UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Faculdade de Direito de Recife

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro.

Recife
2005

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – Centro de Ciências Jurídicas /UFPE, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Penal.

Orientador:
Prof. Dr. Francisco de Queiroz Cavalcanti

Recife
2005

Silva Júnior, Walter Nunes da.
Teoria constitucional do direito processual penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro / Walter Nunes da Silva Júnior. Recife (PE), 2005.
875 p.

Orientador: Francisco de Queiroz Cavalcanti.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – Centro de Ciências Jurídicas /UFPE, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Penal.

1. Direito penal – Tese. 2. Processo penal – História - Tese. 3. Direitos humanos – Tese. 4. Neoconstitucionalismo – Tese. I. Silva Júnior, Walter Nunes da. II. Título.

CDD 344.035

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife – Centro de Ciências Jurídicas /UFPE, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Processual Penal.

Aprovada em 15 de fevereiro de 2006 com a menção "aprovado com distinção".

BANCA EXAMINADORA

Prof. Titular Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Antenor Pereira Madruga Filho
Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN

Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN

Profa. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu pai, não apenas em razão do exemplo de homem, pai e jurista, cuja saudade imensa se tem recompensada pelas lições fundamentais que me deu e ao conceito de ética e hombridade que semeou perante quantos tiveram o privilégio de conhecê-lo, como também forma de fazer-lhe homenagem, ainda que singela, pelos sólidos e profundos conhecimentos humanísticos.

AGRADECIMENTOS

As minhas primeiras palavras de gratidão vão para o Desembargador Federal e Professor Francisco Queiroz de Cavalcanti, que, além de constituir-se no 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 aqui escrita.

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 e Ricardo de Brito.

Em nome da Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, quero agradecer a todos os Desembargadores do Tribunal Regional Federal da Quinta Região pela compreensão e facilitação para que fosse possível a freqüência e conclusão do Curso de Doutorado, assim como a feitura deste estudo.

Meu agradecimento à minha família e a todos os meus amigos, que me acompanharam nessa empreitada e deram, cada um a seu modo e possibilidades, os estímulos imprescindíveis para que o escopo acalentado fosse alcançado.

A Sheila Guedes, pelas incansáveis leituras e releituras da tese, na árdua tarefa de correção e adequação do escrito às normas técnicas.

A Aline Maia, que chegou no passado recente, quase no final desta tarefa, para me dar o conforto emocional indispensável para o êxito das grandes missões e tornar-se o meu presente e a perspectiva maior do meu futuro.

RESUMO

O processo penal surgiu como instrumento hábil para limitar o exercício do direito/dever de punir do Estado, o que coincidiu, não por acaso, com o movimento *iluminista* cuja preocupação macro era, do mesmo modo, impor limites ao poder do Estado, daí por que se observa que as declarações de direitos do homem, tal como elas foram constitucionalizadas pelo primeiro movimento constitucionalista, apresentam-se, ainda hoje, como garantias que têm incidência maior no ambiente criminal, as quais servem para estabelecer regras que sinalizam para o respeito a direitos pertinentes à dignidade da pessoa humana quando do exercício da persecução criminal, o que evidencia que esse ramo do direito não apareceu tendo como escopo armar o Estado para enfrentar a criminalidade, mas sim como instrumento hábil e necessário para que fosse *humanizada* essa sua atuação, característica que, embora com o passar do tempo tenha sido desvirtuada, após a Segunda Guerra Mundial, ao sabor do *neoconstitucionalismo* ou do *Estado Constitucional* ou do *Estado Democrático-Constitucional*, veio a ser resgatada, sendo que, no Brasil, esse novo paradigma somente veio a ser ressaltado com a promulgação da Constituição de 1988, a qual, ao plasmar os direitos fundamentais com *força normativa* e na qualidade de *normas de hierarquia superior* à legislação infraconstitucional, fez com que essa cateoria de direitos passasse a desempenhar *função hegemônica* em nosso sistema, e não apenas integrativa das lacunas dos Direitos, como era antes, circunstância que confere azo à assertiva de que se manifesta mais apropriado falar em *teoria constitucional do processo penal* do que propriamente em teoria do processo penal.

Palavras-chave: Processo Penal–história. Punição. Ilumismo. Direitos Humanos. Neoconstitucionalismo. Direitos e Garantias Individuais. Força Normativa. Teoria Constitucional do Processo Penal.

ABSTRACT

Criminal proceedings arose as a skilled instrument to restrict the exercise of the State's punishment rights and duties, what coincided, not by chance, with the Age of Enlightenment, whose major concern was to limit the power of the State. Therefore, the Declarations of Human Rights, just as they were constitutionalized by the first constitutional movement, are still guarantees which have high incidence within criminal ambit. They establish rules which signal to the respect of the rights regarding human dignity while criminal persecution is being held, what makes evident that this ramification of Law has no intention of equipping the State to confront criminality, yet it appeared to be an apt and necessary instrument to humanize its performance. Although this trait has been depreciated after World War II because of the neo-constitutionalism (or Constitutional State or Democratic-Constitutional State), it was redeemed. In Brazil, this new paradigm arose with the promulgation of 1988 Constitution, which modeled the fundamental rights with normative force and as rules with superior hierarchy than the infraconstitutional legislation; that proceeded when the right's category started to fulfill an uniform function in our system – not only as a link to legal omissions, like before - a circumstance which provides a pretext to the claim that it is more appropriate to talk about Constitutional Theory of Criminal proceedings than Criminal Proceeding Theory, properly speaking.

Key-words: Criminal Proceeding's history. Punishment. Age of Enlightenment. The Human Rights. Neo-constitutionalism. Personal rights and warranties. Normative force. TEORIA Constitutional Theory of Criminal proceedings.

ABSTRACT

Il processo penale sorse come strumento adatto a limitare l' esercízio del diritto/dovere di punire dello Stato, il che coincise, non per caso, con il movimento *illuminista* la cui preocupazione macro era, ugualmente, imporre limiti al potere dello Stado, per ciò si osserva che le dichiarazioni di diritti dell' uomo, tale come furono costituzionalizzate dal primo movimento costituzionalista, si presentano, ancor oggi, come garanzie che hanno incidenza maggiore nell' ambiente criminale, le quali servono per stabilire regole che riguardano il rispetto ai diritti pertinenti alla dignità della persona umana quando dell'esercizio della persecuzione criminale, il che evidenzia che questo ramo del diritto non apparse avendo come scopo armare lo Stato per affrontare la criminalità, ma sì come strumento abile e necessario perché fosse *humanizzata* questa sua attuazione, caratteristica che, nonostante con il trascorso del tempo sia stata svirtuata, dopo la Seconda Guerra Mondiale, al sapore del *neocostituzionalismo* o dello *Stato Costituzionale* o dello *Stato Democratico-Costituzionale*, venne ad essere riscattata, essendo che, nel Brasile, questo nuovo paradigma soltanto venne a essere risaltato con la promulgazione della Constituzione di 1988, la quale, nel plasmare i diritti fondamentali con *forza normativa* e nella qualità di *norme di gierarchia superiore* alla legislazione infraconstituzionale, fece si che questa categoria di diritti passasse a disimpegnare *funzione egemonica* nel nostro sistema, e non appena integrativa delle lacune dei Diritti, come era prima, circostanza che conferisce sostegno alla assertiva di che si manifesta più appropriato parlare in *teoria costituzionale del processo penale* che propriamente in teoria del processo penale.

Parole-chiave: Processo Penale–storia. Punizione. Illumismo. Diritti Umani. Neocostituzionalismo. Diritti e Garanzie Individuali. Forza Normativa. Teoria Costituzionale del Processo Penale.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....14

a) Garantismo como corolário lógico do sistema democrático-constitucional da Constituição de 1988.....19
b) Metodologia empregada.....21
c) Tratamento dogmático do assunto.....22
d) Últimas considerações à guisa de primeiras palavras.....30

PARTE PRIMEIRA

1. CORRENTES FILOSÓFICAS NA FORMAÇÃO DO DIREITO CRIMINAL E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL.....31

1.1 - Pensamento natural ou primitivo.....37
1.1.1 – Vindita como idéia inicial do poder-dever de punir.....38
1.1.2 – Excessos da vingança privada e as preocupações quanto ao estabelecimento de limitações ao exercício do direito de punir.....41
1.2 – Concepção religiosa.....44
1.3 – Concepção política.....47
1.3.1 – Direito criminal como forma de dominação política.....49
1.3.2 – Primeiros esboços da doutrina criminal.....51
1.3.3 – Escola Clássica.....54
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.....61

1.3.3.3 – Repercussões iniciais do pensamento liberal-democrático do direito de punir de BECCARIA.....65
1.3.3.4 – Fase jurídica da Escola Clássica.....68
1.3.4 – Escola Positiva.....72
1.3.4.1 – Determinismo lombrosiano.....74
1.3.4.2 – Idéia do Direito criminal como estatuto repressivo, conforme a visão de FERRI.....76
1.3.4.3 – Mutação do processo criminal liberal para o processo defensivo-repressivo, na ótica de GAROFALO.....81
1.3.4.4 – Crítica ao pensamento repressivo do positivismo desfocado dos parâmetros democráticos.....85
1.3.5 – Neoclassicismo.....88
1.3.6 – Neopositivismo.....93
1.3.7 – Escola Moderna Alemã.....95
1.3.8 – Escola do Tecnicismo Jurídico Penal.....97
1.3.9 – Escola da Nova Defesa Social.....100
1.3.9.1- A doutrina da Escola da Nova Defesa Social na perspectiva de MARC ANCEL.....102
1.3.9.2- Visão crítica da Escola da Nova Defesa Social.....106
1.3.10 – Abolicionismo penal moderno-democrático.....109

1.4 - Reflexos das correntes de pensamento na formação do ordenamento processual penal brasileiro.....113
1.4.1 – Os reflexos iniciais do pensamento beccariano nas regras processuais aplicadas no Brasil.....117
1.4.2 – Código de processo criminal de 1832.....121
1.4.3 – Predominância da filosofia liberal beccariana na feitura do Código de Processo Criminal de 1832.....124
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.....128

2. O DEBATE DOUTRINÁRIO ACERCA DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO.....134
2.1 - Origem do Estado.....136
2.2 - Fundamentos do direito de punir.....141
2.3 - Teorização da política criminal.....146

3. NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM.....152
3.1 – Primeiros fragmentos normativos dos direitos do homem, como decorrência das declarações inglesas.....155
3.2 - Declarações americanas.....162
3.3 - Declaração dos direitos do homem e do cidadão: Revolução Francesa.....172
3.4 - Internacionalização dos direitos fundamentais.....175
3.5 - Constitucionalização dos direitos do homem.....177

4. - HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....181
4.1 – Época imperial.....181
4.2 – Período republicano.....187
4.2.1 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1891.....190
4.2.2 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1934.....193
4.2.3 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1937.....194
4.2.4 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1946.....199
4.2.5 – Os direitos fundamentais na Constituição de 1967.....201

5. – TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....204
5.1 – Incompatibilidade dos direitos fundamentais no paradigma do Estado democrático-constitucional com a doutrina juspositivista.....207
5.2 – Direitos fundamentais na estrutura do Estado Democrático-Constitucional.....210
5.3 – Natureza jurídica dos direitos fundamentais: regra, princípio ou norma jurídica principiológica?.....212
5.4 – Atipicidade dos direitos fundamentais.....216

5.5 – Classificação dos direitos fundamentais.....218
5.6 – Universalidade como característica histórica e ínsita aos direitos fundamentais.....221
5.7 - Relatividade como característica inerente aos direitos fundamentais.....222
5.8 - Distinção entre direitos fundamentais e direitos da personalidade.....226
5.9 – (Re)umanização e despatrimonialização do direito infraconstitucional.....229

