes, o art. 186 do Código de Processo Penal, em sua redação originária, dispunha sobre a possibilidade de o acusado não responder às perguntas formuladas pelo juiz, de modo a permanecer calado como forma de defesa. Porém, na parte final da norma, havia a ressalva de que esse silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Ora, como é que o silêncio poderia ser considerado uma das formas do exercício do direito de defesa, se o fato de o acusado se recusar a responder todas ou determinadas perguntas acarretava, como sanção, a possibilidade de o juiz, na valoração das provas do processo, levar em consideração essa circunstância para fazer conclusão da culpabilidade? Se o silêncio era um direito de defesa, o seu exercício, evidentemente, não poderia prejudicar essa própria defesa. Para todos os efeitos, antes de um direito, o silêncio era um *ônus processual*, assumindo o acusado as conseqüências daí decorrentes. Atente-se, ainda, para o detalhe de que o legislador processual penal em nenhum

al. Eis as fases: no inquérito policial (art. 6º, IV, do CPP); no auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP), cuja não-realização só é justificável quando o preso está impossibilitado; na audiência de instrução e julgamento (art. 400 do CPP); no plenário do Júri (art. 474); no Tribunal, em processos de sua competência original (art. 7º da Lei nº 8.038, de 28.05.1990) e nos recursos de apelação (art. 616). Nos juizados especiais, o interrogatório está contemplado no art. 81, caput, da Lei nº 9.099, de 1995.

²⁰⁰⁴ LEAL. Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. v. 1, p. 475.

²⁰⁰⁵ *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, [19--] v. 2, p. 27.

²⁰⁰⁶ Op. cit., p. 277.

²⁰⁰⁸ Op. cit., p. 379.

²⁰⁰⁹ Op. cit., v. 3, p. 266

momento dizia que o acusado tinha o direito ao silêncio, mas apenas que ele não estava obrigado a responder às perguntas que lhe fossem formuladas. Entre não estar obrigado a responder as perguntas e ter o direito de se defender por meio do silêncio, parecer haver diferença substancial.

No intuito de adaptar o sistema normativo à Constituição, o legislador, por intermédio da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, deu nova redação ao art. 186 do CPP e inseriu um parágrafo único a esse dispositivo (“O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”), a fim de deixar claro que o silêncio é um direito, de modo que o seu gozo não importa em confissão, ademais de não poder ser interpretado em prejuízo da defesa.

Não parece acertada a posição defendida por EUGÊNIO PACELLI²⁰⁰⁹ de que a circunstância de o interrogatório persistir como uma espécie de prova não acarreta maiores problemas. A definição de sua natureza jurídica é de fundamental importância, a fim de que sejam pinçados os seus contornos. Ante a concepção de que o interrogatório provém do direito de audiência e que, ao ser ouvido, o acusado tem o direito ao silêncio, tem-se que esse ato processual está inserido no princípio da ampla defesa, muito embora, ocasionalmente, ele possa produzir prova que sirva para fundamentar a condenação²⁰¹⁰.

Concebido como direito de defesa, o primeiro efeito importante daí decorrente é que o acusado, em seu interrogatório, não apenas deve ser informado de que tem o direito de não responder às perguntas, como também, consoante lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES²⁰¹¹, de que possui o direito de ser assessorado, na audiência judicial, por um advogado, devendo ser-lhe nomeado defensor dativo, caso não tenha constituído um profissional²⁰¹². Assim se posiciona igualmente TOURINHO FILHO²⁰¹³, embora ele reconheça que nunca se anulou um processo devido ao fato de o acusado não ter sido assistido, em seu interrogatório prestado perante o juiz, por advogado constituído ou nomeado.

Com a edição da Constituição de 1988, aumentou o coro doutrinário quanto à necessidade de ser assegurada ao acusado a presença da defesa técnica no interrogatório, porém, o Supremo Tribunal Federal cuidou de dirimir o assunto, deixando assente, em julgamento unânime da Primeira Turma do RHC 80001/SP, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES²⁰¹⁴, que a jurisprudência da Excelsa Corte “... já se firmou no sentido de que, para a validade desse ato, não é necessária a presença de advogado – e, portanto, não há necessidade de intimação dele —, porque o interrogatório judicial é ato pessoal do juiz, não estando sujeito ao princípio do contraditório (assim, nos HCs 69372 e 68.882).”

Porém, a Lei nº 10.792, de 2003²⁰¹⁵, tratou de corrigir a posição da Suprema Corte, de modo que, ao dar nova redação ao caput do art. 185 do Código de Processo Penal, tornou obrigatória a presença, no interrogatório, de advogado constituído do acusado ou, na sua falta, de defensor nomeado, conferindo ao princípio do direito ao silêncio o seu verdadeiro alcance, tendo em conta a sua natureza jurídica de

²⁰¹⁰ Op. cit., p. 379.

²⁰¹¹ A doutrina tradicional, ao especificar as características do interrogatório, destaca o seu caráter (1) personalíssimo (a pessoa interrogada tem de ser o próprio acusado, daí por que, se vários os réus, os interrogatórios devem ser separados); (2) judicial (só ao juiz cabe presidi-lo, pois é a oportunidade que ele tem para conhecer o acusado e escutá-lo); (3) pessoal (não admite a intervenção seja do Ministério Público, seja da defesa, o que, agora, com a nova redação do art. 188 do CPP, ficou mitigado, diante da possibilidade de serem formuladas perguntas complementares sobre fatos pertinentes e relevantes); (4) oral (pois, se for escrito, fica prejudicada a intenção de o acusado fazer-se conhecer pelo juiz).

²⁰¹² Op. cit., v. 2, p. 300. No mesmo sentido, EDUARDO ESPÍNOLA defendia ser indispensável a presença de um defensor do acusado, sendo-lhe vedada, apenas, a intervenção nas perguntas ou respostas.

²⁰¹³ Na Constituição do Uruguai expressamente está dito que “(...) La declaración del acusado deberá ser tomada em presencia de su defensor.” (art. 16, segunda parte).

²⁰¹⁴ Op. cit., v. 3, p. 275.

²⁰¹⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 25/04/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 26 mar. 2005.

²⁰¹⁶ Essa Lei teve como origem o Projeto de Lei nº 4.204, de 2001, inserido no conjunto dos sete Projetos de Lei com os quais o Exe-

direito de autodefesa, compreendida dentro do contexto da cláusula constitucional da ampla defesa²⁰¹⁶.

Não apenas se assegurou ao acusado o direito de ter, ao ser ouvido perante o juiz, a assistência do advogado constituído ou de defensor nomeado, como lhe foi reconhecido o direito de entrevista reservada com o seu advogado antes do início do interrogatório (art. 185, § 2º, do CPP). Aqui, o legislador nacional adotou a orientação contida no art. 41, terceira parte, do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América²⁰¹⁷. Essa observação, feita no § 2º do art. 185 do Código de Processo Penal restou, de uma vez por todas, sedimentada, quando foi complementada a primeira etapa da Reforma Tópica do processo penal, verificada em 2008.

Ao acusado é assegurado o direito de ser interrogado, sob pena de a sua ausência, quando isso é possível, poder ocasionar, desde que demonstrado o prejuízo daí resultante, a nulidade do processo (art. 564, II, e, do CPP), como também lhe é dado o direito de se submeter a novo interrogatório, quando houver motivo para tanto. Para tornar claro que o direito a novo interrogatório depende da existência de algo que o justifique, o legislador subconstitucional, dando atenção a reclamação da doutrina, modificou o texto do art. 196 por meio da Lei nº 10.792, de 2003, a fim de esclarecer que o pedido das partes, no afã de que seja reinterrogado o acusado, deve ser fundamentado.

Outra repercussão que advém da identificação da natureza jurídica do interrogatório como sub-princípio do direito à ampla defesa é quanto ao momento processual mais adequado para que seja ouvido o acusado. Se o interrogatório é uma forma de autodefesa, a audiência do acusado deve ser feita após uma primeira manifestação da defesa técnica, ademais de ser feita após a produção das demais provas, aí se incluindo as oitivas da vítima e das testemunhas, a fim de que o acusado possa dar explicações a respeito do que existe no processo contra si.

O interrogatório realizado antes das demais provas prejudica as explicações do acusado, uma vez que ele não tem conhecimento consistente do que existe de efetivo no conjunto probatório e que pode incriminá-lo. Como é possível, por exemplo, ele refutar as afirmações da vítima ou das testemu-

cutivo encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de Reforma Tópica do processo penal. A esse respeito, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 33-45.

A Lei nº 10.792, de 2003, trouxe outras inovações em relação ao interrogatório previsto no Código de Processo Penal. Além de tornar obrigatória a assistência técnica ao acusado no interrogatório e revogar o dispositivo que permitia a interpretação do silêncio em prejuízo da defesa e o que impunha o dever de o juiz consignar, no termo de audiência, as perguntas que não fossem respondidas pelo interrogado, foram introduzidas as seguintes alterações: (1) assegurou ao acusado o direito de entrevista com o seu advogado constituído ou defensor nomeado, antes do início da audiência (art. 185, § 2º); (2) dividiu o interrogatório em duas partes, a primeira sobre os dados do acusado (residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez, se houve suspensão condicional ou condenação, além de dados familiares e sociais), e a segunda sobre os fatos narrados na denúncia (art. 187); (3) facultou ao Ministério Público e ao defensor do acusado a possibilidade de fazer perguntas, caso algum deles pretenda o esclarecimento de algum fato, que somente serão repreguntadas caso o juiz entenda de sua pertinência e relevância (art. 188); (4) revogou o art. 194, que exigia a nomeação de curador ao acusado menor. Nesse último caso, a revogação da exigência da nomeação de curador tanto pode ter sido motivada pelo fato de o novo Código Civil ter reduzido para dezoito anos a idade com a qual a pessoa adquire a capacidade plena para praticar todos os atos da vida civil, como pela circunstância de a jurisprudência do STF, de longa data, ter-se postado no sentido de que, havendo a assistência do acusado por defensor constituído ou nomeado, tem-se por desnecessária a nomeação de curador. Diante dessa posição do STF, o único ato que poderia ser anulado pela falta de nomeação de curador era justamente o interrogatório, pois no sistema anterior às modificações enxertadas pela Lei nº 10.792, de 2003, esse era o único ato processual em que o acusado podia não estar representado por advogado constituído ou nomeado. A partir do momento em que, pela nova redação dada ao art. 185 do CPP, mesmo em se tratando de interrogatório, o acusado terá de ser assistido tecnicamente por um advogado constituído ou nomeado, naturalmente que ficou sem sentido qualquer previsão do tipo da que estava plasmada no art. 194 do CPP. Ademais, com a complementação da primeira etapa da Reforma Tópica do processo penal, que ocorreu em 2008, notadamente em razão da aprovação da Lei nº 11.689, de 2008, que modificou os procedimentos ordinário, sumário e especiais, e da Lei nº 11.719, de 2008, que alterou o rito relativo ao Tribunal do Júri, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato processual após o recebimento da audiência, e passou a integrar a audiência una, devendo ser realizado, tendo em conta o princípio da ampla defesa, depois da produção de todas as provas (art. 400, caput, parte final, do CPP).

²⁰¹⁷ A recomendação do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América contém a seguinte redação: “Nas declarações

nhas, se não houve ainda a coleta desses depoimentos no processo? Não se diga que a apuração prévia no inquérito policial seja suficiente, porquanto o mais adequado é que o acusado possa referir-se às provas produzidas e coletadas durante a instrução criminal levada a efeito perante o Juízo.

Seguindo essa observação, o legislador do juizado especial, coerente com a nova natureza jurídica do interrogatório, coloca-o como último ato da instrução criminal, antecedendo, apenas, às razões finais e à prolação da sentença. Com efeito, de conformidade com o art. 81, caput, da Lei nº 9.099, de 1995, ao iniciar a audiência de instrução e julgamento, o juiz deve passar a palavra ao advogado, a fim de que este faça a defesa do acusado, para, em seguida, deliberar sobre o recebimento, ou não, da denúncia. Recebida a peça acusatória, o magistrado toma os depoimentos da vítima e das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa para, só então, ouvir o acusado.

Na mesma concepção e, de outro lado, com a preocupação de estabelecer a coerência sistêmica, as Lei nºs 11.689 e 11.719, de 2008, também deixaram ressaltado que o interrogatório do acusado, uma vez que concebido como expressão do direito à ampla defesa, tanto no procedimento previsto para o tribunal do júri como no ordinário e no sumário, somente deve ocorrer após a produção de todas as provas, ou seja, depois das declarações da vítima, da inquirição das testemunhas e, caso seja necessário, dos esclarecimentos dos peritos, das acareações, do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 411, caput, e 474, caput, e arts. 400, caput, e 531). Dessa forma, o interrogatório passou a ser tratado como genuíno direito de defesa, permitindo que o acusado, ao exercer o direito de ser ouvido pelo juiz, possa reportar-se a todas as provas apuradas contra si e contraditá-las.

Todavia, a Lei nº 12.483, de 2011, em redação canhestra, incluiu o art. 19-A, caput e parágrafo único, na Lei 9.807, de 1999, com o qual previu a possibilidade, como forma de proteção, da antecipação de depoimento, logo após a citação, até mesmo de acusado. Ora, "... essa oitiva antecipada, quando for adotada em relação ao acusado colaborador, será bastante prejudicial a ele, que não terá o direito de ser interrogado após tomar conhecimento de todas as provas produzidas contra si."²⁰¹⁸

9.5.2.3.1 – Direito do acusado de ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento.

Considerado o interrogatório como um dos instrumentos postos à disposição para a materialização do princípio da ampla defesa, outra consequência importante dessa concepção é que, ao contrário do que defende parte da doutrina apoiada em jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, passou a vigorar, no processo criminal, o princípio da identidade física do juiz, pois deve ser assegurado ao acusado o direito de ser julgado pelo magistrado que lhe conheceu e ouviu no interrogatório. Ora, de nada adianta dizer ao acusado que é seu direito fundamental ser ouvido em Juízo, como forma de permitir que ele se faça conhecer pelo juiz e tenha a oportunidade de se explicar, dando a sua versão para o caso, se, de outra banda, o processo pode ser julgado por outra pessoa, em mera substituição de um magistrado por outro, em virtude não se aplicar o princípio da identidade física do juiz.

Não é por outra razão que o Código de Processo Penal, mesmo não contemplando, em sua reda-

que preste durante o procedimento preparatório será instruído a respeito da possibilidade de exigir a presença de seu defensor e consultar-se com ele sobre a atitude a assumir antes de começar a declaração sobre o fato." (art. 41, terceira parte).

²⁰¹⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 262. Mesmo em se tratando de depoimento antecipado de testemunha, não cremos que isso seja possível, antes de ser produzido a resposta pelo acusado. Não se pode iniciar a instrução do processo tendo como parâmetro, apenas, a peça acusatória. O devido processo legal exige que a instrução seja realizada com suporte no contraditório, o que pressupõe a existência de defesa efetiva no processo. Sobre essa questão, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 133-137.

²⁰¹⁹ É sabido que o depoimento reduzido a termo, quando muito, é a mera sombra do que foi dito em audiência. A essência do que

ção originária, o princípio da identidade física, não disciplinou a expedição da carta precatória para o interrogatório do acusado, uma vez que isso impede que este seja ouvido pelo magistrado responsável pelo seu julgamento²⁰¹⁹. Em interessante e aprofundado estudo sobre o tema, MARCO ANTONIO MARQUES SILVA²⁰²⁰, mesmo antes da primeira etapa da Reforma Tópica do processo penal que incluiu o princípio da identidade física do juiz, partindo da consideração de que o juiz criminal, ao fazer a instrução do processo, mantém contato pessoal com as partes a partir do interrogatório do acusado, defende que, com maiores razões do que na seara do processo civil, impõe-se a vinculação do juiz no processo penal, até porque “O magistrado que não participou dos atos processuais, por mais cuidadoso e minucioso que seja, não terá jamais condições de avaliar como um todo o conjunto probatório.”

Tinha razão o autor em referência, pois o processo criminal, diferentemente do civil, sempre e sempre está calcado na apreciação de fatos, os quais devem ser investigados e interpretados não apenas para o fim de determinar quem é o responsável pela autoria e identificar as circunstâncias mediante as quais eles foram perpetrados, como ainda se impõe ao julgador analisar os elementos subjetivos da conduta, o que não se circunscreve à constatação da culpa a título de dolo ou *stricto sensu*²⁰²¹. Por isso mesmo, cabe ao juiz apurar, no interrogatório, aspectos da personalidade, do comportamento social e da conduta imputada nos autos ao acusado, a fim de, com base nesses elementos, realizar a dosimetria da pena, tendo em mira cumprir o direito fundamental de individualizar a sanção, tal como garantido no art. 5º, XLVI, caput, primeira parte, da Constituição de 1988²⁰²².

Não se pode esquecer, com supedâneo em lição haurida de ENRICO ALTAVILLA²⁰²³, que o acusado é “... o principal actor de qualquer drama judiciário”, daí por que o interrogatório deve “... ser proclamado o acto processual mais importante, visto que, tendo o processo como finalidade precípua a averiguação da culpa ou da inocência do acusado, claro que toda a actividade processual deste deve ser o centro de polarização de qualquer investigação.”²⁰²⁴. O juiz, quando julga o processo sem ter ouvido o acusado, é como se aquele que vai ser julgado não tivesse rosto e alma, assentando-se a decisão apenas nos registros ou sombras existentes nos autos sobre o acusado²⁰²⁵.

Nada obstante, a maioria da doutrina e a jurisprudência majoritária permaneceu com o enten-

foi dito pelo acusado somente pode ser extraída pelo juiz que presidiu o ato, fez as perguntas e apreendeu, diante da forma verbal e corporal como elas foram respondidas, o verdadeiro sentido das afirmações. A literatura é vasta no sentido de que não apenas a voz revela o que a pessoa tem a dizer, pois o corpo em si fala, sendo identificadas três classes de movimentos expressivos da linguagem corporal, a saber: (i) postura: é a chave não verbal mais fácil de descobrir; (ii) gesticulares: cada gesto é uma palavra e, portanto, pode ter vários sentidos; (iii) faciais: papel chave na comunicação (revela a alegria, medo, raiva, surpresa, asco, afeto). Cf. (WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala: a linguagem silenciosa de comunicação não verbal*. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, []).

²⁰²⁰ A vinculação do juiz no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 17

²⁰²¹ Sobre a doutrina da teoria da prova, cf. item 9.1.6, supra.

²⁰²² Note-se que foi inserido dentre os direitos fundamentais, aplicáveis ao processo criminal, o direito de o acusado ter a individualização de sua pena, o que, para ser cumprido, importa na dosimetria da sanção nos termos do Código Penal, com a observação das três fases previstas para esse fim (teoria de NELSON HUNGRIA, sendo a primeira a fixação das circunstâncias judiciais, com as quais se estabelece a pena-base, depois as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e, por fim, as causas de diminuição e de aumento, para, então, determinar a pena concreta. Especialmente na fixação das circunstâncias judiciais, previstas no caput do art. 59 do Código Penal, quanto à análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime, mostra-se de imperiosa necessidade que o juiz tenha tido a oportunidade de ouvir/entrevistar o acusado).

²⁰²³ *Psicologia judiciária: personagens do processo penal*. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor. 1959. p. 5.

²⁰²⁴ *Ibid.*, p. 9.

²⁰²⁵ Nesse ponto, cabe a metáfora de CARNELUTTI, ao falar sobre a prova: “Aqui pode servir também a famosa imagem da gruta: o juiz está encadeado numa caverna, de costas para a abertura por onde entra a luz e não vê mais que as sombras, sobre a parede de frente, dos objetos que passam por detrás dele; as provas são aquelas sombras, em face das quais, às vezes, consegue-se e outras

dimento de que, nada obstante as modificações trazidas pela Constituição de 1988, não se aplicava ao processo penal o princípio da identidade física do juiz.

9.5.2.3.2 – Identidade física do juiz como direito do acusado de ser julgado pelo juiz que lhe ouviu.

No desiderato de alinhar o Código de Processo Penal ao status de corolário lógico da cláusula da ampla defesa conferido ao interrogatório a partir da inclusão do direito ao silêncio dentre os direitos fundamentais pela Constituição de 1988, o legislador infraconstitucional, na primeira etapa da Reforma Tópica implementada em 2008, por meio da Lei nº 11.719, consagrou o princípio da identidade física do juiz no texto do Código de Processo Penal. Com efeito, no §2º do art. 399 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei em referência, restou plasmado que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.” (art. 399, § 2º)²⁰²⁶.

De toda sorte, a redação é imprecisa, não esclarecendo situação em que, eventualmente, a instrução venha a ser conduzida por mais de um magistrado. Note-se que o Código de Processo Civil teve o cuidado de ressaltar que a identidade física do juiz é firmada na pessoa do magistrado que concluiu a instrução do processo. Certamente o legislador não adotou essa terminologia para o ambiente do processo penal em razão de uma questão de lógica: na ideia da Reforma Tópica, a audiência de instrução e julgamento é uma,²⁰²⁷ no sentido de que deve ser realizada de uma vez, em um único dia ou em dias sucessivos²⁰²⁸, com a apresentação, de regra, das razões finais pelas partes após o interrogatório, e, em seguida, a prolação da sentença.

Ainda que esse não fosse o motivo, não seria pertinente ter utilizado a mesma expressão do Código de Processo Civil. Ora, como já foi ressaltado, no processo penal, a identidade física se caracteriza pelo direito do acusado de ser julgado pelo juiz com quem ele teve a oportunidade de dar as suas explicações sobre os fatos que lhe são imputados na ação penal, daí por que, em verdade, pouco importa quem encerrou a instrução em si, mas, sim, o magistrado que colheu o interrogatório.

Portanto, como o interrogatório é direito de defesa, não fazendo, por conseguinte, parte da instrução do processo, não seria adequado, com rigor técnico, dizer que a identidade física do juiz resta

vezes, não se consegue conhecer a verdade. Ele não tem outro modo de conhecê-la fora destas sombras: daqui o cuidado que devemos pôr para nos dar conta do que as mesmas são” (CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no processo penal*. Tradução Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.)

²⁰²⁶ Note-se que, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.719, de 2008, a instrução probatória, de regra, é feita em uma única audiência, cujo último ato é, exatamente, o interrogatório. No caso de fracionamento da instrução, tendo mais de um juiz atuado, o mais correto é entender que a identidade física será em relação ao juiz que tomou o depoimento do acusado e, por isso mesmo, concluiu a instrução. A Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe sugeriu que a expressão “presidiu”, do art. 399, § 2º, do Projeto de Lei 4.207, de 2001, que se transformou em lei, fosse substituída pela palavra “concluiu”, o que, porém, não foi acolhido pelos parlamentares.

²⁰²⁷ Com a finalidade “... de simplificar e concentrar, na medida do possível, os atos processuais, a Lei nº 11.719, de 2008, determinou que todas as provas devem ser produzidas em uma única audiência. (...) Ou seja, não impôs apenas a reunião em uma mesma audiência das inquirições das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa. A determinação vale para todas as provas. (...) Mas o legislador não se contentou apenas com a produção das provas na audiência. Foi mais além. O interrogatório, que como se viu é um meio de defesa, igualmente, foi inserido como ato a ser realizado na mesma audiência, logo após encerrados os atos de instrução.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 262.)

²⁰²⁸ Desse modo, “... dependendo do número de testemunhas e de acusado, enfim, de atos a serem realizados em audiência, é preferível, tal como se faz em relação ao tribunal do júri, o juiz marcar o início da audiência para o período matutino, com prolongamento pelo vespertino. (...) Se for o caso, o juiz deve, até mesmo, quando marcar a audiência, diante da quantidade de atos a serem realizados, já fazer a previsão de que ela irá se prolongar por mais de um dia, com pausa para as refeições e o descanso noturno, da mesma forma como se faz em relação às sessões do tribunal do júri. Sendo necessário, a audiência deve compreender mais de um dia sucessivo, tantos quantos forem necessários para o encerramento da instrução e, se for o caso, para o consequente julgamento.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 267.)

²⁰²⁹ O pedido de diligência agora está tratado no art. 402 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.719, de 2008, devendo

firmada na pessoa do juiz que encerrou a instrução. É possível que um juiz presida a audiência una, promova a oitiva de todas as testemunhas, porém, em razão da necessidade da juntada de determinado documento, determine diligência²⁰²⁹ nesse sentido, e essa prova seja coletada aos autos sob a sua direção, porém, quando do interrogatório, outro tenha sido o juiz que presidiu o ato. Digamos que o juiz perante o qual foram produzidas todas as provas na situação imaginada tenha sido um juiz substituto, em razão das férias do titular, tendo este, porém, retornado e colhido o interrogatório do acusado. Nesse caso, em razão da identidade física do juiz, quem é o juiz competente para julgar o feito?

No nosso entendimento, estreme de dúvidas que deve ser o juiz que presidiu o interrogatório. E tem mais. O juiz substituto, pela circunstância de ter concluído a instrução, não fica vinculado ao processo, a fim de realizar o interrogatório e, em seguida, exarar a sentença. Isso porque, como salientado, não se há de falar em identidade física do juiz. Na medida em que o juiz titular da vara, que é o juiz natural do processo, retornar ao exercício da atividade jurisdicional, deverá dar sequência aos atos processuais.

Conquanto o princípio da identidade física seja da mais alta importância no processo penal, mais ainda do que no processo civil, mesmo assim, ele não tem um fim em si mesmo, de modo que, eventual prolação da sentença por juiz diverso não gera nulidade absoluta, senão relativa. Por conseguinte, no caso concreto, caso uma das partes invoque a ofensa ao princípio da identidade física do juiz como causa de nulidade do processo, terá de ser demonstrado o prejuízo gerado para a parte. Que prejuízo seria esse? Ora, se o princípio da identidade física serve para assegurar ao acusado o direito de ser julgado pelo juiz perante o qual teve a oportunidade de manifestar a sua versão sobre os fatos e circunstâncias narrados na ação penal, parece claro que, para fins da nulidade do processo, “... a prova do prejuízo se faz com a demonstração de que o decisum foi exarado dissociado das provas coligidas no processo”²⁰³⁰.

Esse foi o entendimento sufragado, à unanimidade, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Ministro LUIZ FUX²⁰³¹, no qual restou consignado²⁰³² que o sopesar das cláusulas da identidade física do juiz e da instrumentalidade das formas leva à conclusão de que a nulidade há de ser reconhecida “... apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas...”, o que não se verificou no caso em julgamento, pois “... a sentença condenatória foi proferida em consonância com as provas dos autos...”.

De forma mais incisiva, o Superior Tribunal de Justiça²⁰³⁴, no CC 99023/PR, relatado pelo Ministro Napoleão Maia Filho, asseverou que:

(...) A adoção do princípio da identidade física do juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da jurisdição penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da lei.

ser formulado oralmente, na própria audiência de instrução e julgamento, só podendo ter como objeto circunstâncias ou fatos apurados durante a realização desse ato processual e, ainda assim, apenas há de ser deferida quando for considerada imprescindível.

²⁰³⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 151.

²⁰³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Data da Decisão 27/09/2011, Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia/jurispr.asp. Acesso em: 14 fev. 2011.

²⁰³² Há de se reconhecer que, no caso, o Ministro LUIZ FUX buscou auxílio no princípio da instrumentalidade das formas, pois o que se pretendia era a observância, no ambiente criminal, do princípio da identidade física, antes de sua previsão no CPP.

²⁰³³ *Ibid.*

²⁰³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Data da decisão 10./06/2009, Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em 14 fev. 2011.

²⁰³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Data da decisão 27/05/2010, Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris.

Essa posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça foi lembrada na redação da ementa do acórdão lavrado pelo Ministro Felix Fischer²⁰³⁵ no HC 201000325213, que achou por bem adicionar que “... no sistema das nulidades pátrio, somente se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos (Precedentes)”. Por sua vez, ao apreciar o HC 200900848960, o Ministro Og Fernandes²⁰³⁶, a par de reconhecer que a Lei 11.719, de 2008, introduziu, no sistema processual penal, o princípio da identidade física, “... segundo o qual o magistrado que colhe a prova se vincula ao julgamento da causa...”, advertiu que “... Na seara processual penal, vigora o princípio do *pás de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que seja demonstrado o efetivo prejuízo para a parte, não tendo o impetrante logrado demonstrar qualquer gravame...”²⁰³⁷.

Por conseguinte, a nulidade processual sob o argumento de que malferido o princípio do juiz natural, porquanto relativa, só há de ser acolhida se demonstrado o prejuízo ocasionado à parte. Ainda que se queira sustentar ser a absoluta nulidade decorrente da ofensa ao princípio da identidade física do juiz, na seara criminal, cabe recordar que o Supremo Tribunal Federal tem precedente no sentido de que, conquanto algumas nulidades sejam de prova impossível, de regra, em decorrência do princípio do *pas nullité sans grief*, pouco importa se a nulidade é absoluta ou relativa, pois, de toda sorte, há necessidade de demonstração de prejuízo concreto a quem suscita o vício²⁰³⁸.

9.5.2.3.3 – Videoconferência como instrumento para preservar o princípio da identidade física do juiz.

Embora o Código de Processo Penal não tenha, em sua redação originária, adotado o princípio da identidade física, tendo em conta a importância do contato direto do juiz com o acusado, que é o principal ator do drama processual, em nenhum momento foi feita a previsão de sua realização por meio de carta precatória.

Em rigor, pode-se dizer que a lógica adotada pelo legislador foi de que o acusado tem o dever de comparecer perante o juízo no qual tramita o processo, sendo irrelevante a circunstância de residir

cia/juris. Acesso em 14 fev. 2011.

²⁰³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Data da decisão 17/09/2009 Disponível em www.stj.jus.br/jurisprudencia/juris. Acesso em 14 fev. 2011

²⁰³⁷ Ibid.

²⁰³⁸ Nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus 107769/PR, em voto redigido pela Ministra CÂRMEM LÚCIA, assim decidiu: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER SIDO O INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. PACIENTE ASSISTIDO NESSE ATO PROCESSUAL POR DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. 2. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO QUE COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. 1. Interrogatório do Paciente realizado pelo juízo deprecado com a presença de defensor dativo. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de ‘prova impossível’, o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 2. Ausência de desarmonia entre o que decidido na sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar e as provas colhidas, entre as quais o interrogatório do Paciente no juízo deprecado. Inexistência de afronta ao princípio da identidade física do juiz. Precedente. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto e comporta flexibilização. 3. Pretensão de deslocamento do Paciente ou do Conselho Permanente de Justiça para ouvi-lo. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual não é possível reexame de provas em habeas corpus. 4. Ordem denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Data da decisão: 18/10/2011. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em 22 jan. 2013.

²⁰³⁹ Cf. item 9.5.2.3, supra, no qual se sustenta que o direito ao silêncio, entendido como decorrência lógica do direito à ampla

em outra localidade. Quando o interrogatório era visto como mais um meio de prova do que direito de defesa, o acusado tinha o dever comparecer para ser inquirido pelo juiz, sob pena de ser conduzido coercitivamente²⁰³⁹.

Agora, na perspectiva do direito de defesa, o acusado, se tiver o interesse de se explicar perante o juiz responsável pelo seu julgamento, caso resida em outra localidade distinta daquela em que tem curso o processo, precisa se deslocar até o juízo competente. O interrogatório é facultativo, direito do acusado, porém, caso queira exercê-lo, em princípio, terá de comparecer em juízo.

Convenhamos, a inquirição por meio de carta precatória na *forma tradicional* não se conforta com o princípio da identidade física do juiz. Com efeito, na forma tradicional, com o envio da carta precatória, o acusado é ouvido pelo juiz deprecado, magistrado distinto do que é o titular do processo e encarregado do julgamento. Em caso de expedição da carta precatória²⁰⁴⁰ para que o acusado seja ouvido por videoconferência, quem vai tomar o interrogatório será o próprio juiz encarregado do julgamento.

Pois bem, tendo em consideração tudo o que já se falou a respeito do interrogatório, de que vale prestar os esclarecimentos e tentar, das mais diversas formas – o que inclui, além das palavras, o comportamento em si, os gestos, a forma de se vestir etc. – convencer o juiz que está lhe ouvindo, se o magistrado que vai julgá-lo é outro?

A reflexão sobre essa indagação está a revelar que o interrogatório por videoconferência, previsto com a inclusão do §1º no art. 399 do CPP, pela Lei nº 11.900, de 2009, não representa apenas passo adequado à informatização do processo, preconizada na Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, mas, especialmente, para conferir maior amplitude e efetividade ao princípio da identidade física do juiz.

O primeiro aspecto a ser salientado quanto aos preceitos que regulamentam a videoconferência, é que o legislador, com desenganado acerto, manteve a ideia originária, qual seja, a de que, de regra, o interrogatório deve ser tomado na audiência una, com a presença física do acusado. Por conseguinte, diferentemente do tratamento legislativo dispensado para a inquirição de testemunhas²⁰⁴¹, para fins de interrogatório, a videoconferência ou a utilização de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real é uma excepcionalidade, a exigir decisão motivada do juiz, explicitando que a medida tem como escopo atender um dos seguintes fins: (a) prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa

defesa, compreende o direito de não comparecer para ser interrogado, de modo que, com a Constituição de 1988, deixou de ser obrigatório para ser facultativo, estando, por conseguinte, revogado o art. 260, caput, do CPP. Cf., ainda, SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 153159.

²⁰⁴⁰ De acordo com a Resolução 105, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, deve ser expedida a carta precatória para fins de videoconferência, tanto quando se trata de depoimento testemunhal, quanto de interrogatório. Até porque, de outra forma, não se teria como fazer a distribuição do pedido de colaboração no Juízo demandado, a não ser que haja um sistema eletrônico nacional integrado desenvolvido para o agendamento das videoconferências, que, inclusive, está sendo desenvolvido pelo Conselho da Justiça Federal - CJF. Quando houver sistema dessa natureza, a carta precatória poderá ser eliminada. Acrescente-se, apenas, que a carta precatória pode, e deve, ser expedida na forma eletrônica, nos termos da Resolução nº 100, de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.

²⁰⁴¹ Quanto à testemunha, em homenagem ao princípio da identidade física do juiz, caso resida em localidade distinta do juízo em que tramita o processo, a oitiva deve ser feita por meio de videoconferência. Assim, "... estando a testemunha em outra unidade da federação, a realização da inquirição por videoconferência será feita com a presença da testemunha no fórum do Juízo no qual ela reside. Será expedida a carta precatória, com a solicitação de que o juiz deprecado, no dia e hora previsto, havendo possibilidade tecnológica, intime a testemunha para comparecer naquele Juízo, a fim de que ela participe da audiência una realizada no Juízo deprecante, mediante a sua inquirição por videoconferência. Verifique-se que, em verdade, com o auxílio da tecnologia, a testemunha, estando em outra unidade da federação, participa da audiência una levada a efeito no Juízo deprecante." (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 253)

²⁰⁴² Na qualidade de Conselheiro, fomos o relator dessa Resolução, aprovada, à unanimidade, no plenário do CNJ.

fugir durante o deslocamento; (b) viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (c) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 do CPP; (d) responder à gravíssima questão de ordem pública. (art. 185, § 2º, I/IV).

O segundo aspecto é que, diante da dicção normativa do §2º art. 185 do Código de Processo Penal, a videoconferência só há de ser realizada quando se tratar de acusado preso. Isso porque lá está dito que “Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real...” (Grifamos). Conquanto essa seja a interpretação literal que sobressai da leitura do §2º do art. 185 do CPP, ela não parece ser a mais acertada. Pelo menos em duas hipóteses manifesta-se razoável admitir a videoconferência de réu solto, quais sejam: (i) impossibilidade de comparecimento em razão de problemas de saúde ou (ii) de ordem financeira. Essa é, em verdade, a interpretação mais consentânea do inciso II do §2º do art. 185 do CPP, que autoriza a realização da videoconferência do interrogatório, para fins de “viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para o seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstâncias pessoal.”

Tenha-se que essa foi a inteligência emprestada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰⁴² à matéria, ao deixar expresso, no caput do art. 6º da Resolução nº 105, de 2010, que nas hipóteses em que o acusado, estando solto, quiser prestar o interrogatório, mas haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal, o ato deverá, se possível, para fins de preservação da identidade física do juiz, ser realizado pelo sistema de videoconferência, mediante a expedição de carta precatória. Portanto, a expedição da carta precatória na forma tradicional para fins de interrogatório só é pertinente quando não for possível o seu cumprimento por videoconferência e desde que, tendo o acusado demonstrado a intenção de ser ouvido, justifique a sua impossibilidade de se deslocar para comparecer perante o juiz do processo, seja por problema de saúde, seja em razão de problema de saúde, dificuldade de deambulação ou financeira.

Quanto à realização do interrogatório por videoconferência, ademais da necessidade de que as partes sejam intimadas da decisão com a antecedência mínima de 10 (dez) dias da data da realização do ato, é preciso, sob pena de nulidade, que sejam asseguradas ao acusado as seguintes garantias: (a) direito de acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento (art. 185, §4º, do CPP); (b) direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor, o que compreende o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso (art. 185, §5º, do CPP).

O direito de acompanhar, de onde se encontra para participar da videoconferência, os atos da audiência realizados no juízo deprecante, decorre de *direito de participação*, que, ao fim e ao cabo, garante ao acusado a possibilidade de tomar conhecimento de todas as provas existentes contra si e usar o interrogatório como a oportunidade de ele próprio se defender perante o juiz. Note-se que o interrogatório, conforme o art. 400, caput, do CPP, há de ser realizado após toda a instrução processual, exatamente para permitir ao acusado que, quando for se explicar ao juiz, tenha conhecimento de todas as provas que há no processo. Portanto, em se tratando de interrogatório por videoconferência, não basta fazer o contato remoto para colher o depoimento, mas tem de se assegurar ao acusado o direito de assistir, à distância, todo o desenrolar da audiência.

Por sua vez, o direito de entrevista com o advogado, tanto prévia quanto no decorrer da audiên-

²⁰⁴³ Aqui é irrelevante se o processo é da competência da justiça federal ou estadual. O que importa para definir se a atribuição é da

cia, provém do direito que o acusado possui de *auxiliar na sua defesa*. Cabe notar que, da maneira como redigido o dispositivo, evidencia-se que se exige, para a validade do ato, além da assistência jurídica no Juízo deprecante, sede na qual se dá, para todos os efeitos, a audiência una, que haja um defensor no local em que prestado o depoimento. Não temos dúvida de que assim procedeu o legislador no sentido de cercar o acusado de mais garantias, quando o seu interrogatório é prestado de dentro de estabelecimento carcerário.

Se assim é, estando solto o acusado, sendo o interrogatório por videoconferência prestado no Juízo deprecado, a ausência de defensor no local não acarreta nenhuma nulidade. Nada obstante esse entendimento, a fim de evitar que, mesmo nesse caso, se entenda pela invalidade do ato, o melhor é que seja providenciado defensor para o ato. A respeito da exigência de defensor no local do depoimento quando se trata de interrogatório prestado de dentro de estabelecimento carcerário, parece claro que o exercício dessa função há de ser levada a efeito por defensor público, da União ou do Estado, a depender do estabelecimento prisional, se federal ou estadual²⁰⁴³, mesmo que o acusado esteja, no ato, perante o Juízo deprecante, sendo representado por advogado constituído.

O legislador ainda cuidou de exigir que o corregedor, o juiz de cada causa, assim como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil fiscalizem a sala no estabelecimento prisional reservada para a realização de atos processuais pelo sistema de videoconferência. Isso sem prejuízo de o juiz das execuções, nas visitas mensais aos estabelecimentos penais, fazer essa fiscalização (art. 185, §6º, do CPP).

O legislador, todavia, foi omissivo por não ter deixado expresso que a direção do ato processual realizado por meio de videoconferência, cabe ao juiz do processo, sob pena de malferição ao princípio da identidade física do juiz. Até porque, mesmo quando for o caso de acusado solto, em que a expedição da carta precatória para o interrogatório se faz em consonância com o art. 185, § 2º, II, do CPP, para todos os efeitos, o depoimento será na audiência una realizada no juízo deprecante, de modo que a direção do ato cabe ao juiz do processo. Basta que no juízo deprecado, no local em que o acusado prestar o seu interrogatório, estejam presentes servidores para viabilizar a videoconferência e manter a ordem.

A fim de dissipar dúvidas a respeito, o Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 105, de 2010, esclareceu que, na videoconferência para a oitiva de testemunha, bem assim, no interrogatório do acusado, a prática do ato deve ocorrer durante a audiência una na qual é promovida a instrução referente aos demais depoimentos pessoais, sob a direção do juiz do processo que, em relação à videoconferência, é o deprecante (arts. 3º, §2º e 7º, caput)

Certamente, em algum momento, a validade da videoconferência será debatida no STF, mas não se acredita que saia vitoriosa a tese, já adiantada por alguns membros da Suprema Corte, de vício de inconstitucionalidade material do interrogatório por essa via, pois não há violação ao exercício da defesa efetiva.

Não serve de referência a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Habeas Corpus 88.914, relatado pelo Ministro Cezar Peluso²⁰⁴⁴, segundo a qual o interrogatório feito "... por teleaudiência, estaria eivado de nulidade, porque violado o seu direito de estar, no ato, perante o juiz." Isso porque, quando do julgamento em referência, ainda não havia sido editada a Lei nº 11.900,

defensoria pública da União ou do Estado é a natureza do estabelecimento prisional. Se o preso está em presídio ou estabelecimento carcerário federal, o dever de assistência jurídica é da União. Sendo o presídio estadual, a assistência recai sob a responsabilidade da defensoria pública do Estado.

²⁰⁴⁴ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.org.br/jurisprudencia. Acesso em 3 nov 2008. Merece transcrição o que consta do Informativo: "Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, esta, consubstanciada nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa. Nesse sentido, asseverou-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) presuppõe a regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais. Assim, nos termos do Código de

de 2009, de modo que a videoconferência havia sido realizada quando não existia ainda previsão no Código de Processo Penal quanto à utilização desse recurso tecnológico.

Por isso mesmo, no julgamento do HC 90.900, em que relatora a Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu apenas a inconstitucionalidade formal de lei estadual paulista que disciplinava o interrogatório por videoconferência, ao fundamento de que só a União pode legislar sobre matéria processual²⁰⁴⁵.

9.5.2.3 – Exercício do direito ao silêncio que não pode servir de fundamento para a condenação do acusado.

Só como advento da Constituição de 1988 pode-se dizer que no sistema jurídico brasileiro restou catalogado o direito ao silêncio. Em razão disso, ainda que com alguma demora, o legislador infraconstitucional cuidou de modificar, por meio da Lei nº 10.792, de 2003, a redação do art. 186 do Código de Processo Penal, para deixar expresso, no parágrafo único enxertado ao referido dispositivo, a assertiva de que o silêncio, além de não valer como confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Também em decorrência de a cláusula constitucional em destaque possuir natureza jurídica de direito de defesa, o legislador ordinário tratou de revogar, igualmente, a norma do art. 191 do Código de Processo Penal, que, na sua redação originária, impunha ao juiz, como dever de documentação do interrogatório, fazer consignar, no termo, as perguntas que o acusado, ao invés de responder, eventualmente preferir silenciar²⁰⁴⁶. O legislador, a esse respeito, apenas retificou a legislação subconstitucional a fim de adequá-la à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em reiterados julgados, acompanhando o entendimento da doutrina, afirmou estar revogada aquela observação então registrada no art. 186 do Código de Processo Penal²⁰⁴⁷.

Processo Penal, a regra é a realização de audiências, sessões e atos processuais na sede do juízo ou no tribunal onde atua o órgão jurisdicional (CPP, art. 792), não estando a videoconferência prevista no ordenamento. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-la deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto, o que não ocorreria na espécie. Ressaltou-se, ademais, que o projeto de lei que possibilitava o interrogatório por meio de tal sistema (PL 5.073/2001) fora rejeitado e que, de acordo com a lei vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado. Entendeu-se, no ponto, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão —perantel não contemplaria a possibilidade de que esse ato seja realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema. Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível. Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando impedido o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restringir-se-ia a defesa penal. HC 88914/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 14.8.2007. (HC-88914)” (Ibid.).

²⁰⁴⁵ Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal. J. em 30 nov. 2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 3 nov 2008

²⁰⁴⁶ A redação do art. 191 era um corolário lógico da possibilidade de o silêncio ser interpretado em prejuízo da própria defesa, conforme era permitido pelo art. 186 do CPP, antes de sua modificação pela Lei nº 10.792/2003. O juiz consignava no termo as perguntas que não tinham sido respondidas para poder, na sentença, fazer-lhes referência e, assim, ter condições de externar os motivos pelos quais interpretava o silêncio em prejuízo da defesa. MIRABETE, sobre o assunto, era de opinião de que o direito ao silêncio, previsto na Constituição, não tinha revogado o art. 191 do CPP, pois isso permite que o advogado ou defensor do acusado invoque “... uma razão compreensível para o seu silêncio facilitando a sua defesa ou, pelo menos, apagando a má impressão causada, naturalmente, pela sua recusa em falar.” (Op. cit., p. 282). Com o devido respeito, mas não parece que assim fosse, pois a razão da existência do art. 191 com aquele conteúdo não era essa. O dever de documentação era para que o juiz pudesse, ao exarar a sentença, fazer referência ao fato de o acusado ter silenciado. Na falta de documentação desse acontecimento ocorrido oralmente na audiência, o juiz não poderia, à evidência, fundamentar a sua decisão com base nesses elementos, até porque não se saberia, ao certo, quais teriam sido as perguntas, com os seus respectivos conteúdos, que não tinham sido respondidas pelo acusado.

²⁰⁴⁷ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC – Processo: 8451, SP, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 19/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 26 fev. 2005; STF, HC 75.616, Primeira Turma, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, data 14.11.1997, RT 748563

Por pura desatenção do legislador, a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, conquanto tenha modificado os arts. 186 e 191 do CPP, deixou de revogar o art. 198, também do CPP. Assim, de forma assistemática, hoje o art. 186, parágrafo único, do CPP diz que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”, enquanto o art. 198 do mesmo diploma legal, contraditoriamente, informa que “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.” A solução é permanecer com o entendimento de que o art. 198, foi revogado com a introdução efetiva do direito ao silêncio na qualidade de corolário lógico do princípio da ampla defesa, como, aliás, já vinha decidindo, mesmo antes da alteração legislativa, o Supremo Tribunal Federal, pois, além de acentuar que o acusado tinha o direito ao silêncio, aquela Alta Casa de Justiça firmou passo no entendimento de que o acusado tinha o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio²⁰⁴⁸.