PARTE SEGUNDA

6. TEORIA DO PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL.....231
6.1- Neoconstitucionalismo ou Estado constitucional.....232
6.2- O modelo brasileiro: Estado democrático-constitucional.....234
6.3 – Dimensão constitucional da teoria do processo penal.....237
6.3.1- Finalidade garantística dos direitos fundamentais do processo criminal.....242
6.3.2- Distinção ontológica entre os processos criminal e civil.....244
6.4 – Perspectiva democrática do processo penal.....248
6.5 – Função política do processo.....250

7. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL.....254
7.1- Interpretação das normas e princípios constitucionais.....256
7.2- Regras basilares da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais.....258
7.2.1 – Direitos fundamentais como limitações ao direito de punir.....259
7.2.2 - Relatividade dos direitos fundamentais até mesmo em relação ao direito à vida.....262
7.2.3 – Garantia dos direitos fundamentais como regra a ser observada no processo penal, somente podendo ser autorizada a supressão temporária quando houver justificativa para a determinação.....267

7.2.3.1 – Órgãos legitimados a decidir sobre a possibilidade de quebra das garantias constitucionais consubstanciadas nos direitos fundamentais.....271
7.2.3.1.1 – Comissões Parlamentares de Inquérito.....272
7.2.3.1.2- Reserva de jurisdição quanto à flexibilização de direitos fundamentais.....274
7.2.3.1.3- Flexibilização dos direitos fundamentais em decorrência do exercício do poder de polícia, sem a prévia autorização judicial.....278
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.....282
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.....284
7.2.3.1.3.4- Inidoneidade do Ministério Público para determinar a flexibilização de direito fundamental.....287
7.2.3.2- Necessidade de decisão fundamentada, mediante a exposição dos motivos que justificam a flexibilização de direito fundamental.....289
7.2.3.2.1- Impossibilidade de supressão da exigência da decisão fundamentada pela realização da diligência investigatória pelo próprio juiz.....292
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.....294
7.2.3.2.3- Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, ao impor ao juiz que ele, sempre que houver a possibilidade de comprometer-se o sigilo constitucional ou legal, realize a diligência de coleta das provas.....296
7.2.4 – Colisão de direitos e critério da ponderação como parâmetro para a decisão pela flexibilização de direito fundamental.....298
7.2.5 – Os direitos fundamentais, declarados em forma de princípios constitucionais do processo penal, na qualidade de normas que ocupam posição hegemônica no sistema jurídico.....304
7.2.6 – Incidência das declarações internacionais entre as garantias constitucionais mínimas.....306

8. PREMISSAS INTERPRETATIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....311
8.1 - Sistema Democrático-Constitucional.....313
8.2 - Fundamentos do sistema Democrático-Constitucional.....317
8.2.1 – Soberania como princípio que determina a extensão da atividade jurisdicional.....318
8.2.1.1 – Natureza jurídica da norma que estabelece os limites da soberania jurisdicional.....321
8.2.1.2 – (Ir)renunciabilidade ao exercício da jurisdição brasileira.....322
8.2.1.3 – Tribunal Penal Internacional.....325
8.2.1.3.1- Organização, composição e competência do Tribunal Penal Internacional.....327
8.2.1.3.2- Cooperação jurídica internacional por meio dos órgãos jurisdicionais internos.....329
8.2.1.3.2.1- Cooperação jurídica internacional por assistência direta.....333
8.2.1.3.2.2- Competência e recursos no processo criminal de cooperação jurídica internacional.....338
8.2.2 – Cidadania como princípio retor do processo penal.....342
8.2.3 - Dignidade da pessoa humana.....348
8.2.3.1- Dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado.....352
8.2.3.2 – Medidas alternativas como tratamento mais digno ao condenado.....357
8.2.3.3 – Linguagem jurídico-penal.....359
8.2.4- Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.....361

8.3- Objetivos fundamentais do sistema Democrático-Constitucional.....364
8.3.1- Construção de uma sociedade livre, justa e solidária.....364
8.3.2- Erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.....366
8.3.3- Promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.....369

9. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....370

9.1- Princípio do devido processo legal: origem e definição.....373

9.1.1 - Devido processo legal como garantia de que a persecução acusatória seja processualizada como condição para a busca da responsabilidade penal.....379

9.1.2 - Devido processo legal em casos especiais e nas tutelas de urgência.....381

9.1.3 - Devido processo legal no Estado democrático-constitucional como forma de encontrar alternativas para a resposta à criminalidade.....383

9.1.3.1**-** Juizado Especial como função política despenalizante da conduta ilícita, no caso concreto.....384

9.1.3.1.1- Natureza jurídica despenalizante das medidas alternativas e sua distinção das penas alternativas.....389

9.1.3.1.2- Juizado Especial como devido processo legal para os crimes de menor potencial ofensivo.....394

9.1.3.1.3- Dever do Ministério Público de propor a transação, desde que satisfeitas as condições previstas na lei.....395

9.1.3.1.4- Direito subjetivo do autor do fato a ter a sua conduta despenalizada, quando satisfeitas as condições previstas na lei.....397

9.1.3.1.5- Possibilidade de o juiz deferir o pedido do autor do fato de despenalinalização da conduta por meio do processo, mesmo diante da recusa da transação criminal pelo Ministério Público.....400

9.1.3.1.5.1- Despenalização da conduta por meio do processo, independentemente da transação criminal.....403

9.1.3.1.5.2- Natureza judicial da fase preliminar do Juizado Especial.....404

9.1.3.2- Suspensão condicional do processo como medida descriminalizante.....407

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.....409

9.1.5- A publicação dos atos processuais e a motivação das decisões judiciais.....415

9.1.6 - A nulidade das provas obtidas por meio ilícito como conseqüência do devido processo legal.....421

9.1.6.1- Teoria da *exclusionary rule*.....425

9.1.6.1.1- A adoção da teoria da *exclusionary rule* no Direito Comparado.....429
9.1.6.1.2- A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no sistema jurídico nacional.....433
9.1.6.2- As exceções às *exclusionary rules*.....442
9.1.6.2.1- A fonte independente (*independent source)*.....444
9.1.6.2.2- O descobrimento inevitável (*inevitable discovery*).....448
9.1.6.2.3- A boa-fé (*good faith*).....450
9.1.6.2.4- A doutrina do *purged taint* ou dos vícios sanados.....454
9.1.6.2.5- A prova benéfica em prol do acusado.....455
9.1.6.2.6- O princípio da proporcionalidade ou *balancing test*.....458
9.1.6.2.7- A destruição da mentira do imputado.....461
9.1.6.2.8- A teoria do risco.....463
9.1.6.2.9- A *plain view doctrine* e os campos abertos.....464
9.1.6.2.10- A renúncia do interessado.....466
9.1.6.2.11- A infração constitucional alheia.....467
9.1.6.2.12- A infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial.....468

9.2- Princípio da presunção de não-culpabilidade.....471
9.2.1- Posição da doutrina e da jurisprudência quanto à nomenclatura presunção de não-culpabilidade ou presunção de inocência.....474
9.2.2- Princípio da presunção de não-culpabilidade como expressão mais correta.....477
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.....482
9.2.4- O alcance do princípio da presunção de não-culpabilidade e sua inaplicação às atuações da autoridade policial e do Ministério Público.....484
9.2.5- O princípio da presunção de não-culpabilidade e a sua repercussão no tratamento dado às partes na relação processual.....486
9.2.6- A presunção de inocência como garantia contra a instauração de inquérito ou de processo criminal sem justa causa.....490

9.3- Princípio acusatório.....492
9.3.1- Resquícios do sistema misto no Código de Processo Penal.....495
9.3.2- Poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal, de acordo com o sistema acusatório.....500
9.3.2.1- Inexistência de privatividade da polícia judiciária para a investigação dos crimes (persecução criminal extraprocessual).....502
9.3.2.2- Os poderes investigatórios do Ministério Público.....506
9.3.2.2.1- Argumentos que confirmam os poderes investigatórios do Ministério Público.....511
9.3.2.2.2- Poderes investigatórios do Ministério Público no Direito Comparado.....518
9.3.2.3- Princípio acusatório e vedação do juízo de instrução.....520
9.3.3- Legitimidade para a persecução criminal perante o Judiciário.....524
9.3.3.1- Sistema acusatório quanto à titularidade para o ajuizamento de ação penal.....528
9.3.3.2- Ação penal como espécie de ação coletiva.....530
9.3.3.3- Incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático.....531
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.....534
9.3.3.5- Participação da vítima no processo como direito de cidadania e de amplo acesso ao Poder Judiciário, idéia nuclear da *justiça restaurativa*.....536

9.4 – Princípio do direito à intimidade em geral.....539
9.4.1 – Direito à vida privada.....546
9.4.2- Direito à imagem.....549
9.4.3. – Garantia do sigilo bancário.....552
9.4.3.1- Dever de perquirir a origem dos recursos e de dar informações.....554
9.4.3.2- Hipóteses de prestação de informações bancárias independentemente de autorização judicial, previstas na Lei Complementar nº 105, de 2001.....556
9.4.3.3- Quebra do sigilo bancário por determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito.....559

9.4.4 – Garantia do sigilo fiscal.....561
9.4.5 – Inviolabilidade do domicílio.....563
9.4.5.1- Garantia da inviolabilidade do domicílio na Constituição de 1988.....565
9.4.5.2- Conceito constitucional da expressão *casa*.....567
9.4.5.3- O alcance da expressão *morador*.....571
9.4.5.3.1- Preponderância do *jus prohibendi*, no caso de discordância entre os moradores.....573
9.4.5.3.2- Espaço do empregado e *jus prohibendi*.....575
9.4.5.4- Compreensão do significado da expressão *noite*, empregada no inciso XI do art. 5º da Constituição.....576
9.4.5.5- Determinação judicial substitutiva do consentimento do morador.....578
9.4.6 – Sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.....581
9.4.6.1- Sigilo das correspondências, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.....585
9.4.6.2- Sigilo das comunicações de dados, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.....588
9.4.6.3- Sigilo das comunicações telefônicas, garantido no inciso XII do art. 5º da Constituição.....592
9.4.6.4- O tratamento dispensado ao sigilo da correspondência e das comunicações no Direito estrangeiro.....594
9.4.6.5- Assertivas que infirmam o caráter absoluto do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados.....598
9.4.6.5.1- Interpretação sistêmica da expressão (salvo) no último caso, prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição.....603
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.....607

9.5- Princípio da ampla defesa.....609
9.5.1- Direito fundamental que está expresso, no processo criminal, apenas em relação ao acusado.....612
9.5.1.1- Diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil. Revelia. Direito ao interrogatório. Participação dos atos processuais. *Jus postulandi*.....615
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.....618
9.5.1.3- Distinção entre ampla defesa e plenitude de defesa.....628
9.5.1.4- As peculiaridades do direito à ampla defesa no processo criminal e sua repercussão nos efeitos da revelia.....631
9.5.2- Direito ao silêncio ou de permanecer calado.....634
9.5.2.1- Direito ao silêncio (de permanecer calado) que se traduz em direito de não produzir, à força, prova contra si.....638
9.5.2.2- Direito ao interrogatório como materialização da autodefesa e decorrência lógica do direito ao silêncio.....647
9.5.2.3- Exercício do direito ao silêncio que não pode servir de fundamento para a condenação do acusado.....655
9.5.2.4- Direito da pessoa de ser ouvida perante o responsável pela acusação, antes do oferecimento da denúncia.....661
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.....664
9.5.3- Direito de recorrer (duplo grau de jurisdição) como expressão do princípio da ampla defesa.....668
9.5.3.1- Direito ao duplo grau de jurisdição.....671
9.5.3.2- Ofensa ao princípio da ampla defesa do prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.....675
9.5.4- Inviolabilidade da advocacia.....679

9.5.4.1- Imunidade judiciária como corolário lógico da inviolabilidade do exercício da advocacia.....684
9.5.4.2- Inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e comunicações, incluídas as telefônicas ou afins.....686

9.6- Princípio da liberdade.....689
9.6.1- Prisão processual no Direito Comparado.....691
9.6.2- Histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.....696
9.6.3 - Sistema prisional no Código de Processo Penal de 1941.....702
9.6.4 - Mudanças operadas no sistema prisional do Código de Processo Penal.....706
9.6.5 - Tratamento dispensado pela Constituição de 1988 à prisão processual.....713
9.6.5.1- Prisão com ordem judicial.....717
9.6.5.1.1- Prisão preventiva 719
9.6.5.1.2- Prisão temporária.....723
9.6.5.1.3.- Natureza acautelatória da prisão imposta com a sentença condenatória passível de recurso.....729
9.6.5.1.3.1- Necessidade de fundamentação da prisão decretada com a sentença recorrível.....735
9.6.5.1.3.2- Prisão com a sentença condenatória nos crimes hediondos e a eles equiparados (Lei nº 8.072, de 1990), de crime organizado (Lei nº 9.034, de 1995) e nos casos de crime de "lavagem" ou ocultação de bens direitos e valores (Lei nº 9.613, de 1998).....742
9.6.5.1.4- Prisão com a decisão de pronúncia.....748
9.6.5.1.5- Alternativas à prisão processual no Direito Comparado.....750
9.6.5.1.6- Adoção de medidas alternativas à prisão processual no sistema brasileiro.....755
9.6.5.2- Prisão (detenção) sem ordem judicial.....756
9.6.5.2.1- Natureza jurídica da detenção em flagrante.....759
9.6.5.2.2- Requisitos constitucionais-formais necessários à legalidade da detenção em flagrante delito.....763
9.6.5.2.2.1- Comunicação imediata da detenção ao juiz, à família ou à pessoa de confiança e ao Ministério Público.....766

9.6.5.2.2.2- Relaxamento da prisão como conseqüência da ilegalidade da prisão sem ordem judicial.....772
9.6.5.2.2.3- Direito à liberdade provisória com ou sem fiança.....777
9.6.5.2.2.3.1- Vedação à liberdade provisória.....779
9.6.5.2.2.3.2- Fiança como cautela para assegurar o direito de liberdade.....786
9.6.5.3- Responsabilidade civil do Estado decorrente da prestação jurisdicional criminal.....791
9.6.5.3.1- Ressarcimento por condenação oriunda de erro judiciário.....794
9.6.5.3.2- Ressarcimento por dano decorrente de prisão indevida.....796

10. ÚLTIMAS E CONCLUSIVAS PALAVRAS.....799

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....800

TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL PENAL: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro.

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

De há muito estão na ordem do dia discussões as mais acirradas a respeito da forma como deve o Estado enfrentar a criminalidade, sendo possível, em abordagem reducionista, identificar, nessa questão, a despeito de suas mais diversas variantes, duas doutrinas ontologicamente diferençadas: (1) a que propõe um sistema criminal arquitetado tendo como arcabouço uma visão *garantística*, fundada na obediência aos direitos fundamentais declarados na Constituição, concebidos como normas jurídicas que têm em mira *limitar/restringir* o direito-dever de punir (pretensão punitiva) do Estado[1] e (2) outra que sugere um *olhar* do sistema mais focado na *segurança pública*, 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*[2]. Em nosso meio, quem é adepto da primeira corrente recebe o nome de

[1] Sobre o *garantismo*, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1997.

[2] 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 delinqüentes." (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*

garantista, o que dá a entender que os demais, filiados à linha de pensamento mais rígida e que põem em destaque o interesse na persecução criminal, são *não garantistas*[3].

Essa questão de alta indagação política, que foi, com suporte no *novo constitucionalismo* ou *neoconstitucionalismo* exsurgido logo após a Segunda Guerra Mundial, enfrentada e dissipada pela maioria dos países em prol da primeira corrente de pensamento, diante dos mais diversos fatores históricos, sociais, culturais e políticos ainda é tema recorrente. É verdade que o incremento da criminalidade, não apenas quanto às ações ilícitas transnacionais supedaneadas em ampla base organizativa, representadas pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de mulheres, crianças, órgãos e armas, lavagem de dinheiro, de corrupção, e mais especialmente aos crimes de terrorismo, tem agitado divergências quanto ao modelo a ser adotado para apoiar a persecução criminal[4]. No entanto, a comunidade internacional tem, reiteradamente, asseverado o compromisso com o Estado Constitucional, que possui 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 relativas aos *direitos fundamentais*[5].

---

criminal, focada no ideário democrático. Nessa segunda linha, os *abolicionistas* não se atritam com os fundamentos do *garantismo*.

[3] No desenvolvimento da tese será mostrado que 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.

[4] As constantes notícias veiculadas nos mais diversos meios de comunicações 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*.

[5] 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, CARLOS EDUARDO VASCONCELOS, Subprocurador Geral da República,

O Brasil, assim como, de resto, os demais países da América Latina, que somente teve o seu regime ditatorial depurado e desconstruído na segunda metade dos anos oitenta, agora começa a desapartar-se do *positivismo normativo*. De permeio, aqui se iniciou, na década de 1990, 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 eles, além de deixarem de desempenhar *mera função integrativa* das eventuais lacunas do Direito, passaram a ocupar posição *hegemônica, estruturante e interpretativa* do sistema jurídico[6].

Essa concepção jurídica embasada nos direitos fundamentais descortina que o Direito Processual Penal, mais do que qualquer outro ramo do Direito, é o que possui o maior número de normas, que são direta ou indiretamente ditadas para serem aplicadas em seu campo de atuação. Com efeito, quem se der ao trabalho de examinar detalhadamente os direitos fundamentais estampados na Constituição de 1988, certamente ficará, caso não esteja melhor avisado, surpreso com a quantidade de preceitos que são afetos à seara do processo penal[7]. Todavia, essa realidade não se trata de característica ínsita ao perfil dos direitos fundamentais tal como eles se encontram anunciados em nossa Carta Constitucional[8], senão do fenômeno de *normatização*, operado pela primeira versão do constitucionalismo, 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 e foram editadas após a Segunda Guerra Mundial, deixa patente essa vertente dos direitos fundamentais.

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR, Juiz Federal, ANTENOR PEREIRA MADRUGA, Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 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.

[6] Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

[7] Dos 78 incisos nos quais constam a declaração dos direitos fundamentais, quarenta são referentes ao Direito Criminal, sendo que destes apenas quatro são exclusivamente de Direito Penal, enquanto 24 de Direito Processual Penal.

Outrossim, escorço 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*[9], chama a atenção o estudo acurado do excepcional livro do milanês, 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 lídimo e necessário direito de punir.

Ademais de a doutrina conferir especial destaque à contribuição de BECCARIA para o Direito Penal, esquecendo-se, por via de conseqüência, de sublinhar a substância da obra de alto teor revolucionário e que levou à *processualização* do direito de punir, como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal, não se tem conhecimento de estudo sistemático que, ao lado de resgatar a memória de que a sua real contribuição para o Direito deu-se efetivamente no campo do processo penal, demonstre como as idéias por ele esposadas 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 tal como eles estão inseridos nas Constituições 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 na de 1988.

---

[8] Nem muito menos a Constituição de 1988, a esse respeito, trouxe alguma inovação a 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.

[9] 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*, ainda hoje 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 alvitradas 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 aspecto aqui assinalado da identidade das idéias 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 marquês.

Esse enfoque revela que o sistema criminal e o processo penal por excelência foram concebidos 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 atuação estatal. 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*, transmudado em direitos fundamentais –, teve como *ratio essendi* limitar o direito de punir, justamente a idéia central do movimento iluminista, que tinha a declaração dos direitos do homem, ao lado da tripartição dos poderes[10], como o meio eficaz para impedir o A*bsolutismo* 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 de debates sobre as 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, 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 Público. Como se não bastasse, cada vez mais se intensifica e se pratica a

[10] 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*.

cooperação jurídica criminal entre os países, o que exige não apenas a formalização de acordos multilaterais e bilaterais no sentido de preceituar normas processuais adequadas para o tratamento dessa questão, como 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.

Como consectário lógico dessa realidade vivenciada não apenas no Brasil como igualmente nos demais países concebidos sob o desenho democrático, faz parte das preocupações científicas atuais perquirir as bases principiológicas do processo criminal que estão fincadas na Constituição, diante da necessidade de reorientar a visão sedimentada sobre o Direito Processual e realçar a sua dimensão política e internacional, o que deve ser feito mediante o exame amiúde das cláusulas constitucionais *orientadoras* e *vinculadoras* do Estado no desempenho do poder-dever de perquirir a responsabilidade penal dos agentes que praticam ilícito. 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.

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

Influenciado pelas idéias liberais de BECCARIA, que contaminaram o mundo e deram suporte à construção dos sistemas criminais, em nosso meio, editou-se o Código de Processo Criminal de 1831, mas, paulatinamente, foi-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*, 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 deste 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 poder-dever de punir do Estado[11], 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*.

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

[11] São os chamados direitos de primeira geração, que eclodiram com a Revolução Francesa. Dentre as classificações dos direitos fundamentais, há uma que leva em consideração a elevação 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 etc.); b) segunda geração, representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais, que apareceram no Século XIX, em conseqüência da Revolução Industrial; 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).

perspectiva do Estado Democrático-Constitucional, é falar-se em *teoria constitucional do processo penal*. Por conseguinte, neste estudo, tem-se como norte laborar na contribuição à construção de uma teoria constitucional do Processo Penal. No esgarçamento dogmático da matéria, parte-se da premissa de que o ordenamento jurídico fundamental brasileiro se constitui em uma carta de princípios cuja essência enuncia os direitos fundamentais, que se traduzem em limitações ao exercício do direito de punir do Estado[12], valores *legitimadores e legalizadores* da atuação estatal na seara criminal.

Uma advertência é preciso, porém. Quando se cuida de estabelecer um sistema processual penal, cuja raiz teórica radica na própria teoria dos direitos fundamentais, não se quer, aqui, propor a construção de uma ordem impotente para enfrentar a macrocriminalidade ou as ações ilícitas que exigem maior rigidez na resposta do Estado. O que se quer deixar claro é que tratamento *adequado* e *eficaz* de ilícitos que reclamam atuação mais contundente do Estado no combate à criminalidade não se confunde com maltrato aos direitos fundamentais. A premissa é a de que por mais *hediondo* 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 são os direitos fundamentais.

b) Metodologia empregada.

Tendo em consideração que a teoria constitucional do processo penal se confunde com a dos direitos fundamentais, resta patente a dimensão transnacional 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, cuja obediência os Estados Membros da Organização das Nações Unidas, em diversos fóruns, têm *assumido* e *ratificado*, precisam ser contextualizados na

[12] 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 feitura 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."

perspectiva das declarações de direitos internacionais e regionais, bem assim do Direito Comparado.

Dessa forma, no estudo aqui planejado e desenvolvido, procurou-se esquadrinhar os direitos humanos tal como eles estão catalogados em tratados ratificados pelo Brasil e a forma como eles foram agasalhados, sob a modalidade de direitos fundamentais[13], 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 elegem a *jurisdição constitucional*, exercida pela adoção das técnicas concentrada e difusa, 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, que, na estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro, possui como missão maior manter a *inteireza positiva*, *autoridade* e *uniformidade de interpretação* das normas constitucionais. Parte-se da premissa – de todo verdadeira – que, caso se queria 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 enunciados destes, 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.

c) Tratamento dogmático do assunto.

A base científica deste trabalho 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-

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

Constitucional normatizado pela Constituição de 1988, com paradigma dissonante daquele perquirido por um diploma *repressivo*, próprio dos regimes de força.