A bem da verdade, algo deve ser acrescentado a respeito desse assunto. Por mais que tenha sido revogada a advertência de que o silêncio do acusado poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa e, em seu lugar, tenha sido colocada a observação de que o silêncio não importa em confissão nem pode ser interpretada em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único), a situação do acusado fica deveras delicada quando ele diz que prefere não responder uma determinada pergunta. Ainda que seja desfeito ao juiz, na sentença, fazer alguma consideração na sentença quanto ao silêncio do acusado, a impressão negativa que daí resulta não deixa de ser sopesada no subconsciente do magistrado, quando da sua valoração sobre os fatos.

Exatamente em razão dessa realidade, o advogado criminalista atento não recomenda, nunca, que o seu cliente se abstenha de responder a alguma pergunta que lhe seja formulada pelo juiz, razão pela qual raramente acontece de o acusado deixar de respondê-la²⁰⁴⁹. Por isso mesmo, o advogado orienta para que o seu cliente dê a resposta, ainda que não corresponda à verdade. Diferente é quando se trata de interrogatório perante autoridade que não tem o poder de julgar o acusado, como é o caso do delegado de polícia e, no mais das vezes, dos membros das Comissões Parlamentares de Inquérito. Nesses casos, sim, de regra, quanto menos o acusado falar, melhor, pois evita que ele, mesmo por via reflexa, incrimine-se, entre em contradição ou revele detalhes que podem dificultar, posteriormente, a definição da linha de defesa.

Assim como calar perante o juiz não é estratégia da melhor defesa, falsear a verdade no interrogatório, nem sempre se mostra produtora. Quanto à decisão se o melhor é prestar o interrogatório ou não, o é determinante não é propriamente o maior ou menor grau de instrução do acusado, senão

²⁰⁴⁸ Ibid

²⁰⁴⁹ Nas aulas sobre o direito ao silêncio, costumava afirmar que, durante mais de uma década de magistratura, nunca tinha deparado com hipótese em que o acusado manifestasse, na audiência, o direito de ficar em silêncio diante de uma determinada pergunta. Porém, isso ocorreu uma vez, em processo indivíduo para testemunhar, e o objetivo, que é a propriedade do objeto ou do fato a ser testemunhado ou recordado (diz respeito à memorialidade, que é a capacidade do objeto para se fazer recordar com exatidão). Consoante lembra MIRA Y LOPES, vários fatores podem influenciar em um depoimento: a) modo como percebeu o evento criminoso; b) modo como a memória conservou o evento; c) modo como é capaz de evocá-lo; d) modo como quer expressá-lo; e) modo como pode expressá-lo; f) da maior ou menor duração dos estímulos; g) do maior ou menor grau de iluminação; h) do silêncio; i) da falta de atenção; j) do desvio da associação de ideias do seu curso normal; k) da imaginação; l) da emoção; m) das ilusões; n) das alucinações; o) da perturbação da memória; p) da falta de interesse; q) da paixão; r) da paranóia; s) da imbecilidade; t) da histeria; u) da melancolia; v) do tempo: a exatidão da recordação tende a diminuir com o passar do tempo. no qual se apurava crime de roubo a agência bancária. A linha da autodefesa no interrogatório era de negativa de autoria. O acusado chegou com uma história pronta e acabada sobre o local no qual se encontrava quando da ocorrência do crime, o que estava fazendo e com quem se encontrava. Mais à frente, diante de uma pergunta para qual ele não estava preparado, o acusado, após hesitar bastante, resolveu dizer que preferia não responder. Nesse momento, ele produziu uma prova fortíssima contra si, que ficou no subconsciente do julgador. O advogado, diante do silêncio de seu cliente, ficou visivelmente incomodado, uma vez que ele, sabiamente, percebeu, diante do contexto da situação, como tinha sido desastroso aquele comportamento.

²⁰⁵⁰ Em rigor, o acusado é uma espécie de testemunha de seus próprios atos, de modo que ele está sujeito, como alerta ENRICO AL-

as suas condições pessoais que podem, em uma situação como a do interrogatório, ser favoráveis ou desfavoráveis à defesa²⁰⁵⁰. Do mesmo modo como ocorre no testemunho, o acusado, ainda se for inocente e disser, no interrogatório, a verdade, ele pode comprometer-se perante o juiz. Às vezes o depoimento do acusado é distorcido sem o interesse propriamente dito de falsear a verdade, mas pela falsa percepção dos fatos e até porque, por questão de ordem psicológica, é natural que a pessoa, ao realizar um ato impulsivo, tenha uma memória lacunar dos fatos, de modo que, não são poucas vezes, ele “... só mantém claro na recordação o elemento central, podendo não se recordar de tudo o que fez contra os outros...”²⁰⁵¹. Muitas vezes, em razão da fidelidade, o depoimento é sem lógica, contraditório e, por isso mesmo, considerado pouco fiel, justamente porque se julga que o acusado não foi sincero²⁰⁵². Ademais disso, não se pode esquecer que é natural o nervosismo do acusado, principalmente quando ele é inocente, porquanto ele sabe, mais do que ninguém, que o interrogatório é o momento único que possui para tentar convencer, com as suas palavras, aquele que vai julgá-lo, além de se constituir em ato processual sobremaneira importante.

É comum o advogado, ao aceitar a causa do cliente, dizer a este que ele terá de cumprir a sua parte, que é tentar, quando da realização do interrogatório, demonstrar ao juiz que é inocente. Ora, se até a testemunha, que não vai ser julgada, sente-se incomodada em ficar diante do juiz com o compromisso de dizer a verdade, pois tem a preocupação de fazer-se acreditar quanto àquilo que está dizendo, imagine-se como não fica o acusado que é inocente²⁰⁵³. Por isso mesmo, todo bom advogado criminalista sabe que o interrogatório é um momento processual por demais decisivo para a sorte de seu cliente. Em que pese se trate de oportunidade ímpar para que o acusado se faça conhecer pelo juiz e possa dar a sua versão sobre a imputação delituosa que lhe é feita, sabe-se que eventuais deslizamentos ou a má-impressão deixada perante o julgador podem ser decisivos para a condenação²⁰⁵⁴. Por isso mesmo, o advogado diligente procura, de toda maneira, orientar o seu cliente como deve comportar-se diante do juiz²⁰⁵⁵. Ainda que, por questão de ordem ética, o advogado não deva determinar o conteúdo do inter-

TAVILLA, aos mesmos erros que perturbam o depoimento (Op. cit., p. 10). O fenômeno psicológico do testemunho tem o aspecto subjetivo, que é a capacidade psicológica do

²⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 11. O testemunho é formado por um processo que se inicia com a apreensão dos fatos pelos sentidos, gerando os estímulos que são conduzidos para os centros cerebrais, daí advindo as sensações que concebem as percepções, sendo estas o conteúdo puro do testemunho.

²⁰⁵² Todo depoimento possui certo coeficiente pessoal na percepção e na evocação mnemônica (associação daquilo que deve ser memorizado com dados da experiência já conhecidos ou vividos), daí por que não há nada mais errado do que se supor que as palavras do acusado devem encaixar-se como peças de um quebra-cabeça. Na psicologia judiciária, costuma-se identificar dois tipos de depoimento: aquele que é sereno, retilíneo e seguro, como o vôo de andorinha, e aquele que é conturbado, sinuoso e inseguro, como o vôo de morcego. A excessiva preocupação em relatar detalhes, com fatos bem encaixados, deve ser recebida com certa desconfiança, pois, mesmo que corresponda à verdade, exige que o acusado tenha memória fotográfica e atenção difusa incomum para a observação das pequenas coisas. Não é sem razão a conclusão de ALTAVILLA: “Essa recordação exageradamente precisa, ou é consequência da atenção febril de quem cometeu ou está para cometer um crime, em virtude do qual um acontecimento pode ter sido registrado com toda a precisão, nos seus mais pequenos detalhes, por via do interesse que despertava no culpado, interesse que não poderia explicar-se num espectador indiferente, ou é consequência de um acto de atenção forçada, no caso do acusado ter querido fixar pequenas circunstâncias incalculáveis, com a evidente finalidade defensiva de dar à sua narrativa, ao seu alibi, uma aparência de veracidade.” (Op. cit., p. 16).

²⁰⁵³ Mesmo um juiz, advogado ou membro do Ministério Público, que passaram vários anos estudando, quando participam da primeira audiência sentem o peso da responsabilidade. Em alguns casos, o profissional já tem bastante experiência em fazer audiência, mas não na nova função, quando ocorre após aprovação em concurso para juiz ou membro do Ministério Público. A solenidade do ambiente judicial e a importância do ato processual conspiram para a anormalidade psicológica de quem vai depor

²⁰⁵⁴ Em pesquisa informal, feita mediante conversas com vários juizes de larga experiência, pode-se dizer que a prova decisiva para o processo, mesmo quando o acusado comparece para negar a sua participação no *eventus sceleris*, decorre da impressão que se tem com o interrogatório, servindo a prova testemunhal para corroborar, ou não, aquela primeira impressão.

²⁰⁵⁵ Não se pense que isso somente ocorre no tribunal do júri. O advogado recomenda a seu cliente que seja calmo, paciente, educado e seguro nas afirmações e, ainda, que se apresente ao juiz, sem exageros, vestido adequadamente. É óbvio que a boa defesa começa com a impressão positiva que o acusado consegue transmitir ao juiz que irá julgá-lo.

rogatório, afinal de contas a escolha entre dizer a verdade ou mentir é algo que consulta o *livre-arbítrio* do cliente, ele tem de mostrar as consequências das afirmações e pode, até mesmo, acrescentar o que seria recomendável falar²⁰⁵⁶.

Tendo em conta todos esses aspectos, muitas vezes, como estratégia de defesa, o mais adequado é que o acusado sequer atenda ao chamamento judicial para o seu interrogatório. Com base nessa perspectiva e na de que o interrogatório, agora, é substancialmente meio de defesa, mais especificamente forma de autodefesa que complementa a defesa técnica, a conclusão que se tira é de que o acusado tem o direito de, como estratégia de defesa traçada por seu advogado, abrir mão do direito de audiência e deixar de comparecer ao interrogatório.²⁰⁵⁷ Nesse passo, o art. 260, caput, do Código de Processo Penal estará revogado, na medida em que ele confere ao juiz o poder de determinar a condução à força do acusado a sua presença, a fim de que seja realizado o seu interrogatório.

Nessa ótica, o direito ao silêncio compreende, igualmente, o direito de não comparecer ao interrogatório ou de não prestá-lo, mesmo presente à audiência de instrução e julgamento. Contudo, no julgamento do Habeas Corpus 79.244/DF, aqui já referido, impetrado por Francisco Lopes contra ato praticado por Comissão Parlamentar de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal, pela pena do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em votação unânime, concluiu que do direito ao silêncio, consagrado em nosso sistema jurídico após a Constituição de 1988, “... não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas que entenda possam vir a incriminá-lo.”²⁰⁵⁸ Assim, naquela decisão, ocorrida no ano de 2000, o STF firmou posição no sentido de que, conquanto ao acusado seja reconhecido o direito ao silêncio, ele não pode recusar-se a comparecer ao interrogatório, pelo que continua possível a sua condução coercitiva, caso ele recalcitre em atender ao chamamento judicial.

Todavia, logo depois, no exame do Habeas Corpus 80.592/PR, relatado pelo Ministro SYDNEY SANCHES²⁰⁵⁹, cujo julgamento ocorreu em 3 de abril de 2001, a Primeira Turma do Supremo Tribunal

²⁰⁵⁶ O advogado criminalista não deve ser recriminado, por mais hediondo que seja o crime, por exercer a defesa do acusado no processo. O causídico não defende o delinquente, mas o homem. Não defende o crime que foi praticado, e, sim, a pessoa que o praticou. Ademais, conforme já foi visto, o princípio da ampla defesa no ambiente criminal resulta na assertiva de que, sem defesa efetiva e eficiente, não é possível, validamente, se condenar alguém pela prática do crime. Um profissional do Direito terá de assumir a defesa do acusado, sob pena de o processo ter de ficar paralisado. Na cidade de Touros, interior do Rio Grande do Norte, nos idos do ano de 1986, ocorreu um crime denominado *Crime da lagoa do sal*, em que o empregado de uma fazenda assassinou um colono, militante do Movimento dos Sem-Terra – MST. O delito suscitou extrema comoção, com o incentivo de diversas entidades ligadas à luta popular pela racionalização da distribuição de terra. Como o acusado não tinha condições de constituir advogado, todas as vezes que era nomeado um defensor dativo, logo depois o advogado comparecia perante o juiz, para declinar do *munus publicum*, em virtude das fortes pressões feitas pelas entidades de classe que apóiam o movimento dos rurícolas. A situação só foi equalizada, quando o juiz convocou os representantes das diversas entidades, para explicar que, com a pressão feita aos advogados nomeados para que desistissem de defender o acusado, o processo não podia ter andamento. No *Caso COLLOR*, o renomado advogado ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO foi recriminado, até mesmo por entidades que se dizem democráticas, pelo fato de ter assumido a defesa do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello.

²⁰⁵⁷ No direito inglês, embora o acusado não possa a ser obrigado a ser interrogado contra a sua vontade, o Police and Criminal Act 1984 confere à autoridade policial, em certas circunstâncias, o poder de deter uma pessoa para fazer o seu interrogatório, o que é muito criticado. (Cf. ESPENCER, John. O processo penal na Inglaterra. IN: *Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia*. Mereille Delmas-Marty (org.). Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004, p. 86.

²⁰⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC – Processo: 79244, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, un., Data da decisão: 23/02/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 23 mar. 2005.

²⁰⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL, INSTAURADO POR DELEGADO DE POLÍCIA. “HABEAS CORPUS” CONTRA ESSE ATO, COM ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO S.T.F. E DE AMEAÇA DE CONDUÇÃO COERCITIVA PARA O INTERROGAÓRIO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S.T.F. PARA O JULGAMENTO DO “WRIT”. INDEFERIMENTO DESTES. Data da decisão: 03/04/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 07 abr. 2005. Merece destaque a parte da ementa assim redigida: “Por outro lado, o Parlamentar pode ser convidado a comparecer para o interrogatório no Inquérito Policial, (podendo ajustar, com a autoridade, dia, local e hora, para tal fim – art. 221 do Código de

Federal, sem discrepância de votos entre os ministros que participaram da sessão, expressou o entendimento de que, quando a pessoa é convocada para depor, mas deixa de comparecer ao interrogatório, ela não pode ser conduzida coercitivamente, uma vez que a sua recusa em se fazer presente perante o juiz deve ser interpretada como se ela tivesse preferido calar-se. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, à unanimidade, em voto da lavra do Ministro FERNANDO GONÇALVES²⁰⁶⁰, em que pese tenha entendido que o acusado pode ser obrigado a participar da audiência de reconhecimento – o que, conforme a tese aqui esposada contraria a cláusula constitucional em foco, pois o acusado não pode ser coagido a produzir prova contra si –, afirmou que não há obrigatoriedade quanto ao comparecimento ao interrogatório.

Tem-se, assim, que a verdadeira essência do direito ao silêncio, como decorrência lógica da magna cláusula da ampla defesa, confere ao acusado o direito de não ser obrigado, forçadamente, a produzir prova contra si, preceito que contempla, igualmente, o direito de o acusado, como forma de estratégia de sua defesa, deixar de comparecer ao interrogatório, razão pela qual se conclui que o art. 260 do Código de Processo Penal encontra-se revogado.

Cabe agregar ainda a respeito do tema que, dentre as alterações introduzidas no procedimento previsto para os crimes julgados pelo tribunal do júri, eliminou-se a ausência do acusado como causa de adiamento do julgamento. Aliás, a redação do caput do art. 474 Código de Processo Penal é bastante clara ao dizer que “... será o acusado interrogado, se estiver presente...”²⁰⁶¹ Ou seja, se não estiver presente, não há o interrogatório, devendo o juiz passar para a fase dos debates entre o Ministério Público e a defesa.

Assim, para os julgamentos pelo tribunal do júri, o interrogatório passou a ser, expressamente, facultativo. Entretanto, a Lei nº 11.719, de 2008, deixou de revogar o art. 260 do Código de Processo Penal, pelo que, em relação aos demais procedimentos, contraditoriamente, embora se trate o interrogatório de um direito, continuaria a ser ato obrigatório, mesmo quando, como estratégia de defesa, o melhor fosse o acusado não praticá-lo.

Como se não bastasse, alguns juízes adotam a prática de em grandes operações, quanto aos investigados em relação aos quais não impõe a prisão temporária ou preventiva, determinar a condução coercitiva, a fim de que seja prestado o interrogatório. Esse tipo de medida, por exemplo, foi adotada no caso de repercussão nacional envolvendo corrupção sistêmica na Petrobrás, mais conhecido como *Caso PETROLÃO*. Consoante o entendimento aqui esposado, essa medida igualmente se mostra inadequada, pois a pessoa não pode ser obrigada a prestar o interrogatório. A condução coercitiva pode ser feita em relação a quem é testemunha dos fatos. No entanto, naturalmente que não se pode utilizar como subterfúgio a condição de testemunha para fazer com que, mediante a condução coercitiva, sejam feitas perguntas que possam incriminá-la.

Por fim, sobre esse tema, mesmo que se entenda que o art. 260 do CPP não está revogado e que em virtude dele, mesmo sendo agora tratado como direito, o interrogatório não é facultativo, deve ser considerado que a norma em foco dá ao juiz uma possibilidade, na medida em que diz que “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, .. a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.” Por conseguinte, mesmo assim, o juiz só excepcionalmente pode determinar a condução

Processo Penal), mas, se não comparecer, sua atitude é de ser interpretada como preferindo calar-se. Obviamente, nesse caso, não pode ser conduzido coercitivamente por ordem da autoridade policial, o que, na hipótese, até foi reconhecido por esta, quando, nas informações, expressamente descartou essa possibilidade.”

²⁰⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP – Processo: 346677, UF: RJ. TURMA, Data da decisão: 21/09/2002. Disponível em: www.cjf.gov.br/Juris/Juris.asp Acesso em: 4 fev. 2005.

²⁰⁶¹ Redação da Lei nº 11.689, de 2008.

²⁰⁶² A regra, agora, é que as razões finais, assim como a sentença, devem ser apresentadas em audiência. As exceções são básica-

coercitiva para o interrogatório, em decisão devidamente fundamentada. Até porque, do mesmo modo como se dá no procedimento do tribunal do júri, não estando o acusado presente à audiência, o juiz deve passar, sucessivamente, a palavra para o Ministério Público e para a defesa, a fim de que sejam apresentadas, em audiências, as razões finais e, em seguida, seja proferida a sentença²⁰⁶².

9.5.2.4 – Direito da pessoa de ser ouvida perante o responsável pela acusação, antes do oferecimento da denúncia.

Se o direito ao silêncio, como forma de autodefesa, compreende a garantia de o acusado ser ouvido pelo juiz, a fim de que ele possa fazer-se conhecer e contar a sua versão sobre os fatos que lhe são imputados, em visão mais alargada da cláusula constitucional permite que se enxergue, no preceito, uma garantia de que o direito de audiência se estenda ao prévio contato com aquele que é o responsável em formular a peça acusatória. Com efeito, em um sistema realmente garantista, parece fundamental que o acusado tenha o direito de ser ouvido pelo membro do Ministério Público que tem a responsabilidade de definir se aqueles elementos probatórios produzidos pela autoridade policial são idôneos, ou não, para o oferecimento da denúncia.

Observe-se que, se o interrogatório, a partir da Constituição de 1988, passou a se constituir essencialmente um direito de defesa, abandonando, dessa forma, o seu então conteúdo misto, como espécie de defesa e de meio de prova, qual o sentido de o indiciado ser ouvido no inquérito, nessa condição, perante a autoridade policial? Ora, quando esta faz o interrogatório, é porque já apontou, por meio do indiciamento e de acordo com os elementos probatórios coligidos na instrução policial, a pessoa como a responsável pela prática do ilícito (art. 2º, §2º, da Lei nº 12.830, de 2013). Por conseguinte, o interrogatório em si, na esfera policial, pelo menos no que diz respeito ao indiciamento, de nada servirá para influenciar na conclusão do inquérito. Porque o interrogatório, em termos de efetividade como meio de defesa, não traz nenhuma consequência para a conclusão do inquérito, mostra-se patente que há necessidade de modificar-se essa sistemática.

De toda sorte, partindo da premissa de que o interrogatório, em nosso sistema, seja na esfera policial, seja na judicial, trata-se de exercício do direito de defesa pelo próprio acusado (autodefesa), tem-se que o mais adequado é que seja assegurada ao indiciado a oportunidade de ter contato direto com o membro do Ministério Público, no desiderato de dizer a este a sua verdade sobre os fatos. Com isso, o indiciado pode, muito bem, convencer o representante do *parquet* de sua inocência ou mesmo de que o seu comportamento, por mais injustificável que se apresente objetivamente, foi processado com base em explicações que, conquanto não sejam suficientes para a exclusão de criminalidade ou de culpabilidade, devem ser sopesadas na avaliação do caso, até mesmo, se possível, para fins de proposta da suspensão condicional do processo.

Observe-se que, na evolução do processo penal, a fim de remediar o erro político da Escola Clássica, a Escola Positiva esclareceu que não se deve julgar o caso (fato criminoso), senão a pessoa que praticou o crime, daí por que se faz necessário, com o auxílio de outras ciências, notadamente da Sociologia, Medicina, Antropologia e Criminologia, conduzir o processo judicial com a preocupação de permitir que o acusado seja efetivamente conhecido. Chamado, nessa mudança de paradigma, para o processo a fim de ser conhecido no sentido de fornecer provas, agora, a partir da nova orientação iniciada com a Escola da Nova Defesa Social e sedimentada em nosso sistema jurídico com a Consti-

mente duas: no procedimento ordinário, quando for deferido requerimento de diligências, feito em audiência ou cinco dias após, e quando a complexidade do caso ou o número de acusados recomendar a apresentação de memoriais.

²⁰⁶³ Sobre essa maior participação do acusado na fase pré-processual, na visão da Escola da Nova Defesa Social, cf. item 1.3.9,

tuição de 1988, a presença do acusado é exigida como instrumento necessário para a materialização do postulado da ampla defesa²⁰⁶³.

Convocado para a investigação pré-processual ou judicial a fim de defender-se, nada mais natural que ao acusado seja garantida a oportunidade de explicar-se perante o Ministério Público sobre os fatos apurados pela autoridade policial. Note-se que, concebido na redação originária do CPP sob a orientação de que o interrogatório era uma simbiose de prova e de meio de defesa – na verdade o legislador inseriu o instituto dentre as espécies de prova –, o acusado não tinha nenhuma oportunidade concreta de se fazer ouvir pelo membro do Ministério Público.

Ademais, na sistemática original do Código de Processo Penal, o membro do Ministério Público sequer era obrigado a comparecer ao interrogatório, posto que ele apenas era notificado desse ato judicial de fundamental importância, sendo irrelevante a sua presença. Salvo raríssimas exceções, quando se tratava de casos de maior repercussão na sociedade, é que o órgão ministerial cuidava de comparecer ao interrogatório. Dessa forma, a instrução processual servia para que o Ministério Público, finalmente, tivesse contato direto com as testemunhas e demais provas que tinham sido apuradas pela autoridade policial, mas não tinha nenhuma serventia para fazer com que aquele, pelo menos, ouvisse o acusado. Longe do acusado, de quem somente tinha notícia pelo que estava reduzido a termo nos autos, conforme ditado pela autoridade policial ou pelo juiz, pelas informações da vítima e das testemunhas e demais provas constantes dos autos, o *parquet* tinha o acusado como um ilustre desconhecido, cujo comportamento delituoso ele tem por missão conhecer a fundo, para o fim não só de formar o seu juízo quanto ao oferecimento da denúncia ou não, como também de definir qual deve ser a medida mais consentânea para responsabilizá-lo pelo ilícito e que se preste para a sua ressocialização.

A fim de reorientar a sistemática então vigente, a Lei nº 9.099, de 1995, concebeu a existência de uma fase preliminar, a qual, além de concitar à resolução consensuada do fato ilícito, serve para que o Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia, tenha um primeiro contato com aquele que é apontado como o autor do fato e, assim, possa melhor definir se a hipótese comporta denúncia ou pedido de arquivamento do termo circunstanciado. Nessa mesma linha de pensamento, embora por linhas transversas, a nova redação do art. 188 do Código de Processo Penal – redação determinada pela Lei nº 10.792, de 2003 – impõe a presença do Ministério Público ao interrogatório do acusado, com a possibilidade, até mesmo, de formular perguntas, desde que elas sejam pertinentes e relevantes. Essa modificação do Código de Processo Penal, ainda que não garanta a oportunidade de o acusado ser ouvido pelo Ministério Público antes do oferecimento da denúncia, representa grande avanço, pois permite que o membro do órgão ministerial tenha melhor conhecimento sobre aquele que ele está acusando da prática do crime²⁰⁶⁴.

Como foi visto anteriormente, com as inovações nos procedimentos ordinário, sumário e relativo ao tribunal do júri, implementadas com a Reforma Tópica de 2008, essa possibilidade de o acusado ser melhor conhecido pelo Ministério Público foi incrementada, uma vez que o interrogatório passou a ser colhido quando da realização da audiência una de instrução e julgamento, após a produção de todas as provas.

Com efeito, como para pedir a absolvição o *parquet* não está orientado pela cláusula da presunção de não culpabilidade ou do *in dubio pro reo*²⁰⁶⁵, para que ele postule nesse sentido é indispensável a sua participação no interrogatório. Na sistemática anterior, como o interrogatório era o primeiro ato

supra. Em relação às Escolas Clássica e Positiva, cf. itens 1.3.3 e 1.3.4, supra.

²⁰⁶⁴ Em muitos casos, tem-se a certeza de que, se o Ministério Público tivesse ouvido o acusado antes do oferecimento da denúncia, não teria sido ajuizada a ação penal.

²⁰⁶⁵ Cf. item 9.2.4, supra.

²⁰⁶⁶ Como aqui já foi dito, a redução a termo das palavras da pessoa ouvida em juízo, quando muito, fornece uma ideia do que real-

subsequente ao recebimento da ação penal, sem que fosse obrigatória a participação do Ministério Público, o único contato que este tinha com o acusado era por meio da interpretação abstraída da leitura do termo com o conteúdo das respostas dadas pelo acusado, o que nunca era capaz de conferir a segurança que somente é possível quando se está presente no ato, com a garantia de que eventuais inquietações do responsável pela persecução criminal sejam indagadas ao próprio interrogando²⁰⁶⁶.

Um dos benefícios dos poderes investigatórios do Ministério Público reside, justamente, nessa possibilidade de o membro do parquet ter contato mais direto com as provas, especialmente no que diz respeito à oportunidade de conhecer mais de perto o agente, antes mesmo de definir se os elementos probatórios ensejam o aforamento, ou não, da denúncia²⁰⁶⁷. Ademais, esse prévio contato do Ministério Público com o indiciado parece de imprescindível importância para o fim de permitir que o órgão ministerial defina se deve, ou não, oferecer a suspensão condicional do processo.

Justamente pelo fato de não ter essa audiência antes do oferecimento da denúncia, boa parte dos membros do Ministério Público deixa para formular, ou não, o pedido de suspensão condicional do processo, após ouvir a palavra do acusado, depois de oferecida a denúncia. Isso, na prática, tem ocorrido com frequência. Observe-se que, para pedir a suspensão condicional do processo, em linha de rigor, o acusado deve satisfazer aquelas condições reclamadas para a substituição da aplicação da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, razão pela qual daí resulta que o Ministério Público, para formular a proposta, deve verificar se “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias...” (art. 44, III, do Código Penal) indicam que a suspensão é pertinente para a solução do caso. Especialmente em relação aos aspectos atinentes à personalidade, é imprescindível que o Ministério Público tenha ouvido a palavra do indiciado, a fim de que, ao formalizar a acusação, avalie com substância a plausibilidade de pedir a suspensão condicional do processo. Como é que ele vai fazer efetivamente avaliação, na hora de fazer a denúncia, caso o Ministério Público não tenha tido a oportunidade de conversar com o acusado, de ver sequer o seu rosto?

Por isso mesmo, no nosso sentir, malgrado não conste do procedimento, quando satisfeito o requisito objetivo para a suspensão condicional do processo, isto é, a pena mínima não for superior a um ano, e houve indicativo na peça acusatória de que poderá ser formulada a proposta nesse sentido, com o recebimento da ação penal, “... o melhor é citar o acusado para, em dia e hora, comparecer em Juízo, para participar de uma espécie de audiência preliminar, na qual será tentada a solução consensual do processo criminal.”²⁰⁶⁸

9.5.2.5 – Incentivos legais à confissão, como forma de premiação ao acusado e, por via reflexa, de exercício, ainda que indireto, do direito de defesa: colaboração premiada.

mente foi apurado. Por mais que o juiz seja fiel na reprodução das palavras do acusado – o que, infelizmente, nem sempre ocorre, pois, não poucas vezes, o juiz, ao ditar o que foi respondido pela pessoa, expressa uma certa interpretação do que foi falado —, ainda assim, o que está escrito não consegue fornecer a devida dimensão da resposta, pois a compreensão desse meio de comunicação não se faz apenas pelas palavras, mas pelos gestos, pelo comportamento, pela entonação da voz, pela firmeza ou reticência, pelo contexto das perguntas, enfim, pela forma efetiva como ela foi manifestada pela pessoa entrevistada. Quem não participou do interrogatório, por mais talento que possua, não tem condições de avaliar, com profundidade, a essência do que foi transmitido pelo acusado. Para escoimar essa anomalia, além de deslocar o interrogatório para a audiência una, após a produção de todas as provas, a nova sistemática aplicável aos procedimentos estabeleceu, como regra, as razões finais e a sentença em audiência, ademais de permitir a documentação dos depoimentos em geral por meio de sistema audiovisual. Assim, caso eventualmente o representante do Ministério Público autor das razões finais seja diferente daquele que participou da audiência, será possível melhor conhecimento sobre as nuances do interrogatório (art. 405, § 1º, do CPP).

²⁰⁶⁷ Cf. item 9.3.2.2.1, *supra*.

²⁰⁶⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 112.

²⁰⁶⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: Dicionário da Língua Portuguesa. 3 ed., Rio de Janeiro:

Na primeira edição deste livro, tratamos os incentivos legais à confissão, então previstos em nosso sistema jurídico, como instrumentos hábeis à expansão do direito à ampla defesa no ambiente criminal. Como consequência das mais diversas notícias veiculadas na imprensa nacional sobre crimes de corrupção envolvendo agentes públicos, revelando o desvio de vultosos recursos financeiros para irrigar campanhas eleitorais e enriquecer agentes públicos, empresários e servidores, esse tema ganhou relevância no cenário nacional, sendo evidenciada e discutida a pertinência da utilização da colaboração – pejorativamente chamada de *delação* – de agentes participantes do esquema criminoso mediante a proposta e concessão de benefícios, tais como o perdão judicial, a redução da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e, até mesmo, a definição de regime de cumprimento da pena mais benéfico.

A despeito de o tema se encontrar na *ordem do dia*, suscitando densos debates políticos e doutrinários, que passeiam pelos aspectos de ordem jurídica e ética, efetivamente o assunto só mereceu a devida atenção do legislador brasileiro com a edição da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Uma coisa é certa: estreme de dúvidas, sem a colaboração obtida a partir da premiação, esses ilícitos de base organizativa, a exemplo dos crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, ainda que não ficassem de todo impunes, só ensejariam as condenações de alguns agentes, aqueles diretamente envolvidos com as operações, não havendo como reunir provas contra os mentores do esquema, geralmente os ocupantes de cargos relevantes na administração pública ou detentores de cargos eletivos.

9.5.2.5.1 – Delação ou colaboração premiada: colaboração com a sociedade como forma de defesa

Delação ou *colaboração premiada* consiste no acordo entre o investigado ou acusado e a autoridade policial ou o representante do Ministério Público. Dessa forma, o colaborador, como forma de barganhar a pena que lhe será aplicada aceita voluntariamente prestar informações cruciais para a desarticulação do grupo criminoso e para a identificação de terceiro que participou do fato delituoso. Em troca pela colaboração, o agente pode ser compensado com a extinção de sua punibilidade por meio do perdão judicial, redução da sanção, fixação de regime menos rigoroso de cumprimento da pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em outras palavras, a delação ou colaboração confere ao agente colaborador benefícios legais, forma de premiação que, por via reflexa, serve, ainda que mediatamente, para o exercício efetivo do direito à ampla defesa.

Etimologicamente, a palavra *delação* – é a preferida na linguagem comum – origina-se do latim *delatione* e, em explicação simples, traduz-se no ato de o investigado ou acusado revelar à autoridade policial ou ao representante do Ministério Público a participação de terceiro na empreitada criminosa. Por sua vez, a expressão premiar, conforme consta no Dicionário Aurélio Buarque, significa “dar prêmio ou galardão a; laurear; galardoar; pagar; recompensar; remunerar”²⁰⁶⁹. Tendo em conta esse aspecto, Damásio de Jesus²⁰⁷⁰ esclarece que a interlocução *delação premiada* é a “incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato).” Diz-se premiada por ser incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios, que podem consistir em redução da pena, perdão judicial, regime mais benéfico de cumprimento da pena etc.).

De acordo com os ensinamentos doutrinários, a colaboração premiada pode ser antes ou durante o processo. A primeira se dá na fase da investigação policial, antes de recebida a denúncia contra o acusado. A segunda, naturalmente, após o ajuizamento da ação penal e, até mesmo, após prolatada a

Nova Fronteira, 1999.

²⁰⁷⁰ Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9.

²⁰⁷¹ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 26, jul/set./2014, p. 58.

dito linhas atrás, na principiologia inicial do Código de Processo Penal, a fiança tinha uma função fundamental no sistema, pois ela servia para excepcionar os casos em que, nada obstante a pessoa tivesse sido presa em flagrante ou tivesse sua prisão decretada em virtude de sentença condenatória passível de recurso ou de decisão de pronúncia, ela pudesse obter a liberdade provisória e, assim, responder o processo em liberdade, enquanto não houvesse o trânsito em julgado. Isso porque, se ocorrida a prisão, fosse ela em flagrante ou emanada de ordem do juiz – prisão preventiva, prisão decorrente de sentença condenatória ou pronúncia –, salvo na hipótese em que ela contivesse ilegalidade de ordem formal, a liberdade provisória somente era admissível se o crime fosse afiançável²²¹¹.

Dessa maneira, no caso de flagrante delito, era de primordial importância saber se o crime era, ou não, afiançável. Se inafiançável, a pessoa não tinha o direito de obter a liberdade provisória. Quando muito, ela poderia obter, mediante o relaxamento da prisão, a liberdade pelo fato de ter ocorrido alguma ilegalidade na sua captura. Se afiançável o crime, desde que fosse pago o valor arbitrado pelo juiz ou pelo delegado de polícia (este apenas nos casos de crimes com pena de detenção), o agente tinha o direito de ser posto em liberdade e responder, nessa condição, o inquérito e o futuro processo.

Por isso mesmo, a fiança era estabelecida apenas para os crimes menos graves – além de outros requisitos, a pena mínima cominada não pode ser superior a dois anos (art. 323, I, do CPP). Repita-se, a regra era de que, ocorrida a prisão em flagrante, não fosse a hipótese de relaxamento da prisão, o agente somente poderia obter a liberdade por meio do pagamento da fiança. Assim, a circunstância de o crime ser afiançável ou não tinha sobremaneira relevância para definir sobre o direito de liberdade do agente. Com a disciplina de então, sendo a prisão em flagrante legal, para ter o direito à liberdade provisória, a pessoa precisava, em princípio, satisfazer dois requisitos: (1) ser o crime afiançável e, evidentemente pagar o valor estabelecido; (2) não haver motivo para a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP).

Acontece que tudo se modificou a partir do enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Ordenamento Processual Penal, por obra da Lei nº 6.416, de 1977. Daí em diante, o agente preso em flagrante delito, para ter o direito à liberdade provisória, deixou de depender da eventualidade de o crime ser afiançável. Com efeito, desde a referida modificação, para que o agente preso em flagrante adquirisse o direito à liberdade provisória passou a ser suficiente a circunstância de não haver nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, do CPP). Por conseguinte, fosse o crime afiançável ou inafiançável, em compasso com a orientação estampada no então parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, desde que não houvesse nenhum dos motivos para a decretação da prisão em flagrante, o juiz deveria conceder a liberdade provisória.

Em outras palavras, isso implica dizer que, mesmo nos crimes mais graves, passou a ser possível a concessão da liberdade provisória, ainda quando ocorresse a prisão em flagrante, independentemente do pagamento de qualquer quantia em dinheiro. Isto é, daí em diante, independentemente do tipo de crime, para se ter o direito à liberdade provisória a única exigência passou a ser que não estivesse presente nenhum dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

sidade de satisfação dos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal, mas apenas que o acusado não fosse primário ou não possuísse bons antecedentes. O §2º do art. 408, foi revogado pela Lei nº 11.689, de 2008, enquanto o art. 408, pela Lei nº 11.719, de 2008. Com a nova sistemática, o juiz pode decretar a prisão com a sentença ou com a decisão de pronúncia, mas, em ambos os casos, tem de ser com suporte em um dos fundamentos do art. 312, caput, do CPP, tal como consta do art. 413, § 3º, do CPP (redação determinada pela Lei nº 11.689, de 2008), e art. 387, §1º, do CPP (incluído pela Lei nº 12.726, de 2012).

²²¹¹ Afora os casos em que o acusado se livrava solto, o que ocorria quando, para o crime, não era prevista pena privativa de liberdade ou, quando prevista, o máximo da pena em abstrato não superava 3 (três) meses (art. 321, I e II, do CPP, revogados pela Lei nº 12.403, de 2011).

²²¹² Cf. GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

Se assim restou concebido o nosso sistema prisional, percebe-se facilmente que, em relação à prisão em flagrante, nos casos em que o crime era afiançável, não se podia exigir o seu pagamento como condição para que a pessoa tivesse o direito de ficar em liberdade provisória. Se assim fosse, isso faria com que se desse tratamento mais rigoroso para aqueles que praticassem crimes menos graves, que são justamente os afiançáveis. Ora, se o crime fosse inafiançável, por conseguinte, delito mais grave, para que o agente, quando preso em flagrante, tivesse o direito de ser colocado em liberdade, bastava não existir nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, como se poderia exigir, nos crimes afiançáveis, que são menos graves, que além de não haver motivo para a decretação da prisão preventiva ainda que a pessoa pagasse a fiança? Evidentemente que aquele que praticava crime menos grave não poderia ser tratado de forma mais severa pelo ordenamento jurídico.

A solução viável para a questão, no nosso entendimento, era emprestar interpretação sistêmica, no sentido de concluir que a fiança, como condição para a obtenção da liberdade provisória em caso de flagrante delito, encontra-se revogada. Isso porque, como visto, se a fiança fosse aplicada tal como estava disposto na disposição literal da norma, iria servir, ao contrário do fim para o qual foi concebida, para conferir tratamento mais rigoroso àqueles que cometessem crime mais brando, o que é, em termos lógicos, impensável e inadmissível.

Não seria correto é efetuar a prisão em crime afiançável e, sem que houvesse qualquer um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, após a lavratura do auto de flagrante, *incontinenti*, não se cuidar de liberar o agente, independentemente do pagamento de fiança. Ora, se fosse qualquer outro ilícito mais grave – por isso mesmo considerado pela lei inafiançável –, nada obstante efetuada a prisão em flagrante, o agente, não sendo caso de prisão preventiva, teria o direito de liberdade provisória mesmo sem o pagamento de fiança, não teria, por conseguinte, o menor sentido lógico dar tratamento mais rígido para os crimes afiançáveis, se estes eram considerados, pelo sistema normativo, os delitos menos graves.

Ademais, na medida em que a prisão processual somente passou a ser admitida com natureza acautelatória, tem-se que restou assegurado, como categoria de direito fundamental do agente, independentemente de o crime ser afiançável ou não, o direito de responder ao inquérito ou ao processo judicial em liberdade, salvo se verificada uma das hipóteses que permitem a prisão processual.

9.6.5 – Tratamento dispensado pela Constituição de 1988 à prisão processual.

Sem embargo das muitas modificações operadas na legislação infraconstitucional em relação ao sistema prisional, a Constituição de 1988, com a sua ideologia liberal calcada na proteção aos direitos fundamentais, cuidou do tema com extrema delicadeza, denotando toda a preocupação em evitar, tanto quanto possível, a ocorrência de malfeição ao direito de liberdade²²¹². Como regra fundamental, a Constituição de 1988 assegura a todos o direito de liberdade, ainda que a pessoa tenha cometido algum delito. De qualquer maneira, excepcionalmente, permite-se, como medida processual, a supressão do direito de liberdade antes mesmo da condenação definitiva, sem que tal caracterize afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade ou de inocência²²¹³.

Ao invés de atritar-se com o princípio da presunção de não culpabilidade, o instituto da prisão processual com ela se afina, porque, como consequência natural daquela cláusula constitucional, este se mostra com caráter eminentemente acautelatório, medida excepcional que só há de ser adotada quando for demonstrada a sua extrema necessidade²²¹⁴. Assim pensa CLARIA-OLMEDO²²¹⁵, ao es-

²²¹³ Logo após a edição da Constituição de 1988, chegou-se a discutir, devido à inclusão do princípio da presunção de não culpabilidade, quanto à manutenção, ou não, da prisão preventiva. Essa discussão, porém, não tinha muito sentido. A uma pelo fato de o instituto da prisão preventiva ser uma realidade histórica, presente em todas as legislações, independentemente

clarecer que “*puesto que el imputado goza de un estado de inocência mientras no se lê declare culpable por sentencia firme, lãs medidas de coerción personal que contra aquél se dicten solo deben tener caráter cautelar y provisional, y estar limitadas al estrictamente necesario...*”.

E não há mesmo incompatibilidade entre a prisão processual e o princípio da presunção de não culpabilidade até porque, ao revés do que propagam vozes menos avisadas, aquela não é uma medida sancionatória, mas, sim, mera medida cautelar, ainda que, no escopo de buscar seguridade de natureza instrumental – para dar garantia à futura execução de condenação que pode vir a ser imposta, preservar a ordem pública ou atender a conveniência da instrução criminal –, tenha o condão de impor restrição ao direito de liberdade.

No entanto, malgrado o seu caráter meramente acautelatório, não contendo, em seu âmago, desiderato sancionatório, é por muitos criticada, uma vez que se trata de medida restritiva da liberdade do acusado antes de prolatada sentença condenatória, chegando alguns, de modo extremado, até mesmo, a propugnar pela abolição da prisão preventiva. No entanto, a *vexata quaestio* no pretérito encetada, hodiernamente, apresenta-se bizantina, porquanto demonstrado, ao longo dos anos, que, em alguns casos, imprescindível se apresenta sua decretação, seja em garantia à ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação de eventual pena a ser imposta.

Assim, tem-se de todo válida a assertiva de que, se se constitui a prisão processual um mal, deenganadamente, é um mal necessário. Aliás, no particular, FLAMOND, mencionado por TOURINHO FILHO²²¹⁶, com maestria, assevera: “É uma dessas dolorosas necessidades sociais, perante as quais somos forçados a nos inclinar.” Ademais, tem-se notícia de que todas as legislações conhecem e admitem o instituto da prisão processual criminal. A sua razão de ser possui base sólida. Isso porque, se em virtude de coartar o *jus libertatis* do indivíduo, anteriormente ao reconhecimento por sentença de sua culpabilidade, alguns consideram a prisão processual injusta, doutro lado, há de ter-se em mente que, em determinadas ocasiões, a liberdade do acusado compromete, sobremaneira, a aplicação da justiça, seja pela clara sinalização de que em liberdade o agente continuará na empreitada criminoso, pondo em risco a ordem pública, seja pela coação que possa exercer sobre as testemunhas, prejudicando o esclarecimento da verdade, ou mesmo diante das evidências de que o acusado venha a desaparecer do distrito da culpa, refugiando-se em local outro, até mesmo em país distante.

Embora compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade, em decorrência mesmo dessa cláusula constitucional, tem-se que a prisão processual é medida excepcional à qual somente se deve recorrer quando evidenciada a sua extrema necessidade. Por isso mesmo, nada obstante a pessoa

da existência do princípio da presunção de não-culpabilidade ou da inocência. Até porque, já se disse, de forma lapidar, que se a prisão preventiva é um *mal*, trata-se de um *mal necessário*. A dois pelo fato de o próprio texto constitucional deixar explícita a possibilidade de decretação da prisão processual, como medida cautelar, ao dizer no art. 5º, LXVI, que ninguém será levado à prisão, nem nela haverá de ser mantido “... quando a lei admitir a liberdade provisória.” Indo mais além, o Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência no sentido de que “... a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) – não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726-DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 jul. 2005)

²²¹⁴ No item 9.2.4, supra, ao se analisarem os reflexos do princípio da presunção de não culpabilidade, registra-se que, nada obstante essa cláusula constitucional tenha maior repercussão quanto ao ônus de o Ministério Público provar a culpabilidade do acusado, ela, também, tem como consequência realçar a natureza cautelar e excepcional da prisão processual.

²²¹⁵ Apud TOURINHO FILHO. Op. cit., v. 3, p. 491.

²²¹⁶ Op. cit., v. 3, p. 464.

²²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR

tenha praticado um crime, independentemente de sua gravidade, salvo demonstrada a necessidade de sua prisão, ela detém o direito de ficar em liberdade, até que haja, contra si, sentença criminal condenatória com trânsito em julgado ou da qual não caiba recurso com efeito suspensivo.