A tese que se propõe desenvolver está dividida em *duas partes* bem delimitadas, de modo que, embora a primeira seja importante, o leitor pode, muito bem, 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 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, mostra-se a luta dos povos, desde o *pensamento natural* do Direito Criminal até a *concepção política*, para estabelecer freios ao exercício do poder político e 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, emergiu, depois da metade do Século XVIII, sob a orientação das idéias de BECCARIA, a *Escola Clássica*, 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 poder-dever de punir. Evidencia-se, nesse momento do estudo, que o Direito Criminal – aí entendidos o Direito Penal e, especialmente, o Direito Processual Penal –, ao contrário do que, à primeira vista, pode-se supor, não surgiu tendo como escopo armar o Estado na luta em combater a criminalidade, mas sim com a intenção de impor limites ao *jus persequendi*, por meio da edificação de regras indispensáveis à legitimação desse agir estatal, o que, posteriormente, desvirtuado pela *Escola Positiva,* cujo aparecimento teve a pretensão de mudar o foco da questão para privilegiar, na relação processual penal, a posição do Estado, foi completamente 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.

Com o capítulo segundo, inserido na primeira parte do trabalho, fazem-se incursões doutrinárias sobre o *direito de punir*, mediante o exame da origem do Estado para, então, concluir que esse *direito-dever* exercido em nome do povo é mais político do que jurídico, razão pela qual, ao invés de perquirir os seus fundamentos jurídicos, sobreleva a importância de estabelecer as bases sobre as quais deve ser definido o modelo de atuação nessa área, empreitada complementada com a assertiva de que a política criminal há de encontrar a sua fundamentação nos cânones constitucionais, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana, os quais estabelecem o *compromisso ético* do Estado no trato da criminalidade.

Em passo adiante, faz-se a exposição do *processo de normatização* dos direitos humanos, registrando-se os primeiros fragmentos normativos dessa categoria de direitos nas declarações inglesas para adquirir, 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 e consta, em sua dimensão internacional, de tratados e convenções.

Para bem situar como se deu o processo de constitucionalização dos direitos ínsitos 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 direitos[14], e que, 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 escrito, 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* e, depois, arrematar sobre o papel dessa espécie de direitos no Estado Democrático-Constitucional, com

[14] Afirmativa, porém, que não se apresenta muito verossímil.

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 dar-se início à segunda parte do trabalho, 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 garantística 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 banda 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. Para concluir o raciocínio apresentado, 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 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 idéia 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 tais como eles estão catalogados em nosso ordenamento jurídico, além de não se perder de vista que o nosso sistema é o *democrático-constitucional*, o que, por si mesmo, já estabelece parâmetros para a sua compreensão, impõe-se ter presente que os fundamentos desse sistema encontram-se gizados na compreensão da (1) *soberania*, (2) *cidadania*, (3) *dignidade humana* e (4) dos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*, e suas repercussões no ambiente criminal. De igual sorte, há necessidade de considerar os *objetivos fundamentais* desse sistema democrático-constitucional, 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 em conferir abordagem sistemática, mediante a divisão em grupos tendo em consideração o bem jurídico por eles tutelado.

Certo de que se em sentido *lato sensu* 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 *stricto sensu*, 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. Após 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 tisnadas de ilegalidade, complementada 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*): a fonte independente; o descobrimento inevitável, a boa-fé (*good faith*), a doutrina do *purged taint* ou dos vícios sanados, a prova benéfica em prol do acusado, o princípio da proporcionalidade ou *balancing test,* a destruição da mentira do imputado, a teoria do risco, a *plain view doctrine* e os campos abertos, a renúncia do interessado, a infração constitucional alheia, 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*. Ao 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, faz-se 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, ou seja, para que uma pessoa seja indiciada ou denunciada pela prática de um crime se reclama que, antes, tenha sido apurada a sua *culpa sumária,* que se consubstancia 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 idéia 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, torna defesa 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) 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 trata-se de pessoa guiada pela imparcialidade no sentido de que não age movida pelo *ódio* ou *sentimento de vingança*, senão pelo interesse em estabelecer a verdade e laborar quanto à realização da justiça. Ademais, sublinha-se que o manejo da ação penal pelo *parquet* revela, antes de mais, que ela se cuida 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 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 enfoque, tendo como *norte* as idéias da denominada *justiça restaurativa*.

O item 9.4 foi destinado para cuidar das cláusulas constitucionais que têm como escopo tutelar a inviolabilidade da intimidade, tanto as que dizem respeito à vida privada, à imagem quanto a inviolabilidade do domicílio e o 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 a nossa cultura jurídica 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* a serem

emprestados às expressões *casa*, *morador*, *noite* e *determinação judicial*, as quais se prestam para denunciar o verdadeiro alcance da norma em foco. Em seguida, evidenciam-se 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 apenas 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 obséquio ao seu comando não se 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 contexto do princípio da ampla defesa inclui-se o direito ao silêncio, pois, tal como ele foi inserido dentre os direitos fundamentais, tem-se que se trata da garantia de que o acusado não pode ser obrigado a produzir, à força, prova contra si, sem que isso possa servir de fundamento para a sua condenação, o que tem o condão de transformar o *interrogatório* em direito à autodefesa[15]. 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, inclui-se a *delação premial* 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

[15] Verifique-se que o direito ao silêncio, antes da Constituição de 1988, já estava previsto no Código de Processo Penal. Acontece que, na redação originária do CPP, somente modificada recentemente, o juiz podia invocar o silêncio do acusado como forma de fundamentar o decreto condenatório. A partir da edição da Constituição de 1988, em virtude de o silêncio passar à categoria de direito fundamental, tal disposição infraconstitucional foi considerada revogada.

objetivo de admissibilidade da manifestação recursal. Encerra-se o item 9.5 com a troca de idéias 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 o sistema prisional contemplado como medida processual. Em razão da forma assistemática com a qual a matéria é disciplinada na atualidade, principia-se o exame do assunto por meio de exposição histórica do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro e a forma como ele foi concebido no Código de Processo Penal de 1941, com as posteriores modificações ocorridas ao longo do tempo, que, ao invés de servirem para aprimorá-lo, serviram para desconstruí-lo. No desencadeamento lógico do tema, expõe-se a forma como a prisão processual foi tratada na Constituição de 1988, com a contemplação de 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, ressaltando-se a sua natureza acautelatória, até mesmo daquela decretada com a sentença, tendo em conta a ausência de bons antecedentes ou de primariedade do condenado. Destaca-se a relevância da adoção de medidas alternativas à prisão processual no nosso sistema jurídico, para, de outra banda, imiscuir-se na discussão sobre a natureza jurídica da *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-se nesse 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 8.072, de 1990, 9.034, de 1995, e 9.613, de 1998, 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*. 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 finda fazendo

com que se dê tratamento mais rigoroso aos crimes de menor potencial lesivo, 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).

d) Últimas considerações à guisa de primeiras palavras.

Não se trata de mera retórica ressaltar-se, neste instante, que a pretensão embutida com a apresentação dessa tese não é brindar a comunidade acadêmica com 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 idéias propriamente inovadoras ou revolucionárias. Não se ousaria a tanto. Todavia, não seria despropositado dizer que o estudo agora submetido à crítica de quantos se derem ao trabalho de lê-lo 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 idéias das idéias – 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 ocupado a atenção e assanhado a mente de quantos têm se debruçado na tarefa de perquirir o alcance dosdireitos fundamentais relativos ao ambiente criminal.

PARTE PRIMEIRA

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 conseqüências daí emergentes, merecendo menção especial as diferenças e os conflitos gerados em virtude da própria convivência em grupo[16]. ARISTÓTELES[17], 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 *necessário*[18], não foi imposta ao homem, mas sim 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 COLANGES[19], 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 muito 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

---

[16] 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 isso fosse estabelecido como a verdade das verdades (cf. *Ismael*: um romance da condição humana. Tradução Thelma Médice Nóbrega. São Paulo: Petrópolis, 1998.

[17] *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995. p. 14.

[18] 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).

[19] *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.

os seus próprios deuses e somente com o passar do tempo estas, para atender as suas necessidades que não se continham no mundo estreito dos laços de parentesco, sem prejuízo da religião específica professada, uniram-se, a fim de celebrar outro culto que lhes fosse comum, formando o que se chamou de *fratia* (pelos gregos) e de *cúria* (pelos romanos). A partir daí advieram as *tribos*, também com um culto especial e, por fim, da reunião destes formaram-se as *cidades*[20].

A sociedade, que é da condição humana[21], 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, confere segurança e insegurança, previne e produz a criminalidade[22]. 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 mal[23] ou que, a despeito de serem portadoras de elevados padrões ético-morais, em alguns momentos, cometem, pelos mais diversos fatores[24], deslizes que afrontam os bens jurídicos

---

[20] Em sua filosofia, ARISTÓTELES explicava que a família foi a primeira sociedade naturalmente constituída, cuja finalidade era atender as 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).

[21] 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.

[22] 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.)

[23] 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.

[24] FERRI, em doutrina ainda plenamente aceitável, identifica cinco categorias antropológicas de delinqüência: a) delinqüente nato; b) delinqüente louco; c) delinqüente habitual; d) delinqüente ocasional; e e) delinqüente 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 psicologia e y en la psicopatologia criminal. Trad. J Masaveu y R. Rivero de Aguilar. Madrid: Editorial Reus S.A – , FERRI faz profundo estudo sobre as duas primeiras categorias de delinqüência e discorda que exista uma sexta espécie – delinqüente político –, pois, em verdade, "la observación de los hechos, prescindiendo de las abstracciones, fantásticas o interessadas, demustra incontestablemente que los homicidas politicos pueden pertenecer, y pertenecen en los diversos casos, a una u outra de las cinco categorías de delicuentes." (p. 344).

mais caros da sociedade[25]. Com isso se pode dizer que o crime não existe senão em sociedade 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 idéia de que a forma de encarar o fenômeno criminógeno 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 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.[26]

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 filosófico[27] e, mesmo que não se concorde, em sua inteireza, com essa assertiva, não se pode deixar de reconhecer, forte no pensamento de

---

[25] 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 revolucionária que identifica a inteligência humana no equilíbrio emocional e mostra os diversos fatores que fazem com que a paixão domine a razão e impulsione ações violentas e inexplicáveis, mesmo em pessoas da melhor índole e que não possuem características delinqüentes ou mesmo impetuosas. (Cf. *Inteligência emocional*. 29. ed. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995).

[26] 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 normativação dos direitos do homem, o que se permite observar que desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, a idéia 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 7.2.6, infra).

[27] 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 obra, a declaração da vontade, o dolo e a culpa* (*Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 191).

CARRARA, a *origem filosófica do juízo penal*[28], lição corroborada por BETTIOL, ao assegurar que o Direito Penal e Processual Penal *nasceram como filosofia*[29].

Por fim, resta esclarecer que a idéia criminal sempre levou em conta o *procedimento/instrumento* pertinente para a aplicação da sanção, circunstância que não escapou da argúcia de CARRARA[30], a ponto de o insigne mestre italiano arrematar:

> A idéia 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 são criadas tendo como suporte apenas a percepção intelectual, uma vez que provêm dos fatos sociais que, pela freqüência de suas ocorrências e conseqüências 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 ressaltado no início, o comportamento antagônico com 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 - pois somente passou a ser prevista nos

---

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

[29] BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Tradução de 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)

[30] *Programa do curso de direito criminal.* p. 289. Essa obra fundamental de CARRARA foi escrita em 1859.

ordenamentos jurídicos depois da ampla reforma criminal implementada com esteio nas idéias 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 brasileira[31].

Do mesmo modo, observar-se-á que, consoante as próprias palavras de FERRI – juntamente com LOMBROSO e GAROFALO formaram o tripé doutrinário da *Escola Positiva* –, a maior reforma a ser empreendida com as novas idéias 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 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

[31] 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).

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 *delinqüente*, em detrimento da *legítima* e *necessária* atuação do Estado no sentido de puni-lo, razão pela qual o processo penal deveria revistir, 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 idéia central do processo penal era a *defesa dos direitos fundamentais*, enquanto na segunda, a *defesa social – defesa do Estado*[32].

Os últimos esclarecimentos se impõem. Evidentemente que não há como delimitar concretamente o surgimento de cada corrente de pensamento, até porque idéias *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 idéia 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 daquelas derivaram, algumas dando ênfase à autuação *repressiva* do Estado, outras conferindo maior relevância para a *proteção do cidadão* contra os abusos que podem ser praticados no exercício do poder-dever de punir.

Para uma melhor compreensão do assunto, será feita uma 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

---

[32] 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 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

contramarchas 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 idéias da corrente *abolicionista contemporânea* e outros estudos que têm como base um sistema criminal democrático.

1.1- Pensamento natural ou primitivo.

Conforme examinado acima, desde as primeiras civilizações, sempre existiu o crime, destacando-se este como o efeito mais negativo da vida em grupo. O *crime*[33] é um fato social presente entre os homens desde os primeiros instantes da sociedade[34] e, enquanto esta houver, aquele, em maior ou menor grau, haverá[35]. 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 mais negativo os conflitos, a violência, a corrupção, enfim, o ilícito cível e penal[36].

---

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).

[33] 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.

[34] O crime é ofensa a bem jurídico alheio, ainda que pertença ao próprio agente, 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 interesse social nem a tutela do Direito.

[35] Essa idéia 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 produz apenas as distorções sociais e a miséria, ou mesmo a 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 *delinqüência de inadaptação*, que compreende a *pequena e média criminalidade*, convivem a *delinqüência de adaptação*, que tem como móvel a *integração* e a *ascensão sociais* e, por fim, a *delinqüência de sobreadaptação*, que agrega os tradicionais crimes do *colarinho branco (white color)*, na qual se observa que aos seus agentes não faltam poder nem riqueza – políticos, direitos de empresa etc. –, mas a facilidade de possuir mais poder ou/e riqueza. Cf. MAILARD, Jean. *Crimes e leis*. Tradutor Olímpio Ferreira. Lisboa: Gráfica Manuel Barbosa & Filhos ltda., 1994.

[36] 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 –

Quando se diz *ubi societas, ibi jus*, não há dúvidas de que a manifestação mais clara dessa parêmia é vista com os mecanismos de punição dos crimes, até porque as primeiras preocupações nas sociedades primitivas foram no sentido de coibir os atos violentos[37], no desiderato de colocar o mínimo de ordem na vida societária.[38] 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 conseqüente punição do agente. Por conseguinte, não se pode olvidar do acerto em se estabelecer que *ubi societas ibi crimem*, e que o homem passou milênios cumprindo e aplicando as normas por ele aceitas, sem se ocupar do significado lógico ou moral do Direito[39].

1.1.1 – Vindita como idéia inicial do poder-dever 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 idéia *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 religiosas[40].

Ao lado do crime, como conseqüência própria do sentimento humano, não se há de olvidar a existência da reprovação moral contra o agente que pratica a conduta dissonante com os valores sociais e, ainda, da comiseração pela vítima. Essa sensibilidade

---

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).

[37] 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.

[38] 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)

[39] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 2.

[40] MIGUEL REALE acentua que somente muito tempo depois é que a humanidade passou a estudar o Direito como uma categoria autônoma, configurando-se, essa tomada de consciência do Direito, *"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)

humana sem o viés jurídico-científico, cuja inquietação consistia no esforço da autoproteção por meio da punição exemplar, deu lugar ao *sentimento atávico de vingança*[41], que corresponde ao que aqui se convencionou chamar de *pensamento primitivo* e outros de *período primitivo ou consuetudinário*[42]. VON LISZT[43] 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 idéias e sentimentos fundamentalmente semelhantes. A *vingança privada*, lembra ADOLPH PRINS[44], é "a mais antiga e a mais rudimentar manifestação de uma reação social contra os actos que perturbam as relações sociais".

Na ótica desse *pensamento humano natural* – sentimento atávico de vingança – [45], 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 LISZT[46], 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"[47] (Grifo do original). O autor alemão, sufragando a idéia 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 punitiva[48]. 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

---

[41]FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal:* o criminoso e o crime. 2. ed. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 28.
[42]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).
[43] LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell Editores, 2003. v. 1. p. 44.
[44] Ibid., p. 16.
[45] 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).
[46] Op. Cit. p. 16.
[47] Op. Cit., p. 76.
[48] PRINS sustenta que o direito de vingança privada encontra fundamento na idéia da *fraternidade do sangue, da solidariedade familiar* e no *restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo ataque* (*Ciência penal e direito positivo.* p. 17)

do agressor, porquanto se estendia contra o grupo do qual este fazia parte[49]. 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 que

> 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'[50].

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 Estado[51], ou seja, a partir de quando um poder social 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 penal[52].

Nesse passo, FERRI[53], 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

---

[49] 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.

[50] Ibid. p. 45.

[51] Conforme se verá adiante no tópico 4.1, infra, conquanto 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 lento processo político, não há uma data que determine quando ele começou ou terminou –, o certo é que ele, na sua concepção moderna, começou a aparecer a partir do Século XV. De todo modo, o Direito Penal, como ciência autônoma, como adverte BETTIOL, é conquista recente, pois somente exsurgiu com a Escola Clássica, quando se inicia a sua fase propriamente jurídica, o que somente ocorreu no início do Século XIX. (BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1973. p. 16-18).

[52] BETTIOL, embora chame a atenção para o fato de que o Direito Penal, tomando-se como parâmetro o Direito Civil, é uma 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* .

[53] *Princípios de direito criminal.* p. 33.

(tribais). O próprio CARRARA[54], que foi um dos expoentes da Escola Clássica[55], 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 PRINS[56], 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 BECCARIA[57] ,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*[58].

1.1.2 – Excessos da vingança privada e as preocupações 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* –

---

[54] *Programa do curso de direito criminal.* p. 289.
[55] 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.
[56] Op. Cit. p. 16.
[57] Cf. *Dos delitos e das penas.* Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
[58] NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito Penal*. Tradução Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 1. p. 1.

olho por olho, dente por dente[59] – 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 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 pecuniária[60].

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*[61]. 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 conseqüente diminuição dos poderes de vingança da vítima e de sua família, teve em mente pré-traçar 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, FERRI[62] 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)".[63]

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 provas[64]. Com efeito, no Código de Hamurabi, que é o referencial normativo

---

[59] 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)

[60] PRINS. Op. Cit. p. 17-18.

[61] Ibid., p. 18.

[62] *Princípios de direito criminal*. p. 34.

[63] Conforme será examinado no decorrer deste estudo, o surgimento propriamente dito do Direito Criminal, que se deu com a Escola Clássica, contém impregnada essa idéia de limitação do direito de punir. Ainda que aqui e ali essa perspectiva seja esquecida, mesmo hoje, em um ordenamento jurídico democrático, a norma penal, acima de tudo, é vista sob o prisma *garantístico*, cujo suporte principiológico encontra guarida nos direitos fundamentais e demais normas plasmadas na Constituição e nas declarações internacionais dos direitos humanos.

[64] 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.

mais antigo que se tem como parâmetro[65] – 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 afirmações[66], o falso testemunho[67] e a prevaricação dos juízes[68]. Observa-se, por conseguinte, que os primeiros artigos do Código de Hamurabi se ocuparam das normas 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.[69], redigido em linguagem poética e organizado em forma de livros – ao todo continha doze livros –[70], manteve a idéia 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 provas, 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

---

[65] 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 hammurabi*. 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.

[66] 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 hammurabi*. 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 conseqüências 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.

[67] 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).

[68] 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 revela 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).

[69] 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).

[70] É considerado, tecnicamente, o primeiro código da história.

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)[71], PLATÃO (428-348 a.C.)[72], ARISTÓTELES (384-322 a.C.)[73], 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, do 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 delinqüente é incurável, a morte será para ele o menor dos males"[74].

---

[71] Apesar de não existir o registro de nada escrito por SÓCRATES, ele é considerado um dos maiores filósofos da história. Vivia 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.

[72] 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.

[73] Foi 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 idéias eram reacionárias, como as que justificavam a escravidão, a pena de morte e a inferioridade da mulher. (Cf. ARISTÓTELES. *Tópicos:* dos argumentos sofísticos. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983.)

[74] 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, contra 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 idéias 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).

Importa considerar que a concepção *aristotélica* da formação orgânica do Estado, embasada na 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 em 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 religiosa[75].

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 mostrava suficiente 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*[76]. 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

---

[75] 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 idéia 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.

[76] 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

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"[77]. ROUSSEAU[78], explicando a razão pela qual, em um primeiro 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 pias das nações a recorrerem 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, obedecesse com liberdade e suportasse docilmente o jugo da felicidade pública.

Eis aí a segunda concepção da justiça criminal, de criação religiosa[79], 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

---

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.

[77] 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 atribuísse superioridade a seres que eles sobrepujavam na força." (Op. cit., p. 284).

[78] *O contrato social*. In: *Jean-jacques rousseau e o contrato social*. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 118-119.

[79] 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. *Cidade antiga:* estudos sobre o culto, o direito, as instituições da grécia e de Roma. p. 28)

brutais que, perpetuando as guerras privadas, ensangüentava a Terra."[80] Como se vê, a transposição da concepção da vindicta privada para a religiosa representou uma maior humanização das punições[81] 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 na base jurídica da concepção penal, que se estende até a secularização. Opõe-se à vindicta privada e ao processo das ordálias, 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 privada[82]. 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.[83] Na doutrina eclesial, o príncipe e o magistrado exercem o poder por inspiração deífica e estes, por *delegação divina*, são que possuem poder punitivo, e não o ofendido ou a sua família.[84]

A pena, no Código Canônico, tinha duas finalidades: castigo divino e purificação da alma do agente[85], sendo a confissão o escopo fundamental, erigindo-a à categoria de *a rainha das provas*, não apenas como forma de obter o arrependimento do réu, mas de *tranqüilizar a consciência do juiz acerca da culpabilidade do imputado*[86]. O

---

[80] CARRARA. Op. cit., p. 284.
[81] Embora represente uma suavização da forma de punir, o Direito Canônico previa punição severa para alguns crimes, como era o caso da feitiçaria.
[82] CARRARA faz ver que "O conceito de justiça não podia ser aceito nessa sua primeira promulgação, se não se associasse à idéia de uma força divina misteriosa, invisível, mas pairando acima de todas as criaturas. (Idem.)
[83] 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)
[84] FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. p. 40.
[85] FERRI elucida que o Direito Penal eclesiástico, 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)
[86] Ibid. p. 40.

processo judicial com a influência canônica era marcadamente inquisitório e, calcado na confissão, finda adotando a tortura como meio de prova[87].

A concepção religiosa introduziu no processo penal profundas modificações, sendo as mais importantes a adoção do sistema inquisitivo e a busca da verdade real por meio da tortura[88], aplicada largamente como forma de obter a confissão, que servia não apenas como prova irrefutável da culpabilidade, mas também como demonstração de expiação da culpa.

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 na órbita política. Aparece com o Renascimento[89], 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 idéias interrogando os dogmas, doutrinas e opiniões então aceitas, além de apresentar respostas mais adequadas a

---

[87] Ibid. p. 40. BOBBIO lembra que SÃO TOMÁS, arraigado à idéia aristotélica da formação orgânica do Estado, defendeu, em seus 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" (*A era dos direitos.* p. 181), concluindo, assim, que seria louvável e salutar "matá-lo para salvar o bem comum" (Ibid. p. 181).

[88] 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.) Não se queira, por conseguinte, dizer que a tortura tenha tido origem por influência do Direito Canônico.

[89] 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

essas inquietações, fornecendo os alicerces para a libertação dos cidadãos, dos senhores feudais e do poder da igreja[90]. A proposta do Renascimento era *voltar às fontes do saber*, sendo a principal delas o *humanismo da Antiguidade*[91].