Assim, em qualquer caso, como é próprio das medidas cautelares, o juiz terá de fundamentar a decisão expondo a motivação referente ao *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), que é a prova da ocorrência do crime (materialidade), e aos indícios suficientes da autoria (não se confunde com a mera suspeita, mas com a plausibilidade de que aquela tenha sido a pessoa que praticou o ilícito) e também do *periculum libertatis*, que se manifesta com a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão processual. Com essa configuração germinada da Constituição, não existe a possibilidade de ser prevista, na legislação infraconstitucional, a excêntrica *prisão provisória obrigatória*, criada com a antiga redação do art. 312 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem traçado, com régua e compasso, essa peculiaridade da prisão processual em nosso sistema jurídico, especialmente com o irromper da Constituição de 1988. O Ministro CELSO DE MELLO deixou sublinhado, com apoio em doutrina haurida de BASILEU GARCIA, que a prisão processual detém natureza cautelar, sem guardar identidade com a prisão penal (*carcer ad poenam*), pois não tem como escopo aplicar qualquer tipo de punição à pessoa que tem o seu direito de liberdade cerceado, senão, ao contrário, servir de instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal²²¹⁷. Na mesma oportunidade, sua Excelência acrescentou que a privação cautelar da liberdade individual é qualificada pela nota da excepcionalidade²²¹⁸, daí por que a prisão preventiva somente deve ser deferida quando a decisão judicial esteja embasada em elementos concretos e reais que se acasalem com as hipóteses definidas em lei.

Nessa linha de estrutura, o direito de liberdade, assegurado como regra pela Constituição no caput do art. 5º, distingue-se do *direito à liberdade provisória com ou sem fiança* (art. 5º, LXVI) e do direito ao *relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV). Aliás, os três institutos guardam peculiaridades próprias. O direito à liberdade, como se disse, é o gênero do qual os dois outros institutos são espécies. Conforme asseverado acima, o direito de liberdade se destina a garantir a todos os cidadãos, tenham ou não praticado crime, tenham sido ou não acusados pelo Ministério Público, a possibilidade de permanecer e, sendo o caso, responder o inquérito ou processo em liberdade, até que seja, com foros de definitividade, certificada a sua culpabilidade.

O *direito à liberdade provisória*, com ou sem fiança, ao contrário, pressupõe a ocorrência de prisão válida do agente, em razão de flagrante delito ou ordem judicial. Não identificada, na hipótese da prisão em flagrante, a satisfação dos fundamentos expostos no art. 312 do CPP, ou desaparecidos, quando seja o caso de prisão preventiva, os fundamentos que autorizaram o encarceramento, o agente passa a fazer jus à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por outro lado, o direito ao *relaxamento da prisão* (art. 5º, LXV), assim como o direito à liberdade provisória, tem como precedente necessário a ocorrência da prisão em flagrante delito ou escorada em determinação judicial, porém eivada de vício de ilegalidade, no primeiro caso pelo fato de a hipótese não se enquadrar em nenhuma das situações insertas na lei de regência (art. 302, I/IV, do CPP), e no segundo, em razão da nulidade do decreto judicial.

Ao tratar do direito de liberdade com ou sem fiança e das hipóteses de prisão com ou sem ordem judicial, o Código de Processo Penal e a legislação processual extravagante revelam o sistema prisional

– NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp Acesso em: 4 jul. 2005.

²²¹⁸ Ibid. Cf. ainda RTJ 134/798, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO.

²²¹⁹ Sobre essas duas espécies de prisão processual, cf. itens 9.6.5.1.1 e 9.6.5.1.2, infra.

²²²⁰ Mais adiante será defendido que não se mostra adequada a decretação da prisão, com a decisão de pronúncia, tendo como

brasileiro. De fato, a análise detalhada da legislação infraconstitucional permite que se perceba, com clareza, o tratamento dispensado ao tema da prisão processual, permitindo, assim, que se entenda como o sistema funciona. Em princípio, a pessoa, pouco importa o crime praticado, não perde o seu *status libertatis* apenas pelo fato de ter sido indiciado em inquérito policial ou acusado em processo judicial. Para que o seu direito fundamental de liberdade seja restringido é preciso, antes de tudo, que a situação se enquadre em uma das situações legais que referendam a prisão preventiva ou temporária. Para tanto, a circunstância de o agente ser reincidente ou ter maus antecedentes, isoladamente, não confere base para que seja determinada a prisão.²²²⁰

Antes da Reforma Tópica de 2008, após a sentença condenatória, para que o autor mantivesse o seu direito de liberdade, a legislação infraconstitucional era mais rigorosa, reclamando, além da ausência de fundamento para a decretação da prisão preventiva, que o condenado tivesse bons antecedentes e fosse considerado primário, sob pena de poder ser imposta a sua prisão.

9.6.5.A – Novo modelo do código de processo penal (Lei nº 12.403, de 2011).

Em decorrência do novo paradigma trazido a lume com a Constituição de 1988, tornou-se inadiável a reforma do sistema processual penal como um todo. Todavia, conforme salientado, devido à dificuldade de aprovar-se um novo Código de Processo Penal, adotou-se, como técnica legislativa, a ideia da Reforma Tópica²²²¹. Foram encaminhados 7 (sete) projetos de lei, dos quais um foi transformado na Lei nº 10.792, de 28 de novembro de 2003 (defesa efetiva e interrogatório), e, quase 5 (cinco) anos após, mais três foram transformados na Leis nºs 11.689, de 9 de junho de 2008 (procedimento relativo ao tribunal do júri), 11.690, de 9 de junho de 2008 (sistema das provas) e 11.719, de 20 de junho de 2008 (suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos). Ficaram faltando 3 (três) projetos de lei, dentre eles, exatamente o que cuidava da modificação do sistema de prisão processual.

Finalmente, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, complementando mais uma etapa da Reforma Tópica do Código de Processo Penal alvitada pela Comissão de Reforma criada pelo Executivo, aqui denominada segunda etapa da Reforma Tópica.

A Lei nº 12.403, de 2011, portanto, como já foi salientado no início, faz parte do trabalho elaborado pela Comissão de Reforma, no sentido de alterar todo o sistema processual penal, por meio da chamada Reforma Tópica.

Se o escopo da Reforma Tópica, como foi salientado linhas acima, mesmo implementada apenas parcialmente era promover profunda modificação no sistema processual, a fim de alinhar o CPP à forçar normativa dos direitos fundamentais, naturalmente que as alterações na parte prisional precisariam ser não apenas substanciais, mas, sim, de modelo propriamente.

Ora, se o Código de Processo Penal em vigor foi editado sob inspiração da Constituição de 1973, de perfil ditatorial e policialesco, era patente que essa ideologia se fazia sentir de forma mais aguda exatamente em relação ao direito de liberdade.

Diante disso, como vimos²²²², a regra geral, em se tratando de crimes mais grave, os quais eram considerados *inafiáveis*, era a prisão, com base em uma presunção legal *juris et de jure* de que a medida era necessária para fins de manutenção da *ordem pública*. A liberdade era a exceção, prevista, de regra, para os crimes menos graves, considerados *afiançáveis*²²²³.

pressuposto a ausência de bons antecedentes e de primariedade (Cf. item 9.6.5.1.4, infra)

²²²¹ Cf. itens 1.4.5, 1.4.5.1 e 1.4.5.2, supra.

²²²² Cf. item 9.6.3, supra.

A despeito das muitas e significativas mudanças verificadas ao longo do tempo e aqui já comentadas, o sistema prisional do CPP restou desarticulado. Pior. Embora o ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 1998, tenha incorporado diversas alternativas à pena de prisão, não tinha sido promovida, ainda, a incorporação dessas medidas substitutivas quanto à prisão processual.

A única novidade de monta na área do sistema prisional, promovida pelo legislador infraconstitucional após a edição da Constituição de 1988, foi criar mais um tipo de medida cautelar prisional, a *prisão temporária* (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989). A preocupação do legislador, esposada na exposição de motivos da lei em referência, era suprir a lacuna deixada pela revogação da *incomunicabilidade* (no art. 21, caput e parágrafo único, CPP), em virtude do art. 136, §3º, IV, da Constituição.

O legislador, dissociado do paradigma constitucional, manteve aquilo que denominamos *cultura da prisão* e, por linhas transversas, a lógica do sistema: ou o tudo, a prisão, ou o nada, a liberdade²²²⁴. A ausência da adoção de medidas alternativas à prisão processual no Código de Processo Penal foi reclamada na 1ª edição deste livro²²²⁵, pois contribuía, paradoxalmente, para dois efeitos negativos e por demais indesejáveis. Em alguns casos, ante a ausência de alternativas, o juiz, em razão da necessidade de impor alguma restrição ao direito de liberdade do agente, findava decretando a prisão processual. Em outras tantas, por achar que a decretação da prisão era medida excessiva e desnecessária, e por não haver autorização legal para determinar outro tipo de restrição mais do direito de liberdade, o juiz tinha como única solução a liberdade do acusado. Resultado: “... de um lado, tínhamos prisões processuais demais e desnecessárias e, de outro, devido à falta de medidas menos drásticas do que a prisão, casos em que o juiz findava sem fazer qualquer restrição ao direito de liberdade.”²²²⁶

A Lei nº 12.403, de 2011, segue as linhas gerais da Reforma Tópica e, no desiderato de seguir as diretrizes de diplomas internacionais e da Constituição de 1988²²²⁷, contém regras que têm em mira desconstruir a parte do Código de Processo Penal mais identificada com a sua origem ditatorial e policialesca: a referente ao sistema prisional²²²⁸.

Essa intenção resta clara com a modificação da nomenclatura do Título IX do Livro I do CPP, que era *DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA*, e passou a ser *DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA*²²²⁹.

Essas novas espécies de medidas cautelares de ordem pessoal diversas da prisão seguem recomendações da ONU e se alinham às diretrizes do Direito Comparado, ademais de transpor para o processo penal o fenômeno da *cautelarização*, já amplamente utilizado no ambiente do processo civil. É verdade que a moderação do ônus do tempo do processo entre autor e réu, por meio da previsão de

²²²³ O Código de Processo Penal de 1941 chegava ao ponto de tratar da prisão administrativa. A Constituição de 1988 revogou essa espécie de prisão. De toda sorte, como permaneceu constando do Capítulo IV do IX do CPP, Lei nº. 12.403, de 2011, revogou, expressamente, a prisão administrativa, em seu lugar, trouxe, como novidade, as medidas cautelares diversas da prisão.

²²²⁴ Na perspectiva de um sistema democrático, o direito de liberdade, a liberdade não pode ser considerada *o nada*, mas *o tudo*. Por isso mesmo, quando fazemos referência a essa parêmia, temos a preocupação de salientar que se trata de revelar uma retórica da *práxis*, que serve para explicar como era o sistema jurídico sob uma determinada perspectiva, sem comprometimento algum com a linha de pensamento que possa estar nela embutida.

²²²⁵ Cf. item 9.6.5.16, *infra*.

²²²⁶ SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. Reforma tópica do processo penal, p. 408.

²²²⁷ É perceptível, ainda, a intenção do legislador em traduzir, normativamente, o pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da prisão processual.

²²²⁸ Com efeito, “... tendo sido o Código de Processo Penal concebido sob a regência da Constituição de 1937, com seu *viés autoritário e policialesco*, cuja finalidade era que servisse de *instrumento de força* para a sedimentação de um regime ditatorial, nada mais natural que essa característica se fizesse presente de forma mais marcante na disciplina do direito de liberdade das pessoas. (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 403)

²²²⁹ Lamenta-se, outrossim, a circunstância de o legislador não ter aproveitado para destinar uma parte específica no Código de Processo Penal (Livro ou Capítulo) para tratar do processo cautelar em geral, assim como ocorre com o Código de

mecanismos de antecipação de alguns efeitos somente possíveis, de regra, com a decisão final, na seara criminal, que lida com a liberdade e a honra do acusado, deve ser tratada com a devida.

Conquanto a *cautelarização* possa trazer algumas consequências negativas para a sociedade, a inclusão de medidas cautelares alternativas à prisão processual é iniciativa que merece aplauso, notadamente no cenário nacional, que, nessa área, era inflexível, pois, como se disse, *ou era o tudo, a prisão, ou o nada, a liberdade*.

De mais a mais, embora inexistente previsão no Código de Processo Penal, algumas leis extravagantes já contemplavam algumas medidas protetivas de urgência. Uma mais recentes, Leis nºs 10.671, de 2003 (Estatuto do Torcedor) e 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha). Outras há bastante tempo, Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Lei de Responsabilidade dos Prefeitos), e Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 (Estatuto da Magistratura), que prevêm o afastamento do exercício de função pública.

9.6.5.B – Princípios e regras aplicáveis à prisão processual ou às medidas diversas da prisão.

Na perspectiva de um direito criminal democrático, não apenas deve ser *subsidiário*, de modo que só deve cuidar de matérias para as quais os demais ramos do direito não apresentam resposta adequada e eficiente, como deve ter em mira, dentre as suas finalidades, a *erradicação da marginalização* (art. 3º, III, da Constituição). Se possível, a resolução do *problema penal* deve ser perquirida tendo como instrumento a *negociação*, sem a aplicação de pena propriamente dita, mediante a sua substituição por medida alternativa, ou então, mesmo quando seja o caso de impor-se a sanção, preferir-se a *pena restritiva* de direitos à privação do direito de liberdade.

Essa política criminal tem repercussão no ambiente das medidas cautelares pessoais, com destaque especial em razão da incidência, ainda, da cláusula universal da *presunção de não culpabilidade*, pelo que, como regra geral e fundamental, tem-se que não é adequado, senão quando absolutamente necessário, determinar a prisão de alguém, sem que antes se tenha a certeza de sua culpabilidade.

Seguindo essa orientação, a Lei nº 12.403, de 2011, ademais de traçar normas sobre a prisão processual – muitas delas aplicáveis também à prisão temporária –, previu medidas cautelares diversas da prisão, ou seja, alternativas, tendo o cuidado de escrever as regras gerais que lhe são aplicáveis, a fim de orientar o intérprete e deixar clara a política legislativa adotada.

Para fins metodológicos, os princípios e regras gerais pertinentes às medidas cautelares²²³⁰, conforme concebidos pelo legislador, podem ser divididos em: (a) princípio do contraditório; (b) princípio da fungibilidade; (c) cumulação das medidas cautelares diversas da prisão; (d) princípio da subsidiariedade da prisão; (e) excepcionalidade (fundamentos das medidas cautelares); (f) requisitos ou pressupostos; (g) fundamentos; (h) critérios para a definição da medida cautelar adequada; (i) critérios para a definição da medida cautelar adequada; legitimidade para requerimento de medida cautelar; (k) crimes nos quais cabível medida cautelar²²³¹. Vejam, uma a uma, essas regras.

(a) Princípio do contraditório. Como já foi salientado, o devido processo legal tem características e conteúdo próprios, em compasso com a modalidade de provimento jurisdicional que se requer,

Processo Civil. A respeito da crítica feita ao CPP pelo fato de não se ter adotado a divisão dogmática do código em *processo de conhecimento, de execução e cautelar*, cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 440.

²²³⁰ A decretação da prisão está dentre as hipóteses, expressas na lei, que autoriza o juiz, no caso de risco a sua integridade física, determinar a instauração de colegiado para que seja proferida a decisão (art. 1º, § 1º, primeira parte, da Lei nº 12.694, de 2012).

²²³¹ Os princípios e regras gerais estão nos incisos e §§ do art. 282 do CPP, aplicáveis a todas as espécies de medidas cautelares,

daí por que, pode-se dizer, não há um processo legal único e inflexível, pois depende do tipo de tutela que se pretende prestada²²³². A ampla defesa e o contraditório em determinados procedimentos, especialmente nas tutelas de urgências, via de regra, só são desenvolvidos em plenitude após a decisão, sob pena de frustrada a medida requerida. De qualquer sorte, em muitos casos, mesmo em se tratando de processo criminal, há várias medidas cautelares nas quais a prévia oitiva da parte contrária não gera, sequer, perigo quanto à sua eficácia. Por isso mesmo, na primeira edição deste livro já tínhamos sublinhado que, caso a providência querida seja daquelas em que o prévio conhecimento do agente possa tornar ineficaz a medida solicitada, o juiz deve, ao analisar o pedido, independentemente da oitiva do interessado, proferir a decisão. A contrário senso, não tendo a prévia oitiva da parte contrária o condão de tornar ineficaz a medida pleiteada, o contraditório há de ser anterior à decisão sobre a tutela de urgência.

(b) Princípio da fungibilidade. A fungibilidade é ínsita a toda e qualquer medida cautelar em razão de sua característica de excepcionalidade, pois só pode ter lugar se e quando demonstrada a necessidade de sua imposição como forma de tutelar o processo principal ou de evitar a prática de crimes. Assim, ademais da manutenção do art. 316 do CPP (“O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”), diante das novas medidas cautelares inseridas no sistema, o legislador achou por bem deixar consignado, no art. 282, § 5º, do CPP, o princípio da fungibilidade para toda e qualquer de suas espécies, repetindo, com outras palavras, a dicção normativa do dispositivo em foco, assim dispondo: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”²²³³

(c) *Cumulação das medidas cautelares diversas da prisão*. Da mesma forma como as penas alternativas, as medidas cautelares diversas da prisão podem ser decretadas de forma cumulativa. A regra está plasmada no art. 282, § 1º, do CPP “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.”

(d) Excepcionalidade (requisitos) das medidas cautelares. Toda e qualquer medida cautelar criminal, detentiva ou não, impõe restrições ao direito de liberdade, razão pela qual é se trata de medida excepcional, cabível apenas quando for de extrema necessidade. A doutrina e a jurisprudência²²³⁴ firmadas sobre o caráter de excepcionalidade²²³⁵ da medida cautelar detentiva se aplica, em sua essência, às cautelares diversas da prisão agora previstas em nosso sistema processual penal, uma vez que, em toda espécie de medida cautelar, até mesmo no caso de fiança, malgrado o direito de liberdade não seja suprimido com a prisão, sofre restrições quanto ao seu exercício, o que é mais do que evidenciado nos casos em que se impõe ao agente a proibição de acesso ou de frequência a determinados lugares ou o

até mesmo aquelas que não estão contempladas no Código, como é o caso da prisão temporária e das outras medidas cautelares alternativas, previstas na Lei nº 11.340, de 2006.

Cf. item 9.1.2, supra.

²²³³ Não se aplica há a prisão temporária, pois, sendo esta medida cabível, apenas, na fase do inquérito e, de regra, pelo prazo de cinco dias, prorrogável, excepcionalmente, por igual prazo, não parece razoável admitir-se a sua revogação e, posteriormente, a rederecatação.

²²³⁴ RTJ 137/287, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 80.064-SP, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence; RHC 71.954-PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RHC 79.200-BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Informativo do STF 221/001, p. 9, Rel. Min. Celso de Mello; HC 80.379-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

²²³⁵ O Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Celso de Mello, ao evidenciar a natureza cautelar da prisão preventiva, o que a diferencia, ontologicamente, da prisão penal (*carcer ad poenam*), cujo escopo é servir de instrumento em benefício da atividade desenvolvida no processo penal, salientou que essa medida é marca da pela nota da excepcionalidade-BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A PRISÃO PREVENTIVA — ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR — NÃO TEM POR OBJETO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU, Classe: HC

recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga²²³⁶.

(e) Princípio da subsidiariedade da prisão processual. No sistema criminal brasileiro a regra era a prisão como resultado, seja como medida cautelar, seja como solução final. A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, ensaiou a modificação do panorama, mas a efetiva modificação do cenário nacional veio com a Lei nº 9.714, de 1998, que, além de manter a permissão da substituição, independentemente do tempo fixado, da pena privativa de liberdade nos crimes culposos, possibilitou essa solução para os crimes dolosos, quando a pena aplicada não for superior a quatro anos, o que aumentou, significativamente, as hipóteses de aplicação das penas alternativas. Em consequência, a prisão, mesmo quando aplicada na qualidade de pena, passou a ser subsidiária, ou seja, deve ser substituída pela pena alternativa, quando essa solução, nos termos dos incisos do art. 44 do Código Penal, for permitida.

De toda sorte, a mesma política legislativa não havia sido adotada para o processo penal, que ainda tinha a prisão como a única medida cautelar de ordem pessoal prevista para tutelar o processo principal ou escoimar o grave risco de que o acusado, permanecendo solto, pudesse continuar a praticar crimes.

Esse paradoxo inaceitável só veio a ser remediado quase 13 (treze) anos depois, ou seja, com a promulgação da Lei nº 12.403, de 2011, na qual o legislador, a par de conceber as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, deixou expresso que estas têm prevalência, se e quando forem adequadas e suficientes para o caso. Com efeito, no art. 282, §6º, está ressaltado que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.”, enquanto no art. 310, inciso II, do CPP, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, conquanto esteja presente um dos fundamentos do art. 312 do CPP, o juiz não deverá proceder à conversão em prisão preventiva, se e quando as medidas cautelares diversas se revelarem *adequadas e suficientes* para o caso.

Cabe aqui repetir o que já tivemos a oportunidade de dizer. Note-se a mudança de paradigma no sistema criminal brasileiro. A prisão como pena, praticamente até então a única sanção prevista, a partir de 1988, passou a ser a exceção, na medida em que deve ser substituída, sempre que possível, por uma ou mais restritivas de direito. No mesmo passo, a prisão processual, que era a única espécie de cautelar contemplada para tutelar o processo principal ou evitar o risco efetivo de que a pessoa continuasse a praticar crimes, a partir da edição da Lei nº 12.403, de 2011, com a criação das cautelares não detentivas, passou a ser medida subsidiária, porquanto, quando *adequado e suficiente*, deve ser substituída por outra ou outras que não importem no recolhimento da pessoa a estabelecimento penal.

(f) Requisitos ou pressupostos. Tratando-se de medida cautelar pessoal, a doutrina e a jurisprudência, a partir da leitura da parte final do art. 312 do Código de Processo Penal, estabeleceram que os requisitos ou pressupostos, que representam o *fumus boni iuris* ou o *fumus commissi delicti*, estão consubstanciados na prova da existência do crime (materialidade) e nos indícios de autoria. Por conseguinte, qualquer que seja a medida cautelar pessoal, detentiva ou não, antes de examinar se há fundamento para sua aplicação, deve-se analisar se os requisitos estão preenchidos.

(g) Fundamentos. O inciso I do art. 282 do CPP contempla os três fundamentos que podem

— Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 ago. 2011.

²²³⁶ A esse respeito, PIERPAOLO BOTTINI, ao escrever sobre a matéria quando o projeto de lei ainda não havia sido transformado em lei, advertia: “O inc. I proposto destaca as hipóteses de aplicação das cautelares. A presença de qualquer uma delas, alternativamente, é suficiente para a medida assecuratória. Por outro lado, a inexistência dessas hipóteses impede a decretação de qualquer medida (desde a prisão até a mais simples e menos ostensiva)”. BOTTINI; Pierpaolo. Medidas cautelares. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 457.

²²³⁷ Isso porque, “Note-se que, de fato, quem geralmente toma a iniciativa de solicitar, especialmente à autoridade policial,

motivar a decretação de toda e qualquer medida cautelar pessoal: (i) necessidade para aplicação da lei penal; (ii) *necessidade* para a investigação ou a instrução criminal; e, (iii) necessidade para evitar a prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos em lei. Esses são os *fundamentos quanto à necessidade*.

(h) Critérios para a definição da medida cautelar adequada. Por sua vez, o inciso II do art. 282 do CPP preceitua os critérios para a escolha do tipo de medida cautelar, dentre as previstas: se de prisão ou não e, caso seja, qual ou quais medidas diversas deve ser a aplicada. Para tanto, conforme previsto na lei, o juiz deve sopesar o tipo de medida cautelar a ser aplicada conforme a *gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente. Esses são os critérios quanto à adequação*.

(i) Legitimidade para o requerimento de medida cautelar pessoal. A leitura atenta do § 2º do art. 282 do CPP, incluído pela Lei nº 12.403, de 2011 (“As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”), está a revelar que, em obsequio ao sistema acusatório, houve importante modificação em relação à regra anterior. Sendo o caso de *medida cautelar preparatória*, em que pese persista a anomalia de permanecer a legitimidade da autoridade policial ao lado do Ministério Público, não se admite, mais, que seja decretada, de ofício, pelo juiz. Já é algum avanço. De outra banda, com suporte na justiça restaurativa, acertadamente, o ofendido passa a ter legitimidade para requerer a aplicação de medida cautelar de ordem pessoal, desde que incidental, seja ela detentiva, ou não, muito embora o mais adequado era que essa capacidade postulatória fosse assegurada, igualmente, em relação à de caráter preparatório²²³⁷.

9.6.5.1 – Prisão com ordem judicial.

Conforme visto, na tradição constitucional brasileira, a partir mesmo da Carta Imperial de 1824, sempre se ressaltou que, à exceção do flagrante delito, a prisão não pode ocorrer senão por ordem escrita de autoridade legítima. Assim, duas eram as hipóteses de prisão: sem ordem, no caso de flagrante delito, ou com ordem, quando a autoridade competente ou legítima a decretasse. Ficava a cargo da legislação infraconstitucional definir quem era a autoridade competente ou legítima para decretar a prisão, o que deu guarida a que fosse instituída, em nosso meio, a famigerada prisão administrativa (art. 319, I/III, do CPP).

Essa regra permaneceu incólume até o advento da Constituição de 1988, pois, com a nova ordem instaurada, como se não bastasse a circunstância de entender-se que os direitos fundamentais declarados nos incisos do art. 5º da Constituição somente podem ser flexibilizados, salvo caso de flagrante delito, mediante ordem judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, ressaltou-se que, em resguardo ao direito de liberdade, não sendo o caso de prisão em flagrante, o encarceramento somente pode ser efetuado por meio de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente²²³⁸. Com isso, além de revogar a prisão administrativa²²³⁹, o constituinte estabeleceu, para a hipótese, reserva de jurisdição, de modo que nem mesmo a Comissão Parlamentar de Inquérito pode determinar o encarceramento de alguém²²⁴⁰. Apenas o juiz, no exercício da atividade jurisdicional, é quem detém

alguma medida contra o investigado, indiciado ou acusado é o ofendido, invariavelmente motivado pela necessidade de manutenção de sua segurança. Isso é bastante frequente, por exemplo, em caso de agressão física entre cônjuges. Não raro, devido a essa preocupação do ofendido/vítima, a autoridade policial, quando acha pertinente, faz a representação. Na hipótese em que a autoridade policial não se anima em fazer a representação, o ofendido fica sem voz, sem legitimidade para postular diretamente ao juiz.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 468.)

²²³⁸ Cf. o item 7.2.3 e do item 7.2.3.1 ao 7.2.3.2.3, supra. Especificamente quanto à conclusão de que, salvo em hipótese

competência para determinar a prisão²²⁴¹.

Por conseguinte, o magistrado, quando não se encontra no desempenho de sua função judicante, não pode decretar a prisão, como ocorre, por exemplo, na atividade correccional. Tome-se, como exemplo, o membro de tribunal na condução de inquérito em que se apura a eventual prática de ilícito por parte de magistrado. Nesse caso, ele não está em função jurisdicional propriamente dita, mas administrativa, conduzindo instrução pré-processual, daí por que, se no seu curso entender que deve ser decretada a prisão processual, não pode simplesmente decretá-la, mas sim representar ao tribunal postulando-a, da mesma forma como tem de proceder a autoridade policial, quando se trata de hipótese de inquérito policial²²⁴².

As espécies de prisão com ordem judicial (art. 5º, LXI, primeira parte, da Constituição) disciplinadas na legislação subconstitucional são as prisões (1) temporária (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989); (2) preventiva (art. 311/316 do CPP). A primeira somente é cabível na fase do inquérito policial, enquanto a segunda tanto na referida fase pré-processual quanto durante o trâmite judicial, em qualquer fase do processo, inclusive no momento da sentença condenatória (art. 387, parágrafo único do CPP) ou da decisão de pronúncia (art. 413, § 3º, do CPP). As duas espécies de prisão têm nítida característica acautelatória e requisitos e fundamentos que, a certa medida, se confundem, a tal ponto que a prisão preventiva, por ser mais abrangente, torna raras as hipóteses em que se recorre à prisão temporária.

de flagrante delito, a flexibilização de um direito fundamental somente é admissível por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial ou de comissão parlamentar de inquérito, cf. os itens 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2, supra.

²²³⁹ Alguns doutrinadores e mesmo algumas decisões judiciais defendem que a prisão administrativa não foi revogada com a Constituição de 1988, apenas determinou a alteração quanto à titularidade do poder de sua decretação. Assim, em rigor, a prisão administrativa persistiria em nosso sistema, havendo a exigência, porém, de que a sua determinação partisse de autoridade judiciária. Esse pensamento não encontra guarida em nosso sistema. Em verdade, o que o constituinte quis estabelecer é que, quando for caso de determinar-se a privação de liberdade de alguém, tal prescinde de ordem judicial, ou seja, tem de ser aplicada em processo judicial. O juiz precisa estar, por conseguinte, no exercício da atividade jurisdicional, razão pela qual, independentemente da situação, a prisão tem de ser *judicial*, e não *administrativa*. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal firmou posição de que a prisão administrativa não mais subsiste em nosso sistema jurídico, como se observa dos pronunciamentos verberados no RHC 66.9905, Primeira Turma, em 4.11.88; RHC 66.730, Segunda Turma, em 21.2.89; HC 67.228, Plenário. (JESUS, Damásio E. *Código de processo penal anotado*. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 243. Não tem cabimento, portanto, a doutrina defendida por MIRABETE, segundo a qual a prisão administrativa subsiste, porém destituída desse caráter no que diz respeito ao órgão competente para decretá-la, mas permanece em seu sentido restrito, isto é, quanto ao seu conteúdo e fim almejado expostos nos incisos do art. 319 do Código de Processo Penal (Op. cit., p. 398). De toda sorte, não é correto afirmar-se que a prisão administrativa foi, efetivamente, revogada, pois, como está ressaltado na parte final do art. 5º, LXI, da Constituição, em se tratando de *transgressão militar ou crime propriamente militar*, o cerceamento do direito de liberdade pode ser determinado por autoridade que não seja judicial. Por conseguinte, o que se pode dizer, e está certo, é que a prisão administrativa subsiste, apenas, na seara do Direito Militar, conforme salienta, com procedência, EUGÊNIO PACELLI (Op. cit., p. 539). No ponto, essa discussão não se sustém mais, uma vez que a Lei nº 12.403, de 2011, expressamente, revogou a prisão preventiva. De qualquer sorte, ainda resta observar que a prisão em flagrante, em sua origem, é medida tomada sem ordem judicial, conduzida por órgão pertencente ao Executivo, na sua função de polícia, ou por alguém em seu nome, na qualidade de *fiscal do Estado*. A prisão em flagrante, portanto, trata-se, na sua origem, de *prisão administrativa*, conforme será melhor explicitado mais adiante, que depois se judicializa, a partir do momento em que é submetida ao crivo do juiz (Cf. item 9.6.5.2, infra).

²²⁴⁰ Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

²²⁴¹ "Competência – Extradicação – Prisão administrativa de estrangeiro decretada pelo Ministro da Justiça – Modalidade não mais admitida após o advento da Constituição de 1988... (STF – Extr. – Rel. Moreira Alves – RT 638/335)" (FRANCO; STOCO. Op. cit., v. 2, p. 2003.)

²²⁴² Crê-se que, nesses casos, o corregedor, pelo fato de conduzir o inquérito contra o juiz, assim como faz o delegado em relação aos crimes em geral, não pode, à evidência, participar do processo criminal instaurado com base no trabalho preparatório por ele desenvolvido, em razão de estar comprometida a imparcialidade, ademais de não se conformar com o princípio acusatório que permeia o nosso sistema jurídico. (Cf. item 9.3.2.3, supra)

²²⁴³ Em comentário sobre o tema, TOURINHO FILHO lembra que, na época do Brasil Colônia, "... permitia-se ao Magis-

Antes das Leis nºs 11.689 e 11.719, ambas de 2008, a decretação da prisão resultante de sentença condenatória (art. 594 do CPP) e da decisão de pronúncia (art. 408, § 1º, do CPP), tinha como fundamento a circunstância de o acusado não ser primário ou de não ter bons antecedentes. Essas duas espécies de prisão possuíam, por conseguinte, fundamentos específicos e substancialmente diferenciados dos que são pré-traçados para as prisões preventiva e temporária, o que gerava acesa discussão quanto à natureza acautelatória delas. Com as modificações das Leis nº 11.689 e 11.719, ambas de 2008, sanou-se a discussão, na medida em que, agora, mesmo no caso de sentença definitiva ou de decisão de pronúncia, a prisão somente é cabível com base em um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

A análise detalhada de cada uma dessas hipóteses de prisão processual é imprescindível, a fim de que se dessuma como é arquitetada a sistemática prisional no Prescritor Normativo Processual Penal.

9.6.5.1.1 – Prisão preventiva.

A prisão preventiva sempre foi prevista em nosso sistema, ainda mesmo ao tempo do Brasil Colônia²²⁴³, conforme se viu com o exame do Decreto de 23 de maio de 1821²²⁴⁴. Ao lado dela, para fins de facilitar a instrução do inquérito, era prevista, no art. 12, caput, do Código de Processo Penal, a possibilidade de o juiz, a requerimento da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público, decretar, pelo prazo máximo de três dias, a incomunicabilidade do indiciado²²⁴⁵. A decretação da incomunicabilidade servia para que a autoridade policial, na condução do inquérito, pudesse ter facilitada a sua atividade investigatória, não apenas pelo fato de imobilizar o indiciado, como diante da circunstância de tê-lo, a todo e qualquer tempo, a sua disposição, para fins de realização de infundáveis e cansativos interrogatórios. Via de regra, a incomunicabilidade precedia a prisão preventiva e servia de instrumento para que, quando ainda não existente, tornasse possível a produção das provas necessárias ao pedido de decretação da prisão processual.

De toda forma, a prisão preventiva ou provisória, desde a sua origem, possui como fim tutelar o processo iniciado ou a ser iniciado, no qual será travada discussão sobre a culpabilidade do acusado. É, estreme de dúvidas, espécie do gênero prisão cautelar de natureza processual. Realçada a sua natureza cautelar – trata-se de (1) medida de segurança, quando tem em mira garantir a ordem pública ou econômica; (2) meio de instrução, na hipótese em que visa à conveniência da instrução criminal; e de (3) garantia da eficácia do processo, no caso em que serve para assegurar a aplicação da pena –, para a decretação da prisão preventiva, a despeito da presença de um desses fundamentos, há necessidade, como ressaltado²²⁴⁶, de que estejam presentes os requisitos da materialidade do ilícito (prova da existência do crime) e de indício suficiente de autoria.

Em verdade, assim como toda e qualquer medida de urgência cautelar, para a decretação da prisão preventiva mister que seja demonstrada a sua necessidade ou imprescindibilidade, o que se faz mediante a presença de um dos seus fundamentos, que representa o *periculum in mora ou periculum*

trado decretar a prisão preventiva do cidadão, nos casos mais graves e, assim mesmo, se houvesse necessidade para segurança da instrução ou eventual execução da pena.”

²²⁴⁴ Cf. item 9.6.2, supra.

²²⁴⁵ Esse dispositivo encerrou muita discussão quanto ao seu alcance. Naturalmente que ela não se estendia ao juiz que, para todos os efeitos, é sob a autoridade de quem o preso se encontra submetido. Do mesmo modo, firmou-se posição de que a incomunicabilidade também não alcançava o advogado do indiciado, sob pena de ser arranhada a cláusula da ampla defesa. A prerrogativa de o advogado se entrevistar com o seu cliente, ainda que ele tivesse contra si decretada a incomunicabilidade, restou sufragada no antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963), no art. 89, III – hoje Lei nº 8.906 de 1994, art. 7º, III. Assentou-se também que o Ministério Público não era atingido pela incomunicabilidade, o que, de toda sorte, ficou esclarecido no art. 41, IX, da Lei nº 8.625, de 1993).

²²⁴⁶ Cf. item 9.6.5.B, supra.

in libertatis (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei pena), além dos seus pressupostos (materialidade e indício de autoria)²²⁴⁷.

O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da tutela cautelar penal revela a preocupação da Colenda Corte de Justiça em patrulhar magistrados e tribunais a fim de coibir a subsistência dessa medida excepcional quando ela não for absolutamente necessária²²⁴⁸. Na esteira desse pensamento, nas palavras do Ministro CELSO DE MELLO²²⁴⁹, não se pode deixar de ter em conta que a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, razão pela qual, para todos os efeitos, somente há de ser imposta em situações de absoluta necessidade. Por isso mesmo, para ser legítima a supressão do direito de liberdade do agente é imprescindível “... que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu.”²²⁵⁰

Desde a redação originária do Código de Processo Penal, a prisão preventiva sempre foi direcionada para os crimes mais grave, a par de dolosos. O critério então eleito pelo legislador era o tipo da pena, de modo que, de regra, só era cabível no caso de crime punido com a pena de reclusão²²⁵¹. Seguindo a política legislativa de abandonar a classificação do crime como de maior ou menor gravidade tendo em consideração o tipo de pena, na Lei nº 12.403, de 2011, o legislador elegeu a quantidade da pena para esse, de modo a estabelecer como regra geral para a admissibilidade da prisão preventiva, a circunstância de o máximo da pena prevista para o crime ser superior a 4 (quatro) anos²²⁵², além de doloso²²⁵³.

Assim como antes, a natureza da infração, por si só, não se revela circunstância apta para motivar a privação cautelar do *status libertatis*²²⁵⁴. Igualmente não serve para tal fim o clamor público emergente das ruas, até porque o Supremo Tribunal Federal, de forma cogente, tem sustentado que a

²²⁴⁷ Aqui não cabe discussão quanto aos aspectos referentes à primariedade ou aos antecedentes criminais. É que à decretação de prisão preventiva se reclama, em primeiro plano, que, presentes a materialidade do ilícito e indícios suficientes de que o réu seja o seu autor, que se agregue àqueles requisitos um dos fundamentos plasmados no art. 312 do CPP. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nessa linha de entendimento, tem deixado consignado, em vários de seus pronunciamentos, que “A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar” (RTJ 99/651 – RT 649/275 – RT 662/347). Do mesmo modo que a primariedade e os bons antecedentes não desautorizam a decretação da prisão preventiva, a circunstância de a pessoa não reunir esses elementos não é a aplicação dessa medida extrema.

²²⁴⁸ “A prisão preventiva deve ser decretada, quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade. Não mais subsistentes os motivos que levaram a sua decretação, como no caso concreto, impõe-se que seja revogada.” (HC 80.282-SC, Relator Ministro NELSON JOBIM).

²²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO – TEMOR DE FUGA DO RÉU – DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES – INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE – PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp Acesso em: 4 jul. 2005.

²²⁵⁰ Ibid.

²²⁵¹ Excepcionalmente, admitia-se a prisão preventiva em crimes punidos com detenção, quando o agente fosse vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecesse ou não indicasse os elementos para esclarecê-la (art. 313, II, do CPP).

²²⁵² A despeito da regra geral, admite-se a prisão preventiva em crime cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, quando o agente (a) tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, ressalvado a hipótese de reabilitação; (b) o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (c) houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando está fornecendo elementos suficientes para esclarecê-la. (art. 313, II/III e parágrafo único, do CPP). A Lei nº 12.403, de 2011, revogou, como exceção à regra geral, a hipótese de decretação da prisão preventiva quando o acusado é considerado vadio. Agiu bem o legislador, pois a previsão da *vadiagem* como motivo para a decretação da prisão, “... reflexo da ideologia dos anos 1930 e 1940, demonstrava indisfarçável preconceito em relação aos pobres... *Vadio* não era quem não

repercussão social do delito e o clamor público por ele gerado não são justificativas para a tutela penal cautelar, não servindo, para esse fim, a invocação do art. 323, V, do Código de Processo Penal, até porque esse dispositivo refere-se à fiança²²⁵⁵. Nem poderia ser diferente, até porque a opinião pública é extremamente manipulável, notadamente pelos meios de comunicação, além de ser marcada pela nota do passionalismo, o que se revela extremamente perigoso, por colocar em situação de vulnerabilidade preceito constitucional de tão vital importância, como é a garantia do direito de liberdade.

Assunto polêmico como justificativa para a decretação da prisão preventiva diz respeito à fuga do distrito da culpa. À primeira vista, a circunstância de o agente fugir para lugar não sabido e ignorado se manifesta como razão mais do que bastante para autorizar, não apenas como conveniência para a instrução criminal, como também para garantir a eficácia de eventual aplicação da pena, a prolação de decisão determinando a prisão como medida acautelatória. Porém, não é bem assim, até porque a fuga, especialmente quando ela é empreendida como forma de esquivar-se da prisão em flagrante, deve ser encarada como lúdica manifestação do direito de defesa. Daí por que, quando ela é motivada pelo exclusivo desiderato de evitar a prisão em flagrante, tal ocorrência não deve ser levada em consideração para a decretação da medida acautelatória²²⁵⁶. Ademais, o mero temor de fuga do agente, sem ser apontada situação concreta que justifique a real possibilidade de sua ocorrência²²⁵⁷, como é o caso em que, escorado na suposição de que o agente possui condições materiais ou facilidade de trânsito pelo território nacional ou internacional²²⁵⁸, não dá azo a que seja determinada a privação cautelar do direito de liberdade.

Diferente é a hipótese em que o agente, por se encontrar em lugar incerto e não sabido, é citado

fazia nada, mas quem, sendo pobre, não tinha nenhuma ocupação ou era desempregado. O rico que vivia no ócio era qualificado como *bom vivant*, pessoa que sabe viver ou aproveitar a riqueza que possui. Naturalmente, norma com esse tipo de preceito não se confortava com um código que precisa estar alinhado ao perfil democrático, com esteio na pauta de valores dimanados dos direitos fundamentais.” (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Reforma tópica do processo penal*, p. 564.)

²²⁵³ A inclusão da dúvida sobre a identidade civil como exceção à regra da prisão preventiva no parágrafo único do art. 313 do CPP, leva à conclusão de que, nesse caso, e apenas nesse, é possível a decretação de prisão preventiva, mesmo em se tratando de crime culposo. A respeito desse assunto, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 563-564.

²²⁵⁴ “A gravidade do crime imputado, um dos mais graves crimes hediondos (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).” (RTJ 137/287, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE). Cabe verificar que, com a Lei nº 12.403, de 2011, a gravidade do crime deve ser levada em consideração, quando presente pelo menos um dos fundamentos do inciso I do art. 282 do CPP, para fins de definição do tipo de medida cautelar é a mais adequada e suficiente para o caso concreto (inciso II, primeira parte, do art. 282 do CPP). Cf. item 9.6.5.B, supra.

²²⁵⁵ Em passagem do voto dado no HC 80.719-SP, o Ministro CELSO DE MELLO advertiu: “A prisão cautelar, em nosso sistema jurídico, não deve condicionar-se, no que concerne aos pressupostos de sua decretabilidade, ao clamor emergente das ruas, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. Esse entendimento constitui diretriz prevalecente no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que a repercussão social do delito e o clamor público por ele gerado não se qualificam como causas legais de justificação da prisão processual do suposto autor da infração penal, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne exclusivamente, ao tema da fiança criminal “(RT 598/417 – HC 71.289-RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 78.425-PI, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RHC 64.420-RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, v.g.)” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC – Processo: 80719, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp Acesso em: 4 jul. 2005.) Cf. ainda RTJ 112/1115, 1119, Rel. Min. RAFAEL MAYER; HC 80.379-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

²²⁵⁶ Cf. STF, RHC 59.386-PE, Relator Ministro SOAREZ MUÑOZ.

²²⁵⁷ “A custódia cautelar não pode se basear em conjecturas, mas na real necessidade de constrição que justifique a excepcionalidade da medida.” STF, RTJ 128/749, Relator, Ministro FRANCISCO REZEK.

²²⁵⁸ “Por outro lado, não é tão-somente o poder de mobilidade ou de trânsito pelos territórios nacional ou internacional que

por edital e, por não atender ao chamamento judicial nem contratar advogado para defendê-lo, acarreta, com esse comportamento, nos termos do art. 366, caput, do Código de Processo Penal, a suspensão do trâmite processual. Nesse caso, parece mais do que razoável a decretação da prisão por conveniência da instrução processual, pois, do contrário, o feito criminal permanecerá sobrestado até o dia em que o agente resolver, por sua livre e espontânea vontade, apresentar-se em Juízo²²⁵⁹.

9.6.5.1.2 – Prisão com sentença passível de recurso.

Com a vinda a lume da Constituição de 1988, conquanto exsurgida acesa discussão, a doutrina e jurisprudência dominantes adotaram a posição de que a incomunicabilidade estampada no Código de Processo Penal (art. 21) havia sido revogada por força da disposição contida no art. 136, § 3º, IV, da Lei Maior²²⁶⁰. Ademais, da análise da Constituição, restaram vedadas, a partir de sua edição, as chamadas prisões para averiguações, que eram efetuadas por mera ordem da autoridade policial. Para suprir o que seria a lacuna deixada pela revogação da incomunicabilidade normatizada no art. 21 do Código de Processo Penal e das prisões para averiguações, o legislador ordinário cuidou de editar a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, para com ela criar a chamada prisão temporária²²⁶¹.

A exposição de motivos da lei em referência diz, textualmente, que ela visa “... permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime, não possuindo ainda elemento de prova que permitiriam a prisão, e na ausência do flagrante, permaneça com o investigado sob a sua disposição, com o fim de proceder à coleta de elementos demonstrativos de autoria e materialidade.”²²⁶², pelo prazo máximo de cinco dias, “... durante os quais o indiciado poderá ficar incomunicável, medida necessária para o êxito das investigações sem exclusão, portanto, da possibilidade de sua entrevista com o advogado.”²²⁶³

Analisando a exposição de motivos e o conteúdo da lei que instituiu a prisão temporária, VALDIR SZNICK²²⁶⁴ diz que, a despeito das justificativas apresentadas para a sua edição, o verdadeiro e único objetivo foi o de dar à polícia, sob outra forma, após a Constituição, “... maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas ‘prisões para averiguações’, que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazê-las e o Poder Judiciário a fechar os olhos como se a mesma não existisse.”²²⁶⁵

justifica a medida constritiva, mas, sim, a demonstração de que o acusado intenta promover sua fuga do distrito da culpa.” (STF, HC 71.289-RS, Relator Ministro ILMAR GALVÃO)

²²⁵⁹ A própria dicção normativa do caput do art. 366 do CPP já sinaliza nesse sentido, ao dizer que o juiz, *se for o caso*, deve decretar a prisão preventiva. Claro que, para todos os efeitos, o juiz há de motivar a decretação da prisão preventiva de acordo com um dos fundamentos encartados no art. 312 do CPP, até porque, se assim não fosse, estar-se-ia, por linhas transversas, restaurando a indesejada *prisão preventiva obrigatória*, o que não se coaduna com a natureza acautelatória dessa medida, de forma implícita sufragada pela Constituição de 1988 e, reiteradamente, confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

²²⁶⁰ Sobre o assunto surgiram duas correntes. Uma defendia que o art. 136, § 3º, IV, da Constituição, embora vede a incomunicabilidade do preso, trata de cerceamento de liberdade ocorrido durante período de exceção, uma vez que o caput do referido dispositivo cuida de fatos ocorridos durante o estado de defesa. Ademais, essa corrente de pensamento partia da premissa de que, caso fosse intenção do constituinte estender a incomunicabilidade para toda e qualquer situação, ele teria colocado a garantia dentre o rol dos direitos fundamentais declarados no art. 5º da Norma Maior. A outra posição, perfilhada pela doutrina majoritária, partia da consideração de que, se nem mesmo durante o período de exceção, no qual há restrição quanto ao exercício de alguns direitos fundamentais, não se admite a decretação da incomunicabilidade, por maiores razões isso não seria admissível no estado de normalidade.

²²⁶¹ Não se trata de inovação brasileira, pois é prevista em outras legislações, como a portuguesa, espanhola, francesa, italiana e americana (Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 392; PÓVOA.; STEVESON. Op. cit., p. 31).

²²⁶² SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994. p. 484.

²²⁶³ Ibid., p. 485.

²²⁶⁴ Ibid., p. 485.

Com efeito, conforme anotam LIBERATO PÓVOA e ANTHONY STEVESON, a despeito da vedação constitucional, antes do irromper da Lei nº 7.960, de 1989, "... já era comum ouvirem-se comentários sobre prisões para averiguação e até mesmo corretivas, em nome de um trabalho ágil e competente da polícia, mas violadoras dos mais notórios preceitos constitucionais, concebíveis como medidas típicas de regimes de exceção."²²⁶⁵

Sem embargo da controvérsia surgida a respeito, com alguns doutrinadores sustentando que essa espécie de prisão padece de vício de inconstitucionalidade devido a não ter como fundamento o *periculum in mora* e requisito o *fumus boni iuris*, firmou-se o entendimento de que a prisão temporária é uma das espécies de prisão provisória, com natureza cautelar, a ser decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou representação de autoridade policial, admissível apenas nos crimes expressamente identificados na Lei nº 7.960, de 1989, ainda assim, desde que se trate da fase do inquérito policial²²⁶⁷. Dessa forma, a defesa da constitucionalidade da prisão temporária feita por parte da doutrina se basta na afirmativa de que, a despeito do que se contém na exposição de motivos da Lei nº 7.960/89, ela detém natureza acautelatória. De fato, a interpretação da lei em foco deve ser feita em consonância com a principiologia da Constituição, segundo a qual, em obséquio à cláusula da presunção de não culpabilidade, somente se admite a prisão processual, seja qual for a sua nomenclatura e momento de imposição, quando revestida de cautelaridade.

Observe-se que, consoante o disposto no art. 1º, incisos I/III, da Lei nº 7.960/89, as hipóteses de admissibilidade da prisão temporária ocorrem quando (a) imprescindível para as investigações²²⁶⁸, (b) o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e (c) houver fundadas razões, de acordo com elementos probatórios legítimos, de autoria ou participação do indiciado em um dos ilícitos penais descritos nas alíneas do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989²²⁶⁹. A interpretação literal do comando normativo em exame leva

²²⁶⁵ Como reporta VALDIR SZNICK, quando da edição da lei em referência, instituindo, em nosso meio, a prisão temporária, houve muita discussão a respeito de sua constitucionalidade, e mesmo de sua real necessidade. Contra, Cf. CENEVIVA, Walter. Folha de São Paulo, 9 de novembro de 1980, p. 58; BASTOS, Márcio Thomas. *Jornal do Advogado*, 1980, nº 67, p. 3; FLACH, Luiz Maria. *Prisão cautelar e plantão judicial*. *Ajuris*, nº 27. p. 107. A favor da prisão temporária, cf. OLIVEIRA. Op. cit., p. 530-535; MIRABETE. Op. cit., p. 392-396; CAPEZ. Op. cit., p. 215-218; TOURINHO FILHO. Op. cit. v. 3, p. 348; PÓVOA. Op. Cit.; STEVESON, Marco Anthony. *Prisão temporária*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 34-36. A favor, Cf. CARVALHO, Luiz Augusto Grandinetti. Op. cit., p. 116; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Constitucionalidade da prisão temporária*. Cadernos de doutrina e jurisprudência da associação paulista do ministério público, São Paulo, 1993, 27/49; OLIVEIRA. Op. cit., p. 530; MIRABETE. Op. cit., p. 392.

²²⁶⁶ Op. cit., p. 29.

²²⁶⁷ Nesse sentido, EUGÊNIO PACHELLI assinala "... que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí por que não se pode pensar na sua aplicação quando já instaurada a ação penal." No mesmo sentido, cf. MIRABETE. Op. cit., p. 395. Note-se que os incisos I e II do art. 1º da lei em destaque somente se referem a inquérito policial, o que dá fôlego à doutrina majoritária no sentido de que a imposição dessa medida acautelatória não é admissível quando já ofertada a ação penal. A consequência que daí decorre é de que, tratando-se de medida acautelatória da instrução do inquérito policial, ela só há de interessar à autoridade policial e ao Ministério Público, razão pela qual o juiz, em hipótese alguma, pode decretá-la de ofício. (Cf. OLIVEIRA. Op. cit., p. 530; MIRABETE. Op. cit., p. 395.)

²²⁶⁸ Não procede a observação feita por MIRABETE de que, nesse ponto (inciso I do art. 1º da Lei nº 7.960/89), a lei é draconiana, na medida em que, diferentemente do que está exposto no inciso II, possibilita a decretação de qualquer pessoa, aí incluída, até mesmo, a testemunha (Op. cit., p. 393). Ora, para a decretação da prisão temporária, mister se faz, ainda, a satisfação de seus requisitos, que repousam na *prova da materialidade do fato criminoso* e em *fundadas razões da autoria ou participação* no crime. Assim, resta claro que a prisão temporária, em nenhuma hipótese, pode recair sobre quem não se tenha elementos probatórios, mesmo indiciários, quanto à autoria ou participação no crime, ficando afastada, assim, a menor possibilidade de que esse tipo de medida cautelar tenha como destinatária qualquer pessoa, dentre elas, até mesmo, a testemunha.

²²⁶⁹ Conforme o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, a prisão temporária caberá nos seguintes crimes: (1) homi-

à conclusão de que, para a decretação da prisão temporária, basta a satisfação de um dos incisos, o que implicaria admitir-se a adoção dessa medida cautelar apenas em razão da natureza do crime praticado, posição que não se mostra razoável nem conforme a Constituição²²⁷⁰.

Por isso mesmo, passou-se a entender que a circunstância de o crime ser um daqueles definidos nas alíneas do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89 é imprescindível para que seja possível a imposição da prisão temporária, seja qual for a hipótese. Por conseguinte, se o crime praticado não se enquadrar em nenhuma das *fattispecies* da norma supramencionada, não se permite que haja a decretação da prisão temporária²²⁷¹. Porém, ainda assim, o só fato de o crime ser um daqueles indicados no inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, de conformidade com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é suficiente para a decretação da prisão temporária. Desse modo, além da satisfação do inciso III do art. 1º da lei em foco, o caso tem de se subsumir ou na hipótese do inciso I (ser imprescindível para as investigações do inquérito policial) ou na do inciso II (o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade)²²⁷².

Em verdade, observa-se que a hipótese contemplada no inciso I (imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial) compreende a que é prevista no inciso II (não ter o indiciado residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade), ambos da lei em estudo. Ora, sendo a prisão temporária medida acautelatória a ser adotada ainda na fase pré-processual, tem-se que ela, para ser decretada, há de ser, necessariamente, imprescindível para as investigações do inquérito policial. Se ela não for necessária, não há por que limitar o direito de liberdade da pessoa. Ademais, o fato de uma pessoa não ter a residência fixa ou de não apresentar os seus dados de identificação somente justifica o decreto prisional caso a medida se mostre indispensável para a instrução do inquérito policial, conforme adverte EUGÊNIO PACELLI²²⁷³.

Na esteira desse entendimento, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em decisão tomada à unanimidade por sua Quarta Turma, no Recurso Criminal de registro cronológico

cídio doloso; (2) sequestro ou cárcere privado; (3) roubo; (4) extorsão; (5) extorsão mediante sequestro; (6) estupro; (7) atentado violento ao pudor; (8) raptio violento; (9) epidemia com resultado de morte; (10) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; (11) quadrilha ou bando; (12) genocídio; (13) tráfico de drogas; (14) crimes contra o sistema financeiro.

²²⁷⁰ Essa é a posição de MIRABETE (Cf. Op. cit., p. 393).

²²⁷¹ A jurisprudência do STJ é no sentido de que a prisão temporária só cabe nos crimes definidos no art. 1º, III, da Lei 7960, de 1989. Nesse sentido, confira-se a decisão, à unanimidade de seus pares, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Relator FELIX FISCHER: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155 DO CP. PRISÃO TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. – Não pode subsistir o decisum que decretou a prisão temporária do paciente, investigado em sede de inquérito policial pela suposta prática do delito inculcado no art. 155 do CP, o qual não está inserido no rol do art. 1º, III, da Lei n.º 7.960/89. (Precedentes). Writ concedido, para revogar a decisão que determinou a prisão temporária do paciente, sem prejuízo de que nova custódia cautelar seja decretada, desde que em observância aos requisitos legais.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Classe: RHC – Processo: 35557, UF: PR, Data da decisão: 20/09/2004, Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 11 jul. 2005).

²²⁷² A respeito dos fundamentos necessários para a decretação da prisão temporária, surgiram três correntes: a primeira, em interpretação literal do art. 1º da Lei nº 7.960/89, defendia que, como na enumeração não se utilizou a conjunção aditiva e, é cabível a prisão temporária em qualquer uma das situações previstas nos incisos do mencionado artigo, de modo que os três requisitos devem ser considerados como alternativos (Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 393). A segunda corrente, igualmente, parte de interpretação literal, para dizer que, como o legislador, ao contrário de como procedeu ao redigir o art. 312 do Código de Processo Penal, não fez uso da conjunção alternativa “ou”, tem-se que, para a infligir a prisão temporária, reclama-se a satisfação dos três fundamentos estampados nos incisos do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989. (Cf. CARVALHO. Op. cit., p. 115; Por fim, a terceira corrente, a mais aceita, entende que sempre tem de estar presente a motivação do inciso III da lei em referência, conjugada com uma das duas encartadas nos incisos I e II. (Cf. FERNANDES. Op. cit., p. 297).

²²⁷³ Op. cit., p. 532. PACELLI argumenta, que para a prisão temporária “... devem estar presentes necessariamente, tanto a

200038000241551-MG, relatado pelo Desembargador Federal MÁRIO CÉSAR RIBEIRO²²⁷⁴, assim decidiu:

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. FALSIDADE DOCUMENTAL. ENVOLVIMENTO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. INDICIADO EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. INVESTIGAÇÃO. PRISÃO TEMPORÁRIA. DILIGÊNCIAS. IMPRESCINDIBILIDADE 1. A prisão temporária pode ser decretada quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em fato típico e antijurídico previsto na Lei nº 7.906/89 (...).

Assim como ocorre em relação à prisão preventiva, além dos fundamentos, há os requisitos que precisam estar deferidos para que haja autorização para a prolação de decisão judicial instituindo a prisão temporária. Enquanto em relação à primeira medida o legislador utilizou as expressões certeza da materialidade e indícios de autoria, em relação à segunda ele se contentou em falar em fundadas razões de autoria ou participação do indiciado. O primeiro aspecto a se observar é que o legislador utilizou a expressão indiciado, o que significa a pessoa a quem tenha sido, no inquérito policial, imputada a prática de ilícito. É certo que não se deve, aqui, fazer uma interpretação literal a ponto de defender que para decretação da prisão temporária haja necessidade de que, antes, tenha havido o prévio indiciamento da pessoa. Tal não seria razoável, até porque não há esse pressuposto, sequer, para a prisão preventiva. Mais uma coisa se pode concluir: tanto para a decretação da prisão temporária quanto para a preventiva não se pode determinar a medida acautelaria contra um mero suspeito. Ainda que não se exija o seu prévio indiciamento, para a adoção dessa medida extrema, se exige o sumário de culpa, que consiste na reunião de elementos probatórios concernentes em fundadas razões de autoria ou participação no crime. Se assim é, em hipótese alguma, a prisão temporária poderá servir para que a autoridade policial a utilize como instrumento para obter as provas necessárias destinadas a dar lastro a pedido de decretação de prisão preventiva.

Por outro lado, se para pedir a prisão temporária é requisito indispensável a circunstância de existir contra o agente fundadas razões de autoria ou participação no crime, como para a motivação dessa medida o juiz há de escorar-se não apenas no que dispõe o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, mas também no que está escrito no inciso I do mesmo dispositivo, observa-se que, nesses casos, já há a presença dos elementos necessários para se pedir a própria decretação da prisão preventiva sob o fundamento de que a tutela de urgência criminal se impõe por conveniência da instrução do inquérito policial (art. 312 do Código de Processo Penal). Por isso mesmo é que não se vê, na prática, muita utilidade com a prisão temporária, pois se a autoridade policial ou o Ministério Público já pode pedir a prisão preventiva, que não tem prazo fixo e pode se estender até o processo, não há razoabilidade em solicitar-se a temporária, cujo prazo máximo é de cinco dias, prorrogável por outro tanto. O mesmo se diga na hipótese de crime considerado hediondo, em que o lapso temporal se estende por trinta dias, prorrogável por mais trinta, caso demonstrada a sua absoluta necessidade (art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90)²²⁷⁵.

Têm razão os doutrinadores que apontam incompatibilidade da prisão temporária com os di-

situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação, quanto aquela do III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I.” (Ibid.)

²²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 12/06/2002, Disponível em: www.cjf.gov.br/Juris/Juris.asp. Acesso em: 12 jul. 2005.

²²⁷⁵ Com vários anos de magistratura federal, raros eram os casos de pedido de prisão temporária. Agora, tem sido muito fre-

tames da Constituição, caso se queira utilizar essa medida como instrumento a ser manejado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público no afã de angariar elementos probatórios necessários para futuro pleito de decretação da prisão preventiva. Estreme de dúvidas que um Estado Democrático-Constitucional elaborado sob a batuta dos direitos fundamentais não se coaduna com a intenção legislativa de legalizar prisão para averiguações, até porque, para todos os efeitos, a regra é o direito de liberdade, somente podendo ser coartado, como medida acautelatória, esse direito essencial da pessoa humana, caso, além da necessidade, haja suporte probatório mínimo referente à existência do crime e indícios ou fundadas razões de sua autoria ou participação na empreitada criminosa²²⁷⁶.

A necessidade da prisão como forma de conferir maior poder investigatório, por si só, não basta para que se flexibilize cláusula da magnitude com que é alçado o direito de liberdade, até porque a lógica é que deve investigar-se primeiro para depois prender-se, e não o contrário, prender-se primeiro e investigar-se depois.²²⁷⁷ Por conseguinte, em todo caso, além de exigir-se que o crime cometido se enquadre em uma das hipóteses do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, e que a medida se escore na imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, o juiz, para estar autorizado a decretar a prisão, deve ter elementos de prova, ainda que sumários, a respeito da ocorrência do ilícito e da correspondente autoria²²⁷⁸.

Conforme a Constituição, a interpretação da Lei nº 7.960, de 1989, de modo a conceber a prisão temporária com natureza acautelatória, finda por torná-la compreendida na maior abrangência da prisão preventiva, a ponto de aquela não se prestar para o fim que foi concebida, que era de dar à autoridade policial a possibilidade de, por seu intermédio, coletar elementos probatórios mais consistentes para,

quente, geralmente solicitada com a finalidade de que seja utilizada como *trampolim* para o pedido de prisão preventiva, o que não é admissível.

²²⁷⁶ Essa parece ser a posição do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode ver da leitura da ementa do acórdão exarado pela Sexta Turma, no julgamento do HC 3113/PB, relatado pelo Ministro PAULO MEDINA, cujos termos são os seguintes: PENAL E PROCESSUAL. ROUBO. QUADRILHA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. Cabe decretar a prisão temporária em face da existência de crime grave, dentre os quais o roubo, em face de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida em lei, da autoria ou participação do indiciado na prática delitiva sob averiguação. O decreto observa o prazo determinado na lei de regência e fundamenta a decisão em fatos concretos, com amparo legal adequado, razão pela qual inexistente constrangimento ilegal a sanar. Ordem denegada. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Data da decisão: 04/12/2003, Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp Acesso em: 17 jan. 2007.

²²⁷⁷ Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal JOSÉ CELSO DE MELO FILHO, em crítica a essa prática então adotada pelos órgãos policiais, advertiu: "... a denominada *prisão para averiguações*, que constitui prática policial comum, além de configurar o delito de abuso de autoridade, representa a mais típica manifestação de arbitrariedade contra a liberdade de locomoção física (ou o direito de *ir, vir e permanecer*).

Daí por que o Judiciário – prossegue – tem profligado, censurando a conduta dos agentes policiais que dela lançam mão, esquecendo-se de que a investigação deve *preceder* a prisão. Investiga-se primeiro para depois prender-se. O contrário prender para investigar – implica numa verdadeira subversão de princípios jurídicos.” (Apud SZNICK. Op. cit., p. 486.)

²²⁷⁸ Essa é a inteligência que sobressai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da leitura da ementa do acórdão a seguir exposto: “CRIMINAL. RHC. ROUBO. PERSEGUIÇÃO DE AUTORIDADES PÚBLICAS LOCAIS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES NOS DELITOS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPRO- PRIEDADE DA VIA ELEITA. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTES EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA AS INVESTIGAÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (...) A determinação de prisão temporária deve ser fundada em fatos concretos que indiquem a sua real necessidade, atendendo-se os termos descritos na lei. Evidenciada a presença de indícios de autoria dos pacientes no delito de roubo, para o qual é permitida a decretação da custódia provisória (art. 1º, inciso III, alínea “c”, da Lei n.º 7.960/89), bem como o fato de os pacientes encontrarem-se em lugar incerto e não sabido, necessária se torna a decretação da prisão temporária, tendo em vista a dificuldade de investigação e conclusão do inquérito quando ausentes os indiciados. Precedentes. (...). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: RHC – Processo: 17075, UF: PR, QUINTA TURMA, Data da decisão: 03/03/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 13 jul. 2005.

²²⁷⁹ Na abordagem feita no item 9.5.3.2, supra, demonstrou-se que a ofensa ao princípio da ampla defesa ocorre quando se

daí, com base neles, poder solicitar a decretação da prisão preventiva. Eis a razão pela qual esse instituto é tão pouco utilizado pela autoridade policial e pelo Ministério Público que, diante dos requisitos para a concessão da prisão temporária, preferem, racionalmente, pedir logo a prisão preventiva, situação que é refletida na escassa jurisprudência formada sobre o assunto.

De qualquer sorte, em alguns casos, o juiz, ao invés da prisão preventiva, pode decretar a prisão temporária, por ser mais favorável ao agente, diante da existência de prazo fixo para a sua subsistência. Notadamente quando a prisão for medida imprescindível apenas para viabilizar algum tipo de diligência, não sendo necessária a manutenção do agente no cárcere após a sua conclusão.

9.6.5.1.3 – Prisão (preventiva) ou medida diversa da prisão com a sentença.

Malgrado as prisões processuais denominadas preventiva e temporária, o direito de liberdade ainda podia ser restringido, antes do trânsito em julgado do processo em que se apura a culpabilidade do agente, por decisão nesse sentido contida na sentença condenatória passível de recurso²²⁷⁹. Como se viu, na redação originária do CPP, a sentença condenatória, salvo quando se tratava de crime afiançável, tinha o condão de determinar, compulsoriamente, o recolhimento do acusado à prisão. Porém, devido à alteração legislativa do art. 594 do Código de Processo Penal, determinada pela Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, dali em diante, para que o juiz, nos crimes em geral, impusesse a prisão com a sentença condenatória, havia a necessidade de que o acusado fosse considerado reincidente ou possuidor de maus antecedentes²²⁸⁰.

Logo após a promulgação da Constituição de 1988 houve acirrada discussão quanto à persistência da prisão que era insculpida no art. 594 do Código de Processo Penal. Contudo, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal dirimiram a dúvida suscitada a respeito desse tema, mediante diversos pronunciamentos asseverando que essa medida não conflita com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a Súmula nº 9, para dizer, com todas as letras, que “A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.” A crítica que merece ser feita a esse entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, que aqui já se cuidou de fazer, é pelo fato de ele consolidar não apenas a posição de que a hipótese de prisão então prevista no art. 594, combinado com o art. 393, I, ambos do Código de Processo Penal, não havia sido revogada pela Constituição, como também aprovar a leitura do primeiro dispositivo naquilo em que erigia como condição para a admissibilidade do recurso o anterior recolhimento ao cárcere²²⁸¹. Em todo caso, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhado de perto pelo Supremo Tribunal Federal, resolveu a *vexata quaestio* doutrinária quanto à subsistência da prisão com a sentença.

É preciso perceber, entretanto, que esse tipo de prisão que podia ser decretada pelo juiz com a sentença diferia, substancialmente, das prisões preventiva e temporária. A temporária somente é possível na fase do inquérito policial; enquanto a preventiva, a qualquer momento, antes ou depois de iniciada a relação processual, podendo, até mesmo, ser encartada na própria sentença condenatória, desde que presente, pelo menos, um dos fundamentos gravados no art. 312 do Código de Processo Penal. Já a hipótese de prisão registrada no art. 594 do mesmo diploma legal apenas podia ocorrer durante a

erige o prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.

²²⁸⁰ Essa é a denominada Lei Fleury, tão criticada quanto incompreendida. Sobre o assunto, cf. 9.6.3, supra. Como se verá mais adiante, o art. 594 do CPP foi revogado pela Lei nº 11.719, de 2008.

²²⁸¹ Cf. item 9.5.3.2, supra, quando é feita a ampla abordagem sobre esse entendimento sumular, o que compreende, até mesmo, a circunstância de ter-se utilizado a expressão *presunção de inocência*. Porém, com a revogação do art. 594 do CPP, o enunciado da súmula ficou superado.

²²⁸² Op. cit., p. 536.

relação processual instaurada mercê do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, ainda assim, no exaurimento do ofício jurisdicional de primeira instância, que se dá com a prolação da sentença. Ademais, essa espécie de prisão possuía requisitos específicos em nada parecidos com os reclamados seja para a prisão preventiva, seja para a temporária, uma vez que a decretação da prisão cautelar, nesse caso, tinha a sua necessidade fundamentada na circunstância de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes.

A circunstância de ser espécie de prisão decretada pelo juiz no momento em que proferia a sentença, definindo a culpabilidade do acusado, fez com que a questão fosse tratada, por boa parte dos doutrinadores, como efeito do decreto jurisdicional condenatório, de modo que esse recolhimento ao cárcere estaria mais para uma tutela antecipada ou execução provisória do julgado do que para uma medida genuinamente acautelatória. Por enxergar prisão como forma de execução provisória da pena determinada na sentença, subordinada à condição resolutiva (provimento do recurso), essa parte da doutrina sustentava que essa espécie prisional estava em descompasso com a cláusula constitucional da presunção de não culpabilidade, razão pela qual defendia que ela havia sido revogada pela Constituição de 1988.

Tal entendimento sofria a influência da omissão do legislador em não ter providenciado a modificação, igualmente, da redação do art. 393, I, do Código de Processo Penal, que continua a estabelecer como efeito da sentença criminal condenatória "... ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança." De fato, antes da Lei Fleury (Lei nº 5.941/73), a decretação da prisão, mesmo nos crimes afiançáveis, era um efeito cogente da sentença condenatória. Depois, com a nova redação dada ao art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei Fleury, para a imposição da prisão com a sentença, deixou de ser suficiente a condenação, passando a ser necessário que o juiz fundamentasse tal necessidade baseado na circunstância de o acusado não ser primário ou não possuir bons antecedentes.

Antes, sem dúvida alguma, da forma como o assunto era tratado pela legislação processual, a prisão imposta com a sentença não tinha nenhuma função acautelatória e possuía clara natureza antecipatória, constituindo-se título executivo idôneo para que se desse início à execução provisória da condenação. EUGÊNIO PACELLI²²⁸², atento para esse importante detalhe, expõe que "Seja como for, na ordem jurídica precedente, sobretudo naquela que remonta ao início da vigência do CPP, as prisões decorrentes de sentença recorrível (art. 594) e de pronúncia (art. 408) não guardavam mesmo qualquer compromisso com a cautelaridade, impondo-se como verdadeiras execuções, no que tinha razão Afrânio Silva Jardim"²²⁸³. Contudo, devido à mutação legislativa, que passou a exigir, para a decretação da prisão com a sentença, a sua fundamentação no fato de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes, essa medida, ao contrário do que sustenta AFRÂNIO SILVA JARDIM²²⁸⁴, passou a revestir espécie acautelatória que guarda identidade com o gênero prisão provisória ou prisão processual.

Com efeito, antes, a decretação da prisão com a sentença condenatória era mero *efeito compulsório*. Era irrelevante a circunstância de o acusado ser primário ou reincidente, ter bons ou maus antecedentes. Proferida a sentença, o juiz, com ela, decretava a prisão, só não havendo o recolhimento do acusado para o cárcere nos casos em que, sendo afiançável o crime, ele efetuasse o pagamento para garantir a sua permanência em liberdade. Com a nova redação que foi dada ao art. 594 do Código de Processo Penal pela Lei Fleury, o juiz, para decretar a prisão com a sentença, salvo o caso da preventiva, tinha

²²⁸³ De fato, AFRÂNIO SILVA JARDIM sustenta que a prisão resultante da eficácia da sentença condenatória passível de recurso não é espécie do gênero prisão provisória, de modo que, desde a origem do Código de Processo Penal de 1941, ela conserva a sua natureza de execução provisória (Cf. Direito processual penal. p. 276).

²²⁸⁴ Ibid. p. 276.

²²⁸⁵ Assim, se posiciona o referido doutrinador: "Claro e indiscutível que, na hipótese de recurso extraordinário, como é da tra-

de fundamentar baseado na circunstância de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes.

Nada obstante a sustentação que aqui se faz da natureza acautelatória da prisão que era determinada na sentença com base no art. 594 do Código de Processo Penal e de sua compatibilidade com o princípio da presunção de não culpabilidade, apresenta-se oportuno pinçar que não parece correto o entendimento de que a execução da pena de prisão somente há de ter início após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Note-se que os recursos extraordinário e especial, conquanto tenham apenas função uniformizadora da jurisprudência, não podem constituir-se obstáculo ao cumprimento do que ficou acertado na condenação. Eventualmente, em razão da existência do recurso extraordinário ou especial, o acusado pode, por meio de habeas corpus, pedir que, diante das circunstâncias do caso, seja-lhe assegurado o direito de permanecer em liberdade até a solução propriamente definitiva do processo. Nesse passo, não merece retoques a afirmação de AFRÂNIO JARDIM²²⁸⁵, quando mostra que, em nosso meio, essa execução provisória tem sido admitida, sem maiores discussões, quando se trata do recurso extraordinário. Até porque o direito à ampla defesa, que compreende a possibilidade de esgotar a jurisdição por meio a interposição de recursos, vai até ao que se convencionou denominar justiça de partes, ou seja, a rediscussão da matéria nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça, na seara da justiça comum²²⁸⁶.

De qualquer maneira, se não há necessidade do trânsito em julgado em si da sentença condenatória para que haja o início da execução da pena imposta pela autoridade judiciária, em verdade, pela sistemática adotada em nosso regime, não parece razoável admitir-se que isso se dê já em relação à decisão de primeira instância. O mais adequado é entender-se que o princípio da presunção de não culpabilidade se apresenta como barreira à execução provisória da sentença condenatória apenas, e tão-somente, enquanto não for exaurida a jurisdição de partes, o que, de acordo com a nossa organização judiciária e recursal, ocorre quando julgada a lide, ela é reexaminada em segunda instância por meio do ajuizamento do recurso de apelação²²⁸⁷. Somente após encerrada a discussão da matéria perante a jurisdição de partes é que pode ter lugar a execução provisória do julgado. Até porque, como aqui já foi realçado, o princípio da ampla defesa somente alcança o direito de esgotar o pronunciamento dos órgãos jurisdicionais que, de acordo com a sistemática organizacional do Poder Judiciário, integram o que se convencionou denominar jurisdição de partes .

Como aqui foi dito antes, conforme o exame do tratamento dispensado pela legislação brasileira ao tema, mostra-se coerente sustentar o entendimento de que, antes de o acusado ser condenado, ele tem o direito de permanecer em liberdade durante o transcurso do processo, só sendo lícito coartá-la caso haja uma das hipóteses para a prisão preventiva²²⁸⁹. Durante esse tempo, a circunstância de o acusado ser primário, ou não, possuir bons antecedentes, ou não, por si só, apresenta-se insuficiente para a justificação dessa medida acautelatória.

Seja como for, ainda que o acusado seja reincidente e não possua bons antecedentes, para a de-

dição de nosso direito processual em geral, teremos, necessariamente, uma execução de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, à míngua de efeito suspensivo do apelo heróico. Este fenômeno sempre existiu em nosso direito, embora no processo penal, muitos não se tenham dele dado conta ou tirado todas as consequências jurídicas” (Op. cit., p. 278)

²²⁸⁶ Cf. itens 9.5.3 e 9.5.3.1, supra.

²²⁸⁷ Com isso, se quer dizer o julgamento não só do recurso de apelação, como igualmente dos demais instrumentos recursais que devam ser apreciados e decididos pelo tribunal de segunda instância, a exemplo dos embargos infringentes.

²²⁸⁸ Cf. item 9.5.1. No item em referência, desenvolve-se o entendimento de que o princípio da ampla defesa só contempla o direito do acusado de discutir a lide, da forma mais ampla possível, até o segundo grau de jurisdição. Desse modo, ele sempre possui o direito de apelação, como forma de rediscutir não só as questões tratadas na sentença como igualmente as decisões incidentes para as quais não foi admissível a interposição do recurso em sentido estrito. Por isso mesmo, o recurso de apelação é de *fundamentação livre* e se presta para renovar a discussão sobre as matérias não só de direito como de fato. Mas não se insere no preceito da ampla defesa o direito de interpor os recursos chamados extraordinários, cujas espécies principais são o extraordinário propriamente dito e o especial (o recurso ordinário previsto para as decisões dadas em habeas

cretação da prisão preventiva, o juiz tem de sustentar a decisão em um dos fundamentos plasmados no art. 312 do Código de Processo Penal, até porque, nesse momento, ainda que certa a materialidade do crime, no que diz respeito à autoria, não há mais do que meros indícios. O que se quer dizer é que, como a prisão preventiva não é feita tendo como base um juízo de culpabilidade, porém apenas de probabilidade ou de verossimilhança da pretensão acusatória, para que se flexibilize uma garantia essencial do cidadão da magnitude do direito de liberdade, é bastante razoável que o legislador se cerque de maiores cuidados quanto às hipóteses de prisão, por meio da previsão de critérios normativos mais rígidos.

No entanto, quando o magistrado, após vencer a resistência da dúvida, firma juízo de valor quanto à culpabilidade do acusado, de modo que conclui pela sua condenação, mostra-se adequado que, para ser demonstrada a necessidade de imposição da prisão com a sentença, seja suficiente fundamentar a tutela cautelar no fato de ser recomendável essa medida diante da falta de primariedade ou de bons antecedentes, como prescrevia o art. 594 do CPP. Não havia necessidade de invocar-se nenhuma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, pois, conforme foi dito, os fundamentos da prisão decretada na sentença condenatória passível de recurso eram outros, aqueles grafados no art. 594 do CPP, bem diferentes dos que conferem azo à prisão preventiva.

Note-se bem a diferença. A prisão preventiva tem como requisitos a prova da materialidade e indícios de autoria, de modo que ela reclama, para a sua decretação, apenas o *fumus boni iuris* quanto à pretensão acusatória, ou melhor, quanto à autoria e a culpabilidade. Aqui há apenas a plausibilidade da afirmação contida na peça acusatória em relação à culpa do acusado. A prisão com a sentença condenatória ainda sujeita a modificação por força do recurso interposto pelo sucumbente, nos termos do art. 594, se escorava em um juízo de certeza não apenas sobre a materialidade do ilícito, mas igualmente em relação à autoria e culpabilidade. Nesse caso, a prisão processual detinha como suporte a conclusão judicial quanto à responsabilidade penal do incriminado, mesmo que esta ainda pudesse vir a ser modificada em razão de eventual acolhimento do querer veiculado em recurso com o qual se pede a modificação do que ali ficou assentado. Por isso mesmo, ou seja, devido à circunstância de, com a sentença, haver um juízo de culpabilidade formalizado contra o acusado, após lhe ser assegurado não só o pleno exercício do direito de defesa, como também o gozo do *favor rei* (*in dubio pro reo* ou *presunção de não culpabilidade*), que lhe dá o benefício da dúvida, para que ele permanecesse com o seu direito de liberdade incólume, não se exigia apenas que a situação não se enquadrasse em uma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, mas igualmente que da análise de sua condição de reincidente e de portador de maus antecedentes, não exsurgisse fundamento para a decretação de sua prisão.

Em resumo, de conformidade com o entendimento aqui expandido, a fim de destacar as distinções entre a prisão preventiva e a processual que era embasada nos fundamentos do art. 594, impõe-se destacar o seguinte: Em relação à prisão preventiva: (1) pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo; (2) os seus fundamentos são os plasmados no art. 312 do Código de Processo Penal (para manutenção da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal); (3) tem como requisitos a materialidade do crime e indícios de autoria ou participação; (4) não contém juízo de valor sobre a culpabilidade, mas apenas de probabilidade de procedência do pedido condenatório; (5) não vigora o princípio do *in dubio pro reo*; e (6) de regra, tem o direito de defesa assegurado apenas depois de imposta a prisão, ainda assim, ela não é ampla, pois não

corpus por tribunal também é considerado como espécie da classe dos recursos extraordinários). Tal se explica pelo fato de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no exercício da jurisdição exercitada por meio da interposição do recurso extraordinário, para o primeiro, e especial, para o segundo, não funcionarem como órgãos judiciários de partes, mas com a função político-estratégica de manterem a unidade do pensamento judicial sobre as questões de ordem constitucional e infraconstitucional federal.

²²⁸⁹ Pelos motivos já esposados no item 9.6.4.1.2, supra, não há necessidade, aqui, de falar-se na prisão temporária.

²²⁹⁰ *Princípios de direito criminal*, p. 194-195. Sobre essa posição de FERRI, cf. 1.3.4.2, supra.

se permite discussão aprofundada sobre os fatos e o mérito da questão.

Quanto à prisão processual decretada com base no que previa o art. 594 do Código de Processo Penal: (1) somente podia ser determinada na sentença; (2) os seus fundamentos eram os plasmados no art. 594 do Código de Processo Penal (reincidência ou maus antecedentes); (3) tinha como requisito não apenas a materialidade do crime, mas também a certeza da culpabilidade; (4) continha juízo de valor sobre a culpabilidade; (5) observava o princípio do *in dubio pro reo*; e (6) somente era imposta depois que assegurado ao acusado o exercício pleno do direito de defesa perante a Primeira Instância.

Em que pesem essas distinções, a prisão decretada com fundamento no art. 594 do Código de Processo Penal detinha natureza acautelatória, pois ela não era mero efeito da sentença condenatória, porquanto, para a sua imposição, exigia-se a demonstração da necessidade do encarceramento do acusado antes mesmo do exaurimento da ampla defesa, o que se faz com o exame das consequências advindas da circunstância de ele não ser primário ou de não ter bons antecedentes.

Mas a Lei nº 11.719, de 2008, ao acrescentar um parágrafo único ao art. 363 do Código de Processo Penal, esclareceu que, com a prolação da sentença, o juiz deverá, fundamentadamente, dizer se é o caso de imposição de prisão preventiva *ou de outra medida cautelar*. Para deixar bem clara a sua intenção, o legislador, com a mesma lei, expressamente, revogou o art. 594. Assim, caso o juiz queira, com a sentença condenatória, passível de recurso, decretar a prisão do acusado, ele terá de fundamentá-la em uma das hipóteses do art. 312 do CPP, o que, em nosso sentir, não parece ter sido a melhor escolha. O pior é que o legislador da Lei 11.719, de 2008, assim como ocorreu com o da Lei Fleury, se esqueceu de modificar a redação do art. 393, inciso I, do Código de Processo Penal.

Diante dessa nova disciplina, mais do que nunca, uma última palavra é pertinente sobre o assunto. Não há como deixar de dar razão a FERRI²²⁹⁰, quando ele afirma que não se pode, em razão do princípio da presunção de não culpabilidade – ele usa a expressão presunção de inocência –, conceber a impossibilidade de determinar-se, logo com a prolação da sentença sujeita a recurso de apelação, a prisão de quem seja condenado por uma *forma atávica de delinquência*. Nessa mesma linha de pensamento, GAROFALO²²⁹¹ mostrava toda a sua irresignação pela falta de *eficácia* das sentenças condenatórias, dado que a mera interposição do recurso já era suficiente para assegurar ao acusado o direito de permanecer em liberdade, nada obstante a certificação de sua culpa assentada em pronunciamento judicial. Esse tratamento legislativo, aponta GAROFALO²²⁹², dá ensejo a que, como estratégia de defesa, sejam adotadas medidas para retardar o andamento do processo e que sempre seja interposto o recurso da sentença, o que compromete, em tudo, a celeridade processual.

Uma coisa é certa: se se quer, realmente, diminuir o sentimento de impunidade que reina em nosso cenário, é indispensável repensar o papel da sentença dada pelo juiz de primeira instância. Ela não pode, especialmente no processo criminal, ser um *nada jurídico*. Dada a sentença, a regra é que ela tem de ter algum efeito concreto, sob pena de a jurisdição de primeira instância ser uma mera etapa de passagem, com concentração do poder decisório nas instâncias superiores. Urge a modificação do Código de Processo Penal, a fim de que o efetivo poder decisório da magistratura de primeira instância seja resgatado. Especialmente nos crimes mais graves, quando o juiz fizer a condenação, é imprescindível que seja feita a avaliação na sentença quanto à potencialidade lesiva da permanência em liberdade do acusado²²⁹³. Todas as vezes que se fala na morosidade do Poder Judiciário, a identificação do problema, não raro, sinaliza para a exagerada quantidade de recursos. O problema maior, porém, não é bem

²²⁹¹ Op. cit., p. 419. Sobre essa posição de GAROFALO, Cf. 1.3.4.3, supra.

²²⁹² Ibid.

²²⁹³ A Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe enviou para o Parlamento sugestão de mudança do Código de Processo

o número de recursos, é o incentivo para que ele seja usado. Na medida em que o recurso de apelação tem como regra o efeito de suspender o que é determinado na sentença, evidentemente que, sendo ela condenatória, o acusado interpõe o recurso.

9.6.5.1.3.1 – Necessidade de fundamentação da prisão imposta com a sentença recorrível.

Cabe verificar que, não sendo mais a decretação da prisão um mero efeito necessário da sentença condenatória, o juiz, caso queira dar essa determinação, a despeito de toda a fundamentação exposta quanto à responsabilidade do acusado pelo fato ilícito, terá de motivar a razão pela qual ele entende que este deve, desde logo, ser encaminhado para o cárcere²²⁹⁴. Ademais, a partir do momento em que a Lei nº 11.719, de 2008, revogou, de forma expressa, o art. 594 do CPP, para que seja possível a prisão com a sentença condenatória, o juiz terá de escorar a fundamentação em uma das hipóteses do art. 312 do mesmo Diploma Legal. É que, nada obstante a ressalva feita no tópico anterior, o legislador se filiou à corrente doutrinária de que a prisão decorrente da sentença condenatória se confunde com a preventiva prevista no art. 312 do CPP.

Dessa forma, evidentemente, a discussão anterior quanto à necessidade, ou não, da fundamentação da prisão decretada com a sentença condenatória passível de recurso perdeu razão de ser.

Não se pense que a circunstância de o legislador da Lei 11.719, de 2008, não ter revogado o inciso I do art. 393 do CPP ensejaria a interpretação de que a prisão, tal como ocorria antes da Lei Fleury, seria efeito inexorável da sentença condenatória. É verdade que o legislador incorreu em lapso quando não determinou a revogação da norma jurídica em destaque, porém, a Lei nº 12.403, de 2011, remediou esse senão, revogando, expressamente, todo o art. 393 do CPP.

Ademais, o § 1º do art. 387 do CPP, incluído pela Lei nº 12.736, de 2012, deixa claro que, mesmo no caso de mera manutenção de prisão preventiva, ainda assim, o juiz terá de fazer a necessária fundamentação. Ou seja, se quando da prolação da sentença o acusado estiver preso, o juiz, em caso de condenação, terá de fundamentar a necessidade de sua manutenção.

A ausência de pronunciamento sobre a manutenção, ou não, da prisão, caracteriza omissão, a ser sanada por meio de embargos de declaração.

E mais. Mercê da inovação trazida com a Lei nº 12.736, de 2012, mantendo ou não a prisão preventiva, na sentença, o juiz terá dever de fazer a detração penal, *para fins de determinação do regime inicial da pena privativa de liberdade* ou, nada obstante o silêncio da norma, se for o caso, concessão de livramento condicional ou, até mesmo, decisão sobre o cumprimento da pena.

Obviamente, se a sentença for absolutória, o juiz não poderá decretar ou manter a prisão preventiva, de modo que, estando o réu preso, mesmo na hipótese de nada restar consignado no pronunciamento judicial, a soltura imediata do acusado se impõe, não sendo, aqui, propriamente de omissão que

Penal, sugerindo redação para o art. 393, § 2º, que possibilita ao juiz, nos casos de sentença condenatória a regime fechado, a decretação da prisão ou, quando suficiente, a determinação de outra medida cautelar menos gravosa, para afastar risco à segurança da sociedade ou para evitar a fuga do condenado (Cf. BRASIL. Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponível em: www.ajufe.org.br. Acesso em: 17 jan. 2007).

²²⁹⁴ No julgamento do Habeas Corpus nº 80174-SP – SÃO PAULO, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, na redação do acórdão, disse que “A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível – salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO, PRATICADO POR PACIENTE QUE CUMPRIA PENA PELO MESMO DELITO EM REGIME SEMI-ABERTO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPUGNAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 06/06/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 15 jul. 2005).

²²⁹⁵ A bem da verdade, o conteúdo da norma veio a lume com a Lei nº 11.719, de 2008, constando do parágrafo único

desafia embargos de declaração.

9.6.5.1.3.2 – Prisão com a sentença condenatória nos casos de crime hediondo e a ele equiparado (Lei nº 8.072, de 1990) e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613, de 1998).

Ao lado da regra geral que estava esculpida no art. 594, combinado com o 393, I, ambos do Código de Processo Penal, leis especiais conferem ao tema outro tratamento. A primeira delas, pela ordem cronológica, a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, no art. 35, caput, dizia que o acusado condenado pela prática das infrações catalogadas nos arts. 12 e 13 daquele diploma normativo não tinha o direito de apelar em liberdade. Posteriormente, a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, asseverou, no art. 2º, § 2º, que, nos crimes hediondos e os a eles equiparados, dentre os quais o delito de tráfico de entorpecentes, o juiz, em caso de sentença condenatória, decidirá fundamentadamente se o acusado poderá apelar em liberdade. Com isso, instaurou-se controvérsia para se saber se o dispositivo da Lei Antitóxico tinha sido, ou não, revogado pela Lei dos Crimes Hediondos.

Sobre o assunto, conforme assinala DAMÁSIO DE JESUS²²⁹⁶, surgiram três correntes: (1) o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, não havia sido revogado pelo art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, de modo que, em nenhuma hipótese, em se tratando de crime capitulado no art. 12 da Lei Antitóxicos, o acusado tinha o direito de apelar em liberdade. A prisão, nesse caso, seria mero efeito da sentença condenatória, sem nenhuma natureza acautelatória, à semelhança do art. 594 do Código de Processo Penal, em sua redação originária; (2) o art. 35 da Lei nº 6.368/76 não havia sido revogado pela disposição contida na Lei dos Crimes Hediondos, mas apenas derogado, de modo que ele expressa a regra geral, enquanto o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, a exceção. Dessa forma, de regra, a prisão no caso de crime de tráfico seria mero efeito da sentença condenatória, porém, excepcionalmente, por meio da devida fundamentação, o juiz poderia justificar porque seria permitido que ele tivesse o direito de apelar em liberdade²²⁹⁷; e (3) o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, havia sido revogado pelo art. 2º, § 2º, da Lei 8.072, de 1990²²⁹⁸, daí por que o acusado condenado por tráfico de drogas poderia apelar em liberdade, desde que assim fosse determinado, fundamentadamente, pelo juiz, na sentença.

A segunda e terceira correntes, ambas adotadas, em alguns julgados, pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido prático, eram equivalentes. Para ambas, como regra geral, o acusado, com a sua condenação por crime de tráfico de entorpecentes, somente poderia apelar em liberdade nos casos em

que foi incluído no art. 387 do CPP. Posteriormente, a Lei nº 12.736, de 2012, transformou o parágrafo único do art. 387 em § 1º.

²²⁹⁶ Op. cit., p. 599.

²²⁹⁷ Seguindo essa orientação, DAMÁSIO DE JESUS cita como precedentes do Superior Tribunal de Justiça o RHC 1.141, 5ª Turma, em 22.5.91; RHC 1.477, RJ, 5ª Turma, DJU 16.12.91, p. 18550 (Ibid.). O Ministro ASSIS TOLEDO, época em que ainda integrava o Superior Tribunal de Justiça, compoendo a sua Quinta Turma, ao escrever a ementa do acórdão prolatado no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus, processo nº 4838-SP, assim sumariou esse entendimento jurisprudencial: “(...) DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. TRÁFICO DE DROGAS. O ART. 35 DA LEI DE TÓXICOS NÃO FOI AB-ROGADO MAS APENAS DERROGADO PELO PARÁGRAFO 2º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90, SITUANDO-SE O PRIMEIRO FRENTE AO SEGUNDO NUMA RELAÇÃO REGRA-EXCEÇÃO, ISTO É, O ART. 35 ESTATUI A REGRA, O PARÁGRAFO 2º DO ART. 2º UMA EXCEÇÃO. DECISÃO, PORÉM, QUE TANTO CONCESSIVA QUANTO DENEGATÓRIA, DEVE SER FUNDAMENTADA, EM OBEDIÊNCIA AO PRECEITO CONSTITUCIONAL PREVISTO NO ART. 93, IX. PRECEDENTES DA CORTE.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 18/09/1995. Disponível em: www.cjf.gov.br/Juris/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005).