De todo modo, para fins metodológicos, pode-se dizer que a justiça criminal, com supedâneo nas idéias 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*[92]. Ao tempo em que o desenvolvimento das relações comerciais fortalece os Estados e elimina paulatinamente as fronteiras, as *cruzadas* dão origem 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 conseqüência, novo tipo de delinqüência, 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 crimes[93].

Afirma PRINS[94] 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 Estado[95].

Teixeira. In: *Enciclopédia Barsa*: Renascimento. Rio de Janeiro – São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1989. v. 13. p. 264-279.

[90] É importante consignar que o pensamento renascentista ganhou fôlego com a invenção da imprensa, pois isso contribuiu para a difusão de suas idéias 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.

[91] 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. Op. cit., p. 266).

[92] 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, 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).

[93] PRINS. Op. cit., p. 19.

[94] Ibidem.

[95] 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*

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, em que a intimidação é o seu princípio retor. 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 insere, no ordenamento jurídico, os mecanismos mais bárbaros, não apenas no propósito de punir, mas também, o que é pior, no escopo de descobrir a verdade[96]. O corpo do homem, que era o objeto da pena, além de se manifestar como o responsável pelos atos criminosos, transforma-se, de igual forma, no objeto do processo, devendo merecer provações para esclarecer o crime.[97]

Estamos na 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 crime[98]; depois, com a aplicação da pena,

---

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).

[96] 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 forca, 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 esquartejamento, decapitação, estrangulamento, enterro em vida, etc.). Cf. FOUCAULT. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão.

[97] FOUCAULT explica que, na base dessa concepção política da justiça criminal, encontrava-se a idéia 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 eloqüente 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*: nascimento da prisão. p. 11-32). Cf. Idem. *Microfísica do poder*. 17. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979).

[98] 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). 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. (Ibidem. p. 35)

que deve ser corporal, em cerimonial realizado diante da sociedade, para servir de exemplo e atuar como medida de prevenção geral. A prisão era prevista, de regra, apenas como 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 acusado[99]. O processo não era do conhecimento do acusado, tornando-se o saber do drama judiciário privilégio único e exclusivo da acusação[100]. 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 teria direito. Era a influência, ainda, de alguns dogmas da concepção religiosa. Informa FOUCAULT[101] 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 Soberano e os seus juízes direito absoluto e poder exclusivo para encontrá-la, tratando os juristas da Renascença de desenvolver a doutrina quanto à natureza e à eficácia das provas.

1.3.2 – Primeiros esboços da doutrina criminal.

Nesse período, não havia ainda uma doutrina criminal, até porque, como sustenta FERRI[102], somente após a fase dos glosadores é que são encontradas *as primeiras afirmações da doutrina criminal*, isso nos albores do Século XIII. Conforme FERRI[103], o desenvolvimento autônomo da doutrina criminal coube aos administradores da justiça,

---

[99] Ibid. p. 35.
[100] Ibid. p. 35.
[101] Ibid. p. 35.
[102] *Princípios de direito criminal*: o criminoso e o crime. p. 46.
[103] 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 juízes assessores, recrutados dentre pessoas com conhecimentos jurídicos (Ibidem. p. 46).

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 sistemática[104], para, porém, logo depois, experimentar um declínio nos séculos XVI e XVII, uma vez que as publicações, nesse intervalo de tempo, resumiram-se a compilações e dicionários.[105]

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 traduzidas[106]. LISZT[107] reconhece a penetração e influência dos estudos jurídicos dos jurisconsultos práticos italianos na Alemanha, cujos trabalhos, conhecidos por meio de manuscritos e de impressos, foram inseridos na literatura jurídica e popular alemã, circunstância corroborada por HANS WELZEL[108], 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 penal[109]. Evidencia LISZT[110] que a Constituição Criminal Carolina, "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 secundário[111].

---

[104] Ibidem., 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.
[105] Ibidem. p. 46.
[106] Ibidem. p. 46.
[107] Op. cit. p. 95. LISZT mostra a sua insatisfação diante da constatação de que, nada obstante o Renascimento doutrinal do Direito 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." (Ibidem. p. 105)
[108] WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*: parte geral. 11. ed. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez. Santiago: Editorial jurídico de Chile, 1976. p. 23.
[109] HANS WELZEL registra que a legislação alemã dos Séculos XV e XVI foi fortemente influenciada pela doutrina italiana. (Ibid. p. 23.)
[110] Op. cit., p. 99.

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 retor 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.)"[112], 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"[113], somente lhe sendo dado utilizar-se da analogia nos casos de lacunas legais[114]. De qualquer modo, conquanto a Carolina seja uma obra de conciliação e de moderação[115] e contenha uma acentuada atenuação das penas corporais com a aplicação das penas privativas em seu lugar[116], até a Revolução Francesa, o Direito repressivo, mesmo na Alemanha, possuía penas muito rigorosas.

PRINS[117] 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, porém, no final da Idade Média, o uso da repressão como forma de ostentação do poder do soberano[118] 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."[119]

---

[111] Isso reforça, uma vez mais, a maior preocupação que se teve, desde o início, com as normas processuais, diante da necessidade de se estabelecer as regras referentes à forma de realização dos julgamentos.
[112] WELZEL. Op. cit., p. 24.
[113] Ibid. p. 24.
[114] Ibid. p. 24.
[115] PRINS. Op. cit., p. 21.
[116] WELZEL. Op. cit., p. 24. Isso fomentou a criação da penitenciária de Amsterdã de 1595 (Ibid. p. 24)
[117] Op. cit., p. 20.
[118] 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.
[119] Ibidem. 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 nome[120]. 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*[121], 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 públicos[122]. Ademais, os poderes do juiz, como representante subserviente do soberano, no Estado absolutista, que não admitia a possibilidade de os indivíduos possuírem direitos inerentes à condição humana, oponíveis até mesmo ao poder estatal, não conhecia limites, era arbitrário e suscitava uma insegurança muito acentuada.

1.3.3- Escola Clássica[123].

Uma vez mais, os excessos do direito de punir, agora praticados pelo Estado como forma de firmar/reafirmar a sua autoridade, legavam 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 indivíduos[124]. As descobertas de COPÉRNICO (1473-

---

120120 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 tenha-se concentrado nas mãos eclesiásticas, diante da idéia da vingança divina, *puderam as autoridades seculares pouco a pouco arrancar do sacerdócio a autoridade judiciária* (Op. cit., p. 286).

121 Ibidem. p. 287.

122 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 orjias sangrentas ..." (Op. cit., p. 21). Não parece adequada a crítica lançada, até porque aqui ainda se tinha o embrião do Poder Judiciário, porquanto ele ainda não tinha independência em relação ao Executivo e estava a serviço deste como se fosse mais um de seus órgãos.

123 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.

124 As atrocidades das execuções públicas, precedidas de suplício com a utilização da roda, mutilações, chicotadas, arrastão por meio de cavalos, conta FOUCALT, 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 (*Vigiar e punir*).

1543)[125], KEPLER (1571-1610)[126] e GALILEU (1564-1642)[127], ao tempo em que desmistificaram a ilusão geocêntrica e antropocêntrica, conferiram as bases a um pensamento reformista das leis e das organizações políticas[128]. 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, serviram 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 conseqüências 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 XVIII[129]. 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

---

[125] O grande astrônomo polonês, durante o tempo em que viveu na Itália, acreditando na idéia 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)

[126] 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 o 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).

[127] 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 e, 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 Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 110-115).

[128] 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 aqueológicas. Cf. In: Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo/Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1980. v. 11. p.5980-5981.

[129] 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.

fim de assentar a liberdade quanto ao estudo das ciências da natureza. O Iluminismo[130], tencionando instaurar o livre-pensamento, hostiliza, sem ser anti-religioso, a fé nos milagres[131], 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 Igreja[132].

Desapartando-se do pensamento da Igreja e de ARISTÓTELES[133], os iluministas se escoram em nova filosofia, difundida por LOCKE (1632-1704)[134] e NEWTON (1642-1727)[135]. LOCKE, filósofo inglês fundamental para o desenvolvimento do

---

[130] 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).

[131] 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.

[132] O anti-autoritarismo 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 racionalista* despertou, em alguns, como MAUPERTUIS, BOUFFON, BONNET e ROBINET, o *panteísmo* e, em outros, como LA MMETRIE, HELVETIUS, D'HOLBACH, incluindo-se, entre esses, DIDEROT, o *ateísmo* e o *materialismo*. (GOMES. Op. cit., p. 1306).

[133] 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 qual ele só se afasta provisoriamente através de movimentos violentos)" (ARISTÓTELES. *Tópicos:* dos argumentos sofísticos. 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 (m) a plenitude da razão." (Ibidem. p. 19)

[134] As idéias 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 XVII, pelos iluministas franceses para fomentar as idéias 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).

[135] 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 religiosa, 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,

Iluminismo, na sua magistral obra o *Ensaio sobre o entendimento humano*[136], após demonstrar com habilidade que não existem idéias inatas no espírito humano[137], 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 social[138], criaram a sociedade política, cuja missão seria preservar a vida, a liberdade e a propriedade e, ao mesmo tempo, coibir e punir as malferições a esses direitos naturais.

Na idéia 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)[139] difundir a idéia de que há uma lei – a lei da gravidade de Newton – que rege a natureza e o universo inteiro[140], sendo inviolável, regular e racional, daí por que renega qualquer intervenção sobrenatural no desenvolvimento do mundo. VOLTAIRE, partindo do pressuposto de que Deus existe[141] e é livre[142], nega que

---

com o uso delas, como os planetas se movimentam em torno do sol, equacionou definitivamente a dúvida sobre o assunto. (HART, Michael H. *Isaac newton*. In: As 100 maiores personalidades da historia: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história. 7.ed. Tradução Antonio Canavarro Pereira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 55-60)

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

[137] VOLTAIRE, um admirador de LOCKE, desenvolve essa tese de que as idéias 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 idéia de um Deus" e ressalta, por fim, que "É com dificuldade que lhe (à criança) inculcamos tal idéia e, freqüentemente, 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)

[138] Essa idéia do pacto social tinha sido desenvolvida por outro filósofo inglês, THOMAS HOBBES. A diferença é que HOBBES 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)

[139] 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 famosa *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 idéias 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)

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

[141] 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*

Este 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), indo mais além da tese de GRÓCIO, em *O contrato social*, critica este por admitir a escravidão e acrescenta 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."[143]

Assim, na medida em que o movimento iluminista contesta o autoritarismo da Igreja, do rei e da Aristocracia, preocupa-se em estabelecer, de forma prática, o seu ideário humanístico[144] . Essa característica é o ponto de destaque do iluminismo francês que deu especial atenção para a necessidade de realçar as bases teoréticas 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-

---

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).

[142] 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*.

[143] *O contrato social*. p. 80.

[144] 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.

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 idéias desse movimento, CESARE BECCARIA (1738-1794)[145], na segunda metade do Século XVIII, mais precisamente em 1764[146] – antes, portanto, da Constituição americana (1787)[147] 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 segunda Escola Positiva.

Procurou BECCARIA, fundamentado no *utilitarismo*[148], difundir a idéia da concepção de um sistema penal embasado na legalidade pura quanto aos crimes e punições,

---

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.)

[145] 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.

[146] 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, diz que a maior parte do pensamento exposto era o resultado das conversações diárias entre ele (VERRI), BECCARIA, ALEXANDRO e LAMBERTENGHI. VERRI diz que foi ele quem deu o tema para BECCARIA e, durante à 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.

[147] 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 idéias verberadas por BECCARIA.