²²⁹⁸ STJ, RHC 1.077, 5ª Turma, DJU 8.5.91, Rel. Ministro ÉDSON VIDIGAL, DJU 227.5.91, p. 6972, JSTJ 28/222; REsp 9.839, Rel. Ministro VICENTE CERNICCHIARO, DJU 24.6.91, p. 8678-9; RHC 1.462, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, DJU 28.10.91, p. 15263-4 (Cf. JESUS. Op. cit., p. 599.)

²²⁹⁹ O art. 10 da Lei nº 8.072/90, está assim redigido: “O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar

que o juiz assim determinasse, fundamentadamente, na sentença.

De todo modo, resta considerar que a intenção do legislador da Lei nº 8.072, de 1990, não foi de revogar o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976. Isso tanto é verdade que, no art. 10, o legislador da Lei dos Crimes Hediondos referiu-se, expressamente, ao art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, para dizer que ele passaria a vigorar acrescido de parágrafo único²²⁹⁹.

É óbvio que, caso fosse a intenção do legislador revogar o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, ele não teria dito que passaria a vigorar acrescido de um parágrafo único. Foi o próprio legislador, portanto, quem se encarregou de dizer, na Lei 8.072, de 1990, que a norma jurídica em destaque permaneceria em vigor²³⁰⁰. Como se isso não bastasse, ainda que ele não tivesse dito, de forma categórica, que o referido dispositivo continuaria vigente, o legislador não iria inserir um parágrafo único em um artigo que ele estava, naquele momento, revogando. Isso seria, não se pode negar, um despautério. Porém, como aqui já foi assinalado, a verdadeira função interpretativa não se confunde com a pesquisa da intenção do legislador, razão pela qual a solução da controvérsia não se daria apenas com base nesse aspecto.

De qualquer forma, o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, para todos os efeitos, havia sido revogado com a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que se tenha a compreensão de que a nova ordem jurídica por ela instaurada, consagrando, de modo cogente, o princípio da presunção de não culpabilidade, vedou a imposição de qualquer prisão processual que não tenha natureza acautelatória. Assim, conforme foi sustentado linhas acima, em nosso sistema jurídico não pode haver previsão normativa que imponha a prisão como mero efeito da sentença condenatória, pois, conquanto não haja vedação de que ela seja imposta mesmo que não tenha ocorrido ainda o trânsito em julgado do decurso, para tanto, o juiz há de escorar o seu decreto prisional com a motivação de que essa medida se faz necessária²³⁰¹.

Como se isso não fosse suficiente, a Lei nº 6.368, de 1976, foi revogada pela Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que foi revogada pela Lei nº 11.343, de 2006, sendo que esta, no art. 59, impede o recurso em liberdade, salvo para quem seja primário e tenha bons antecedentes. Ou seja, como regra, não se admite o recurso em liberdade para o condenado por crime de tráfico de entorpecentes, sendo exceção a hipótese em que o condenado for primário e tiver bons antecedentes.

Parte da ideia de que o acusado, tendo respondido o processo em liberdade, com a sentença condenatória, deverá ser recolhido à prisão, caso não seja primário ou não tenha bons antecedentes. Assim, nada obstante revogado o art. 594 do Código de Processo Penal, agora se tem regra similar para os crimes de tráfico de entorpecentes, porquanto o art. 59 da Lei nº 11.343/2006 está em vigor e, conforme aqui ressaltamos, não é incompatível com a Constituição.

A incoerência do sistema, porém, é mais acentuada. Enquanto a regra geral prevista na Lei nº 11.343/2006 é no sentido de que o juiz, para impor a prisão com a sentença condenatória, tem de fundamentar com base na circunstância de o acusado não ser primário ou não possuir bons antecedentes, a Lei nº 8.072, de 1990, no art. 2º, § 2º, diz que nos crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, “Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.”

A interpretação literal desse comando normativo leva à conclusão de que, no silêncio do juiz, a sentença condenatória tem como efeito necessário a decretação da prisão. Apenas quando o juiz quer que

acrescido de parágrafo único com a seguinte redação:

Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14.”

²³⁰⁰ JESUS. Op. cit., p. 599-600.

²³⁰¹ Esse assunto foi explorado no item 9.6.5.1.3.1.

²³⁰² Essa questão será vista com mais detalhe adiante, no momento em que for examinado o direito à liberdade provisória

esse não seja o efeito da sua decisão é que terá de *fundamentar*, isto é, dar os motivos pelos quais ele acha que o acusado deve ficar em liberdade. Com essa visão da lei em foco, para decretação da prisão não haveria necessidade de a sentença conter *justificativa ou motivação*. O que o juiz teria de justificar ou motivar seria a razão pela qual, nada obstante a sentença condenatória, achou por bem deixar o condenado em liberdade.

Como se vê, esse entendimento se apresenta frontalmente contrário a tudo o que já se disse aqui, com base na Constituição de 1988, a respeito da cautelaridade da prisão processual. De mais a mais, parece de todo contraditório que o magistrado tenha de motivar a razão pela qual *não determina a prisão* com a sentença condenatória, quando o que deve ocorrer é justamente o contrário, ou seja, *fundamentar* quando quer, desde logo com a sentença, decretar a prisão. Até porque o que é tratado como excepcionalidade é a prisão, não a liberdade.

Mas esse conflito é mais aparente do que real. A explicação é muito simples. Contaminado com o passionalismo que envolveu a sociedade brasileira devido à emergente criminalidade, notadamente os vários casos de extorsão mediante sequestro, o legislador nacional tratou de editar a Lei nº 8.072, de 1990, com a qual definiu o que seriam crimes hediondos, equiparando-lhes, para fins de idêntico tratamento, os ilícitos de tortura, tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins e terrorismo. A intenção da referida lei foi dar a esses casos um tratamento por demais rígido, a ponto de não se admitir, nessas situações, não só a fiança, como igualmente a liberdade provisória (art. 2º, caput, II).

Certamente, o legislador acreditou que, não sendo permitida a fiança ou a liberdade provisória, o acusado, em se tratando de crime desenhado na moldura da Lei dos Crimes Hediondos, responderia o processo sempre preso²³⁰². Forte nessa falsa premissa, estando o acusado, durante todo o processo, recolhido à prisão, com mais razão no cárcere deveria permanecer se, no final, o juiz viesse a prolatar sentença condenatória. Por conseguinte, o legislador, ao redigir o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, partiu da ideia de que a vedação da liberdade provisória tinha o condão de fazer com que, nos casos de crimes hediondos e a estes equiparados, o acusado sempre respondesse o processo recolhido à prisão.

Diante do esposado, a regra pinçada no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, que determina ao juiz dizer, fundamentadamente, na sentença condenatória quando o acusado tem o direito de recorrer em liberdade, quando muito, só teria aplicação nas hipóteses em que o agente já se encontra preso. Nos casos em que o acusado, seja em razão de prisão em flagrante, seja de prisão preventiva, passa todo o processo recolhido à prisão, o juiz, ao proferir sentença condenatória, não precisaria dizer nada quanto à necessidade de permanecer encarcerado. Até porque o decreto prisional não estaria contido na sentença condenatória, mas sim em decisão anterior. Essa era a inteligência do Superior Tribunal de Justiça²³⁰³. Nesse caso, estando o acusado preso, na hipótese de o juiz, a despeito de condená-lo, entender que deveria ser liberado, aí sim, teria de apresentar a devida fundamentação, como quer o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990. Diferente se mostrava, porém, quando o acusado, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, respondesse todo o processo em liberdade.

De fato, nas hipóteses em que o agente do ilícito estivesse solto, caso o juiz, na sentença, não dissesse nada a respeito da decretação da prisão, deveria permanecer em liberdade, pois o recolhimento à prisão, consoante se colhe da jurisprudência emanada tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do

com ou sem fiança. Cf. item 9.6.5.2.2.3.

²³⁰³ (...) Não há que se falar em constrangimento ilegal, por ausência de fundamentação para a manutenção da custódia após exarada a sentença condenatória, tendo em vista que a decisão atacada por meio desta impetração foi proferida com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o direito de apelar em liberdade por crime hediondo (tráfico ilícito de entorpecente) não se aplica ao réu preso em flagrante delito e que assim permaneceu durante toda a instrução criminal.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE (PASTA-BASE DE COCAÍNA). PRISÃO EM FLAGRANTE MANTIDA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE

Supremo Tribunal Federal e aqui examinada, pressupõe decisão *fundamentada*²³⁰⁴.

Acontece que, conforme vimos, a Lei nº 11.719, de 2008, estipulou como um dos elementos da sentença condenatória, na hipótese em que o acusado estiver preso, decidir, *fundamentadamente, sobre a manutenção* da prisão (art. 387, §1º, do CPP). Nem se diga que a regra do §1º do art. 387 do CPP é geral, não sendo aplicável, portanto, às matérias que estão sob regência de lei especial. Não parece que assim seja, pois, para todos os efeitos, a norma contida no art. 387, §1º, do CPP, apenas reflete a Constituição quanto à excepcionalidade e temporário da prisão processual.

Como não foi estabelecido propriamente um prazo máximo de duração da prisão preventiva, restou previsto um momento processual no qual o juiz, necessariamente, terá de reexaminar a necessidade, ou não, de sua manutenção, ou seja, quando da prolação da sentença. Assim, seja para decretar a prisão ou para manter alguém encarcerado, o juiz terá, na sentença, de fazer a devida fundamentação.

Não é só. Como a regra geral do Código de Processo Penal, implementada pela Lei nº 12.403, de 2011, é a *subsidiariedade da prisão processual*, o juiz, na sentença, deverá examinar se não é suficiente, para o caso, a imposição de medida cautelar diversa da prisão (arts. 282, §6º, e 310, II, última parte, ambos do CPP). Se assim for, deverá preferi-la à prisão preventiva ou, então, se o agente estiver preciso, verificar se não é caso de substituir o encarceramento por uma ou mais medidas alternativas

De outro lado, verifique-se que, em verdade, não há diferença substancial entre a prisão com a sentença nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e aquela imposta com a decisão exarada em um dos crimes anunciados na Lei dos Crimes Hediondos, pois, em qualquer uma dessas situações, estando o acusado em liberdade, caso o juiz queira decretar o recolhimento ao cárcere com a sentença condenatória, terá de dar a devida fundamentação, como, aliás, está manifestado na segunda parte do inciso LXI do art. 5º da Constituição. Do mesmo modo, em virtude do § 1º do art. 387 do CPP, estando o acusado preso, seja em caso de tráfico ilícito de entorpecentes ou de crime hediondo, o juiz, na sentença, em caso de manutenção do decreto prisional, terá de fazer a necessária fundamentação.

A Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que estabelecia normas procedimentais aplicáveis aos crimes praticados por organizações criminosas, a chamada Lei Contra o Crime Organizado, no art. 9º, dizia que “O réu não poderá apelar em liberdade...”, norma que não se confortava com a Constituição e com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, a prisão, mesmo com a sentença, tem natureza acautelatória, de modo que há de ser justificada com a demonstração de sua necessidade. Note-se que a norma em destaque, por linhas transversas, seguia a mesma orientação do art. 594, revogado pela Lei nº 11.719, de 2008, pelo que não deve ser observada, porquanto revogada pela Constituição de 1988.

Por isso mesmo, ao revogar a Lei nº 9.034, de 1995, o legislador da Lei nº 12.850, de 2013, não

NÃO RECONHECIDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. QUINTA TURMA, un., Relator Ministro ARNALDO ESTEVES, Classe: HC – Processo: 37976, UF: MT, Data da decisão: 18/11/2005. Dispo- nível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.)

²³⁰⁴ Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “CRIMINAL. RHC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉUS SOLTOS DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE SUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO PARA A CUSTÓDIA DETERMINADA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. RECURSO PROVIDO. Tratando-se de pacientes que permaneceram soltos durante a instrução do processo, sem criarem quaisquer obstáculos ao seu regular andamento, e inexistindo suficiente fundamentação quanto à necessidade das custódias, deve ser permitido que apelem em liberdade. Exige-se concreta e adequada motivação para a negativa ao apelo em liberdade, mesmo em sede de delitos hediondos, tendo em vista a excepcionalidade da custódia cautelar e diante das próprias peculiaridades da hipótese – réus reconhecidamente primários e com bons antecedentes.(...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEXTA TURMA, un., Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: RHC – Processo: 12312, UF: RO, Data da decisão: 6/2/2003. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.)

²³⁰⁵ Op. cit., v. 4, p. 64.

reeditou a norma do art. 9º, de modo que não há mais óbice, em se tratando de crime organizado, à interposição do recurso em liberdade.

9.6.5.1.4 – Prisão com a decisão de pronúncia.

Registre-se que, assim como ocorria em relação à sentença definitiva, antes da edição da Lei nº 5.941, de 1973 (a chamada Lei Fleury), a prisão era efeito inexorável da decisão de pronúncia, salvo quando o crime era afiançável, hipótese em que, mediante o pagamento da fiança arbitrada, o acusado podia permanecer em liberdade. Com a modificação introduzida pela lei em referência, a contrário senso da leitura do art. 408, § 2º, do Ordenamento Processual Penal, para a decretação da prisão de pronúncia, o juiz havia de fundamentar a necessidade da medida com base na circunstância de o denunciado não ser primário ou não possuir bons antecedentes. Acontece que, conquanto seja razoável que assim seja quando se trata da sentença condenatória, o mesmo não pode ser dito em relação à decisão de pronúncia.

Com efeito, diferentemente da sentença condenatória, que possui, como o próprio nome já está a dizer, natureza condenatória, o que pressupõe, por conseguinte, conclusão quanto à responsabilidade penal do agente, na decisão de pronúncia, tal não ocorre, posto que ela possui, tão-somente, natureza eminentemente declaratória, sem nenhum juízo a respeito da culpabilidade. A esse respeito, tenha-se presente que, consoante *communis opinio doctorum*, a decisão de pronúncia contém mero juízo de admissibilidade, sem qualquer imiscuição quanto ao mérito da querela, no qual o magistrado proclama admissível a acusação formulada pelo Ministério Público, a fim de que o acusado seja conduzido ao plenário do júri popular, e lá venha a ser julgado. Reclama-se para a pronúncia apenas a convicção sobre a existência do crime e indícios da autoria, não sendo de mister a colheita de prova robusta, porquanto, como se disse, não se trata de pronunciamento judicial com conteúdo condenatório.

Tendo em conta essa peculiaridade, leciona *ex cathedra* TOURINHO FILHO²³⁰⁵ que a decisão de pronúncia não se “... trata de sentença de mérito, pois mesmo reconhecendo seja o réu o autor do crime, não aplica nenhuma *sanctio juris*. A sentença aí tem, evidentemente, caráter nitidamente processual.” Cuida-se, apenas, de instrumento com o qual o juiz julga admissível o *ius accusationis*, em ato-condição de encaminhamento do caso para o tribunal do júri – que, em obséquio ao plasmado no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição, em se tratando de crime doloso contra a vida, constitui-se o juiz natural para o caso –, a fim de que, naquele juízo, seja realizado o julgamento. Justamente por não se tratar de decisão de mérito, portanto, sem nenhum conteúdo condenatório, tem-se o entendimento de que ela deve ser proferida apenas com base na certeza da materialidade e de indícios suficientes de que o denunciado seja o autor do ilícito, deixando para o plenário do júri a tarefa que lhe é conferida pela Constituição, consistente na apreciação do mérito do caso e aí, ao sopesar as provas dos autos, absolver ou condenar o acusado. Assim, para que seja proferida a decisão de pronúncia não se há de exigir prova plena, inconcussa, sem a ínfima mácula de duvidança quanto à culpabilidade, mas apenas a verossimilhança da pretensão acusatória, de modo que, em caso de dúvida, a questão deve ser resolvida com lastro no princípio do *in dubio pro societate*.

Em compasso com essa linha de entendimento, TOURINHO FILHO²³⁰⁶, ao analisar os aspectos referentes à absolvição sumária, ensina que o juiz, para deixar de pronunciar e, assim, absolver desde logo o acusado, deve estar acompanhado de provas que *sejam extremas* de dúvidas no sentido de que o ato por ele praticado foi ausente de culpabilidade ou não foi antijurídico. Com sobradas razões, acrescenta o processualista penal paulista que a absolvição sumária com base na ocorrência da legítima defe-

²³⁰⁶ Op. cit., v. 4, p. 60.

realizado de 18 a 25 de abril de 2005, tendo a participação de todos os países que são membros dessa maior organização mundial, aí incluído o Brasil, que, assim como nos anos anteriores, participou, oficialmente, do evento, dentre as proposições aprovadas consta a recomendação de que, na reforma da Justiça criminal, em nome da política de *justiça restaurativa*, sejam pensados e colocados em prática instrumentos alternativos à utilização da privação de liberdade, adotando-se a estratégia de incentivar-se a aplicação de medidas alternativas de base comunitária, despontando, nesse aspecto, a prisão domiciliar, para cujo cumprimento os países mais desenvolvidos têm recorrido, cada vez mais, à vigilância eletrônica como forma de assegurar que o agente permaneça em sua casa²³²². Essa técnica é adotada nos Estados Unidos, havendo notícia de que assim se procedeu no rumoroso caso envolvendo MARTHA STEWART, condenada pela prática do crime de perjúrio a prisão domiciliar, com direito a sair apenas 48 horas semanais, cumprimento fiscalizado mediante o monitoramento por uma tornozeleira eletrônica²³²³.

9.6.5.1.6 – Adoção de medidas alternativas à prisão processual no sistema brasileiro.

Consoante ressaltado, a legislação processual brasileira não havia adotado, a título de regra, as medidas alternativas como sucedâneo à prisão processual, muito embora isso já fosse bem definido quanto à prisão-pena e essa fosse a função do processo arquitetado sob a batuta do Estado Democrático-Constitucional²³²⁴. De qualquer forma, pelo menos no Juizado Especial, sob a influência do sistema americano, o legislador nacional havia concebido medida acautelatória como sucedânea da prisão preventiva, ao enxertar, ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 1995, por meio da edição da Lei nº 10.455, de 15 de maio de 2002, previsão de que “... Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.”

Diante dessa previsão normativa, o juiz, ao contrário de impor a prisão do autor do fato, podia determinar o seu afastamento do lar, domicílio e demais locais frequentados, ordinariamente, pela vítima, como local de trabalho, clube recreativo etc. e, até mesmo, estabelecer a distância mínima que aquele deverá conservar em relação a esta e impedir que com ela mantenha, entre ou procure entrar em contato.

Seguindo a orientação do Direito Comparado, o projeto de reforma do Código de Processo Penal propôs a modificação do art. 319, de modo a estabelecer, além da prisão preventiva, medidas cautelares que não importam em privação do direito de liberdade, mas apenas restrição de determinados direitos, quais sejam: (1) comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; (2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (3) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (4) proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; (5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena míni-

de la justicia penal, incluída la justicia restaurativa.

²³²³ *As ricas também choram*. Revista Veja, São Paulo, ed. 1.914, n. 29, p. 85, jul. 2005. MARTHA STEWART ganhou fama nos Estados Unidos porque construiu um verdadeiro império ensinando mulheres a cozinhar, decorar a casa e cuidar do jardim.

²³²⁴ Cf. o item 9.1.1.3, supra.

²³²⁵ No episódio envolvendo o empresário MARCUS VALÉRIO, que seria a pessoa responsável pela movimentação dos

ma superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; (6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; e (7) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Na 1ª. edição deste livro salientamos que a proposta de reforma merecia aplauso, sendo pertinente, porém, acrescentar, duas outras medidas. Uma era o monitoramento eletrônico. Medida dessa espécie entendíamos necessária para que as condições estabelecidas pelo juiz como alternativa para que não fosse decretada a prisão, fossem efetivamente monitoradas/fiscalizadas. Por fim, sustentamos que deveria ser prevista como medida acautelatória substitutiva, a decretação da indisponibilidade do patrimônio do agente, especialmente nos casos de crimes contra o sistema financeiro, de lavagem de dinheiro, tráfico de entorpecentes e corrupção, medida que já era adotada, porém, sem que houvesse explicitação no ordenamento jurídico de sua adequação como sucedâneo da prisão preventiva²³²⁵.

Coube à Lei nº 12.403, de 2011, ao lado da prisão preventiva e da temporária, incluir no Código de Processo Penal, nove medidas cautelares diversas (art. 319, incisos I a IX), a saber:

- (1) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- (2) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- (3) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante;
- (4) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- (5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- (6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- (7) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- (8) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- (9) monitoração eletrônica.

Como se vê, o legislador findou incluindo a monitoração eletrônica dentre as medidas cautelares diversas da prisão. Aliás, essa foi, propriamente, a grande novidade, pois dessas medidas diversas da prisão era a única que não estava prevista, em lei especial, muito embora, registre-se, esse mecanismo de controle já tivesse sido introduzido pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, em relação aos beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125, c/c o art. 146-B, II, da Lei de Execução Penal) e aos presos em prisão domiciliar (art. 117, c/c art. 146, IV, da Lei de Execução Penal). Todas as demais medidas diversas, já eram conhecidas e aplicadas em nosso sistema.

Aqui impõe repetir que essas medidas cautelares diversas da prisão, de qualquer maneira, im-

recursos financeiros para fomentar o *mensalão* (mesada paga, indevidamente, a parlamentares a fim de comprar o voto no processo legislativo), assim como em tantos outros, antes mesmo de decretar-se a prisão preventiva, como medida acautelatória, determinou-se a indisponibilidade de todos os bens, aí incluído o dinheiro depositado em instituições financeiras.

²³²⁶ Cf. item 9.6.2, supra, parte em que se faz o esboço histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.

portam em restrições ao direito de liberdade, razão pela qual também só devem ser aplicadas em caráter excepcional. Inclusive, algumas dessas espécies de medidas cautelares diversas da prisão possuem alto grau de restrição do direito de liberdade, como são os casos de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, de manter contato com determinada pessoa, de ausentar-se da comarca, a determinação de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a suspensão de função pública ou privada, a internação provisória e a monitoração eletrônica (art. 319, II, III, IV, V, VI, VII, e IX, do CPP).

Por isso mesmo, para a imposição de qualquer que seja a espécie de medida cautelar diversa da prisão, de mister que, de primeiro, estejam presentes os requisitos ou pressupostos, quais sejam, a materialidade e indícios suficientes de autoria, ademais da satisfação de um dos fundamentos do art. 282, I, ou seja, *haja a necessidade de sua determinação, para fins de aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e/ou evitar a prática de infrações penais*.

9.6.5.2 – Prisão (detenção) sem ordem judicial.

A par da prisão mediante ordem judicial, que é a regra, a Constituição de 1988, assim como vem procedendo o constituinte desde a Constituição Imperial, admite a possibilidade de que o encarceramento se dê sem a intervenção do Judiciário, desde que isso ocorra quando o agente é pego em flagrante delito²³²⁶. Tal é concebido, igualmente, em todos os ordenamentos jurídicos, conforme foi salientado no exame das Constituições alemã, francesa, italiana, espanhola e portuguesa²³²⁷. Na apreciação do Direito Comparado, observou-se que nele se faz a distinção entre a *detenção* e a *prisão*, esta somente sendo admissível por ordem judicial, aquela quando é efetuada durante o exercício do dever-poder de polícia. Assim, em verdade, a autoridade policial ou quem as suas vezes fizer não efetua ou decreta a prisão de quem quer que seja, mas apenas, quando flagra alguém no momento da prática do ilícito, efetua ou faz a detenção do agente. Ocorrida esta, é feita a comunicação do fato ao juiz e este, após ouvir o preso, decide se decreta, ou não, a prisão. Veja que o magistrado não é chamado para dizer se mantém a prisão. Ele intervém para transformar, ou não, a detenção em prisão. Se entender que não deve decretá-la, o julgador deverá determina a soltura do preso²³²⁸.

As Constituições brasileiras, porém, nunca fizeram distinção entre *detenção* e *prisão propriamente dita* tendo sempre cuidado de dizer que a prisão, de ordinário, somente se procede mediante ordem, ou seja, determinação por escrito para, no mesmo dispositivo, excepcionar a hipótese da prisão sem ordem, que é a situação em que ocorre o flagrante²³²⁹. Talvez por isso, a doutrina e a jurisprudência nacionais tampouco trataram de ressaltar a diferença. Muito pelo contrário. No entendimento da doutrina, há dois tipos de prisão: a em flagrante e a que decorre de ordem judicial. Nessa linha, flagrante delito é uma exceção ao princípio de que a prisão do agente só pode ocorrer mediante ordem judicial escrita, podendo ser efetuada, até mesmo, por qualquer do povo, que recebe, por delegação normativa, a função de atuar como fiscal do Estado, para agir em seu nome (art. 301 do Código de Processo Penal)²³³⁰.

Consequentemente, para a doutrina tradicional, a prisão em flagrante é uma das *espécies de*

²³²⁷ Cf. item 9.6.1, supra, sobre prisão processual no Direito Comparado.

²³²⁸ Para não repetir o que já foi dito. Cf. item 9.6.1.

²³²⁹ Cf. item 9.6.2, supra. Coube à Constituição de 1988 trazer como inovação a circunstância de que a ordem há de emanar de *autoridade judiciária competente*. Até então, autoridade competente poderia ser outra que não a judicial, desde que assim fosse estabelecido na legislação ordinária, como fazia o Código de Processo Penal, em relação à denominada prisão administrativa (art. 319 do CPP). Cf. item 9.6.5, supra, no qual se fala sobre o tratamento dispensado pela Constituição de 1988 à prisão processual e se discorre sobre a revogação da prisão administrativa.

²³³⁰ Note-se que, de acordo com o art. 301 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante, para as autoridades policiais e

prisão, que muito difere da preventiva, justamente porque, a fim de que ela ocorra, não há necessidade de satisfação dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, mas sim de uma das situações descritas nos incisos do art. 302 do mesmo ordenamento jurídico²³³¹. Esse pensamento dogmático foi forjado devido ao Código de Processo Penal, em sua redação originária, tratar a prisão em flagrante como justificativa para a pessoa ficar presa, bastando, para tanto, que o crime não fosse afiançável ou dele não fosse o caso de livrar-se solto²³³². Mas, consoante o que aqui já se teve oportunidade de sublinhar, esse sistema sofreu substancial alteração com o irromper da Lei nº 6.414, de 1977, que inseriu um parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, fazendo com que, daí por diante, a prisão em flagrante deixasse de ter um fim em si mesma na qualidade de medida processual detentiva²³³³.

Por conseguinte, em razão do parágrafo único do art. 310 do CPP, incluído pela Lei nº 6.414, de 1977, a partir da vigência dessa da norma, para que alguém ficasse preso, havia a necessidade de que se encontrasse satisfeito um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva²³³⁴, não bastando, para justificar a manutenção dessa situação, a circunstância de a pessoa ter sido flagrada no momento em que praticava o delito.

Conquanto esse fosse o entendimento de parte da doutrina, muitos magistrados, em caso de flagrante delito, persistiam na *práxis* de apenas observar a legalidade do ato para, então, entendendo que não era o caso de relaxamento da prisão, de forma simplista, apenas proceder à homologação²³³⁵. Inclusive, na intenção de evitar essa prática, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 87, de 15 de setembro de 2009, alterou a redação do art. 1º da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, para esclarecer que, não sendo caso de concessão da liberdade provisória ou de relaxamento de prisão, o juiz deveria determinar “a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente.” (inciso II)²³³⁶

Como a redação anterior do art. 310 do Código de Processo Penal não era clara a esse respeito, na segunda etapa da Reforma Tópica, mediante as alterações promovidas pela Lei nº 12.403, de 2012,

seus agentes, constitui-se um *dever*, ao passo que, para o povo em geral, isso se constitui uma *faculdade*. Qualquer do povo *poderá*, enquanto a autoridade ou agente policial *deverá*, prender/deter quem for encontrado em flagrante delito. Essa norma está em consonância com o que dispõe o caput do art. 144 da Constituição, que diz ser a segurança pública um *dever* do Estado, de modo que se constitui um direito do cidadão, mas nem por isso deixa de ser, igualmente, uma *responsabilidade de todos*, pelo que, para esses, quanto ao flagrante, é uma faculdade deter o agente.

²³³¹ Há notícia de que o flagrante delito foi disciplinado na Lei das Doze Tábuas, que autorizava matar o ladrão em caso de roubo. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR diz que a palavra *flagrante* é tirada da raiz grega *flegein*, que significa queimar. (*O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 296). No início, a prisão em flagrante era a consagração do direito de pronta reação individual do ofendido. Em outras legislações, constituía-se circunstância agravante, diante da consideração de que a prática de crime, sob os olhos de outrem, representava ousadia maior e tenacidade para a ação delituosa. Depois, o flagrante delito passou a ser instrumento que serve para dar lastro probatório seguro não apenas a respeito da materialidade, mas também quanto à autoria, dois elementos preponderantes em todo e qualquer processo, sobre os quais basicamente gira toda a investigação criminal. Em outros tempos, aí se diga entre nós até o advento da Lei nº 6.416, de 1977, a prisão preventiva servia para justificar, por si só, que a pessoa respondesse o processo recolhido à prisão, além de servir a outros fins, como os assinalados por HÉLIO TORNAGHI, consistentes em *servir de advertência aos maus* (exemplaridade), *restituir a tranquilidade aos bons* (satisfação) e *restaurar a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade* (prestígio) (Op. cit., v. 2, p. 50). Sobre o assunto, cf. BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelares*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p 121-129.

²³³² AFRÂNIO SILVA JARDIM ressalta que, antes da introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, era difícil “... enquadrar tal espécie de prisão provisória dentre as chamadas medidas cautelares penais.” (Op. cit., p. 259).

²³³³ Para não ser repetitivo, cf. o item 9.6.4, supra.

²³³⁴ Não se pode perder de vista o que ficou aqui assentado a respeito da prisão temporária, o que justifica a referência, apenas, à prisão preventiva. Cf. item 9.6.5.1.2, supra.

²³³⁵ Na intenção de evitar essa prática, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 87, de 15 de setembro de 2009, alterou a redação do art. 1º da Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009, para esclarecer que, não sendo caso de concessão da liberdade provisória ou de relaxamento de prisão, o juiz deveria determinar “a manutenção da prisão, quando

restou esclarecido que, não sendo o caso de relaxamento da prisão ilegal (inciso I do art. 310 do CPP) ou de *conceder liberdade provisória, com ou sem fiança* (inciso III do art. 310 do CPP), o juiz deverá “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.” (inciso II do art. 310 do CPP)

Se é assim, sem embargo de essa nova conformação jurídica realçar a natureza acautelatória do flagrante delito, persiste a seguinte dúvida: Diante do que está dito no inciso II do art. 310, do CPP, no caso de flagrante delito, a fim de que a pessoa presa/detida seja conservada na prisão, há de transformar-se em prisão preventiva ou é caso de manutenção da prisão em flagrante? A resposta passa necessariamente pela discussão sobre a sua natureza jurídica.

9.6.5.2.1 – Natureza jurídica do flagrante delito.

Apresenta-se de suma importância definir a natureza jurídica do flagrante delito e, com isso, estabelecer se, com a comunicação feita ao juiz, esse ato deve ser tratado, tecnicamente, como hipótese de prisão diferente da prisão preventiva. Em outras palavras, cabe responder à pergunta: o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, se for o caso, deve manter a prisão, apenas homologando-a, ou decretá-la, transformando-a em preventiva? Na doutrina, com suporte na legislação anterior à Lei 12.403, de 2011, formaram-se duas correntes: a primeira diz que a prisão em flagrante, malgrado o disposto no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, tem requisitos próprios e função acautelatória. A segunda, que a prisão em flagrante, com a comunicação feita ao juiz, sendo o caso da manutenção do encarceramento, deve ser transformada em prisão preventiva.

Para bem ordenar o debate, mostra-se imprescindível definir a natureza jurídica do flagrante delito, não propriamente para dizer se ela possui, ou não, função acautelatória²³³⁷, mas para esclarecer se é um ato/prisão/detenção administrativa ou judicial. Veja-se que o flagrante delito, ainda quando efetuado por um do povo, corresponde à ação que é realizada em consonância com o dever-poder de polícia do Estado, função que é cometida aos órgãos administrativos integrantes do Executivo e por eles desempenhada²³³⁸. Trata-se de uma espécie de autodefesa da sociedade, com clara natureza de ato administrativo. Se o flagrante delito é um ato administrativo, tem-se que, nesse caso, a prisão/detenção efetuada é administrativa. Por conseguinte, além dos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, ressalvados na parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição, haveria outra possibilidade de prisão/detenção administrativa, que seria, exatamente, a prisão/detenção em flagrante.

Para contornar essa questão e, de outro lado, sustentar a sua natureza processual, TOURINHO FILHO²³³⁹ assegura que, conquanto a prisão-captura seja um ato dimanado do poder de polícia do

presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente.” (inciso II).

²³³⁶ A Resolução do CNJ, nessa parte, era mais uma recomendação/orientação aos juízes, do que uma norma imperativa, que foi editada em razão de ter sido identificado, nos muitos mutirões carcerários realizados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – DMF, que os casos mais emblemáticos de recolhimento ao cárcere indevidamente tinham como origem o flagrante delito, ficando a pessoa presa por vários anos, sem que houvesse, sequer, uma decisão judicial dando os motivos pelos quais deveria ficar na prisão.

²³³⁷ Atento para os efeitos da mudança então ocorrida com o acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, TOURINHO FILHO afirmava que, daí em diante, não havia mais dúvidas quanto à natureza cautelar da prisão em flagrante, pois, mesmo “... efetivada a prisão em flagrante, só se justifica a permanência do indiciado no cárcere para assegurar o resultado final do processo, para garantir o desenrolar normal do processo, ou, então, para tutelar a ordem pública, evitando prováveis danos que o indiciado, solto, possa causar à ordem pública.” (Op. cit., v. 3, p. 425).

²³³⁸ Cf. item 7.2.3.1.3, supra. Acertadamente, diz TOURINHO FILHO que, mesmo quando o juiz efetua a prisão em

Estado, “... depois de efetivada a prisão e de lavrado o respectivo auto, a prisão em flagrante pode converter-se e se convolar numa verdadeira medida cautelar.” Sem se preocupar com esse detalhe, MIRABETE²³⁴⁰ escreve que “A prisão em flagrante é um ato administrativo, como deixa entrever o artigo 301, uma medida cautelar de natureza processual que dispensa ordem escrita e é prevista expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, XLI).” Contudo, se a prisão em flagrante é um ato administrativo, não pode ser considerada, igualmente, uma medida cautelar de natureza processual.

Assim, não parece correto o posicionamento de MIRABETE, pois não se mostra coerente dizer que a prisão/detenção em flagrante é, a um só tempo, ato administrativo e medida processual acautelatória. Ou é uma coisa ou outra, ou então, como faz TOURINHO FILHO, deve-se distinguir duas fases bem distintas: a primeira, que diz respeito à prisão-captura, de ordem administrativa, e a segunda, que se estabelece no momento em que se faz a comunicação ao juiz, de natureza processual, quando a homologação, ou manutenção, ou transformação, ou decretação da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a imposição da prisão preventiva. Por conseguinte, com essa tese, na origem, a prisão em flagrante seria um genuíno ato administrativo; contudo, depois, passaria a ser jurisdicionado, a partir do momento em que o juiz é chamado para dizer, com base nos mesmos fundamentos elencados para a decretação da prisão preventiva, se há necessidade de manutenção, ou não, do preso no cárcere²³⁴¹.

A *vexata quaestio*, porém, tem-se por resolvida caso se faça uma distinção bastante importante. Para todos os efeitos, somente quem pode decretar ou impor a prisão é o juiz, mediante decisão *escrita e fundamentada*. O que a autoridade ou agente policial ou qualquer do povo tem autorização constitucional para fazer é efetuar a *detenção* do agente, quando este for flagrado no momento em que está praticando a ação delituosa. Por conseguinte, quando o juiz se debruça sobre o auto de prisão em flagrante, ele não tem como missão, apenas, observar a legalidade da prisão para, daí, *homologar* ou *mantê-la*. O magistrado não deve homologar ou manter a prisão em flagrante, simplesmente porque, em verdade, até então, o que há é *mera detenção*. O que ocorre com a prisão em flagrante é, tão-somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser *levada*, ou não, à prisão. Com isso, se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a *detenção*, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, definir se a *prisão preventiva* deve, ou não, ser decretada. Portanto, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, tendo verificado que não há ilegalidade na detenção, deve observar se é o caso, ou não, de prolatar decisão judicial decretando a prisão preventiva.

Fica evidente, assim, que o juiz não homologa ou mantém a prisão em flagrante. Isso porque,

flagrante, ainda assim, essa medida não perde a sua natureza de ato administrativo, até porque, nesse caso, ele está exercendo uma função administrativa, e não jurisdicional (Ibid., p. 424). Isto é, assim como ocorre em relação à prisão preventiva, o flagrante delito só tem o condão de fazer com que a pessoa permaneça presa quando o juiz, ao examinar o assunto, concluir que há a *necessidade* de mantê-la no cárcere, tendo como fundamento para tanto aqueles “elementos” que são reclamados para a decretação da prisão preventiva.

²³³⁹ Ibid., p. 424.

²³⁴⁰ Op. cit., p. 370.

²³⁴¹ AFRÂNIO SILVA JARDIM não faz a distinção, cuidando de registrar apenas que após a edição da Lei nº 6.414, de 1977, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva passou a ostentar indistigável natureza cautelar (Op. cit., p. 259). De toda forma, JOSÉ FREDERICO MARQUES, em estudo elaborado antes da modificação legislativa apontada por AFRÂNIO SILVA JARDIM, já defendia que a prisão em flagrante possui *destacado aspecto de medida cautelar*, pois “Com a captura e a detenção do réu, não só se tutela e se garante o cumprimento ulterior da lei penal, mas também garantida fica a colheita imediata de provas e elementos de convicção sobre a prática do crime.” (Op. cit., v. 4, p. 74).

²³⁴² Embora AFRÂNIO SILVA JARDIM parta de pressuposto distinto, pois, para ele, a prisão em flagrante, ao lado da

tecnicamente, a autoridade ou agente policial ou o do povo não prende a pessoa que é surpreendida em flagrante delito, mas apenas faz a sua detenção. Esse entendimento também deixa patente que o juiz não pode, ao receber o auto de prisão em flagrante, dizer, laconicamente, que mantém a prisão. Terá de proferir, se for o caso, decisão fundamentada de decretação da prisão preventiva²³⁴², transformando, dessa forma, aquela medida administrativa de detenção em prisão processual.

A tese aqui sustentada, por outro lado, serve para resolver problema que emerge da leitura do inciso LXVI do art. 5º da Constituição. Com efeito, ao assegurar dentre os direitos fundamentais que o cidadão tem o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, mais adiante, o constituinte comete uma aparente impropriedade, ao dizer que, sempre que tiver o direito de responder o processo em liberdade, o cidadão *não deverá ser levado à prisão*. Ora, se a pessoa, por expressa disposição constitucional, não deve ser levada à prisão quando tem o direito à liberdade provisória, como então pôde ser presa em flagrante delito pela polícia, sendo, por conseguinte, levada à prisão, nas hipóteses em que o magistrado, comunicado – como deve ser – sobre o caso, ao fazer o seu estudo, entender que aquela deva ser posta em liberdade? Nesse caso, teria a autoridade policial descumprido a cláusula constitucional, pois teria levado à prisão quem não deveria, uma vez que reconhecido o seu direito à liberdade provisória.

Ademais, outra indagação se impõe: Se o exame quanto ao direito à liberdade provisória, como aqui já foi dito, nesses casos de prisão em flagrante delito, pressupõe uma prisão válida, processada sem vícios formais, como cumprir a garantia constitucional que diz assegurar o direito de a pessoa, nessa hipótese, não ser levada à prisão²³⁴³. O impasse dogmático é evidente: o direito à liberdade provisória pressupõe que a pessoa tenha sido presa legalmente, enquanto a Constituição diz que a pessoa que detém esse direito à liberdade provisória não pode ser levada à prisão.

O problema dogmático é resolvido na medida em que se entenda, como aqui está sendo defendido, que o flagrante delito não acarreta a prisão do agente, mas apenas a sua detenção. Dessa forma, a prisão em flagrante não tem a propriedade de levar o agente à prisão, mas apenas de detê-lo para que o juiz, este sim, decida a sua sorte, devendo, porém, deixar de prendê-lo, ou seja, não levá-lo à prisão, quando aquele tiver o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com o que foi dito, resta patente que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de ato administrativo tão-somente, não possuindo, por conseguinte, natureza jurisdicional, o que, por via de consequência, infirma qualquer pretensão de querer situá-la como medida processual acautelatória com a qual se determina a prisão de alguém, pois serve, apenas, para a detenção, devendo, a consequência daí decorrente, relaxamento da prisão, decretação da prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória, ser analisada e decidida pelo juiz²³⁴⁴.

Como asseverado na 1ª. edição deste livro, essa foi a posição adotada no projeto de reforma do Código de Processo Penal encaminhado ao Congresso Nacional pelo Executivo, na proposta de modificação do art. 310 do mencionado Instrumento Normativo, pois ali estava dito, no caput, que, se não for o caso de relaxamento, “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente”, “Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312” (inciso

preventiva, é uma das espécies de medidas de natureza acautelatória no âmbito do Processo Penal, o referido membro do *parquet* fluminense sustentava que a então regra jurídica instaurada com o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal “... criou mais que uma simples faculdade para o órgão jurisdicional, vez que passou a ter o acusado o direito subjetivo processual de ver a sua prisão mantida ou não através de decisão fundamentada, malgrado não ser esta a orientação predominante nos tribunais.” (Op. cit., p. 263).

²³⁴³ Certa feita, em curso de Pós-graduação, um delegado de polícia fez essa indagação, à procura de uma resposta de conteúdo dogmático satisfatória. A resposta, naturalmente, foi no sentido de que, com a prisão em flagrante, apesar dessa nomenclatura utilizada, a pessoa não é tecnicamente presa, mas apenas detida, cabendo ao juiz resolver se determina que ela seja *levada, ou não, à prisão*.

²³⁴⁴ O nosso sistema, como anomalia, previa que, em se tratando de crime para o qual prevista a pena de detenção, a própria

II)²³⁴⁵.

Com pequena modificação, esse texto foi transformado na Lei nº. 12.403, de 2011, o que colocou a última pá de cal nesse debate. De fato, em compasso com a nova redação emprestada ao art. 310, caput e inciso I, II e III, do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, em decisão fundamentada: (i) relaxar a prisão ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (iii) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Não há mais a mínima réstia de dúvida de que, que, agora, por expressa previsão normativa, quando receber o auto de prisão em flagrante, seja qual for o seu entendimento, terá de prolatar decisão devidamente fundamentada, de modo que, no ponto, caso entenda que a pessoa deve ficar recolhida na prisão, não pode mais se contentar em homologar a detenção ou o ato administrativo levado a seu conhecimento por meio do respectivo auto, pois, como se ressaltou, terá de proferir *decisão fundamentada*, justificando a conversão da prisão/detenção em flagrante em medida cautelar, que poderá, *subsidiariamente*, ser a prisão. Em outras palavras, terá, se for o caso, de decretar, com a exposição relativa aos fundamentos, a prisão, assim como vários juízes já faziam, mesmo antes da alteração aqui em foco.

Ademais, além de ter de fundamentar a transformação em (decretação da) prisão preventiva, ao argumento de que presente um dos fundamentos do art. 282, I, do CPP, deverá, ainda, com fulcro no inciso II do mesmo dispositivo, diante da *gravidade da infração, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do agente*, ressaltar que não é recomendável, para o caso, aplicar uma ou mais medidas alternativas (art. 310, III, parte final, do CPP). Aqui o legislador foi coerente com o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva como medida cautelar²³⁴⁶, estampado no art. 282, § 6º, do CPP, de modo que deverá o magistrado, na decisão na qual proceder à conversão do flagrante em prisão preventiva, expor fundamentação quanto à *inadequação ou insuficiência*, para o caso concreto, da aplicação de uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão.

9.6.5.2.2 – Requisitos constitucionais-formais necessários à legalidade da detenção em flagrante.

Denotando toda a preocupação com os contornos da prisão efetuada sem a prévia ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial, o constituinte inseriu, dentre os direitos fundamentais, várias regras que estabelecem os parâmetros formais dentre os quais o flagrante delito deve ser processado, sob pena de sua invalidade, com conseqüente reconhecimento de o agente ter o direito de ver relaxada a sua prisão. Como se nota, o constituinte não se contentou em declarar como direito fundamental a observância das regras formais registradas na Norma Maior, pois foi mais além, ao catalogar também como cláusula essencial da pessoa humana o direito de ter a prisão ilegal imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

autoridade policial poderia conceder, mediante fiança, a liberdade provisória. Agora, com a reforma implementada pela Lei nº 12.403, de 2011, em razão da mudança do paradigma do tipo da pena para a quantidade de pena, essa legitimidade da autoridade policial se dá nos casos em que o crime é punido com pena máxima que não seja superior a 4 (quatro) anos (art. 322, caput, do CPP).

²³⁴⁵ O melhor, naturalmente, seria, ao invés de falar em *prisão em flagrante*, dizer *detenção em flagrante*. Acontece que a nomenclatura já está consagrada em nosso sistema, daí por que até é aceitável que se continue com a atecnia. De toda forma, a circunstância de a Constituição e de a lei infraconstitucional assim disporem não têm o condão de dar fôlego à tese contrária à que aqui é sustentada. Especialmente em relação à Constituição que, como se sabe, é uma Carta Política que, nas mais das vezes, não emprega as palavras no seu sentido técnico-jurídico.

²³⁴⁶ Cf. item 9.6.5.B, supra.

²³⁴⁷ Cf. itens: 9.5.2 (que trata do direito ao silêncio); 9.6.5.2.1 (cuida da natureza jurídica da detenção preventiva); e

Os direitos fundamentais específicos relacionados aos aspectos formais do flagrante delito são: (1) comunicação imediata, não só ao juiz competente, como também à família ou pessoa indicada, da ocorrência da detenção, com informação do local no qual está recolhida a pessoa (art. 5º, LXII); (2) informação ao detido dos seus direitos, especialmente o de permanecer calado (art. 5º, LXIII, primeira parte); (3) assistência jurídica e familiar (art. 5º, LXIII, segunda parte); (4) identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5º, LXIV); (5) relaxamento imediato da prisão ilegal (art. 5º, LXV); (6) não ser levado à prisão, quando tiver o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI); (7) ser encaminhado para estabelecimento adequado (art. 5º, XLVIII e L); e (8) respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX)²³⁴⁷. À exceção das garantias de permanecer calado, de não ser levado à prisão e de ter a sua integridade física e mental respeitadas, que já foram tratadas em outra parte deste estudo, cada um dos direitos fundamentais específicos a respeito da regularidade da detenção em flagrante deve ser analisado com mais vagar, sendo que duas delas em tópicos específicos, exatamente a de número 1 e 5.

Quanto às formalidades que devem ser adotadas na prisão sem ordem judicial, a Constituição garante ao preso a informação dos seus direitos (art. 5º, LXIII). É o famoso *aviso de Miranda* do sistema norte-americano, em que o policial, no momento da prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que ele vier a dizer²³⁴⁸. No nosso sistema, o direito à informação dos direitos importa, inclusive, na necessidade de que, no auto de prisão em flagrante, que vai assinado pelo preso, conste a advertência de todos os direitos constitucionais que lhe são assegurados, dentre eles o de permanecer calado.

Sem embargo do que já foi aqui dito a respeito da assistência jurídica ao preso, encartada na Constituição como direito fundamental, note-se que o Supremo Tribunal Federal²³⁴⁹ possui pronunciamento no sentido de que a autoridade policial não tem “... o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação”, pois o que efetivamente a Lei Fundamental da República assegurou foi a possibilidade de a pessoa “... fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico”²³⁵⁰, daí a concluir que “A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso.”²³⁵¹ Essa, porém, não parece ser a posição mais acertada. Qual o sentido de o constituinte, no inciso LXIII do art. 5º, assegurar ao preso o direito à assistência de advogado se, pouco mais adiante, no inciso LXXIV, está dito que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. À evidência, tudo leva a crer que se quis dar maiores garantias à pessoa quando ela é recolhida à prisão sem ordem judicial, como medida importante para dar controle mais efetivo a essa atuação da autoridade policial.

De toda sorte, além da necessidade de que a prisão seja comunicada imediatamente à família do preso ou a pessoa por ele indicada, a Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2007²³⁵², ao conferir nova redação para o art. 306, §1º, do CPP, em boa hora, deu a determinação para que, dentro de 24 horas depois da prisão, o auto do flagrante seja encaminhado não apenas para o juiz, mas igualmente, em cópia

8.2.3.1 (analisa a dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado, o que se aplica, naturalmente, a quem é colocado no cárcere a título acautelatório).

²³⁴⁸ Nos filmes americanos, é comum assistir-se à leitura desses direitos feita pelo agente policial no momento da prisão.

²³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: RE – Processo: 136.239, DJ 14/08/92. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

²³⁵⁰ Ibid.

²³⁵¹ Ibid.

²³⁵² Sobre o dever de comunicação imediata, cf. item 9.6.5.2.2.1, infra. A lei nº 11.449, de 2007, consta de proposição

integral, para a Defensoria Pública, quando o preso não informa o nome de seu advogado. Dessa forma, o legislador infraconstitucional, regulamentando o preceito constitucional, garantiu que o preso terá, necessariamente, quer ele queira, ou não, assistência jurídica quanto a sua prisão/detenção.

Insera-se, igualmente, entre os direitos fundamentais específicos e relativos às formalidades que devem ser observadas na detenção em flagrante delito, a garantia de o detido ter a *identificação* do responsável pela prisão ou pelo *interrogatório* policial (art. 5º, LXIV). Não é uma coisa ou outra, mas, sim, as duas, até porque, de regra, quem prende é um policial militar, membro da polícia ostensiva, enquanto o encarregado de lavrar o auto de detenção em flagrante, do qual consta o interrogatório, é o delegado, agente que pertence à polícia civil²³⁵³.

Essa determinação constitucional já estava contemplada na legislação subconstitucional, porquanto o Código de Processo Penal determina que, ao ser apresentado o detido à autoridade policial, esta passe a lavrar o auto de prisão em flagrante, tendo o cuidado, entre outras providências importantes, de ouvir o condutor e realizar o interrogatório, reduzindo tudo a termo e colhendo, ao seu final, a assinatura de todos, o que inclui a sua própria assinatura (art. 304, caput, do CPP)²³⁵⁴. Deve-se entender, ainda, que a previsão constitucional em comento impõe aos integrantes da polícia militar – que é a polícia ostensiva, aquela que tem como missão manter a ordem e, por isso mesmo, é quem detém o dever, em nome do Estado, de fazer as detenções de pessoas que são flagradas no cometimento de crimes –, trabalhar com a devida identificação na sua vestimenta, medida importante para inibir a prática de arbitrariedades e permitir a qualquer do povo saber quem é o agente policial responsável pela detenção e demais ações policiais em geral. Isso, contudo, não impede que, em determinadas diligências policiais, especialmente no enfrentamento da criminalidade organizada, os agentes não exibam a identificação e, até mesmo, atuem com vestimenta adequada para encobrir o rosto²³⁵⁵.

No desiderato de evitar que o recolhimento à prisão se preste a laboratório para o desenvolvimento de outras habilidades criminógenas e, também, para não dar oportunidade para que os presos de maior força física e nível de delinquência mais elevado se sobreponham perante os mais fracos e que são detentores de grau de criminalidade menos intensa, a Constituição, no inciso XLVIII do art. 5º, determina que, quando do recolhimento ao cárcere, isso se faça em estabelecimentos distintos, tendo em consideração a natureza do delito, a idade e o sexo da pessoa. Esse mandamento constitucional, embora, da forma como redigido, pareça direcionado aos que já forem condenados, aplica-se, evidentemente e até com mais razão, a quem é preso provisoriamente, a título precaríssimo, como é o caso da detenção em flagrante delito. Deve-se ter em consideração, ainda, que a detenção em flagrante delito exige, como formalidade para a sua plena legalidade, que a autoridade policial cuide, também, de encaminhar o detido para o estabelecimento adequado (art. 5º, XLVIII e L). Se o agente, flagrado quando da prática do ilícito, é apenas preso ou detido provisório, não pode ele ser encaminhado para estabelecimento criminal onde estão recolhidos aqueles que já foram condenados de forma definitiva pelo Poder Judiciário. Mesmo antes da Constituição de 1988, a Lei de Execução Penal tratou de anun-

feita pela Ajufe e entregue, em reunião conjunta, aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em 10 de outubro de 2006. (Cf. Brasil. Associação dos Juizes Federais do Brasil. Disponível em: www.ajufe.org.br Acesso em: 17 jan. 2007.) Não havia previsão na proposta apenas da entrega de cópia integral para a Defensoria Pública, medida que se mostra importante.

²³⁵³ Cf. item 7.2.3.1.3, supra, que faz a distinção entre as missões confiadas às polícias militar e civil.

²³⁵⁴ O art. 3043, caput, teve a sua redação atual determinada pela Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005. De qualquer sorte, desde a sua redação originária já constava que o condutor deveria ser ouvido.

²³⁵⁵ Há situações em que o policial tem de fazer a diligência em bairro ou favela na qual ele reside. Nesse caso, é aceitável que um ou outro integrante do grupo não contenha a identificação.

²³⁵⁶ No art. 93 da Lei nº 7.210, de 1984, ainda há a previsão da casa do albergado, destinada para o cumprimento de pena

ciar, peremptoriamente, que “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.” (art. 84, caput). Para tanto, mais adiante, após reservar os estabelecimentos denominados penitenciária e colônia agrícola, industrial ou similar para o cumprimento da pena dos condenados (art. 87 e 91)²³⁵⁶, o legislador infraconstitucional esclareceu que “A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.” (art. 102)²³⁵⁷.

Por conseguinte, para a regularidade formal da detenção em flagrante delito, é preciso que o detido seja encaminhado pelo delegado de polícia para o *estabelecimento adequado*, o que é definido na Lei de Execução Penal como sendo a *cadeia pública*. Muitas cidades, porém, não possuem cadeias públicas, omissão que é remediada com a utilização das delegacias de polícia para esse fim, o que é melhor do que enviar os presos provisórios para penitenciárias ou colônias agrícolas, industriais ou similares.

No ponto, cabe agregar que, na reforma levada a efeito por meio da Lei nº 12.403, de 2011, foi alterado o art. 300 do CPP, especialmente para retirar a *expressão sempre que possível* e, em seu lugar, de forma imperativa, deixar consignado que “As pessoas presas provisoriamente *ficarão* separadas das que já estiverem definitivamente condenadas...” (Grifamos).

Por outro lado, sendo a pessoa detida mulher, mãe de filho ainda no período de amamentação, o inciso L do art. 5º da Constituição assegura o direito de que, no local onde se encontra recolhida, sejam asseguradas as condições indispensáveis para que dê continuidade ao aleitamento materno, garantia que já estava consolidada na legislação ordinária, a qual determina que todo estabelecimento penal – dentre eles, obviamente, a cadeia pública – seja dotado de berçário, onde se possa fazer a amamentação dos filhos (art. 83, § 3º, da Lei de Execução Penal).

Na segunda etapa da Reforma Tópica o legislador foi mais sensível, de maneira a prever, dentre as hipóteses para substituir a prisão processual no cárcere pela prisão domiciliar, quando o agente for *imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência ou gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco* (art. 318, III e IV, do CPP, acrescentados pela Lei 12.403, de 2011)²³⁵⁸.

9.6.5.2.2.1 – Comunicação imediata da detenção ao juiz, à família ou à pessoa de confiança e ao Ministério Público.

O primeiro aspecto a ser destacado é que a detenção em flagrante delito, conquanto efetuada sem ordem judicial, sofre o patrulhamento de sua legalidade mercê do encaminhamento dos autos respectivos ao Judiciário, para fins de apreciação pelo juiz competente. Assim ocorre no Direito Comparado e no Brasil. Na Constituição alemã, a despeito de o art. 104, 2, segunda parte, dizer que a comunicação

privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. Aqui já se colocou em pauta a discussão quanto à possibilidade de a prisão preventiva se processar em *casa do albergado*. De qualquer forma, naturalmente que não é razoável a autoridade policial dar essa determinação, no momento em que lavra o auto de prisão em flagrante. Isso é questão para ser pleiteada ao juiz. O que o delegado deve fazer, em obediência aos mandamentos constitucional e infraconstitucional, é encaminhar o detido para o estabelecimento destinado para os presos provisórios.

²³⁵⁷ Uma das finalidades a ser atingida com a conservação do preso provisório em cadeia pública, além de mantê-lo distante de quem já foi condenado, é deixá-lo “... em local próximo ao seu meio social e familiar.” (art. 103, segunda parte, da Lei de Execução Penal). Observe-se que, por imposição legal, cada comarca deve possuir, pelo menos, uma cadeia pública (art. 103, primeira parte, da Lei de Execução Penal). Infelizmente, a norma não é cumprida pelo poder público. Não raro, diante da insuficiência ou falta de cadeias públicas, presos provisórios são colocados em penitenciárias ou, até mesmo, em delegacias de polícia.

²³⁵⁸ A respeito da prisão domiciliar como medida cautelar nessas duas hipóteses, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 574-578.

²³⁵⁹ Esse assunto foi explorado no item 9.6.1, supra, quando se tratou da prisão processual no Direito Comparado. Naquela

da privação da liberdade feita sem ordem judicial tem de ser comunicada, sem demora, ao juiz, a fim de que este intervenha no caso, na terceira parte acrescenta que, em qualquer hipótese, a pessoa detida deve ser ouvida pelo juiz, no mais tardar, no dia imediato à detenção. Aqui já foi dito que a Constituição tedesca tem a peculiaridade não apenas de impor a comunicação imediata, porquanto ela assegura ao detido o direito de ser apresentado, até o dia seguinte, ao juiz²³⁵⁹. Lá se outorga o direito de a pessoa ter a sua detenção comunicada ao juiz e de ser a ele apresentada.

A Constituição da Espanha, implicitamente, confere o direito ao detido de ser ouvido imediatamente pelo juiz, ao estabelecer, no art. 171, 4, que o habeas corpus deve prestar-se a colocar aquele à disposição do juiz²³⁶⁰. O mesmo não sucedia no Brasil, uma vez que a Constituição apenas dá o direito de a detenção ser comunicada imediatamente ao juiz e a alguém da família ou a pessoa indicada pelo detido.

É verdade que o instituto do habeas corpus poderia ser manejado como instrumento com o qual se possibilite ao detido o direito de ser ouvido pelo juiz, antes de este decidir sobre se, a teor do que consta do auto de flagrante delito, deve ser decretada, ou não, a prisão preventiva. Acontece que o art. 656 do Código de Processo Penal, de forma peremptória, afirma que, para a decisão em habeas corpus, o juiz só deve mandar a apresentação imediata do detido ou preso, se assim entender ser necessário. Tratada como mera faculdade, a apresentação do preso, em caso de habeas corpus, é medida raramente adotada pelos juízes, a ponto de DAMÁSIO DE JESUS²³⁶¹ anotar que tal apresentação se constitui letra morta na prática.

Meditando sobre a questão, em outro trabalho, asseveramos:

“... cabe reiterar a crítica feita pelo fato de o legislador não ter previsto, em prestígio ao princípio da oralidade, o direito de audiência do preso/detido com o juiz responsável pela decisão sobre a sua prisão, ou não. Outros sistemas jurídicos, que adotam o juízo oral como base do processo, estabelecem a apresentação do preso/detido ao juiz, no prazo de 24 horas, quando, então, após a sua palavra e ouvidos o Ministério Público e a defesa, o juiz profere a decisão. Esse é o procedimento adotado em boa parte dos países da América Latina em suas reformas do processo penal, merecendo destaque, nesse ponto, o modelo chileno, em que essa audiência é presidida pelo *juiz de garantias*.”²³⁶²

De toda forma, não basta informar que a prisão ocorreu, mas dizer, igualmente, em que local se encontra recolhido o preso. Essa providência tem relevância não só para observar a legalidade da prisão sob esse aspecto, pois, em se tratando de preso provisório, em princípio, ele tem o direito de ficar em cadeia pública, como também para que o magistrado, querendo, determine a sua apresentação em juízo e saiba para onde encaminhar eventual alvará de soltura. Ela também é essencial para que os familiares ou o advogado, realmente, possam dar assistência ao detido, sabendo onde procurá-lo.

Resta definir, porém, o que o constituinte quis dizer ao estabelecer que a prisão (detenção) em flagrante deve ser comunicada imediatamente ao juiz competente e à família do preso (detido) ou à pessoa por ele indicada. O núcleo da questão está em definir o que é comunicar imediatamente. No escorço histórico das constituições brasileiras²³⁶³, percebe-se que a Carta Imperial dizia que, quando a prisão em flagrante fosse feita próxima à casa do juiz, caberia a este, ele próprio, expedir nota de culpa

parte foi mostrado que o Código de Processo Penal Alemão regulamenta esse direito fundamental declarado na Constituição germânica. Lá também estão as anotações quanto à forma como o assunto foi cuidado nos sistemas espanhol, italiano e portugueses.

²³⁶⁰ LORCA NAVARRETE esclarece que o habeas corpus, tal como ele está previsto no sistema espanhol, tem a finalidade de garantir ao detido o *direito de ser ouvido pelo juiz* (Op. cit., p. 77). Cf. item 9.6.1, supra.

²³⁶¹ Op. cit., p. 504.

²³⁶² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Retorma tópica do processo penal*, p. 519.

²³⁶³ Cf. item 9.6.2, supra.

à pessoa, dentro do prazo de 24 horas²³⁶⁴. Naquela época, não havia ainda a necessária separação das funções policiais e judiciárias, o que explica dar-se ao juiz a atribuição de expedir a nota de culpa, tarefa que é típica da autoridade policial.

Ademais, justamente devido a essa ausência de separação entre as atividades policiais e judiciárias, naquela Carta Política, não se assegurou à pessoa o direito de ter a sua detenção comunicada ao juiz, mas sim de ela ser comunicada por meio deste da razão pela qual fora encarcerada. Silente a Constituição de 1891, coube à Carta de 1934 iniciar a nossa tradição de catalogar, dentre os direitos fundamentais, a garantia de que a detenção em flagrante delito seja comunicada imediatamente ao juiz. Essa garantia desapareceu do rol dos direitos fundamentais com a Constituição de 1937, mas recuperou prestígio com a de 1946. Acontece que a Constituição de 1946, no art. 141, § 22, dizia que a comunicação da detenção deveria ser endereçada à autoridade competente, dando margem para o legislador subconstitucional disciplinar de modo a estabelecer que essa informação fosse passada a outra autoridade que não a judicante. A Constituição de 1967, porém, manteve a cláusula da comunicação imediata, mas teve o cuidado de especificar, a fim de afastar qualquer incompreensão, que ela deveria ser feita na pessoa do juiz (art. 153, § 12).

A Constituição de 1988 não apenas ratificou a necessidade de que a comunicação seja *imediatamente* prestada ao juiz, como acrescentou que ela deve ser feita, ainda, a uma pessoa da família ou da confiança do detido. Na praxe, tem-se entendido que comunicar imediatamente ao juiz se confunde com a necessidade de a autoridade policial encaminhar, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante para o Judiciário. Em verdade, sequer o Código de Processo Penal estabelecia, efetivamente, o prazo para a remessa ao juiz do auto de prisão em flagrante. Tal prazo era assinalado, isto sim, para que a autoridade policial entregasse ao detido a nota de culpa (art. 306, caput, do CPP, antes da redação determinada pela Lei nº 11.449, de 2007). Porém, como a nota de culpa era, como ainda é, documento que devia constar do auto de prisão em flagrante, passou-se a entender que essa formalização da detenção efetuada pela autoridade policial deveria estar concluída e entregue, no mesmo prazo, ao juiz, a fim de que este observasse a sua regularidade formal, para decidir se seria o caso de relaxamento da detenção ou, não sendo esta a hipótese, decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória²³⁶⁵.

Porém, não é esse o comando constitucional. Quando o constituinte fala em *comunicação imediata*, ele não está querendo referir-se ao ato com o qual a autoridade policial envia o auto de prisão em flagrante. Uma coisa é a informação da ocorrência da detenção, outra, substancialmente diferente, é aquela com a qual a autoridade policial dá conta ao Judiciário de que concluiu a documentação desse ato administrativo e passa, ao mesmo tempo, toda a documentação que lhe é referente. A comunicação imediata da detenção não quer dizer informação quanto à conclusão do auto de prisão em flagrante, mas notícia de que há uma pessoa que está detida, sem que exista, ainda, uma ordem judicial.

Com isso, se quer dizer que a garantia constitucional no sentido de que o juiz seja comunicado *imediatamente* da detenção serve para que a autoridade judiciária, desde então, passe a controlar os passos da autoridade policial, até mesmo no que concerne à conclusão, no prazo legal de 24 (vinte e quatro) horas, do auto de prisão em flagrante. Com efeito, sendo a comunicação imediata, o juiz pode fazer o controle desde o início da detenção, assim como acompanhar, com mais rigor, o cumprimento do prazo e, sendo o caso, até mesmo antes da conclusão do auto de prisão em flagrante, já decidir que, após o interrogatório, a pessoa seja colocada em liberdade provisória²³⁶⁶. Sem embargo disso, a comunicação imediata, tal como aqui se defende, quando não serve para que o juiz decida, antes mesmo da conclusão do auto de prisão em flagrante, sobre a

²³⁶⁴ Conforme o art. 179, § 10, da Constituição Imperial, para os casos em que a prisão fosse efetuada em local distante da residência do juiz, a entrega da nota de culpa seria em prazo razoável.

²³⁶⁵ Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 378.

²³⁶⁶ Antes do envio do auto de prisão em flagrante, certamente será difícil o juiz fazer alguma conclusão a respeito da legalidade,

concessão da liberdade provisória, presta-se para fazer com que o juiz seja, desde logo, avisado da existência de uma detenção cuja formalização está a ser enviada para o Judiciário²³⁶⁷.

Isso é importante porque não são raros os casos em que, enquanto está sendo concluído o auto de prisão em flagrante, o juiz toma conhecimento do fato em razão de pedido de concessão de liberdade provisória ou de habeas corpus ofertado em nome do detido e, mesmo assim, sem prejuízo do trabalho de finalização do procedimento policial, desde logo, determina a sua soltura, tão logo seja colhido o interrogatório. Não fosse a relevância prática do que se deve entender por comunicação imediata suficiente para justificar a tese aqui defendida, ainda tem de ser levado em consideração o fato de que, se assim for, dificilmente haverá casos em que a pessoa passará a noite recolhida à prisão, sem que isso seja, sequer, do conhecimento de um juiz. Mantido o entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência brasileiras, tal dará ensejo a que, na prática, se dê continuidade à praxe de fazer com que o juiz somente venha a tomar conhecimento da detenção depois de o detido ter passado uma noite no cárcere, rotina que deve ser escoimada de um sistema democrático-constitucional, compreendido sob a ótica dos direitos fundamentais.

Além da comunicação imediata ao juiz, a mesma providência deve ser feita em relação à família ou, sendo o caso, à pessoa indicada pelo detido. A autoridade policial deve ofertar ao detido os meios necessários para que essa garantia constitucional seja cumprida, disponibilizando o contato por meio telefônico ou outra via eficiente, podendo, até mesmo, fazer-se por meio de comunicação escrita entregue por agente policial. Essa garantia é importante porque possibilita o preso a contar com a assistência da família ou de uma pessoa de sua confiança em momento tão delicado, especialmente quanto à tomada de providências para que lhe seja prestada a devida assistência jurídica. Em muitos casos, ao invés de avisar a um membro da família, a pessoa prefere que a comunicação seja levada a conhecimento de uma pessoa de sua confiança pessoal, geralmente alguém que exerce a advocacia. De todo modo, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “Não ocorre descumprimento do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal, quando o preso, voluntariamente, não indica pessoa a ser comunicada da sua prisão.”²³⁶⁸

Para dar a devida interpretação ao que se deve entender por comunicação imediata da detenção em flagrante, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, criada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, propôs a modificação do art. 306 do Código de Processo Penal²³⁶⁹. Com isso, para o caput do artigo em referência, sugeriu-se a repetição do texto constitucional (“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”, art. 5º, LXII), com a transformação do atual parágrafo único em dois §§, o primeiro para dizer que “Dentro de 24 horas depois da prisão, deverá ser encaminhado ao

ou não, da detenção. Mas poderá, em muitos casos, diante das circunstâncias a respeito do fato relatadas na comunicação imediata do flagrante, decidir que o agente deve, tão logo tenha prestado o seu interrogatório, ser colocada em liberdade provisória. Isso na prática ocorre algumas vezes.

²³⁶⁷ Em muitos casos, a prisão é efetuada nas primeiras horas de um dia, porém o envio do auto de prisão em flagrante somente se dá no dia seguinte. O pior é quando a prisão ocorre na noite do dia anterior, pois, nesse caso, a comunicação da detenção, feita por meio do envio do auto de prisão em flagrante, geralmente chega depois do encerramento do expediente forense do dia seguinte. Quando isso ocorre, há o risco, se não tiver havido a prévia comunicação imediata, de o juiz somente tomar conhecimento da prisão depois de mais de 24 horas.

²³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro PAULO BROSSARD, Classe: HC – Processo: 69.630, DJ 04/12/1992, Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005.

²³⁶⁹ As propostas de reforma do Código de Processo Penal foram apresentadas ao Parlamento em 2005. No ano de 2006, essas sugestões foram entregues novamente, juntamente com mais duas outras propostas – reforma da Lei de Execução Penal e criação de Plano Estratégico de Proteção e Assistência a juizes colocados em situação de risco. Cf. BRASIL, Associação dos Juizes Federais do Brasil, Disponível em: www.ajufe.org.br Acesso em: 19 jan. 2007.

²³⁷⁰ A única modificação em relação à sugestão encaminhada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe foi quanto

juiz o auto de prisão em flagrante.” e o segundo que, no mesmo prazo, deve ser “... dada ao preso, mediante recibo, nota de culpa, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”. Essa sugestão foi acolhida integralmente pelo legislador, sendo editada, em consequência, a Lei nº 11.449, de 2007²³⁷⁰. A redação desse art. 306, caput e §§ 1º e 2º, está conforme determinado pela Lei nº 12.403, de 2011, com uma pequena e importante alteração, comentada a seguir.

A Constituição, no entanto, infelizmente, deixou de determinar que a comunicação da prisão fosse estendida ao Ministério Público para que, na qualidade de fiscal da lei, este observasse a legalidade ou conveniência da prisão, ademais de controlar o atuar da autoridade policial quanto ao cumprimento do prazo de 24 horas para o envio do auto de flagrante. A necessidade de o *parquet* ser igualmente comunicado, de forma imediata, da detenção em flagrante delito, decorre, implicitamente, do que consta do caput do art. 127 da Constituição. Ademais, sem embargo desse dispositivo, a necessidade de comunicação ao Ministério Público, a fim de que ele exerça o controle de legalidade da prisão efetuada pela autoridade policial, decorre, inegavelmente, do art. 129, VII, da Constituição, que lhe outorga a importante missão de exercer o controle externo da atividade policial. Isso tanto é verdade que a Lei Complementar nº 75, de 1993 (dispõe sobre o Ministério Público da União), no capítulo sob a epígrafe “DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL”, afirma que a ocorrência da prisão em flagrante deve “... ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.” (art. 10).

Cabe ao órgão ministerial ser comunicado, a fim de efetivamente exercer o controle da atividade policial e, sendo o caso, pedir mesmo o relaxamento de prisão ou a concessão de liberdade provisória, e não, como tem sido na prática, ficar aguardando que o juiz lhe dê vista do auto de prisão em flagrante²³⁷¹. Essa comunicação imediata da detenção em flagrante ao Ministério Público serve não só para que este seja mais um a exercer o controle da atividade policial em momento tão delicado quanto o da privação do direito de liberdade sem ordem judicial, mas também para agilizar a apreciação do caso, evitando, assim, que o juiz, em razão do que dispõe o art. 310, caput e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal, antes de decidir, tenha de dar vista ao *parquet*, o que só contribui para a demora na decisão sobre o assunto, enquanto a pessoa se encontra recolhida ao cárcere.

Assim, para que seja materializada a garantia preceituada no art. 5º, LXII, da Constituição, no auto de prisão em flagrante, deve constar documento dando conta de que a detenção foi comunicada imediatamente não só ao juiz, como igualmente a alguém da família ou da confiança pessoal do detido e ao Ministério Público²³⁷².

Esse entendimento aqui sufragado findou sendo adotado pelo legislador da Lei nº 12.402, de 2011, que modificou o caput do art. 306, para incluir o Ministério Público, dentre os destinatários da informação a ser prestada pela autoridade policial.

Portanto, efetuada a prisão/detenção em flagrante, deve a autoridade policial comunicar ime-

ao acréscimo feito ao § 1º do art. 306, para fins de esclarecer que o auto de prisão em flagrante há de ser encaminhado, além de acompanhado de todas as oitivas colhidas (o que era desnecessário), em *cópia integral para a Defensoria Pública*, quando o *autuado* não informar o nome de seu advogado.

²³⁷¹ Em razão do entendimento aqui defendido, segundo o qual o Ministério Público há de ser comunicado também da prisão em flagrante, no nosso entendimento, encontrava-se revogada a então determinação contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, ao estabelecer que o juiz, para decidir sobre o relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória no momento em que aprecia o auto de flagrante, deve ouvir, previamente, o *parquet*. Sustentávamos que o silêncio do órgão ministerial deveria ser interpretado como concordância quanto à legalidade da prisão e, ainda, em relação à decretação da prisão preventiva pelo juiz. Como veremos mais à frente, com a modificação do art. 310 pela Lei nº 12.403, de 2011, o juiz não precisa mais abrir vista para o Ministério Público, devendo a autoridade policial, além da comunicação imediata ao Ministério Público, enviar a este cópia integral do auto de prisão em flagrante.

²³⁷² Se a necessidade da comunicação imediata da detenção em flagrante ao Ministério Público é uma consequência natural

diatamente ao Ministério Público, assim como já era de seu dever fazê-la para o juiz competente e a alguém da família ou a pessoa indicada pelo detido. Recebida a comunicação, o Ministério Público deve iniciar o controle de legalidade da prisão/detenção e fiscalização da atividade policial, com intervenção independentemente de qualquer outra provocação, diretamente perante a autoridade policial ou por meio de promoção encaminhada ao juiz.

Aqui cabe acrescentar que, com as novas redações determinadas para os arts. 306, § 1º, e 310, caput e parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, sendo comunicado imediatamente da ocorrência da prisão, cabe ao Ministério Público estabelecer ou exigir que a autoridade policial, daí em diante, passe a mantê-lo a par do desenvolvimento de seu trabalho, o que importa, até mesmo, o envio do correspondente auto de prisão em flagrante, assim que ocorra a sua conclusão²³⁷³.

9.6.5.2.2 – Relaxamento da prisão como consequência da ilegalidade da prisão sem ordem judicial.

O desrespeito às formalidades declaradas na Constituição na qualidade de direitos fundamentais, conquanto, em alguns casos, represente mera irregularidade, no mais das vezes, configura ilegalidade, cuja consequência é fazer surgir outra garantia fundamental do detido, que é o de ter o direito ao relaxamento da prisão. Note-se que, conforme entendimento da Excelsa Corte, o descumprimento da formalidade reclamada no inciso LXII do art. 5º da Constituição, não sendo circunstância comprometedora da materialidade do delito e de sua respectiva autoria, pode ensejar a responsabilidade das autoridades envolvidas, não, porém, dar ensejo ao relaxamento da prisão sob o fundamento de sua ilegalidade²³⁷⁴.

De regra, porém, pode-se dizer que a inobservância das normas constitucionais, complementadas pelo legislador ordinário, enseja o relaxamento da prisão. Decerto que a regularidade formal da detenção em flagrante delito era mais importante quando, uma vez realizada a prisão, isso, por si só, já era justificativa para que a pessoa permanecesse presa, a não ser que o crime fosse afiançável²³⁷⁵.

Assim, como a pessoa presa em flagrante só tinha o direito de responder ao inquérito ou ao processo judicial em liberdade caso o crime fosse afiançável e a fiança fosse recolhida aos cofres públicos, a única alternativa que restava para conseguir a liberdade, quando esta não era cabível, era com o relaxamento da prisão, o que pressupunha, obviamente, a existência de alguma ilegalidade no ato de detenção praticado pela autoridade policial. Como já foi dito à exaustão, agora não é mais assim. Mesmo sendo a detenção em flagrante legal e mesmo que não seja afiançável o crime, ainda assim, para que o detido permaneça preso, é preciso que o juiz, ao receber e examinar o auto de prisão em flagrante, perceba a existência de um dos fundamentos que autoriza a decretação da prisão preventiva, ademais

do controle externo da atividade policial exercida pelo órgão ministerial, tem-se que não há necessidade de tal previsão constar, igualmente, da Lei nº 8.625, de 1993, que trata do Ministério Público dos Estados. De qualquer forma, malgrado a lei em foco tenha sido omissa a esse respeito, o art. 10 da Lei Complementar nº 75/93 aplica-se, subsidiariamente, ao Ministério Público estadual, tendo em vista o que dispõe o art. 80 da Lei nº 8.625/93.

²³⁷³ Essa posição está conforme o Projeto de Lei nº 4.209, de 2001, que cuida da reforma na parte relativa à fase pré-processual, mais precisamente quanto ao art. 9º, § 4º, o qual, em compasso com o sistema acusatório, determina a tramitação direta dos atos investigatórios entre a autoridade policial e o Ministério Público.

²³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CÉLIO BORJA. Classe: HC – Processo: 68.503, DJ 29/05/1992. Disponível em: www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp Acesso em: 24 jul. 2005. No RE 197571 / SP, relatado pelo Ministro OCTAVIO GALLOTTI, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, afastou a tese de nulidade da prisão, ao argumento de que não foi demonstrado o prejuízo "... decorrente de ausência de comunicação do flagrante à família..." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 28/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005).

²³⁷⁵ Lembre-se que, na redação originária do Código de Processo Penal, a prisão ou detenção em flagrante tinha natureza acautelatória. Para não ser repetitivo, cf. o item 9.6.5.2.1, supra.

²³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. NULIDADE: AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, NOTA DE CULPA E

de não ser recomendável a aplicação de uma ou mais medidas alternativas.

O que se quer chamar a atenção é que a importância da regularidade da detenção em flagrante delito, desde a vigência do parágrafo único do art. 310 do Ordenamento Processual Penal, não é mais na mesma magnitude. Ainda que legal o procedimento adotado no flagrante delito, o juiz, só por si, não deverá transformar a detenção em prisão, pois, para tanto, ele precisa verificar a existência de um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. A *contrario sensu*, nada obstante ilegal a detenção em flagrante delito, o juiz pode, e deve, reconhecer o direito ao relaxamento à prisão, mas, no mesmo pronunciamento, apresenta-se por demais razoável que ele, desde que enxergue a presença de um dos fundamentos encartados no art. 312 do Código de Processo Penal, e entenda que não são suficientes e adequadas as medidas diversas da prisão, decrete a prisão preventiva (art. 310, III, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 12.403, de 2011). Se assim não se entender, seria o mesmo que dizer que o juiz, observada a ilegalidade da detenção com o exame do auto de prisão em flagrante, tem de determinar o relaxamento da prisão, com consequente expedição do alvará de soltura, mas, logo depois, deverá, caso entenda a necessidade da decretação da prisão preventiva, determinar nova prisão da pessoa.

Concordando com essa visão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 77.042/RJ, realizado por sua Primeira Turma, à unanimidade, tendo como relator funcionado o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE²³⁷⁶, decidiu que as irregularidades praticadas pela autoridade policial, consistentes na falta de sua assinatura e a omissão quanto à expedição de nota de culpa, restam superadas, se “... o Juiz relaxou o flagrante e decretou a prisão preventiva”. Sendo mais clara, em outra oportunidade, ao apreciar o RHC 62.855/SP, a Suprema Corte, sob a pena do Ministro RAFAEL MAYER²³⁷⁷, também em votação unânime, a Primeira Turma disse que “Se não se evidencia, do auto de prisão em flagrante, a inexistência dos motivos autorizadores de decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 310 do CPP, injustificável é o relaxamento da prisão em flagrante.”

A inteligência do pensamento esposado pelo ex-Ministro RAFAEL MAYER fala por si, sem necessidade de maiores explicações. De fato, em verdade, depois que entrou em vigor o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, e, agora, com mais razão, diante do que prescreve o inciso III do art. 310 do CPP, quando o juiz se debruça sobre pedido de relaxamento de prisão, ele analisa se, a despeito da ilegalidade apontada no ato praticado pela autoridade policial, o caso comporta a decretação da prisão preventiva. Até porque seria anacrônico o juiz mandar soltar uma pessoa que, se por um motivo (a forma como foi efetuada a detenção pela autoridade policial) não deve ficar presa ou detida, por outro (subsistência dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva), deve ter a sua prisão determinada pelo juiz. Por isso mesmo, ao fazer o pedido de relaxamento de prisão, seja por meio de petição ajuizada sob essa nomenclatura, seja por interposição de habeas corpus, o mais adequado é que se demonstre, efetivamente, que não há nenhuma das justificativas do art. 312 do CPP para que seja determinada a prisão do detido.

Malgrado o que ficou dito, note-se que a prisão ou detenção sem ordem judicial somente pode ocorrer naqueles casos considerados como de flagrante delito, conforme admite, excepcionalmente, o inciso LXI do art. 5º da Constituição. Obviamente, não é tarefa do constituinte esmiuçar quais são os casos em que uma pessoa é considerada como surpreendida no momento em que está praticando o crime. Cabe ao legislador subconstitucional gizar as situações em que a pessoa é considerada em

AUTO DE APREENSÃO DE ENTORPECENTE NÃO ASSINADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL: SUPERAÇÃO OU IRRELEVÂNCIA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. Data da decisão: 26/05/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 24 jul. 2005.

²³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRISÃO EM FLAGRANTE. INTERROGATÓRIO DO CONDUZIDO, NO HOSPITAL. SUBSISTÊNCIA DA PRISÃO. Data da decisão: 19/04/1985. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 24 jul. 2005.

²³⁷⁸ De acordo com a legislação processual penal, a doutrina identifica três tipos de flagrante delito, tal como está posto nos

flagrante delito, o que é feito, em nosso sistema, por meio da norma encartada nos incisos I a IV do art. 302 do Código de Processo Penal²³⁷⁸. Por conseguinte, o primeiro aspecto a chamar a atenção do juiz, ao receber o auto de flagrante delito, é sondar se o crime, efetivamente, foi praticado em uma das situações que caracteriza o flagrante, sendo o caso de reconhecer o direito ao relaxamento da detenção, caso entenda que a autoridade ou agente policial ou quem a efetuou exorbitou da permissão legislativa. Aliás, na maioria das vezes, a ilegalidade da detenção reside, justamente, na circunstância de a prisão/detenção não ter sido efetuada em real situação de flagrante delito.

É verdade que, no caso concreto, em algumas situações, há dificuldades para se definir se se trata de flagrante delito, ou não. De qualquer forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é suficientemente vasta e densa no sentido de expor o que se deve entender por flagrante delito. O que caberá ao juiz, assim, sem embargo das muitas controvérsias a respeito do alcance das disposições contidas nos incisos do art. 302 do Código de Processo Penal, especialmente quanto ao que dizem os itens III e IV, é examinar, ao receber o auto de prisão em flagrante, se a detenção feita pela autoridade policial sem a determinação judicial se deu em razão de uma das situações excepcionais preceituadas na legislação de regência. Se a hipótese não se encaixa em nenhuma das figuras desenhadas nos incisos do art. 302, deve o juiz relaxar a prisão, pois, para todos os efeitos, ela foi ilegal. Porém, como aqui já foi dito, caso o juiz observe que, sem embargo da ilegalidade da prisão, o detido deve permanecer preso pelo fato de a situação se enquadrar em uma das hipóteses em que se autoriza a decretação da prisão preventiva, ele não deve soltá-lo, mas sim decretar a privação do direito de liberdade como medida acautelatória, ou, se for adequada e suficiente, decretar medida cautelar diversa da prisão.

9.6.5.2.2.3 – Direito à liberdade provisória.

Mantendo a nossa tradição constitucional, a Carta de 1988 assegura, no inciso LXVI, o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança. A primeira coisa que chama a atenção é quanto à nomenclatura liber-

incisos do art. 302 do Código de Processo: *flagrante próprio* (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro), que está caracterizado nos incisos I e II do art. 302 do CPP; *flagrante impróprio* (também chamado de irreal ou quase-flagrante), tipificado no inciso III do art. 302 do CPP, e *flagrante presumido* (ficto ou assimilado), previsto no inciso IV do art. 302 do CPP. Todavia, parece mais acertada a classificação que aponta quatro categorias diferentes, a saber: (1) *flagrante próprio*, quando o agente *está cometendo* o crime (art. 302, I, do CPP); (2) *quase-flagrante*, quando o agente *acaba* de cometer o crime (art. 302, II); (3) *flagrante impróprio*, quando o agente é perseguido *logo após* a prática do delito (art. 302, III); e (4) *flagrante presumido ou ficto*, quando o agente é encontrado *logo depois*, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do delito (art. 302, IV). Isso porque, em verdade, flagrante propriamente dito somente pode ser aquele em que o agente é surpreendido quando *está cometendo a infração*, como assinalado no inciso I do art. 302 do CPP, e não, como na hipótese do inciso II do mesmo dispositivo, quando ele *acaba de cometê-la*. Se o agente, ao ser surpreendido, já tinha terminado de praticar o crime, para todos os efeitos, tal é um *quase-flagrante*, nunca, porém, um flagrante propriamente dito. Essas espécies previstas na legislação são assim classificadas em razão do momento em que é realizado o flagrante. Além dessa classificação, pode ser identificado o tipo de flagrante também pela forma empregada, a saber: *flagrante preparado ou provocado*; *flagrante esperado*; *flagrante controlado ou diferido* e *flagrante forjado*. O flagrante preparado ou provocado é aquele em que se incentiva, mediante a criação de condições favoráveis, a ação criminoso. Há muita crítica a esse incentivo ao crime, geralmente feito pela autoridade policial, sob o argumento de que a missão daquela deve ser de evitar os crimes, e não incentivá-los. Doutra lado, às vezes a intervenção preparatória é de tal maneira que impede ou torna impossível a prática mesmo do crime, o que motivou o Supremo Tribunal Federal editar a sumula nº 145, para dizer que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação”. Outro tipo é o flagrante esperado em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar ou contribuir, de qualquer modo, para a prática da infração. Outra espécie é o flagrante controlado, em que a autoridade policial, sabendo da prática do crime, prefere não intervir desde logo, a fim de esperar um momento mais adequado para proceder ao flagrante delito, conforme admitem a Lei 11.343, de 2006 (art. 53, II), Lei nº 12.850, de 2013, de 1995 (art. 8º), e a Lei nº 10.409, de 2002 (art. 33, II). Por fim, fala-se no flagrante forjado, aquele em que a autoridade policial altera a situação, para tentar, com isso, caracterizar uma das hipóteses dos incisos do art. 302 do CPP, o que, sequer é preciso salientar, é ilegal.

²³⁷⁹ Dentre os direitos fundamentais, a Constituição torna defesa não apenas a prisão perpétua, mas também aquela que, em-

dade provisória. Objeta-se que essa identificação não é adequada, pois a prisão, mesmo aquela decorrente da sentença condenatória transitada em julgado, devido a expressa previsão constitucional, não pode ter caráter perpétuo, sendo necessária a limitação de sua duração²³⁷⁹. Por conseguinte, toda e qualquer prisão, a qualquer título que seja, não pode, sequer, possuir caráter perpétuo, daí por que, sob esse ângulo de visão, a privação do direito de liberdade é sempre provisória. A liberdade é que seria permanente, admitindo-se, todavia, a sua supressão por determinado lapso temporal que não tenha caráter perpétuo. Nessa perspectiva, provisória seria a prisão, nunca a liberdade. Acontece que o termo liberdade provisória possui conteúdo técnico-processual. De fato, para o ambiente processual penal, liberdade provisória não se confunde com direito de liberdade. Conforme se teve aqui oportunidade de evidenciar²³⁸⁰, o direito de liberdade é reconhecido a toda e a qualquer pessoa, tenha ela praticado, ou não, um crime, esteja, ou não, respondendo a inquérito ou processo judicial; pouco importa, porquanto o direito de liberdade, de ordinário, permanece incólume, até que advenha sentença condenatória transitada em julgado impondo a pena de prisão.

Já a liberdade provisória quer dizer o direito que alguém que está preso possui de obter a sua soltura. Se a pessoa está solta, em rigor, o que ela tem é o direito de ser livre ou de ficar em liberdade. Porém, uma vez detida ou presa como medida processual, caso não haja necessidade de que fique ou permaneça no cárcere, a pessoa detém o direito à liberdade provisória. Por isso mesmo, quando se fala em liberdade provisória, parte-se da premissa, verdadeira, de que a pessoa está ou estava detida ou presa, detenção ou prisão essa considerada válida.

A liberdade provisória, por conseguinte, pressupõe uma detenção ou prisão anterior, sendo esta considerada válida formalmente, mas que, à míngua da presença de um dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), não deve subsistir. Ela é, para todos os efeitos, uma contracautela. A despeito do crime e da detenção ou prisão, pelo fato de não haver justificativa para que a pessoa tenha o seu direito de liberdade restringido, o juiz deve mandar soltá-la, mediante a concessão da liberdade provisória, podendo, porém, diante das circunstâncias do caso, impor condições a serem cumpridas pela pessoa, como não andar armada, proibição da frequência a determinados locais etc ou, até mesmo, substituir por medida cautelar diversa da prisão. É por isso que se chama liberdade provisória: o juiz manda soltar, mas, em razão da existência do processo, a todo e qualquer momento, desde que se sinta a necessidade de sua determinação, pode (re) decretar a prisão preventiva ou então o recolhimento à prisão devido ao trânsito em julgado de sentença condenatória.

A provisoriidade do direito de liberdade quer dizer mais com a precariedade com que é concedida a soltura do agente, em razão da possibilidade de que, logo depois, venha a ser determinada, em face da mesma infração criminal, outra ordem de prisão, desde que calcada em fundamentos idôneos.

Resta saber em que casos cabe a liberdade provisória. Em verdade, a Constituição deixa para o legislador ordinário a incumbência de gizar os contornos da liberdade provisória, pois, de acordo com a dicção constitucional, “ninguém será levado à prisão ou nela *mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.*” (Grifamos). Por conseguinte, insere-se na alçada do legislador subconstitucional dizer em quais casos é admissível a liberdade provisória e quando ela deve ser, ou não, condicionada ao pagamento de fiança. Perceba-se que, se a liberdade provisória pressupõe uma prisão ou detenção anterior e formalmente válida, mas que, devido à ausência dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, não deve manter-se, tem-se, por corolário lógico, que ela deve ocorrer em todos os casos nos quais não for cabível a aplicação de medida cautelar restritiva do direito de liberdade. Assim, definidas as hipóteses em que cabe a prisão cautelar, desde que a situação não se enquadre em nenhuma dessas condições, a pessoa detém o direito à liber-

bora seja demarcada no tempo, possua *caráter perpétuo* (art. 5º, XLVII, da Constituição).

²³⁸⁰ Cf. item 9.6.5, supra, em que se faz sucinta análise da diferença entre os institutos do direito de liberdade, da liberdade provisória e do relaxamento da prisão.

²³⁸¹ Cf. item 9.6.5.1.1, supra, no qual se realça a necessária natureza acautelatória de toda e qualquer prisão processual, sob

dade provisória. Dessa maneira, ao traçar os contornos da prisão cautelar, por linhas transversas, o legislador infraconstitucional está, igualmente, definindo os casos de liberdade provisória. Por isso mesmo, ao definir as nuances da liberdade provisória, o legislador tem de render homenagens ao entendimento de que a prisão processual, seja ela qual for, possui natureza acautelatória, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, conforme aqui já foi exposto à exaustã²³⁸¹.