[148] 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 HOBBES, 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 te principles of morals and legislation*, editada em 1789. Para o mencionado filósofo, conforme os desígnios 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).

expungindo, assim, o arbítrio do juiz[149]. Sob a influência de MONTESQUIEU, desenvolve a idéia 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 feitura da lei[150]. Liberdade e legalidade, eis a base da doutrina. O preceito da legitimidade das leis e o seu papel de preservação da liberdade, sustentados por MONTESQUIEU[151] no *Espírito das leis*, e o do pacto social, defendido por ROSSEAU no "*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 poder-dever 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 demais[152]. O direito de liberdade, com o pacto social, é entregue, como espécie de depósito, ao Estado, que haverá de restringi-lo quando isso for necessário para o restabelecimento da ordem social[153]. Resoluto na idéia de limitar o arbítrio dos juízes, para BECCARIA[154] "somente as leis podem decretar as penas relativas dos 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 leis"[155].

---

[149] 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).

[150] VOLTAIRE dizia que o Estado ideal seria aquele em que não se obedece senão às leis (REALE JÚNIOR, Miguel. Op. Cit.).

[151] 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 encontra 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.

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

[153] 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 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.

[154] 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 (Ibidem. 43)

[155] 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

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, BECCARIA[156] 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 inaminados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor."[157]

Alargando as idéias da legalidade de MONTESQUIEU e de ROUSSEAU, BECCARIA[158] 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 indícios*[159] – 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 juiz[160].

à lei; a conseqüência 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).

[156] Op. cit., p. 44.

[157] Op. cit., p. 176. MONTESQUEIU, 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).

[158] Ibid. p. 168.

[159] Esses foram os tipos de prova mencionados por BECCARIA.

[160] 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

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

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; de o juiz não ter limites em sua atuação, cuja vontade ficava subjugada apenas à vontade do soberano; dentre outras questões, BECCARIA deslocou o foco do raciocínio político de LOCKE para o âmbito criminal, desenvolvendo a idéia 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 o processo criminal, instrumento do qual se serve o Estado para levar a efeito a persecução do agente que pratica o delito. A concepção do Estado liberal-democrático, pensado e difundido pelos iluministas, foi transposto 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 idéias 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 determinada cada homem nas ações mais importantes das provas"[161]. 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.

Rechaçou os julgamentos e as acusações secretos, na certeza de que, sendo públicos os julgamentos, "a opinião pública, que é talvez a única fortaleza da sociedade,

---

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.

[161] Ibid, p. 46. Previu o princípio da verdade real.

imponha (impõe) freio à força e às paixões"[162]. 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. BECCARIA mostrou a contradição existente entre os que não aceitavam os interrogatórios sugestivos, mas, de outro lado, defendiam a tortura como instrumento para o *descobrimento da verdade*, e indagava: "qual interrogatório será mais sugestivo do que a dor?"[163] 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 descobrimento 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 1988, e não se possa esconder que ela foi praticada, às escâncaras, durante os regimes ditatoriais de VARGAS e dos militares, ninguém, nos meios científicos, há bastante tempo, tem a ousadia de contestar a prevalência dessa idéia.

Na mesma linha de raciocínio, criticou os juramentos que os réus eram obrigados a fazer, nos interrogatórios, de dizer a verdade, 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"[164], fornecendo, assim, 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 encartada no nosso ordenamento infraconstitucional (cf. item 9.5.2 e 9.5.2.1, infra).

---

[162] Ibid, p. 47. Estabelece aqui o princípio da publicidade.
[163] Ibid., p. 53.
[164] Ibid., p. 54. BECCARIA, com suporte no *racionalismo*, alerta que "... tem-no provado também a razão, que declara inúteis e, por conseqüência, prejudiciais, todas as leis que se opõem aos sentimentos naturais do homem".

Em outra passagem[165], BECCARIA volta a falar da tortura, agora para rebater a crueldade desse método, "... abuso que não deveria ser tolerado no século XVIII[166]." 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"[167], criando as raízes do princípio da *inocência ou da não-culpabilidade*[168]. 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 retor 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 dos delitos[169], mas, de todo modo, reconheceu a necessidade de a lei (processual) preceituar o tempo e os meios oportunos de defesa do acusado no processo criminal, sem que isso prejudique a *rapidez da pena*[170]. Esse preceito, conquanto não tenha merecido agasalho em dispositivo expresso nas constituições de alguns países, como é o caso do Brasil, restou sufragado em declarações internacionais.

---

[165] 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 idéias. Escreveu a sua obra deixando fluir as idéias refletidas desde algum tempo. Na já mencionada carta de VERRI, este relatou que BECCARIA escrevia com esforço e, "... depois de uma hora pára e não pode continuar" (*Dos delitos e das penas*, p. 20) e que ele "... começou a escrever algumas idéias em dois pedaços de papel soltos, mas foi ajudado, com entusiasmo, e estimulado pelo grupo, daí sendo escritas grande quantidade de idéias." (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)

[166] Ibid., p. 59.

[167] Ibid., p. 55. Embasado na sua concepção humanística, BECCARRIA 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)

[168] 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.

[169] Ibid., p. 60. Fixou o princípio da celeridade processual, aqui com o argumento de que a demora da aplicação da pena, e conseqüente 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).

[170] Note-se que, no nosso ordenamento processual penal, o prazo para a defesa prévia e para as razões finais, no procedimento ordinário, é de apenas três dias e, em regra, não há recurso da decisão interlocutória, o que se mostra afinado com as bases teóricas lançadas por BECCARIA.

Ao meditar sobre a presteza da pena, BECCARIA, de soslaio, fala da prisão preventiva[171] e, ao argumento de que a própria privação da liberdade, em rigor, trata-se de uma pena, "... não pode preceder à sentença senão quando a necessidade o requer", daí por que, para ele, essa modalidade de prisão "... somente a necessária ou para impedir a fuga, ou para não ocultar as provas dos delitos[172]", dando-lhe 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 delito[173]; a concepção do crime como um fato jurídico; a moderação das penas como forma de humanizá-lo[174]; a certeza da aplicação da pena, e não a sua crueldade, como verdadeiro freio à prática dos crimes[175]; o tratamento da pena como forma de defesa da sociedade, afastando a sua idéia de vingança[176]; a eliminação de alguns crimes como o adultério e, acima de tudo, a defesa da abolição da pena de morte[177] e, enfim, a defesa

---

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

[172] Como se verá mais adiante, 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".

[173] Naturalmente 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)

[174] 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 de 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*.)

[175] 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)

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

[177] 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*,

do Direito Penal mínimo[178]. Ainda assim, não restam dúvidas de que a contribuição de BECCARIA, no âmbito do Direito Processual Penal, foi de dimensão incomensurável e não é despropositado dizer que foi mais incisiva até mesmo do que a que foi dada ao Direito Penal. 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. O que BECCARIA estabeleceu foram verdadeiros princípios filosóficos e políticos da ciência criminal, mas do exame acurado da obra do grande marquês se observará que, se a maior parte do pequeno grande livro não é destinada à teoria humanística do processo penal, as idéias insculpidas por ele, dessa ordem, 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[179].

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

Interessa ressaltar que se BECCARIA não era jurista, ele também nunca nem chegou a ser considerado um grande filósofo. Aliás, os grandes filósofos da história, em verdade, sempre foram favoráveis à pena capital e, ademais, omitiram-se em contestar a crueldade dos procedimentos criminais. Na introdução dos *Delitos e das penas*, BECCARIA[180] 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."

---

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).

[178] 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".

[179] Mais adiante esse tema merecerá aprofundamento.

[180] Op. cit., p. 36.

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 moral[181], 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 rousseaniano –, 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"[182], daí por que ele era um adepto incondicional do "estado de direito" e defendia, contrariando a idéia revolucionária lockeniana, que não se podia opor à aplicação da lei[183]. 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 determinadamente a qualidade e a quantidade da pena ..."[184], 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 homem[185]. 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.

---

[181] PRINS. Op. cit., p. 22.

[182] 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 do obra dos *Dos delitos e das penas* (1764), da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão (1789).

[183] 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 Assembléia Constituinte encarregado de elaborar a Constituição Francesa após a revolução, em vários momentos, reafirma a sua doutrina da legalidade.

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

[185] Ibid. p. 177.

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 morte.[186]

Todavia, muitos filósofos e juristas aplaudiram as idéias de BECCARIA, que se constituíram nas 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[187] 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 FERRI[188] que o *frêmito entusiasmo* com a série de reformas propostas por BECCARIA 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

---

[186] 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*.

[187] 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.

[188] *Princípios de direito criminal*. p. 50.

> 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 humanitária[189], que tinha como idéias 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*[190].

PRINS[191] 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 ela 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 idéias 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, BETTIOL[192] lembra que, até os fins do Século XVIII, antes das idéias 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, "... pôde ignorá-lo porque ele é o marco criador, é o ponto de partida da ciência do direito e do processo penal".

---

[189] Alguns doutrinadores chegam a chamar essa corrente de pensamento de *Escola humanitária* (PRINS. Op. cit., p. 23) e outros, de *Período Filosófico* (Ibidem. p. 111).

[190] 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 com 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.

[191] Op. cit., p. 23.

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), CAMIGNANI (1768-1847), FRANCESCO CARRARA (1805-1888), ELLERO (1833), e PESSINA (1828-1917). A fundamentação jurídica da Escola Clássica teve como maior expoente FRANCESCO CARRARA[193], que foi chamado o príncipe dessa corrente de pensamento. O venerado juspenalista italiano tratou de elaborar dogmaticamente o estudo do Direito Penal[194] de acordo com as idéias 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*[195].

Em sua monumental obra, o mestre CARRARA[196] adverte, logo no primeiro instante, seguindo as pegadas das preocupações filosóficas esposadas por BECCARIA, 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

---

[192] *O problema penal.* p. 15-16.

[193] CARRARA ainda hoje é considerado se não o mais eloqüente, 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 *ll professore* (CARRARA, Francesco. *O programa do curso de direito criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 1, p. 8.).

[194] 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)

[195] 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 idéia de que se prentende, com a doutrina expendida, "resumir na fórmula mais simples a verdade reguladora de toda a ciência" (Ibid., p. 23).

suas paixões." Essa é a idéia central de suas lições: ao invés de o Direito Penal ser considerado um instrumento de repressão, ele ".. é, ao contrário, protetor da liberdade humana"[197], razão pela qual "O ordenamento penal se destina à proteção da liberdade individual"[198]. Com a sua lógica jurídica, CARRARA[199], 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.[200]

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 legislador[201], 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."[202] 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 aplicação." Por isso mesmo, CARRARA[203] 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

---

[196] Ibid., p. 24.
[197] Ibid., p. 36.
[198] Ibid., p. 41.
[199] Op. cit., p. 36.
[200] Essa é a tese das limitações imanentes dos direitos fundamentais. Cf. item 5.7 e 7.2.2, infra.
[201] Nessa parte, como se vê, vai uma crítica a BECCARIA, quando este 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.
[202] Op. cit., p. 42.
[203] Ibid., p. 278-279.

hegemônica não apenas para o jurista e para 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 pena[204], CARRARA esclarece que as normas processuais visam atender não apenas os homens inculpados, 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*[205], de modo que "serve aos honestos, não apenas enquanto os ajuda na descoberta dos delinqüentes, mas como preservá-los de serem vítimas de erros judiciários; e, ainda, favorece devidamente os próprios culpados, enquanto impede que se lhes irrogue castigo que, ultrapassando a justa medida, viesse a constituir um fato delituoso"[206].

Forte nessa concepção, na ótica da Escola Clássica deduzida por CARRARA[207], "... 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."[208]

---

[204] Ibid., p. 43.
[205] Ibid., p. 27.
[206] Op. cit., p. 27-28.
[207] Op. cit., p. 28.
[208] Ibid. p. 28.