No modelo atual, adotado a partir do acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, e reiterado, com cores mais vivas, com a redação emprestada pela Lei 12.403, de 2011, aos incisos do dispositivo em destaque, consoante já se teve oportunidade de afirmar ao longo deste trabalho, qualquer que seja a espécie de infração penal, desde que não haja motivo para a decretação da prisão preventiva, sendo o crime afiançável ou não, hediondo ou não, o juiz deve conceder a liberdade provisória²³⁸². Aliás, em várias oportunidades o Supremo Tribunal Federal, tem ressaltado que a prisão cautelar, sendo medida excepcional, somente há de ter lugar quando for absolutamente necessária²³⁸³.

9.6.5.2.2.3.1 – Vedação à liberdade provisória.

Sem embargo da posição da doutrina e da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da necessária cautelaridade da prisão processual, a Lei 8.072/90, com a redação da Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994, ao tempo em que define os crimes hediondos, tornava-os, conjuntamente com os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, insuscetíveis de liberdade provisória. As Leis n°s 9.034, de 1995, e 9.613, de 1998 e 10.868, de 2003, também vedaram a liberdade provisória nos crimes organizados, de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e nos previstos no Estatuto do Desarmamento.

Contesta-se a constitucionalidade dessas leis, pois a norma infraconstitucional não pode vedar a liberdade provisória, uma vez que a prisão processual se trata de medida cautelar e extrema que priva direito fundamental do homem, só podendo ser decretada se fundamentada nos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo de dano. Se nesses crimes o agente não tem o direito à liberdade provisória, a consequência que se pode tirar daí é uma dentre quatro possíveis: (1) como não é admitida a liberdade provisória, praticado o crime, mesmo que não haja ordem judicial, a autoridade policial deve efetuar a prisão; (2) havendo necessidade ou não, a prisão preventiva há de ser decretada pelo juiz, por força da vontade da lei; (3) ocorrida a prisão em flagrante, o juiz não pode conceder a liberdade provisória, somente podendo o agente recuperar a liberdade, caso a prisão seja ilegal, hipótese em que ele terá direito ao relaxamento da prisão; e (4) a despeito de a norma jurídica vedar a liberdade provisória, ainda assim, somente deve ser decretada ou mantida a prisão caso seja necessária.

A primeira hipótese, evidentemente, ainda que a análise perfunctória, não se sustém. Caso essa tese fosse aceita, seria o mesmo que admitir uma terceira hipótese de prisão, além das duas previstas na Constituição no inciso LXI do art. 5º da Constituição. Ao lado da prisão ou detenção por ordem policial (detenção ou prisão em flagrante) e por ordem judicial (prisão processual), haveria outra, determinada pela vontade do legislador infraconstitucional, que poderia ser chamada de ordem legal ou vontade do legislador. É patente que isso não é admissível. Como aqui já foi várias vezes demonstrado, há apenas duas formas de prisão: em flagrante delito e mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Não pode a prisão ser efetuada pela autoridade policial, sem que a pessoa esteja na situação de

pena de afronta à cláusula constitucional da presunção de não culpabilidade.

²³⁸² Cf. item 9.6.4, supra, no qual o tema foi visto com mais profundidade.

²³⁸³ Cf. itens 9.6.5 e 9.6.5.1.1, supra. Lá é esposado o entendimento doutrinário e a jurisprudência consolidada do STF a respeito do tema.

²³⁸⁴ No Rio Grande do Norte, houve caso que despertou acirrado debate perante os meios de comunicação, envolvendo

flagrante delito. Por conseguinte, fora dessa situação, mesmo sendo encontrada pela autoridade policial a pessoa que praticou um crime para o qual a lei diz que não se admite liberdade provisória, aquela, sem uma ordem judicial escrita e fundamentada, não poderá, validamente, efetuar a detenção ou prisão²³⁸⁴.

A segunda alternativa tampouco se sustenta. Se assim se entender, seria o mesmo que dizer ter sido restaurada, em nosso meio, a indesejável prisão preventiva obrigatória, revogada do Código de Processo Penal com a edição da Lei nº 5.349, de 1967²³⁸⁵. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, em várias passagens, deixou assentado que o fato de o crime ser hediondo não impede concessão da liberdade provisória, pois a prisão processual, detendo natureza acautelatória, somente há de ser imposta excepcionalmente e, ainda assim, quando for demonstrada a sua extrema necessidade. Essa linha de pensamento que já vinha, faz tempo, sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ganhou repercussão nacional quando assim foi decidido no Habeas Corpus 8071/SP, no emblemático caso envolvendo o jornalista PIMENTA NEVES, acusado de matar a sua namorada, também jornalista, em crime de homicídio classificado como hediondo. Naquele processo, na parte que interessa, a ementa de autoria do Ministro CELSO DE MELLO²³⁸⁶, referente ao acórdão unânime da Segunda Turma da Colenda Corte, ficou redigida com a seguinte dicção:

HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO – TEMOR DE FUGA DO RÉU – DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES – INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE – PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. – A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (...) O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. – O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público – precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) – não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. – A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. (...)

Esse mesmo argumento utilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal para reconhecer o direito à liberdade provisória, mesmo quando há norma legal específica dizendo que ela não é cabível,

situação que se enquadra na questão posta em debate. Isso se deu em rumoroso caso de homicídio, tipificado como hediondo, em que os agentes praticaram o crime e fugiram. Algum tempo após, eles retornaram à cidade do interior, sendo a autoridade policial comunicada do fato. Esta se negou a efetuar a prisão, dizendo que não era hipótese de flagrante delito e, ademais, não havia prisão decretada pelo juiz. Estava certa a autoridade policial, o que não a poupou de severa crítica perante os órgãos de comunicação.

²³⁸⁵ A respeito da prisão preventiva obrigatória, cf. itens 9.6.3, que trata do sistema prisional originário previsto no Código de Processo Penal de 1941, e 9.6.4, que aborda as mudanças operadas posteriormente.

²³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

²³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: HC – Processo: 82316, UF: PR, Data da decisão: 11/02/2003. Dis-

serve para afastar a terceira alternativa. Com efeito, ainda que se trate de crime para o qual se veda a concessão de liberdade provisória, sendo o agente detido em flagrante delito, o juiz, caso não esteja presente nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, deve providenciar a sua soltura. Entendimento contrário serviria para infirmar a natureza acautelatória da prisão processual, pois implicaria manter no cárcere a pessoa sem que houvesse nenhuma necessidade para tanto. Ademais, lembre-se que, conforme aqui está sendo sustentado, a detenção em flagrante se presta, apenas, para a captura do agente, de modo que, para o seu recolhimento à prisão, é preciso verificar se ele não faz jus à liberdade provisória, que é o mesmo que dizer que se deve analisar se há, ou não, os elementos reclamados para a decretação da prisão preventiva.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal vinha sinalizando em outra direção. Com efeito, em julgamento unânime da Primeira Turma, a Excelsa Corte, em votação relatada pelo Ministro SIDNEY SANCHES²³⁸⁷, fez constar da ementa que, ocorrida a prisão em flagrante, tratando-se de crime hediondo, em princípio, não se deveria se aplicar a então regra do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, e, sim, a especial, prevista na Lei nº 8.072, de 1990, que veda a liberdade provisória. Como se não bastasse, algum tempo antes, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 79386/AP, em votação na qual restou vencido o Ministro MARCO AURÉLIO, sendo designado para relatar o acórdão o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, já tinha deixado consignado que existe a “Impossibilidade de concessão de liberdade provisória em face de expressa vedação contida no artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi reconhecida por esta Corte.”

Com o devido respeito, essa tese tinha o condão de ressuscitar, sim, ainda que por via oblíqua, a indesejável prisão preventiva obrigatória, acontecimento que o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, na redação da ementa do voto acima citado, disse que nem mesmo o *terrorismo penal em moda ainda não ousou chegar*. Se quando há vedação expressa quanto à concessão de liberdade provisória, em caso de prisão em flagrante, mesmo que não haja os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, ainda assim a pessoa deve permanecer presa, tem-se, aí, hipótese em que a prisão processual é imposta sem que haja a sua necessidade. Ela será imposta apenas em razão da *vontade da lei*, ou seja, ela é obrigatória, pois o juiz, nesse caso, não poderia deixar o agente responder o processo em liberdade, ainda que não tenha nenhum motivo para determinar que ele fique preso.

Mantendo coerência quanto a seu pensamento garantista, LUIZ FLÁVIO GOMES²³⁸⁹ conclui pela inconstitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais que tornam defesa, assim como a fiança, a liberdade provisória, pois tal previsão, em verdade, acaba por “... reintroduzir no nosso sistema a prisão compulsória, obrigatória, que desapareceu na década de sessenta com o regime militar.” Nesse caso em que a lei proíbe a liberdade provisória, a decisão que impõe a prisão – diz LUIZ FLÁVIO GOMES²³⁹⁰ –, não seria judicial, porém legislativa. Ademais, de acordo com o entendimento do STF aqui criticado, a sorte de quem responde por esses crimes para os quais há vedação expressa da concessão de liberdade provisória estaria resolvida diante da circunstância de ter ocorrido, ou não, a prisão em flagrante. Se feita a prisão em flagrante, ele terá de ficar preso durante todo o processo. Em sentido contrário, se ele não for detido em flagrante, mesmo em se tratando de crime hediondo, de tortura, de tráfico ilícito, de terrorismo, organizado ou de “lavagem” de capitais, a prisão somente pode

ponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005. De qualquer forma, naquele julgamento, a liberdade provisória não foi concedida porque o juiz havia justificado a prisão, ainda, na presença de fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

²³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 05/10/1999. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

²³⁸⁹ *Lei de lavagem de capitais*: delação premiada e aspectos processuais penais. p. 359.

²³⁹⁰ *Ibid.* p. 359.

ser ordenada caso esteja presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

Com a tese então sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, o flagrante delito, em se tratando desses crimes para os quais a lei especial torna defesa a liberdade provisória, ganhava substancial importância e passava a ter, assim como ocorria na ideia original do Código de Processo Penal, função não apenas de captura, mas também de, por si só, justificar a manutenção da pessoa na prisão, mesmo que não tivesse nenhum motivo para que assim fosse. Esse pensamento, além de afrontar a natureza acautelatória de toda e qualquer prisão de ordem processual, tinha o condão de resgatar a anterior função desempenhada pela prisão em flagrante no sistema prisional, que havia, desde a introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, sido afastada de nosso meio, o que, para todos os efeitos, era um tremendo retrocesso.

No Superior Tribunal de Justiça, felizmente, o assunto sempre mereceu outra consideração. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas firmaram passo na linha de entendimento de ser irrelevante o fato de a lei dizer da inadmissibilidade da liberdade provisória em determinados crimes e que tenha havido, ou não, a prisão em flagrante, pois, em qualquer que seja a situação, como decorrência lógica do princípio da presunção de não culpabilidade, para que uma pessoa fique presa, exige-se a plena justificativa no decreto judicial. À guisa de comprovação, veja-se a decisão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tomada no Habeas Corpus 36452, cujo relator foi o Ministro PAULO MEDINA²³⁹¹, tendo a ementa sido vazada nos seguintes termos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. REQUISITOS. AUSÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PERICULUM LIBERTATIS. INEXISTÊNCIA. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO CULPABILIDADE. PREVALÊNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE.

No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar a existência de periculum libertatis.

Não foi dada ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90.

Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais.

A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida.

(...)

Adotando essa mesma doutrina, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, também à unanimidade, em voto redigido pela Ministra LAURITA VAZ²³⁹², no aresto firmado no Habeas Corpus 38466/SC, assim decidiu:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. PRECEDENTES DO STJ.

²³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 19/04/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

²³⁹² Data da decisão: 16/11/2004

1. Ainda que o crime seja classificado como hediondo pela Lei n.º 8.072/1990, a simples alegação da natureza hedionda do delito cometido, em tese, pelo paciente não é, de per si, justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

Como se vê, para o Superior Tribunal de Justiça não se deve fazer a distinção que era feita pelo Supremo Tribunal Federal nos casos analisados, quanto a entender pela possibilidade de haver o direito de liberdade provisória, naqueles crimes para os quais existe vedação legal ao gozo desse direito, apenas nas hipóteses em que não ocorresse a prisão em flagrante. Essa é a posição mais adequada e a que se compatibiliza com a natureza acautelatória de toda e qualquer prisão processual. De outra parte, a distinção que era feita pelo Supremo Tribunal Federal, com as vênias devidas, não se mostrava razoável²³⁹³. Tome-se como exemplo o caso PIMENTA NEVES, objeto do voto do Ministro CELSO DE MELLO, que aqui foi transcrito. Nos termos da tese até então adotada pela Corte Máxima, se o referido jornalista tivesse sido preso em flagrante, ele, até hoje, estaria encarcerado, mesmo que, como foi ponderado com rara galhardia pelo Ministro CELSO DE MELLO, não houvesse nenhuma razão para que ficasse na prisão.

Com essas considerações, parece, sem sombra de dúvidas, que a posição correta é aquela alvitrada na quarta proposição aqui formulada, no início da discussão do assunto, segundo a qual, conquanto a norma jurídica vede a liberdade provisória, ainda assim, somente deve ser mantida ou decretada a prisão caso seja necessária a custódia cautelar, daí por que, a circunstância em si de ter havido, ou não, a prisão/detenção em flagrante é de somenos importância, assim como ocorre em relação aos demais crimes, devido à regra insculpida no inciso II do art. 310 do Código de Processo Penal.

De mais a mais, a Constituição, ao utilizar a expressão quando a lei admitir a liberdade provisória²³⁹⁴, não disse que o legislador poderia, tendo em consideração apenas a natureza do crime, vedá-la para determinados casos. Em interpretação sistêmica da Constituição, partindo-se da premissa de que a prisão processual detém natureza acautelatória, como admite o próprio Supremo Tribunal Federal, não se pode estabelecer, a priori, que, em certos delitos, a pessoa não tem o direito de responder o processo em liberdade²³⁹⁵. Isso porque, como aqui já se disse – e deve ser repetido –, tal equivale a estabelecer que, nesses casos, a prisão processual é obrigatória, o que é incompatível com qualquer espécie de medida cautelar, posto que essa, como se sabe, somente se torna possível quando haja necessidade de sua determinação, especialmente em tema de supressão do direito de liberdade.

Como se isso não bastasse, note-se que, na intenção de conferir tratamento mais rigoroso para os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como hediondos, o constituinte disse, expressamente, que eles eram inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º,

²³⁹³ O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, por algum tempo, continuou mantendo, sobranceira, essa posição. Com efeito, no julgamento do HC 89491/SP, relatado pela Ministra CARMEM LÚCIA, assim decidiu, à unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME ORGANIZADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. Necessidade da manutenção da custódia cautelar exsurge da própria gravidade dos fatos evidenciados nos autos, razão bastante a desautorizar a liberdade provisória em obséquio da garantia da ordem pública. Precedentes deste Supremo Tribunal, o qual considera necessária a manutenção da prisão em flagrante como garantia da ordem pública quando a gravidade dos fatos narrados nos autos a justifica. Habeas corpus a que se denega a ordem. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 26/09/2006. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 17 jan. 2007)

²³⁹⁴ Art. 5º, LXVI, última parte.

²³⁹⁵ Na tese do Supremo Tribunal Federal, é verdade, não basta que haja a vedação na lei da concessão da liberdade provisória, mas, ainda, que tenha ocorrido a prisão em flagrante.

XLII), e não que, nesses casos, não seria admitida a liberdade provisória. Nem mesmo ao tratar da ação de grupos armados, civis ou militares, que atentem contra a ordem constitucional e o Estado democrático, o constituinte chegou a preceituar a vedação da liberdade provisória (art. 5º, XLIV); quando muito, disse que eles, além de inafiançáveis, seriam imprescritíveis.

O constituinte, na medida em que previu a prisão processual como medida acautelatória e excepcional, por coerência sistêmica, em nenhum momento disse que algum tipo de crime, por mais grave que ele fosse, seria insuscetível de liberdade provisória.

Felizmente, o Supremo Tribunal, ao julgar a ADI 3137/DF proposta contra a vedação da liberdade provisória embutida no art. 21 na Lei 10.868, de 2003, o chamado Estatuto do Desarmamento, que teve como Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, após ressaltar que essa disposição contém vício de inconstitucionalidade por afrontar as cláusulas da presunção de inocência e do devido processo legal, ressaltou “que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão ex lege, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV).”²³⁹⁶

Observa-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, com essa nova visão sobre o assunto, respalda a tese aqui sustentada, o que é mais consentâneo com a sua jurisprudência a respeito da natureza acautelatória e excepcional da prisão processual.

Tendo em conta essa linha de pensamento, o legislador infraconstitucional, com a edição da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, acertadamente, deu nova redação para o art. 2º, II, da Lei nº 8.072, de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, exatamente para, tendo em conta o entendimento aqui defendido e respaldado pelo Supremo Tribunal Federal, suprimir a vedação da liberdade provisória.

No mesmo passo, o art. 310 do CPP, com a redação conferida pela Lei nº 12.403, de 2011, acertadamente, não faz qualquer distinção quanto ao direito à liberdade provisória qualquer que seja o crime, desde que não existentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, ao passo que a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, revogou o art. 3º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que vedada, em se tratando de crime de lavagem de dinheiro, quer a liberdade provisória, quer a fiança.

Em nosso entendimento, temos duas situações: (a) não existindo fundamento para a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá *conceder a liberdade provisória, sem fiança*, não sendo admissível condicionar o exercício desse direito a nenhuma tipo de obrigação prévia, pouco importando se o crime é afiançável, ou não, ou se lei específica veda, ou não, a concessão de liberdade provisória; (b) sendo convertido o flagrante em prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP, o juiz poderá, caso se trate de crime afiançável, em substituição, conceder a liberdade provisória, com fiança, ademais de impor outras medidas cautelares diversas²³⁹⁷.

9.6.5.2.3.2 – Fiança como cautela para assegurar o direito de liberdade.

A Constituição diz que a liberdade provisória pode ser admitida com ou sem fiança. A primeira coisa a se verificar é se, sendo o caso de liberdade provisória, mas deixando o agente de pagar a fiança, isso, por si só, justifica que alguém permaneça preso ou tenha a sua prisão determinada. Antes, é preciso ter em consideração, como já foi dito, que a vinda a lume do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, dentre outras consequências, teve a propriedade de fazer com que a fiança, em razão da forma como ela está prevista na legislação processual, praticamente não tivesse mais sentido²³⁹⁸.

²³⁹⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da Decisão 2/5/2007. disponível em: Acesso em 4 jun. 2007.

²³⁹⁷ Essa posição será explicada no item seguinte.

²³⁹⁸ Cf. item 9.6.4

Com efeito, com a nova disciplina emprestada ao tema da prisão em flagrante, ao receber o auto dando conta de como se deu a detenção, o juiz, qualquer que seja o crime – pouco importa se afiançável ou não – deve conceder a liberdade provisória, bastando, para tanto, que não haja razão para determinar a prisão preventiva.

Anteriormente, a circunstância de o crime ser afiançável era a condição necessária para que pudesse ser reconhecido o direito à liberdade provisória, nas hipóteses em que se dava a detenção ou prisão em flagrante. Assim, verificada a detenção em flagrante delito, se afiançável o crime e não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, o juiz, mediante o arbitramento da quantia a ser recolhida pelo detido, condicionava a soltura ao prévio pagamento do valor fixado. Por outro lado, se o delito fosse inafiançável, a pessoa, tendo sido presa em flagrante, somente conseguia a liberdade provisória se o ato de detenção em si contivesse alguma ilegalidade, quando, então, o juiz deveria determinar o relaxamento da privação do direito de liberdade. Dessa forma, em caso de flagrante delito, para se falar em direito à liberdade provisória, era preciso, antes de tudo, que o crime fosse afiançável.

Essa situação, porém, modificou-se, substancialmente, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal. A partir daí, a liberdade provisória, nos casos de prisão em flagrante, também passou a ser admissível em relação aos crimes inafiançáveis, que eram assim definidos em virtude de serem mais graves do que os afiançáveis. Esse acontecimento, apesar de merecer aplausos, pois, como já se disse, teve o mérito de ressaltar a natureza acautelatória da prisão processual, descompassou o sistema. Isso porque não só os crimes afiançáveis como os inafiançáveis passaram a admitir, no caso de prisão em flagrante, a liberdade provisória, exigindo-se, de todo modo, tanto para os primeiros quanto para os segundos, apenas que não houvesse nenhum dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva, acrescentando-se ainda, em relação aos primeiros, o pagamento do valor da fiança arbitrada. Aí reside a incongruência.

Não se pode exigir, para a concessão da liberdade provisória nos crimes afiançáveis, que a pessoa detida, além de não satisfazer nenhum dos fundamentos para a determinação da prisão preventiva, ainda tenha de pagar uma quantia em dinheiro, enquanto àquele que pratica crime inafiançável, que é mais grave, para ter o direito de recuperar a liberdade, seja suficiente a satisfação da primeira condição exigida. Se assim for, estará havendo nítido tratamento mais severo para quem, por ter praticado crime menos grave, deve ser dispensado, senão tratamento mais benéfico, no mínimo, igualitário em relação àquele que cometeu infração de maior porte.

Por conseguinte, se quem comete crime inafiançável, em caso de flagrante delito, tem o direito de obter a liberdade provisória, bastando para tanto que não esteja presente nenhuma das causas previstas para o estabelecimento da prisão preventiva, é mais do que evidente que o sistema não pode, para quem comete infração menos grave, além de fazer a mesma exigência, ainda acrescentar outra, qual seja, o pagamento de quantia em dinheiro, a título de fiança. Em razão disso, alguns juízes, corretamente, entendem que, para esse fim, ou seja, como contracautela para a concessão de liberdade provisória em caso de flagrante delito, a fiança encontra-se revogada, não devendo, por conseguinte, ser exigida.

Regra curiosa é a que consta no art. 325, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 8.035, de 27 de abril de 1990, que torna defesa a aplicação, quando a hipótese for de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal, do disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP. Aqui se repete o mau vezo de impor tratamento mais grave tendo em conta apenas a natureza do crime praticado, política que tem se mostrado, no mais das vezes, desastrosa, pois finda impondo tratamento afastado da isonomia sem a necessária justificativa. Certamente, o legislador deve ter levado em consideração a circunstância de os crimes em referência serem de natureza financeira,

²³⁹⁹ *Delação premiada e aspectos processuais penais*. p. 358.

o que, em princípio, revela a boa condição econômica do agente. No entanto, nem sempre é assim, havendo casos em que o ilícito é praticado devido mesmo à precária situação econômico-financeira do agente, sem que resulte da ação ilícita nenhum ganho de dinheiro ou aumento de patrimônio, mas apenas omissão quanto ao pagamento do que era devido.

Observe-se que, em um sistema democrático calcado na cláusula da presunção de não culpabilidade, preceito que traz como consequência a natureza excepcional e acautelatória das medidas processuais restritivas do direito de liberdade, a fiança pode, e deve, ser prevista como contracautela, quer para assegurar à vítima direta, que pode ser inclusive o Estado, o ressarcimento pelo menos de parte do prejuízo ocasionado pela ação ilícita, quer para fazer com que o agente, liberado sob pagamento de fiança, cumpra as exigências estabelecidas pelo juiz, sob pena de perda do valor caucionado. Embora não pareça razoável, a fiança em si, em determinados casos, pode ser erigida como condição para a concessão da liberdade provisória. Em rigor, esta, com o pagamento, ou não, da fiança, deve ser concedida, desde que não haja motivo para a decretação da prisão processual. Isso porque, à primeira vista, não se mostra adequado que uma pessoa fique recolhida à prisão apenas porque, a despeito de fazer jus à liberdade provisória, oponente-se a pagar o valor arbitrado pelo juiz, pois, assim sendo, a situação se assemelharia, em certa medida, àquela em que se dá a prisão civil por falta de pagamento de dívida.

Não se nega que exigir o pagamento da fiança é uma coisa, outra, bem diferente, é que ela seja elevada a *conditio sine qua non* para a concessão da liberdade provisória. De todo modo, a fiança, nesses casos, serve mais como uma garantia de que o acusado irá cumprir todas as condições impostas pelo juiz para a concessão da liberdade provisória enquanto não ocorrer o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória e de que não irá, durante esse espaço de tempo, praticar outros crimes.

Ademais, deve-se mudar o foco do instituto da fiança. A fiança não deve ser prevista para os crimes menos graves, uma vez que estes, devido a essa circunstância, devem receber tratamento mais benigno do que os crimes de maior potencial ofensivo. Observe-se que, na principiologia originária do Código de Processo Penal, a classificação de um crime como afiançável funcionava para que se desse, nesse caso, melhor tratamento para esse tipo de ação ilícita, pois era a condição para que fosse possível, no caso de prisão em flagrante, haver a soltura do agente com base no direito à liberdade provisória. No instante em que se passou a admitir, também para os crimes inafiançáveis, a liberdade provisória nos casos de flagrante delito, tem-se que a fiança agora deve ser prevista apenas para aqueles crimes mais graves.

O que se quer dizer é que como independentemente do ilícito, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, para que o agente tenha o direito de liberdade, é indiferente a circunstância de ele ser afiançável ou inafiançável, manifesta-se completamente sem sentido pensar-se que se está conferindo tratamento rigoroso a um determinado tipo de crime ao se proibir, em relação a ele, a possibilidade de exigir-se o pagamento de fiança. Até porque, de acordo com o nosso sistema, não se admite a concessão desta quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV, do CPP). Assim, o fato de o crime ser afiançável em tempo algum impede a decretação da prisão preventiva, aspecto que denota o quão acertado seria se ela fosse preceituada exatamente para os crimes mais graves.

Estreme de dúvidas que o constituinte, ao escrever a norma que torna inafiançáveis os crimes de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da Constituição), não se apercebeu de que, desde o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, a função do instituto da fiança foi substancialmente alterada. Infelizmente, tal ausência de percepção ainda persiste, daí por que foram editadas as leis ordinárias regulando essa previsão constitucional e, como se isso não fosse o bastante, o legislador infraconstitucional houve por bem inovar para incluir, nesse rol, outros crimes, como se deu com as Leis nº 9.034, de 1995, e 9.613, de 1998, respectivamente, em relação ao crime organizado e ao de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Em relação a esse detalhe, parece claro que o cons-

tituinte somente quis vedar a possibilidade de concessão da fiança aos crimes que ele mesmo especifica, pelo que seria, como bem adverte LUIZ FLÁVIO GOMES²³⁹⁹, no mínimo de duvidosa constitucionalidade a inclusão de outros delitos pelo legislador ordinário.

Com sua peculiar perspicácia, LUIZ FLÁVIO GOMES²⁴⁰⁰, em análise crítica à Lei nº 9.613, de 1988, com razão, sustenta que “... é precisamente em crimes que envolvem grandes patrimônios que deveríamos exigir fiança de alto valor”, razão pela qual não tem sentido vedá-la justamente em crime tipificado como de lavagem de capitais, até porque, nessa forma anacrônica de tentar emprestar ao tema tratamento normativo mais duro, o legislador, ao contrário do que pretendia, só fez foi permitir “... que o juiz, quando for o caso, conceda liberdade ao acusado sem fiança.”²⁴⁰¹ Verifique-se que, no sistema americano, a fiança é concebida até para crimes que, no nosso sistema, seriam considerados hediondos. Conforme noticiário da imprensa, O.

J. SIMPSON, renomado jogador de futebol americano e ator, acusado de assassinar a ex-mulher e o companheiro dela, para responder em liberdade processo criminal, pagou uma milionária fiança, quantia que, para ser honrada, exigiu a hipoteca de sua mansão. Em outro caso, agora envolvendo o cantor americano por todos conhecido e reconhecido como MICHAEL JACKSON, a quem se imputava a prática de vários crimes de abuso sexual de crianças, igualmente se exigiu vultosa quantia em dinheiro, a título de fiança, para que ele pudesse responder o processo em liberdade.

A tese aqui defendida é de que a fiança seja estabelecida para os crimes mais graves, especialmente os financeiros como são os crimes de lavagem de capitais, de sonegação fiscal, corrupção, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, e que, uma vez fixada, a garantia por ela representada seja materializada, ainda que contra a vontade do agente, por meio do bloqueio, sequestro de bens ou mesmo de mera penhora²⁴⁰². Essa medida é importante para que sirva de garantia para eventual ressarcimento de prejuízos ocasionados à vítima, mediante a previsão de que, no caso de condenação, o juiz, na sentença, após estimar os danos materiais e morais da vítima, fixe, desde logo, o valor do ressarcimento a ser feito pelo acusado, com a consequente reserva, no todo ou em parte, da fiança prestada, a fim de que, com o trânsito em julgado, a quantia seja devidamente liberada²⁴⁰³.

O legislador vem caminhando no sentido de corrigir essas anomalias. Com a Lei nº 11.719, de 2008, foi inserido, como elemento integrante da sentença condenatória, a fixação de “... fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofensor.” (art. 387, §1º, com a redação da Lei nº 12.736, de 2011), revitalizando o papel da fiança, como garantia de pagamento da quantia estipulada no *decisum*²⁴⁰⁵. Mediante a Lei nº 12.683, de 2012, foi revogado o art. 3º da Lei nº 9.613, de 1988, que vedava, além da liberdade provisória, a concessão de fiança nos crimes de lavagem de dinheiro.

Do mesmo modo, a Lei nº 12.850, de 2013, revogou a Lei nº 9.034, de 1995, não havendo, assim, mas vedação à concessão de fiança, em se tratando de crime organizado.

²⁴⁰⁰ Ibid. p. 358.

²⁴⁰¹ Ibid. p. 358.

²⁴⁰² Dentre as sugestões para a modificação do Código de Processo Penal, encaminhada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, consta a redefinição do perfil da fiança tal como está aqui proposto.

²⁴⁰³ Na 1ª edição, defendemos que, havendo dificuldades para estimar o valor indenizatório cabível à vítima pelos danos materiais e morais sofridos com a ação ilícita, a sentença pode ser condenatória quanto a esse aspecto civil, porém ilíquida, com determinação de que o valor da fiança fique bloqueado para dar garantia ao crédito a ser especificado na seara cível. Dessa forma, o processo criminal serviria, a um só tempo, para resolver a questão criminal e a cível, na esteira da principio-*logia da justiça criminal restaurativa* – recomendada no 11º Congresso da ONU sobre prevenção do delito e justiça penal, realizado em Bangkok, na Tailândia –, que tem como um dos dogmas atender aos interesses da vítima, a fim de satisfazê-la juridicamente também no aspecto patrimonial, para fins de legitimação da resposta dada pelo Judiciário à lide criminal. Cf. item 9.3.3.5, supra.

²⁴⁰⁴ No desiderato de manter a coerência sistêmica do CPP, o legislador, com a mesma lei, incluiu um parágrafo único no art.

De toda maneira, foi com a Lei 12.403, de 2011, que o legislador procurou conferir um novo perfil ao instituto da fiança²⁴⁰⁶. A intenção do legislador foi ampliar, na medida do possível, as hipóteses de admissibilidade de fiança, de modo que cuidou de repetir, apenas, os crimes inafiançáveis definidos pelo próprio constituinte²⁴⁰⁷. Por isso mesmo, de acordo com o art. 323, do CPP, a fiança só não é admissível nos crimes (i) *de racismo*. (ii) *de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como hediondos*, (iii) *cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*.

Porém, da forma como redigido o inciso III do art. 310 do CPP, à primeira vista, persistiu a incongruência de conferir-se tratamento mais severo para os crimes menos graves. Com efeito, a interpretação literal revela duas situações: (a) *prisão/detenção em caso de crime afiançável*: o juiz, ao analisar o auto de flagrante, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, reconhece o direito à liberdade provisória, porém, condiciona a soltura ao pagamento de quantia a título de fiança; (b) *prisão/detenção em caso de crime inafiançável*: o juiz, ao analisar o auto, não havendo motivo para a decretação da prisão preventiva, reconhece, necessariamente, o direito à liberdade provisória, sendo que, na hipótese, não pode condicioná-lo ao pagamento da fiança, pois não é admissível.

Exame mais denso do art. 310 do CPP permite a construção de entendimento que se apresenta afinado com a melhor lógica. Com efeito, seguindo as diretrizes da norma, no primeiro momento em que põe os olhos no auto de flagrante, o juiz deve examinar a legalidade da prisão (art. 310, I, do CPP). Em seguida, verifica se é caso de medida cautelar e, se for, observa se é adequada e suficiente uma das medidas cautelares diversas, dentre elas, a fiança (art. 310, II, c/ arts. 282, I, II e § 6º, e 319, I a VIII, todos do CPP). Portanto, a fiança, quando da apreciação do auto de prisão/detenção em flagrante pelo magistrado, só pode ser arbitrada como condição quando, entendendo ser o caso de prisão preventiva,

63, para deixar claro que, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a execução pode ser levada a efeito tendo em conta o valor mínimo fixado pelo juízo criminal, sem prejuízo, porém, de que se proceda à liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. Espera-se que a mesma preocupação oriente o Parlamento, quando da discussão das modificações pertinentes ao instituto da fiança. Na sugestão apresentada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, como medida cautelar, além da previsão da indisponibilidade dos bens, inclusive o bloqueio de recursos depositados em instituições financeiras, a fiança é prevista, de regra, para todo e qualquer crime, especialmente para os mais graves, como contracautela à sociedade de que, durante o transcurso do processo, não só não atrapalhará o seu andamento, como igualmente não praticará nenhum crime e que aquele valor representado em dinheiro ou bens, garante, ainda que em parte, o pagamento da indenização mínima ao ofendido a ser fixada pelo juiz na sentença, em caso de condenação.

²⁴⁰⁵ Em rigor, o Código de Processo Penal já prevê que, em caso de condenação, a fiança deve servir para o ressarcimento do dano ocasionado pela ação delituosa, assim como para o pagamento de eventual pena de multa, conforme consta do art. 336, caput, do Código de Processo Penal (“O dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado”). Ademais, deve-se estabelecer, igualmente, a hipótese de perda do valor da fiança prestada, quando o agente, ainda que, no final, venha a ser absolvido, no curso do processo, descumpra alguma medida determinada pelo juiz como condição para que permanecesse no gozo da liberdade provisória. Quanto à *quebra da fiança*, que ocorre quando o acusado descumpre uma das condições estabelecidas pelo juiz para a concessão da liberdade provisória mediante pagamento de quantia em dinheiro, o art. 343 do Código de Processo Penal prevê, nesse caso, a perda apenas de metade do valor. O art. 344 do mesmo diploma legal acrescenta que, tendo sido condenado, o acusado não se recolher voluntariamente à prisão, a perda passa a corresponder à integralidade do montante dado em garantia.

²⁴⁰⁶ Ainda assim, “Infelizmente, conquanto o legislador da Reforma Tópica tratada na Lei 12.403, de 2011, tenha procurado revitalizar e conferir nova função ao instituto da fiança, caso não seja feita a devida interpretação sistêmica, o paradoxo não terá sido resolvido e, pior, a nova disciplina terá incluído restrições quanto à sua aplicação, na medida em que essa medida só seria admissível, em qualquer situação: ‘... para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.’” (art. 319, VIII, do CPP). (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 664.

²⁴⁰⁷ Abandonou o critério de eleger como afiançáveis os punidos com reclusão e inafiançáveis os com reclusão.

²⁴⁰⁸ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 531- 536.

houver a conclusão de que essa espécie de medida cautelar, cumulada ou não com outra ou outras, apresenta-se *adequada e suficiente* para tutelar o processo principal ou sustar o risco de que seja comprometida a ordem pública ou econômica.

Não temos dúvida em reafirmar a nossa tese de que a interpretação da norma em destaque conforme os preceitos da Constituição conduz à conclusão de que o reconhecimento do direito à liberdade provisória com fiança, ou seja, condicionada a fiança, tem como pressuposto lógico o reconhecimento pelo juiz de que, por estar presente hipótese da conversão do flagrante em prisão processual, o agente não possui o direito à liberdade provisória, sem que seja exigida a fiança como contracautela, cumulada, ou não, com outras medidas diversas pertinentes.

Repetindo o que já dissemos sobre o tema²⁴⁰⁸, não se há de negar que esse entendimento, em princípio, conflita com o disposto no art. 324, IV, do CPP, que veda a concessão de fiança, nas hipóteses em que é caso de decretação da prisão preventiva. Mas a regra ali explicitada é pertinente para a fiança denominada autônoma, não a substitutiva da prisão²⁴⁰⁹, assim como os limites traçados pelo legislador quanto aos fins da fiança, preceituados no art. 319, VIII, do CPP²⁴¹⁰.

Dessa forma, sendo o crime afiançável ou não, se não for o caso de conversão do flagrante em delito em prisão processual, o juiz deve reconhecer o direito à liberdade provisória. Na hipótese, não pode o juiz, pelo fato de o crime ser afiançável, condicionar o direito à liberdade ao pagamento de fiança. Se assim fosse, voltaríamos à incoerência de tratar os crimes afiançáveis de forma mais severa do que os inafiançáveis.

De outra banda, ante a verificação pelo juiz, nos termos do art. 282, I, do CPP, de que é caso de conversão do flagrante em medida cautelar, deverá examinar se a imposição de medida diversa da prisão é adequada e suficiente (art. 282, II, § 6º, c/c o 310, II, última parte). Se entender que a medida adequada e suficiente é a prisão preventiva, diante da circunstância de o crime ser afiançável, o juiz deve examinar se, com a imposição da fiança, sozinha ou cumulada com outra medida diversa, é recomendável a substituição, a fim de que o agente responda o processo em liberdade.

Com esse entendimento, confere-se prestígio maior à política criminal de conferir mais alternativas para que, quem praticou crime considerado pelo sistema jurídico como menos grave, que são os afiançáveis, responda o processo em liberdade. O fato de o crime ser afiançável, menos grave portanto, justifica que sejam assumidos maiores riscos em se colocar a pessoa em liberdade provisória, mesmo diante da conclusão de que, em princípio, o mais recomendável seria a prisão processual. Nesse caso, parece mais do que razoável o juiz cumular a fiança com função substitutiva da prisão processual com a monitoração eletrônica e, ainda, o recolhimento domiciliar. A circunstância de o agente não possuir residência e trabalho fixos, que são requisitos necessários para a medida cautelar de recolhimento domiciliar²⁴¹¹, são ótimos indicadores para justificar, ou não, no caso concreto, a substituição da prisão processual pela fiança.

Por outro lado, essa tese também se conforta com a ideia de reservar a prisão apenas para casos extremos, notadamente quando se trata de crimes mais graves, categoria na qual estão todos os inafiançáveis.

Diante do esposado, cabe dizer que o juiz não pode arbitrar a fiança como condição para o direito à liberdade, quando não fundamentar, antes, que a hipótese é de conversão do flagrante em prisão preventiva. A fiança, nesse caso, substitui efetivamente a prisão preventiva. Só pode ser fixada, como condição para o direito à liberdade provisória, em substituição à prisão preventiva. Aqui é hipótese na

²⁴⁰⁹ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 627-630 e 665-668.

²⁴¹⁰ Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 668.

²⁴¹¹ Sobre o recolhimento domiciliar como medida cautelar diversa da prisão, Cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 644-646.

²⁴¹² Cf. PORTO, Mário Moacyr. *Responsabilidade civil do estado*. Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do

qual a fiança é utilizada em substituição à prisão preventiva, pelo que não tem aplicação o disposto no art. 319, VIII, do CPP, i. e., que reserva a fiança apenas para os casos em que essa medida possui a serventia para garantir que o agente compareça aos atos do processo, não obstrua o seu andamento ou quando houver resistência injustificada à ordem judicial.

9.6.5.3 – Responsabilidade civil do Estado decorrente da prestação jurisdicional criminal.

A Constituição de 1988 trouxe, dentre os direitos fundamentais, garantia que, até então, não constava da nossa história constitucional. Foi inserida com a dicção normativa do inciso LXXV do art. 5º da Constituição, segundo a qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Essa norma – reconheça-se – não é propriamente nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico, pois o art. 630 do Código de Processo Penal já assegurava à pessoa o direito de pedir, com a ação de revisão criminal, justa indenização pelos prejuízos sofridos²⁴¹². Segundo anotação de CÂMARA LEAL²⁴¹³, esse direito à justa indenização, em nosso meio, tem como fonte primária o art. 86, § 2º, da Consolidação das Leis Penais, que atribuiu à “Nação” ou ao “Estado” a responsabilidade quanto ao ressarcimento por todos os prejuízos sofridos com a condenação, nos casos em que a sentença do juiz reconhecer a reabilitação do condenado.

Com algumas alterações, essa garantia a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos pelo erro judiciário foi concebida no Código de Processo Penal, agora como consequência do acolhimento de ação revisional. Para o citado doutrinador, a indenização, à qual se refere o legislador no art. 630 do Código de Processo Penal, “... não é do dano moral produzido pela condenação, mas do dano material, isto é, dos prejuízos emergentes e dos lucros cessantes que devem ser atribuídos à condenação.”²⁴¹⁴ Em compasso com aquela orientação, esclarece EDUARDO ESPÍNOLA²⁴¹⁵ que o dispositivo em foco – uma justa indenização pelos prejuízos sofridos – refere-se, tão-somente, aos danos pecuniários, resultantes da condenação. Em sentido contrário, MIRABETE²⁴¹⁶ defende que, hodiernamente, “... não se deve negar a possibilidade de ser pedida pela vítima do erro judiciário a indenização por dano moral.”

O assunto comporta alguns esclarecimentos, a partir mesmo da observação de que, atualmente, o tema recebeu novo tratamento, conforme os termos como o direito ao ressarcimento por erro judiciário foi inserido na qualidade de uma das espécies de direito fundamental. Primeiro, registre-se que a fonte inspiradora do constituinte nacional foi o Direito Comparado. Com efeito, a Constituição de Portugal, no inciso 2 do art. 27º, cataloga como direito essencial da pessoa o dever do Estado de indenizar, quando ocorre a “... privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei...” A matéria, no Direito lusitano, está regulamentada no Código de Processo Penal, sendo a indenização devida, assim como ocorre no Brasil, quando, em processo de revisão da sentença condenatória, a pessoa é absolvida (art. 462º, 1).

COSTA PIMENTA²⁴¹⁷ salienta que, no processo de revisão da decisão condenatória, sempre que ocorrer a modificação do julgado com consequente absolvição, o condenado terá o direito de *indenização pelos danos sofridos*, pois, em qualquer hipótese, mesmo que não haja dano patrimonial, estará presente o moral. A Constituição da Espanha, de forma mais ampla, também contempla o dever

Norte. Natal: CEJERN, 1995, v. 2, p. 15.

²⁴¹³ Op. cit., v. 4, p. 148. Conforme lição haurida de TOURINHO FILHO, a preocupação quanto à reparação dos prejuízos advindos do erro judiciário na seara criminal vem desde a época romana. No Direito romano, quando a acusação era considerada temerária, o acusador era obrigado a indenizar o acusado por perdas e danos. (Op. cit., v. 4, p. 583).

²⁴¹⁴ Ibid., p. 149.

²⁴¹⁵ Op. cit., v. 3, p. 447.

²⁴¹⁶ Op. cit., p. 686.

²⁴¹⁷ Op. cit., p. 844.

de indenização por parte do Estado, quanto “Aos prejuízos causados pelo Poder Judiciário, e os que forem consequência do funcionamento anormal da administração da Justiça...” (art. 121). Em que pese não esteja alçada à categoria de garantia fundamental, a legislação infraconstitucional alemã, consoante ensina ERNST SELING²⁴¹⁸, dá guarida ao direito à indenização ao condenado que, depois de cumprir a pena, vier a ser absolvido em processo de revisão, concentrando-se a reparação pecuniária aos danos de ordem material.

Centrando a atenção quanto ao modo como o assunto foi tratado pelo constituinte de 1988, observe-se que a regra contida no art. 5º, LXXV, da Constituição é uma regra especial em relação à geral, contemplada no art. 37, § 6º, do mesmo documento político²⁴¹⁹. Historicamente, as constituições brasileiras sempre deram guarida ao instituto da responsabilidade civil do Estado. Em verdade, as Constituições de 1824 e 1891 deixaram expressa, unicamente, a responsabilidade do funcionário público pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções. Mas a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, conferiu ao Judiciário competência para apreciar as questões em que os particulares reivindicassem indenizações de prejuízos provocados pela União. Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO registra que “No Brasil jamais foi aceita a tese da irresponsabilidade do Estado”²⁴²⁰, acrescentando, ainda, que “O certo é que jamais se pôs dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica”²⁴²¹.

De qualquer sorte, na doutrina brasileira, salvo algumas vozes autorizadas em contrário, sempre vigorou o entendimento de que os atos políticos, assim classificados os praticados pelos chefes do Executivo das três entidades federativas, parlamentares, juízes e, ainda, membros do Ministério Público, não geram o direito de indenizar, mesmo ante a identificação de eventuais erros capazes de acarretar prejuízos a terceiros. Especificamente em relação ao Judiciário, o que se tem é que o erro proveniente da atividade judicial, em princípio, não é indenizável, sendo admissível o pedido de ressarcimento pelos danos daí decorrentes apenas quando o juiz houver operado com dolo ou má-fé (art. 133, I, do CPC), hipótese em que a ação deve ser ofertada contra o próprio magistrado, e não contra o Estado. Ou

²⁴¹⁸ Op. cit., p. 303-304.

²⁴¹⁹ No Direito Comparado, examinando-se a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, tem-se que, na concepção político-religiosa do Poder Público, em que se entendia que a soberania tinha raízes divinas, o Estado era irresponsável, não sendo crível que o poder pudesse causar dano indenizável. O monarca em si era insuscetível de ataque judicial por erros, mas o prejudicado, de qualquer modo, podia voltar-se contra o servidor que houvesse praticado o ato. Posteriormente, quando se encarou a soberania com origem na vontade política do povo, ainda assim se pensava, inicialmente, na irresponsabilidade do Estado, pois a legitimidade do Poder Público afastava a necessidade de garantir-se o administrador contra os seus atos, porquanto os interesses do Estado não seriam distintos daqueles queridos pelos particulares. Os possíveis erros cometidos pelo Poder Público seriam da responsabilidade do próprio povo, que escolheu quem não tinha a qualificação desejada para representá-los. Em estágio seguinte, sob influência do instituto da responsabilidade plasmada no Direito Civil, passou-se a admitir o dever de indenizar do Estado, sempre que se demonstrasse ter havido culpa no agir do servidor estatal. Por fim, avançando-se na concepção da responsabilidade, construiu-se o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, no sentido de que não se faz necessário indagar, na conduta do Poder Público, a existência de dolo ou culpa, mas apenas o exame do nexo de causalidade entre o dano e a ação do agente estatal.

²⁴²⁰ *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 358.

²⁴²¹ Op. cit., p. 359. Informa o administrativista que o festejado AMARO CAVALCANTI, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no ano de 1904, deixou consignado que “... no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia, nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos tribunais de justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir que a teoria, aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para frequentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.” (Ibid., p. 359)

²⁴²² Diferente se deu na Constituição espanhola, pois ali o direito de indenização é assegurado para os prejuízos em geral

seja, como regra geral, não consta a responsabilidade do Estado pelo erro ou dano cometido quando da prestação do serviço Judiciário. Em relação aos prejuízos acarretados ao cidadão com o serviço judicante, como regra geral, impera a *irresponsabilidade* civil do Estado. Contudo, assim nunca foi em relação ao serviço jurisdicional na área criminal. Como se viu, desde a Consolidação das Leis Penais, já constava a responsabilidade civil do Estado, com dever de indenizar, quando a pessoa, após ser condenada em processo criminal, tivesse a sua inculpaibilidade reconhecida.

Atualmente, o que constava de mera previsão infraconstitucional passou a fazer parte dos direitos fundamentais. De fato, consoante a redação emprestada ao inciso LXXV do art. 5º da Constituição, o direito à indenização por erro judiciário permaneceu restrito ao campo criminal, assim como fez o constituinte português²⁴²². A norma em destaque faz menção, como hipóteses para gerar o direito de indenizar do Estado, em condenado por erro judiciário e em pessoa que *ficar presa além do tempo fixado na sentença*. Vê-se, assim, que o direito à indenização foi sensivelmente alargado, a fim de ser acrescida outra hipótese de admissibilidade do ressarcimento em decorrência do mau funcionamento do judiciário criminal, qual seja, nos casos em que a pessoa ficar presa além do tempo fixado na sentença.

9.6.5.3.1 – Ressarcimento por condenação oriunda de erro judiciário.

Ao primeiro exame, a garantia constitucional do ressarcimento devido à condenação embasada em erro judiciário é uma mera repetição do que já constava do art. 630, caput, do Código de Processo Penal. Mas isso é apenas na aparência, não quanto a sua substância. Não se pense que a diferença está em que, com essa disposição constitucional, o pedido de indenização não está adstrito à ação revisional, podendo ser ajuizado, ainda, na esfera cível, naturalmente após ter havido a modificação da sentença condenatória transitada em julgado, o que pode ocorrer, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus. Não se trata disso, até porque, muito tempo antes da Constituição de 1988, a doutrina, conforme advertia EDUARDO ESPÍNOLA²⁴²³ com apoio em explicação de BENTO DE FARIA, concebia que o condenado escolhesse entre formular o pedido de indenização já na petição inicial da revisão ou deixar para “... pleiteá-la, no juízo cível, propondo, depois, a ação própria...”

Todavia, há de notar-se que a redação desse direito fundamental, tal como está na Constituição, não confere argumento para que se diga que a responsabilidade, nessa área restrita, diz respeito apenas ao dano material. O constituinte falou em indenização como gênero, o que compreende, logicamente, tanto o dano material quanto o moral. Lá está dito, de forma cogente, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”. Observe-se que o direito à indenização aqui é bem mais abrangente do que da forma como consta da redação do caput do art. 630 do CPP, pois ali está plasmado que o ressarcimento deve ser *pelos prejuízos sofridos*, o que animou parte da doutrina a defender que este dispositivo se refere apenas aos danos patrimoniais. O constituinte foi mais longe: o erro judiciário dá origem ao dever de indenizar o dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

Ademais, entendimento em sentido contrário entraria em inconciliável colisão com outro direito fundamental, este plasmado no inciso X também do art. 5º da Constituição, pois ali se assegura, com o mesmo status, o direito à reparação pelo dano material e moral, sempre que ocorrer a violação indevida da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas²⁴²⁴. Ora, se a mera existência de um

oriundos do serviço jurisdicional.

²⁴²³ Op. cit., p. 446.

²⁴²⁴ MÁRIO MOACYR PORTO diz que, com a Constituição de 1988, a responsabilidade civil do Estado, em razão do que dispõe o inciso X do art. 5º, restou ampliada, tendo o cuidado de acrescentar, ainda, que a enumeração do dispositivo em destaque é meramente exemplificativa. (Op. cit., p. 15).

²⁴²⁵ Op. cit., p. 584.

processo criminal contra alguém, por si só, já é o bastante para arranhar, de forma severa, a honra e a imagem de uma pessoa, o que não se dizer de uma condenação indevida. Por conseguinte, parece fora de dúvida que, verificada a condenação indevida, o erro judiciário patrocinado pelo Estado lhe impõe o dever de indenizar não apenas o dano material quanto o moral.

Por outro lado, se antes havia dúvida quando à razoabilidade das restrições impostas ao direito de indenizar, estampadas nas alíneas do § 2º do art. 630 do Ordenamento Processual Penal, agora o assunto merece outro colorido. É que a Constituição, ao erigir o direito à indenização em caso de condenação calcada em erro judiciário à categoria de direito fundamental, não fez qualquer consideração a respeito. O que importa é saber se o dano ocorreu, somente havendo de ser elidida a responsabilidade do Estado no caso de culpa concorrente ou exclusiva do interessado.

A restrição contida na alínea “a” do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal, uma das hipóteses de eliminação do dever de indenizar quando o dano é decorrente de erro judiciário, merece ser recebida com *granu salis*. Lá se diz que “se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder”, a indenização não é cabível. Como lembra TOURINHO FILHO²⁴²⁵, no conhecido caso dos *Irmãos Naves*, os dois confessaram não apenas na esfera policial como perante o juiz, porém, devido ao fato de ter-se descoberto que eles foram torturados e prestaram seus interrogatórios sob coação, reconheceu-se o direito à indenização.

O que se há de examinar, nessa hipótese, é se o condenado contribuiu espontaneamente para que o Judiciário fosse induzido a erro, pois não seria razoável que se presenteasse o condenado com uma indenização, quando o erro judiciário tivesse sido motivado pela contribuição que ele deu para que isso ocorresse. Diferente é a situação em que a sua contribuição para o erro judiciário, como no caso de confissão retirada mediante tortura, não se deu por sua livre e espontânea vontade.

A outra regra, registrada na alínea “b” do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal, que, na hipótese em que o erro judiciário se verifica em ação penal de iniciativa privada, veda o dever de indenizar do Estado, não se sustenta. Tal não tinha sentido sequer antes da Constituição de 1988, pois pouco importa saber quem detinha a legitimidade para oferecer a ação penal, na medida em que, para todos efeitos, se erro judiciário houve, ele foi praticado pelo juiz, que é quem decide a questão. Atento para esse detalhe, MOACYR PORTO²⁴²⁶, após dizer que a alínea “b” do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal contém equívoco, arremata que “... quem julga é o juiz, é o Estado, pouco importando que a ação tenha sido instaurada pelo MP ou por queixa privada”, daí por que, independentemente da circunstância de a titularidade da ação ter sido ocupada pelo membro do Ministério Público ou pela vítima, a indenização é devida, desde que verificado o erro judiciário. Como a própria nomenclatura está a indicar, o que cria o dever de indenizar é o erro judiciário, que se dá com o julgamento equívocado.

9.6.5.3.2 – Ressarcimento por dano decorrente de prisão indevida.

A grande inovação introduzida em nosso sistema por meio do inciso LXXV do art. 5º da Constituição refere-se à explicitação de que o direito à indenização por ato decorrente da atuação do Judiciário deriva, igualmente, da circunstância de a pessoa ficar presa além do tempo fixado na sentença. Interpretada a norma jurídica em sua expressão literal, tem-se que a indenização somente é cabível quando, devido a erro na condução da execução da sentença, o condenado findar passando no cárcere tempo superior àquele que fora estabelecido na sentença condenatória. Assim sendo, não seria devida a indenização, por exemplo, nos casos em que, determinado o recolhimento do indiciado ou acusado à

²⁴²⁶ *Ibid.*, p. 584.

²⁴²⁷ Merece registro que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado jurisprudência no sentido de admitir o efeito da detração

prisão como medida acautelatória, depois, no final do processo, ele vier a ser absolvido²⁴²⁷.

No presente estudo, mais de uma vez, chamou-se a atenção para a impropriedade da interpretação meramente literal, especialmente em se tratando de norma constitucional, máxime ainda quando ela contém enunciado principiológico, como são os casos dos direitos declarados como fundamentais. Como não poderia deixar de ser, o alcance da segunda parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição não pode ser buscado com suporte apenas na interpretação literal. É preciso ir mais além. Para se chegar à conclusão sobre o assunto, impõe-se, necessariamente, ter em mente que o erro judiciário pode ocorrer seja quando da sentença condenatória, seja no momento da decretação da prisão processual.

A restrição do direito de liberdade, como medida cautelar, pode estar apoiada em testemunhos inverídicos ou em documentos inautênticos, da mesma maneira como pode se dar com a sentença de mérito. Em ambas, pode ocorrer o dano, sendo inconcebível, assim, que não se reconheça o direito à indenização na primeira hipótese. Certo que não é o caso de interpretar-se o dispositivo constitucional no sentido de enxergar, na norma em exame, a inteligência de que a indenização é devida em todos os casos nos quais, tendo havido a decretação da prisão processual, o acusado vier, ao final do processo, a ser considerado inocente na sentença²⁴²⁸. Essa ideia, aliás, já era defendida até mesmo por GAROFALO, conforme foi visto no item 1.2.4.3, supra. Observe-se que, nada obstante as ideias retrógradas da Escola Positiva, que, sob a orientação de GAROFALO²⁴²⁹, sustentava até mesmo a prisão preventiva obrigatória e a medida de segurança antes da prática do crime, se defendia o direito à indenização, quando, tendo o acusado, devido à decretação da prisão preventiva, respondido a processo encarcerado, viesse, no final, a ser absolvido.

O que se defende aqui é que se deve compreender que a expressão *ficar preso além do tempo fixado na sentença* contempla também os casos em que o acusado é levado à prisão indevidamente, em erro verificado pelo fato de a decretação da prisão cautelar ter sido exarada eivada de uma das irregularidades encartadas nos incisos I e II do art. 621 do Código de Processo Penal, as mesmas que dão guarida à revisão da sentença condenatória, desprezada a situação do inciso III do mesmo dispositivo, que não tem pertinência para a hipótese. Dessa forma, quando a decretação da prisão preventiva for contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos ou quando ela se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, o dever de indenizar se faz presente, pelo fato de a pessoa ficar presa indevidamente. Essa compreensão do assunto é importante para resguardar, ainda mais, o direito de liberdade, coibindo, com o rigor necessário, os abusos que, infelizmente, são praticados nessa área. Basta examinar o noticiário nacional para detectar vários e vários casos em que pessoas, especialmente das camadas mais carentes, são levadas à prisão sem o menor resquício de legalidade.

A despeito do que aqui se sustenta, o Tribunal Regional Federal da Quinta Região, no julgamento da Apelação Cível nº 245.429/RN, em decisão unânime da lavra de sua Primeira Turma, tendo como relator funcionado o Desembargador Federal FRANCISCO WILDO²⁴³⁰, rechaçou essa tese, como se depreende da leitura da ementa assim vazada, na parte que interessa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSTERIOR ABSOLVIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO JUDICIÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente à prisão cautelar decretada no processo no qual ele foi absolvido. Contudo, por outro lado, nega-se mesmo efeito quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória. (Cf. HC 178.129/RS; HC 155.049/RS; RHC 61.195/SP; Resp 711.054/RS; e Resp 687.428/RS).

²⁴²⁸ Se assim fosse, a garantia constitucional poderia vir a prestar um desserviço ao cidadão, pois certamente faria com que o juiz se sentisse pressionado psicologicamente a condenar o acusado, todas as vezes que, antes, ele tivesse decretado a prisão preventiva.

²⁴²⁹ Op. cit., p. 431.

²⁴³⁰ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Re-

HIPÓTESE DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA.

– A prisão cautelar, mesmo com posterior absolvição, não pode se encaixar na hipótese do art. 5º, LXXV, da CF, que fala expressamente em indenização do “condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

(...)

Essa posição sustentada no acórdão em referência teve como suporte entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o 429518/SC, no qual a Primeira Turma, em decisão unânime, tendo funcionado como relator o Ministro CARLOS VELLOSO²⁴³¹, consignou na ementa o seguinte:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juizes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário C.F., art. 5º, LXXV mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. – Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

Conforme asseveramos na 1ª edição, o debate sobre o assunto ainda não está encerrado, pelo contrário, voltará a ser agitado perante o Supremo Tribunal Federal e espera-se que, no final, reste consolidada a tese sufragada neste trabalho. Não é consentâneo com o Estado Democrático-Constitucional, centrado e construído sob os alicerces dos direitos fundamentais, que se sustente a irresponsabilidade estatal quanto a eventuais abusos praticados contra o direito de liberdade, apenas pelo fato de a ilegalidade ter sido praticada pelo juiz, esteja ele de boa ou má-fé. O Estado há de ser responsável pelos seus atos, especialmente em tema tão sensível quanto é o direito de liberdade, ponto nevrálgico de todo sistema democrático.

Efetivamente, a mudança de orientação está em evolução. Herval Sampaio e Pedro Rodrigues Caldas²⁴³² fazem menção a decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE 5005.393, relator Ministro Sepúlveda Pertence, em 26/06/2007, que proclamou a responsabilidade civil objetiva do Estado em decorrência de prisão preventiva, forte no argumento de que, a despeito do “... entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição...”, a Constituição estabelece, com o art. 5º, LXXV, que, no ambiente criminal, “... a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado”, ou seja, “... é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço pública da justiça.”

Nessa linha de entendimento, no RE 385.943-0/SP, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, reconheceu o direito à indenização em razão de prisão cautelar indevida, cuja ementa vazada nos seguintes termos:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). CONFIGURAÇÃO. “BAR BODEGA”. DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR, QUE SE RECONHECEU INDEVIDA, CONTRA PESSOA QUE FOI SUBMETIDA A INVESTIGAÇÃO PENAL PELO PODER PÚBLICO. ADOÇÃO DESSA MEDIDA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE CONTRA QUEM NÃO TEVE QUALQUER PARTICIPAÇÃO OU ENVOLVIMENTO COM O FATO CRIMINOSO.

gião, n. 59. Jan/Mar 2005. p. 171.

²⁴³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 05/10/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 18 jan. 2007.

²⁴³² *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional*, p. 511.

²⁴³³ <http://www.blogdolg.com.br>.

INADMISSIBILIDADE DESSE COMPORTAMENTO IMPUTÁVEL AO APARELHO DE ESTADO. PERDA DO EMPREGO COMO DIRETA CONSEQUÊNCIA DA INDEVIDA PRISÃO PREVENTIVA. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO. NÃO-COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL. CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (SÚMULA 279/STF). DOCTRINA E PRECEDENTES EM TEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE CONHECIDO E IMPROVIDO.

Em comentário acerca dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, Luiz Flávio Gomes²⁴³³ faz referência à evolução da jurisprudência brasileira, mencionando diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.

(...) A decisão proferida pelo Min. Celso de Mello (retificando o posicionamento do Tribunal a quo) mostra a evolução da jurisprudência brasileira, que sempre se mostrou muito conservadora nessa área. Por muito tempo não se cogitava a possibilidade de indenização em razão de uma prisão indevida. Esse quadro vem se alterando desde o ano 2000. Vejamos: REsp 220982/RS. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido. (REsp 220982/RS. STJ. Primeira Turma. Relator Min. José Delgado. DJ 22/02/2000).

No REsp 802.435-PE (que confirmou indenização em favor de um preso ilegal), rel. Min. Luiz Fux, sublinhou, com todo acerto, que o Estado constitucional e democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como ideal buscar a construção de uma sociedade justa e solidária. O cidadão que fica encarcerado quase treze anos, sem condenação final transitada em julgado, faz jus a uma indenização a ser paga pelo Estado, em razão da grave ofensa a vários direitos fundamentais (sobretudo quando, dentro da prisão, vem a contrair doença pulmonar grave e fica cego dos dois olhos, em razão de uma rebelião).

Num outro caso (REsp 872.630-RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques), também foi enfatizada a responsabilidade estatal por manter o autor em prisão preventiva por 741 dias, não tendo sido, posteriormente, pronunciado pelo Juiz, no conhecido caso da “chacina de Vigário Geral”. (Os grifos constam do original).

Como se percebe, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido monocrática, o Superior Tribunal de Justiça vem, sistematicamente, defendendo o entendimento do dever de indenizar do Estado, quando a prisão cautelar se revela indevida em razão de sua absolvição, situação que caracteriza, no mínimo, dano moral. A esse respeito, cabe agregar que a forma como estampada na Constituição a garantia (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário”) não permite interpretação no sentido

²⁴³⁴ Mário Moacyr Porto diz que, com a Constituição de 1988, a responsabilidade civil do Estado, em razão do que dispõe

de que o direito ao ressarcimento é, apenas, quanto ao dano material. Em reforço a essa conclusão, tenha-se presente que o art. 5º, X, da Constituição, assegura, com o mesmo *status* de direito fundamental, o direito à reparação pelo dano material e moral, sempre que ocorrer a violação indevida da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas²⁴³⁴.

Quanto à prisão preventiva, o problema reside na circunstância de o legislador não ter estabelecido prazo específico sobre a sua duração. No pertinente a esse tema, ao examinar o princípio da duração razoável do processo, que serviu para o legislador da primeira etapa da Reforma Tópica levada a efeito em 2008, estabelecer prazos específicos para o trâmite processual conforme seja o procedimento (ordinário, sumário ou relativo ao tribunal do júri), fizemos a seguinte advertência²⁴³⁵:

Infelizmente, na parte fundamental sobre a duração razoável que é quanto à prisão processual, o legislador não cuidou, na segunda etapa da Reforma Tópica, em estabelecer o prazo de validade da prisão preventiva. De forma expressa, temos, apenas, o prazo de duração da prisão temporária que é, conforme o crime, de 5 (cinco) ou 30 (trinta) dias, prorrogável, respectivamente, por iguais prazos. De qualquer forma, com a contagem dos prazos processuais, é possível afirmar qual é a duração razoável do processo, quando houver prisão preventiva. Estando o acusado preso, a estimativa do lapso temporal que caracteriza a duração razoável do processo se presta para definir se, em um determinado caso concreto, o acusado está recolhido à prisão por mais tempo do que o permitido em lei, ou não. Inclusive, com base na estimativa de prazo para a conclusão do processo, feita a seguir, no item 6.2.5.3, infra, é estabelecida a duração razoável da prisão preventiva, lapso temporal que, quando extrapolado, em tese, caracteriza constrangimento ilegal, em razão de o acusado ficar preso por mais tempo do que o determinado em lei, sanável por via do habeas corpus.

Por outro lado, delimitação da duração razoável do processo serve, ainda, como termômetro para verificar a eficiência da atuação jurisdicional e orientar a elaboração de plano estratégico, para fins de definição de metas a serem atingidas e, até mesmo, para que o Ministério Público, o ofendido e/ou sua família ou o próprio acusado reclamem diante da morosidade. No Conselho Nacional de Justiça, em seu Regimento Interno, inclusive, há espécie de procedimento específico para reclamação contra a demora na tramitação do processo.

Na sistemática anterior, a jurisprudência firmou o entendimento de que a duração razoável do processo era de 81 (oitenta e um) dias. Naturalmente, a modificação dos procedimentos exige a revisão desse prazo, que há de ser definido conforme as novas regras. Na primeira edição deste livro, fizemos o exame desse assunto e chegamos a estabelecer prazos específicos conforme os procedimentos ordinário, sumário e relativo ao tribunal do júri. Nesta segunda edição, estamos fazendo algumas complementações, diante de algumas variáveis, incluindo as situações em que a defesa é por defensor constituído ou pela defensoria pública ou dativa.

Portanto, ainda que não haja prazo expresso para a duração da prisão preventiva, a tese aqui sustentada também se aplica a esse tipo de prisão, porque, com suporte na Reforma Tópica de 2008, restou estabelecida a duração razoável do processo, conforme seja o procedimento (ordinário, sumário ou relativo ao tribunal do júri), de modo que, se o processo não for concluído nos prazos previstos, que representam, para todos os efeitos, a sua duração razoável, tem-se que a prisão é ilegal, gerando, por consequência, o dever de indenizar. Cabe lembrar que, antes da Reforma Tópica, mesmo não havendo

o inciso X do art. 5º, restou ampliada, tendo o cuidado de acrescentar, ainda, que a enumeração do dispositivo em destaque é meramente exemplificativa. (*Responsabilidade civil do Estado*, p. 15).

²⁴³⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 51-52.

²⁴³⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 583. Mais detalhes sobre o prazo da prisão

prazo específico e melhores parâmetros para definir o tempo de duração de cada procedimento, mesmo assim²⁴³⁶,

... a doutrina e a jurisprudência firmaram passo no sentido de que, levando em consideração os prazos processuais, estando o acusado preso a título de prisão preventiva, o processo teria de estar encerrado no prazo global de 81 (oitenta e um) dias, sob pena de restar caracterizado o constrangimento ilegal, devido à pessoa ficar presa por tempo superior ao previsto em lei.

Assim, conforme ressaltamos no item 9.1.4, supra, a prisão preventiva, salvo se a defesa tenha contribuído para a demora ou haja justificativa para o atraso em razão da necessidade de realização de alguma diligência imprescindível²⁴³⁷, deve ter a seguinte duração razoável, sob pena de ilegalidade, a gerar o direito à indenização pela circunstância de o agente ficar preso por mais tempo do que o previsto²⁴³⁸: (i) procedimento ordinário, máximo de 153 (cento e cinquenta e três) dias, na justiça estadual, e de 178 (cento e setenta e oito), na justiça federal; (ii) procedimento sumário, máximo de 92 (noventa e dois) dias, na justiça estadual, e de 107 (cento e sete), na justiça federal; e (iii) procedimento relativo ao tribunal do júri, na primeira fase, máximo de 162 (cento e sessenta e dois) dias, na justiça estadual, e de 187 (cento e oitenta e sete), na justiça federal, e, na segunda fase, máximo de 186 (cento e oitenta e seis) dias, tanto na justiça estadual quanto na federal.

De outro lado, cabe lembrar que, conforme já dissemos, não há mais sentido aplicar a antiga jurisprudência firmada pelos tribunais, segundo a qual o constrangimento ilegal pela duração excessiva da prisão preventiva resta caracterizada quando não houver o encerramento do processo no prazo máximo de 81 (oitenta e um) dias. Os prazos relativos ao tempo de duração do processo e, por consectário, de validade da prisão preventiva, em razão das mudanças nos procedimentos, operados por meio da Reforma Tópica em 2008, são os especificados acima.

Quanto ao flagrante delito, em relação ao tempo de prisão/detenção ilegal pela circunstância de o auto de prisão não ter sido remetido à análise do juiz no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o fundamento é outro. Isso porque, conforme aqui exposto²⁴³⁹, ao contrário da prisão preventiva, que é decretada pelo juiz, a que ocorre em flagrante delito se trata de ato praticado por agente que pertence ao Executivo. Dessa forma, as detenções e o tempo de permanência indevidos no cárcere são da responsabilidade da autoridade policial, por se tratarem de atos administrativos, geram a responsabilidade civil do Estado com base na regra geral do art. 37, § 6º, da Constituição.

Por fim, a prisão temporária tem prazo especificado em lei, cuja regra é de cinco dias, prorrogável por mais cinco²⁴⁴⁰. Parece evidente que, ficando a pessoa presa além do prazo estampado na lei, faz jus, por força do princípio constitucional em estudo, a ressarcimento de danos em razão de ficar preso além do tempo previsto. O erro do Judiciário é patente, por ter deixado o preso por mais tempo do que o permitido em lei.

preventiva, cf., na obra citada, p 580-586.

²⁴³⁷ Não é demais ressaltar, que "... a validade temporal da prisão preventiva não comporta apenas um exame aritmético da contagem dos prazos. Várias e várias circunstâncias podem implicar em prolongamento do trâmite processual. De fato, um processo, por exemplo, com 10 (dez), 20 (vinte), 30 (trinta) ou mais acusados, com excessivo número de testemunhas ou mesmo com testemunhas residentes em outros estados ou no exterior, necessariamente, com a expedição de carta precatória ou rogatória, terá tramitação mais alongada, sendo impossível o cumprimento, em si dos prazos." (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 586)

²⁴³⁸ Sobre a forma como foi feita a contagem desses prazos, cf. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*, p. 51-62.

²⁴³⁹ Sobre a natureza jurídica do flagrante delito, Cf. item 9.6.5.2.1, supra.

²⁴⁴⁰ Sobre a prisão temporária, cf. item 9.6.5.1.2, supra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega Editora, 1990.
- AJUFE. *Reforma do código penal e do processo penal*: propostas da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Brasília: AJUFE, 2001.
- ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ALESSANDRI, Renzo; MAZZANTI, Manlio. *Le innovazioni al código penale e al código di procedura penale dal 1960 ad oggi*. Firenze: Edizioni Laurus Robuffo, 1980.
- ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neo-constitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. 4. ed. Tradução Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
- ALMEIDA, H. Mendes de. *Ordenações filipinas*: ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandato d'el rei d. Filipe, o primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.
- ALMEIDA, J. C. Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.
- _____. *Direito judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- ALONSO, Pedro Aragoneses. *Curso de derecho procesal*. Madrid: ER, 1986.
- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 5. ed. São Paulo: Ícone. 1989.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*: personagens do processo penal. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1957. v. 2 e 3.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao código civil brasileiro*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Frauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América latina*. São Paulo: Editora Método, 2001.
- AMORIM, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- ANCEL, Marc. *A nova defesa social*: um movimento de política criminal humanista. Tradução Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania*: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ARAÚJO, Kleber Martins. *A responsabilização criminal no estado democrático de direito: o equilíbrio entre a efetividade e os limites da pretensão punitiva da sociedade*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995.
- _____. *Tópicos: dos argumentos sofisticos*. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983.
- AS ricas também choram. Revista Veja, São Paulo, ed. 1.914, n. 29, p. 85, jul. 2005.
- ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. *Il giusto processo*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- ASÚA, Jiménez de. *La ley y el delito: principios de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959.
- _____. *Tratado de derecho pena*. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956.
- ATAÍDE, Fábio, *Colisão entre poder punitivo do estado e a garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010.
- AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AZEVEDO, Alba Paulo de. *Processo penal eletrônico e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- BADÍA, Juan Ferrando. *Teoría de la constitución*. Valência: Tirant lo blanc, 1992.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro. In: *Justitia*, São Paulo, 1971. n. 72.
- BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito policial*. 2. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1991.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.
- BARROS, Romeu Pires Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- _____. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

- BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada: notas de doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Salvador: IBDP. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: www.grupos.com.br. Acesso em 5 dez. 2012.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. Ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal*. Tradução Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973.
- BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Tradução Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BELING, Ernst. *Derecho procesal penal*. Traducción Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN Editora, 2000.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril, 1974. (Coleção Os pensadores). v. 34.
- _____. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Revisão Roselene Cristiani dos Santos Oliveira. Leme: EDIJUR, 2000.
- BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. 2. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1973.
- _____. *Direito penal*. 2. ed. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch, 1976.
- BETTO, Frei. *Batismo de sangue: os dominicanos e a morte de Carlos Mariguella*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BITENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos

- Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Luís Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varriale. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 2. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 6. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- BOTTOMS, Anthony. *The relationship between theory and empirical observations in criminology*. IN: KING, Roy D.; WINCUP, Emma (Orgs.) *Doing research on crime and justice*. Cambridge: Oxford University Press., 2. ed., 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BOUZON, Emanuel. *Código de Hamurabi*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- BRASIL nunca mais: um relato para a história. Prefácio de D. Paulo Evaristo Arnrs. 5. ed. Rio de Janeiro: s. e., 1985.
- BRITO, Carla Maria Fernandes. *Arcabouço teórico do princípio da não culpabilidade no sistema jurídico penal brasileiro*. 2003. 61f. Especialização (Especialização em Direito) – Especialização em Direito, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Natal, 2003.
- BRUNO, Aníbal. *Perigosidade criminal e medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história*. 2. ed. ver. São Paulo: Ática, 2003.
- BUONO, Carlos Eduardo Athayde. *A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil: novos institutos processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CABEZON, Andrea P. *Reformas de La justicia em América latina* experiências de innovación. Santiago: Centro de estudos de justicia de las Américas – CEJA.
- CABEZON, Andrea P.; ARANEDA, Sandra J. *Reformas procesales penales em América latina* resultados Del proyecto de seguimiento, Santiago: Centro de estudos de justicia de las Américas – CEJA.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. revista e ampliada. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. Tomo 1.
- _____. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 2 v.
- CAMPOS, Francisco. *Código de processo penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madri: Editorial Trota, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução José Antônio Cardinalli. São Paulo: Connan Editora, 1995.
- _____. *Das provas no processo penal*. Tradução Vera Lúcia Bison. Campinas: Impactus, 2005.
- _____. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Chile/Buenos

- Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950. v. 2.
- _____. *Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. 2 v.
- CARVALHO, José Murilo. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- CARVALHO, José Murilo. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007 e PRIORE, Mary Del. *O príncipe maldito: traição e loucura na família imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CARVALHO, Mário A. Santiago. *Enciclopédia luso-brasileira de filosofia: Renascimento*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo. v. 4.
- CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 4.
- CASELLI, Gian Carlo et al. *Processo penale e criminalità organizzata*. Roma: Editori Laterza, 1993.
- CASTILHO, Ela Wiecko v. de. *Controle da legalidade na execução penal: reflexões em torno da jurisdicionalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano; MORATO, Miguel Angel Torres. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. 2. ed. Navarra: Arazadi Editorial, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Teresa; GOMES, Luiz Flávio. Delação premiada e aspectos processuais, In: *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CHAVES, Antônio. *Direito de arena*. São Paulo: Julex Livros, 1988.
- CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: teoria da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CHRISTIE, Nils. Civilidade e estado, In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Beatriz Scigliano Careiro. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai.(Orgs.). *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2000.
- _____. *Processo penal e estado de direito*. Campinas: Edicamp, 2002.
- _____. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CÍCERO. *Da república*. Tradução Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: EDIOURO, s. d.
- COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e ministério público: legislação, modelos de mandados de segurança, ministério público nas constituições de 25 países*. São Paulo: Saraiva, 1990.

- COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- COLOMER, Juan-Luiz Gómez. *Constitución y proceso penal: análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo código penal de 1995*. Madri: Editorial Tecnos, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.
- COSTA, Milton Lopes da. *Novo manual de polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei processual penal: comentários à Lei nº. 6.416, de 24 de maio de 1977*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 2.
- _____. *Tratado de direito administrativo: polícia administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Tipografia José Bastos, 1908.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- DARROW, Clarence. *Crime: its cause and treatment*. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, [].
- DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.
- DELMANTO, Celso et al. (Orgs.) *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
- _____. *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Tradução Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado editor, 1979.
- DEL ROIO, José Luiz. *Itália: operação mãos limpas. E no Brasil? quando?*

- São Paulo: Ícone, 1993.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26/09/95*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- DENTI, Vittorio. *La difesa come diritto e come garanzia*. In: Il Foro Italino, 1977.
- DIAS, Floriano Aguiar. *Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1975.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DÍEZ, Benjamin Iragorri. *Instituciones de derecho procesal penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1974.
- DIREITOS humanos: declarações de direitos e garantias. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1996.
- DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmem. *Direito internacional privado: vade-mécum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DRESSLER, Joshua. *Understanding criminal procedure*. 3. ed. New York: Lexis Nexis, 2002.
- DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. 2. ed. Tradução Luiz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconcelos Esteves. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores).
- DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. *Positivismo*. In: Dicionário de filosofia. 2. ed. Tradução Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papirus, 1996. v. 17.
- DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo/Rio de Janeiro: Encyclopédia Britânica do Brasil Publicações Ltda, 1980. v. 11.
- ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, s. d. v. 5.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FAORO, Raimundo. *Assembleia constituinte e legitimidade democrática*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- FARIAS, Edílsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madri: Editorial Labor, 1952. v. 2.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *As nulidades do processo penal*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et alii. Madri: EditoriaTrotta, 1995.

- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
- _____. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. t. 1 e 2.
- FERRI, Enrico. *El homicida: em la psicologia e y en la psicopatologia criminal*. Tradução J Maveu y R. Rivero de Aguilar. Madrid: Editorial Reus S.A, 1930.
- _____. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Sociologia criminal*. Tradução Antonio Soto Y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [189?]. t. 2.
- FIGUEIREDO, Lucas. *Morcegos negros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FLACH, Luiz Maria. Prisão cautelar e plantão judicial. In: *Ajuris*, Porto Alegre, n. 27.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona: Bosch, 1934.
- FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. A delação premiada. *De jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 10, na/jun 2008.
- FORTUNA, E.; DRAGONE, S.; FASSONE, E; GIUSTOZZI, R.; PIGNATELLI, A. *Manuale pratico del nuovo processo penale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1991.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- _____. *Microfísica do poder*. 17. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Orgs.) *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 2 v.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a Lei nº 8072/90*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Tradução Hilário Veiga Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1935.
- GAARDER, Jostein. *O mundo de sofia: romance da história da filosofia*. Tradução João Azenha Júnior. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.
- GALGANO, Francesco. *Il dirrito privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1988.
- GARCIA, Ailton Stropa. *Princípio constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 701, ano 1983.
- GARCIA, Basileu. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3.
- GARCIA, Emerson. *Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. (Coords.). Imunidade do estado: quem disse que o rei não erra?, In: *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002.
- GAROFALO, Rafael. *Criminologia*. 3. ed. Tradução Júlio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.

- GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN Editora, 2003.
- GASPARI, Élio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- _____. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional*. 29. ed. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.
- GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio. *A nova dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In: *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Direito penal: teoria constitucionalista do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.
- _____. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Lei de lavagem de capitais: delação premiada e aspectos processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/08)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Soares. Iluminismo. In: *Logos enciclopédia luso-brasileira de filosofia*. Lisboa/São Paulo: Verbo. v. 2.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador*. Coimbra: Almedina, 2001.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2. ed. ver e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- GOENDER, Jacob. *Combate nas trevas – a esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada*. 4. ed. São Paulo: Ática, 1990.
- GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo*. In *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense: Universitária, 1990.
- _____. *A nova lei processual penal: comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

- _____. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. *Constitucionalidade da prisão temporária*. Cadernos de doutrina e jurisprudência da associação paulista do ministério público, São Paulo, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GROLLMANN, Ronaldt. *Novas considerações sobre o júri: questionários à Lei n.º. 7209/84*. Curitiba: Juruá, 1992.
- GROSS, Hans Gustav Adolf. *Criminal psychology: a manual for judges, practitioners, and students*. Tradução Horace M. Kallen. Pittsburgh: Carnegie-Mellon University/Project Gutenberg Etexts, 1998.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GUASTINI, Ricardo. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003.
- GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Villela editor, 2002.
- _____. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2000.
- HARENDT, Anna. *A condição humana*. 7. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- HART, Michael. Nicolau Copérnico. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- _____. Johannes Kepler. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- _____. Galileu Galilei. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- _____. Isaac Newton. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- _____. John Locke. In: *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história*. 7. ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.
- HERZ, Daniel. *A história secreta da Rede Globo*. 14. ed. Porto Alegre: Editor Ortiz S/A, 1991.
- HIMÉNEZ, Londoño. *Tratado de derecho procesal penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1989. t. 1.

- HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. [*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*]. Rio de Janeiro. s.d.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1. tomo 2.
- HUSLMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, IN: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBC-Crim, 1997.
- IBANEZ, Andrés et. al. *La reforma del proceso penal*. Madri: Tecnos, 1990.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Tradución de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- JORNAL Nacional, Rio de Janeiro: Rede Globo de Televisão, 07 mar de 2005.
- JESUS. Damásio E. *Código de processo penal anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 735, ano 86, p. 458-473, jan. 1997.
- JIMÉNEZ, Hernando Londoño. *Tratado de derecho procesal penal*. Bogotá: Temis, 1989
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone. 1993. (Coleção Fundamentos do Direito).
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Sucessor, 1976.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990.
- KING, Roy D.; WINCUP, Emma. *Doing research on crime and justice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LEAL, César Barros. O tratamento dos presos no Brasil e as regras mínimas da ONU. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994. v. 1. n. 1.
- LAUDEMIR, Julio. *O bandido da chacrete*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v.1 e 2.
- LEITE, José Roberto Teixeira. *Enciclopédia Barsa: Renascimento*. Rio de Janeiro: Encyclopédia Britânica do Brasil Publicações Ltda. 1989. v. 13.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. V. II, Niterói: Impettus, 2012.
- LIMA, Wiliam da Silva. *Quatrocentos contra um: uma história do comando vermelho*. 2. ed. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001.
- LENNON, Maria Ines Horvitz; MASLE, Julian Lopez. *Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigacion*, Tomo I, Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2002.

- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003.
- LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.
- _____. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- _____. *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 6.
- LOBO NETTO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade, IN: *Revista Trimestral de Direito civil*. Rio de Janeiro, v. 6, abr/jun. 2001.
- _____. Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo:Revista dos Tribunais. N. 42, abr./jun. 2002.
- _____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 141, jan/mar 1999.
- LOCKE, John. *Vida e obra*. 3. ed. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores.)
- _____. *Ensaio acerca do entendimento humano*. 3. ed. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores).
- LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- LOPES, Paulo Guilherme M.; TOSTO, Ricardo. *O processo de tiradentes*. São Paulo: Conjur Editorial, [?]
- MACHADO, Agapito. *Prisões: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2000.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *O estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei federal nº 9.034/95*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- _____. *Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime: anotações às disposições criminais da Lei nº. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MAIER, Julio B. J. *La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación com los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*. Buenos Aires: Depalma, 1978. v. 1 e 2.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Presunção de não culpabilidade, In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. n. 126.
- MAILARD, Jean. *Crimes e leis*. Tradutor Olímpio Ferreira. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos Ltda., 1994.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: CONAN editora Ltda., 1995. v. 2.
- MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MANZINI, Ranieri. *Tratado de derecho penal*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1941. v. 1. t. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas, SP: Bookseller, 1997. v. 1, 2 e 4.
- MARQUES, Luiz Guilherme. *A justiça da fiança: um modelo em questão*.

- São Paulo: LED Editora de Direito, 2001.
- MARSHALL Y BOTTOMORE, T. H. e Tom. *Cidadanía y clase social*. Tradução Pepal Linares. Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível?, In: *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução Jamil Chade. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- _____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Nulidades do processo penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- MEHMERI, Adilson. *Inquérito policial*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Estado de direito e jurisdição constitucional 2002-2010*. 1. ed. 1. tir.. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Luiz Alberto. *Memórias de um sobrevivente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII tábuas*. 5. ed. Belém: CEJUP, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do código de processo penal*. São Paulo: Método, 2009.
- _____. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.
- MELLO, Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madri: Editorial Revista de derecho privado, s. d. t. 1. [...].
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- _____. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 4 e 5.
- _____. *História e prática do habeas-corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986. 2 v.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo: adivisão dos poderes*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

- MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed., 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 103.
- MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 26, jul/set./2014
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de. *O ministério público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NAVARRETE, Antônio Maria Lorca. *Derecho procesal orgânico*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1985.
- NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirámide, 1999.
- NEVES, Marcelo *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.
- _____. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. *Curso completo de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NORES, José I. Cafferata. *La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2000.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NUCCI, Gguilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Tradução Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 1.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- OLMEDO, Clariá. *Derecho procesal: conceptos fundamentales*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 1.
- PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das constituições brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- PAES, José Eduardo Sabo. *O ministério público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1996.

- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PENTEADO, Jacques Camargo (Org.). *Constituição da República, código de processo penal e sua reforma*. In: *Justiça penal: crítica e sugestões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Justiça Penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, s. d.
- PÉREZ, Alex Carocca. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998.
- PLAYFAIR, Giles; SINGTON, Derrick. *Prisão não cura, corrompe*. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1969.
- PIMENTA, José da Costa. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19--?].
- PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil do estado. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte*. Natal: CEJERN, 1995. v. 2.
- PÓVOA, José Liberato da Costa; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. *Prisão temporária*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- PRADO, Geraldo; SANTOS, William Douglas Resinente. *Comentários à lei contra o crime organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- PRINS, Adolph. *Ciência penal e direito positivo*. Tradução Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1915.
- PRIORE, Mary Del. *O príncipe maldito: traição e loucura na família imperial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- PUTTKAMMER, Ernst W. *Administration of criminal law*. Chicago: University of Chicago, 1953.
- QUEIROZ, Narcélio de. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. 2.
- _____. *Teoria da actio libera in causa e outras teses*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- QUINN, Daniel. *Ismael: um romance da condição humana*. São Paulo: Petrópolis, 1998.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. O caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 25, jan.- mar./99.
- _____. *O estatuto do tribunal penal internacional e a Constituição brasileira*. In: Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 2 v.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia.

- Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *[Depoimento prestado na televisão, sobre sua vida política, na década de trinta]*. Entrevista concedida a TV Assembleia, Natal, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. Pena sem processo. In: *Juizados especiais criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 28
- RÉGIS, André; MAIA, Luciano Mariz. *Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais*. Recife: Editora Base, 2004.
- Revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal. n. 141. jan/mar. 1999.
- Revista do Conselho nacional de política criminal e penitenciária. v. 1. n. 4. Brasília: Ministério da Justiça, jul/dez. 1994.
- RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. *Acórdão em impugnação de mandato eletivo de Areia Branca. Recurso eleitoral nº 3517-RN*. José Bruno Filho e Manoel Cunha Neto e Coligação Areia Branca com Deus e o Povo e outros. Relator: Walter Nunes da Silva Júnior. DJE, 9 nov. 2004. p. 38.
- RITT, Eduardo. *O ministério público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.
- ROCHA, Lincoln Magalhães. *A Constituição americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1987.
- ROMANGNOSI, Giandomenico. *Génesi del derecho penal*. Tradução Carmelo González Cortina e Jorge Guerrero: Libreria editorial Temis Ltda. Buenos Aires.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978.
- ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. 4. ed. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.
- ROXIN, Claus *Derecho penal: parte general*. 2. ed., Tomo I. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução Carmem Gomes Rivero e María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- RUBIANES, Carlos. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1985. v 1.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. *Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2009.
- SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. *Comentários à nova Constituição brasileira*. São Paulo: Atlas, 1992. v. 1.
- SANDERS, Andrew; YOUNG, Richard. *Criminal Justice*. 3. ed. Oxford: Oxford University

- Press, 2007.
- SANCHÍS, Luiz Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2003.
- SARLETE, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SATA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973.
- SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais: uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade: the bill of rights*. Tradução A. B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, [?].
- _____. *Direito constitucional americano*. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- _____. *Los poderes del gobierno: comentário sobre la constitución de los Estados Unidos*. Tradução José Juan Olloqui Labastida. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.
- SCHIMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2001.
- Seminário de cooperação judiciária internacional. [Palestras do Seminário de cooperação judiciária internacional]. São Paulo, 2003. 111 p.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena restritiva de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SICHES, Recásens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editora Porrúa, 1973.
- SILVA, César Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Evandro Lins. De Beccaria a Filippo Gramática. In: *Sistema penal para o 3º milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1996. v. 1.
- SILVA, Jorge da. *Controle da criminalidade e segurança pública na ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986.
- SILVA, Marco Antônio Marques. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da, Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão), 2. ed. Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- _____. *Poder judiciário democrático-constitucional: uma apreciação política de sua estrutura*. 1999.301 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Curso de Pós-Graduação em Di-

- reito Público, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999.
- _____. *Crime organizado: a nova lei*. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Natal: CEJ/RN, 1995.
- _____. *Informatização do processo*. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.) Direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.
- _____. *Direito de acesso à informação*. In: RDE Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar. V. 9, p. 149-172, 2008.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (Coord). *Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009.
- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Repressão ao crime organizado: inovações da Lei nº. 9.034/95*. Curitiba: Juruá, 1995.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Processo penal: comentários à Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973*. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000.
- _____. *Sindicato do crime*. São Paulo: Ediuoro, 2006.
- SOUZA, Rodrigo Telles. *A investigação criminal e a vedação ao anonimato no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012.
- SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- STEVESON, Marco Anthony. *Prisão temporária*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma abordagem hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz; CITTADINO, Gisele. Pluralismo: direito e justiça distributiva. In: *Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- STRENGER, Irineu. *Direito processual internacional*. São Paulo: LTr, 2003. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SZNICK, Valdir. *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994.
- TAYLOR John B. *Right to counsel and privilege against self-incrimination: Rights and liberties under the law*. USA: ABC-CLIO, 2004,
- TAVARES, Flávio. *Memórias do esquecimento*. 3. ed. São Paulo: Globo, 1999.
- TÁVORA, Nestor; ROSMAR, Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasi-

- leira, IN: *Boletim da Faculdade de Direito Estudia Jurídica*. n. 48. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000.
- TONINI, Paulo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TORTURA e maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Paraná: Delegacia de roubos e furtos, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, 2 e 4.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei nº 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. v. 1.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VARELA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- _____. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012
- VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal: justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- VÉRDU, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madri: Dykinson, 1997.
- VIEIRA, Jair Lot (Supervisão). *Código de Hamurabi: Código de Manu: Lei das XII Tábuas*. Bauru: EDIPRO. 1994.
- VILE, John R. *A companion to the United States constitution and its amendments*. 3. ed. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001.
- VOLTAIRE, François Marie Aouet de. *Dicionário filosófico*. 3. ed. Tradução Bruno da Ponte e João Lopes Alves. São Paulo: Abril Cultural. 1984. (Coleção Os Pensadores).
- _____. *Obra e vida*. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores).
- _____. *Tratado de metafísica*. 3. ed. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os pensadores).
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

- WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. *O corpo fala: a linguagem silenciosa de comunicação não-verbal*. 39. ed. Petrópolis: Editora Vozes, [...].
- WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte geral*. 11. ed. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial jurídica de Chile. 1976.
- WOLFFER, Ricardo Guzmán. *Las garantías constitucionales u su repercusión em el proceso penal federal*. México: Editorial Porrúa, 1999.
- ZAFFARONI. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revan, 1991.
- ZIYADE, Fátima. *O assistente da acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993