Em apertada síntese, pode-se dizer, servindo-se da autoridade de FERRI[209] , que a Escola Clássica "... teve uma orientação político-social em pleno acordo com as reivindicações dos 'direitos do homem'", razão pela qual, inspirada na doutrina do *direito natural* e valendo-se do *método dedutivo*[210] , como reação aos excessos da justiça penal, sedimentou as suas idéias 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*[211].

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 idéias 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-filósofico do processo penal, idealizado por BECCARIA, moldou a *Escola Clássica* em si, de modo que esta 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 velo 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.

---

[209] 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: "*Erico Ferri, en vez de venir a perfeccionarse, há venido a perfeccionarnos*" (FERRI, Enrique. *El homicida*. Tradução Jaime Masaveu. Madrid: Editorial Reus, 1930. p. 8).

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

[211] *Princípios de direito criminal*. p. 58-59.

Não sem razão, anota MARC ANCEL, entre as 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 Positiva[212].

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 alvitradas pelos reformistas não se fizeram sentir, naturalmente até mesmo diante das realidades culturais, sociais, políticas e jurídicas, com o mesmo avanço em todos os países. Se as reformas foram rápidas na Áustria, Rússia, Estados Unidos e na França[213], a pena de morte não foi de todo eliminada e alguns países, por um bom tempo, ainda mantiveram os suplícios[214] e outros, como a Inglaterra, registraram, ainda no ano de 1819, 223 execuções capitais, número superior ao ano de 1760[215].

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

---

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

[213] A pena de morte na Romênia foi abolida em 1864, em Portugal em 1867, na Holanda em 1870, na Itália em 1890, 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 naquela data tivessem diminuído os crimes que tinham como pena a morte, ainda mantinham 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).

[214] Conforme noticia ADOLPH PRINS, os rigores das penas corporais (chicotadas e varadas) sobreviveram na Inglaterra, Irlanda, Dinamarca, Suécia, e usada como medida disciplinar em prisões nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e Rússia.

[215] 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).

atores da Revolução Francesa[216], 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*[217]. Esse estado de coisas suscitou a mudança do foco das discussões, de modo a aprofundar debates sobre a natureza e as causas do crime, porquanto a *tese classicista* de que o crime advém da vontade de delinqüir, uma vez que o agente possui o livre-arbítrio de escolher, segundo a 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 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*[218].

A despeito da decepção com as fórmulas mágicas para o combate à criminalidade, exteriorizadas pela Escola Clássica, que se apoiava no *racionalismo metafísico*, uma nova corrente filosófica criminal, com algum apoio na doutrina de

---

[216] 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 sententa, 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)

[217] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 11.

[218] 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.)

AUGUSTO COMTE[219], surge já na primeira metade do Século XIX. Ela logo é denominada de Escola Positiva[220], alinhada que estava, pelo menos quanto ao método de investigação científica, ao *positivismo* de COMTE, doutrina assim denominada em virtude de o referido filósofo ter, em 1830, batizado 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)[221], 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 delinqüente*, 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 delinqüentes, 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*.

---

[219] Cf. DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André. Positivismo. In: *Dicionário de filosofia*. 2. ed. Tradução Marina Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996. p. 374-375. Positivismo. In: *Enciclopédia Mirador Internacional*. São Paulo – Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda., 1980. v. 17. p. 9238-9243.

[220] 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 idéias 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 crisão 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).

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 delinqüentes*, o que revela um determinismo dirigido por *tendências atávicas*, decorrentes fundamentalmente das *condições orgânicas do cérebro*[222]. Ancorado 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*[223], o mesmo se aplica aos homens, pois resta "... demonstrado que certos indivíduos são delinqüentes desde a primeira infância, qualquer que seja o peso das causas hereditárias ..."[224], em muitos deles nada influindo a educação[225].

Sem embargo do momento favorável, o pensamento verdadeiramente revolucionário de LOMBROSO[226], não apenas no campo jurídico como no médico – até por representar a mudança de um paradigma advindo de um movimento como o iluminista –, sofreu severas críticas. O próprio LOMBROSO, socorrendo-se das críticas construtivas feitas

---

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

[222] Na se pode deixar de mencionar que, 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 delinqüentes*, o que revela um determinismo dirigido por *tendências atávicas*, decorrentes fundamentalmente das *condições orgânicas do cérebro* (*O homem criminoso*. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. p. 23. Tradução da 5. ed.)

[223] 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 freqüentemente 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).

[224] Op. cit., p. 103.

[225] 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 de 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 inconteste de que a *causa reside no atavismo*. (Op. cit., p. 74).

[226] É inteiramente procedente a afirmação 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 penal não só teve de fazer referência aos dois, como as demais correntes de pensamento são variantes das escolas penais por eles criadas ou mesmo uma simbiose das duas teorias.

por criminalistas como FERRI (Itália, 1856-1929)[227] e GAROFALO (Itália, 1851-1934)[228], e mesmo de adversários como TARDE, cuidou de aprimorar o seu pensamento[229]. 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*[230] e admitiu que a sua doutrina, explicitada em sua obra fundamental, tinha aplicação apenas ao *delinqüente nato*, pois as outras formas de delinqüência, "... que têm como origem a loucura, a ocasião, o alcoolismo, a paixão, estão estritamente ligadas às suas causas eventuais."[231]

1.3.4.2- Idéia 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 COMTE[232]. FERRI, que junto com GAROFALO, ocupou-se 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,

---

[227] 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 S*ociologia 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 delinqüentes: o instintivo, o louco, o habitual, o ocasional e o passional. Ele completou o pensamento de LOMBROSO, que se tinha ocupado apenas do delinqüente nato (FERRI preferia a expressão instintivo). Depois, LOMBROSO reconheceu que a sua tese, exposta em *O homem* delinqüente, 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. Com ele mesmo disse, com os *Principii di diritto criminale,* conclui a sua vida científica, fazendo a aplicação jurídica das doutrinas da Escola Positiva.

[228] 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*. Somente em 1928, como foi dito na nota anterior, é que FERRI cuidou de sistematizar o seu pensamento jurídico sob as bases da Escola Positiva.

[229] Na primeira edição, *O homem delinqüente* continha apenas 252 páginas, mas na quinta, que foi a última, ele já alcançava cerca de duas mil páginas (DIAS; ANDRADE. Op. Cit. p. 16).

[230] LYRA. Op. cit., p. 31-32.

[231] Op. cit., p. 502.

[232] LYRA. op. cit., p. 7.

MOLLESCHOTT, etc.)"[233], muito embora naturalmente admita 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"[234].

Na compreensão de FERRI, o *fato decisivo* que afasta a linha de pensamento da Escola Positiva da idéia tradicional – Escola Clássica – é o *método científico*[235], até porque, em relação às conclusões particulares, ele julga possível se estabelecer um acordo entre os adeptos do positivismo e do classicismo. Essa assertiva de FERRI, todavia, só é válida em termos. Que é possível a convivência até certo ponto harmônica, em um mesmo ambiente normativo, das idéias clássicas e positivas, não há dúvidas e a legislação criminal que se sucedeu é a mais viva prova dessa verdade, até porque, sem rodeios, pode-se afirmar que nenhum código penal ou processual penal hoje vigente segue, em sua inteireza, apenas uma das correntes. Depois do surgimento da Escola Positiva, assim como ocorreu com o aparecimento da Escola Clássica, nunca mais o Direito Penal e Processual Penal foram o mesmo, conquanto não todas, e em algumas partes, a sua aceitação tenha sido mais e em outras menos, o certo é que várias das suas concepções foram acolhidas nas principais legislações do mundo, passando a formar, ao lado das antigas lições criminais, um corpo legislativo sistemático.

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

---

[233] Op. Cit. p. 63.
[234] Ibid. p. 63.
[235] *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 que – "... vem esclarecida neste livro e sê-lo-á mas extensivamente num volume a seguir acerca da pena, do processo e da execução, completando 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." (Ob. 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 idéias básicas sobre o processo penal.

aplicação da pena, não basta ao juiz verificar, apenas, o fato delituoso, todavia perquirir do comportamento do agente, a fim de identificar a sua *periculositá* ou *temibilitá*[236] 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 personalidade[237]. Em compasso com essa ótica criminal, o *criminoso*, sendo o *protagonista da justiça penal prática*[238], deve sê-lo outrossim da ciência penal.

Adotando essa forma de ver as coisas, no discurso *positivista* pune-se o *delinqüente* 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 idéia *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 alvitrar 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 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 eram instrumentos a serviço do Estado eficazes à repressão penal. À idéia

---

[236] 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.

[237] A aplicação da lei pelo juiz, ainda que na seara criminal, não pode ser, como defendia Beccaria, uma mera operação mecanicista. 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 Filosofia de La Interpretación Del Derecho*. México: Editor Porrúa, 1973. págs. 231/232).

[238] Op. Cit. p. 66.

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 contudente, *repressiva* mesmo da Escola Positiva, como uma forma de dar uma 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 *delinqüente*[239], 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 delinqüência*[240]. De forma contundente, ele nega que o 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 proeminente*[241] e não aceita que o processo penal contenha uma relação jurídica na qual o acusado seja sujeito de direitos, sendo-lhe assegurado igualdade de tratamento na arena judiciária. No pertinente a essa última questão, FERRI[242], 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.

---

[239] A expressão foi utilizada por LOMBROSO no título de seu livro fundamental – *O homem delinqüente* – e foi acolhida, sem a menor restrição, por FERRI e GAROFALO.
[240] Op. Cit. p. 67.
[241] Ibid., p. 130.
[242] Ibid., p. 131.

Indo mais além, com suporte em discurso que não se contém ao perfil de um Estado democrático, FERRI[243], confirmando a sua rejeição à idéia 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 delinqüente 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 e dos cidadãos honestos em face dos criminosos. Nesse tortuoso caminho teórico, não é surpresa que FERRI tenha feito reserva à presunção de inocência[244,] até porque, para o mestre italiano, se é patente que o juiz não deve condenar os inocentes, não é menos procedente pôr em evidência que não se pode deixar a sociedade indefesa para com os culpados[245.] No livro *Criminologia criminal*, FERRI[246], com mais vagar, aceita que a cláusula da presunção de inocência, e com ela a regra do *in dubio pro reo*, possui um fundo de verdade e é mesmo obrigatória. No entanto, acredita que não deve ser aplicada nos casos em que ocorre a prisão em flagrante ou a confissão do próprio acusado e, igualmente, quando não se trate de um criminoso ocasional, porquanto, ao se tratar de criminoso nato, *o loco*, "... y para ser más preciso, el autor de una forma de criminalidade atávica.", deve militar contra o agente a *realidade mesma das coisas*. Assim, para FERRI[247], a presunção de inocência não pode ser absoluta, daí por que, na medida em que ela seja concebida como uma verdade relativa e, com isso, "... eliminando esta presunción ilógica, en todos los casos y en todos los períodos del juicio en que esté en contradicción com la realidade misma de las cosas, se suprimirá todo fundamento a las demás disposiciones procesales que en ellas se inspiran y que son verdaderamente contrarias a las razones más claras de justicia y de utilidade social."

Forte nesse conceito, FERRI[248] discorda que, em nome do princípio da presunção de inocência, ao acusado seja assegurado o direito de recorrer em liberdade, mesmo

---

[243] Ibid. p. 131.
[244] Ibid., p. 54.
[245] Op. Cit. p. 191. Como meio termo, ele sugere que, quando se trate dos *delinqüentes* menos perigosos, a interpretação deve ser *mais favorável* ao acusado, na hipótese de *delinqüentes* mais perigosos, *mais favorável à defesa social* (Ibid., p. 191-192).
[246] *Sociologia criminal*. Tradução Antonio Soto Y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora,. [?}. p. 194-195.
[247] Ibid. p. 194-195.
[248] Ibid. p. 194-195.

quando a sentença de primeira instância o tenha condenado por uma *forma atávica de delinqüência*[249]. Por outro lado, o mestre italiano não concorda que, nos casos em que, no julgamento colegiado, há empate ou que o acusado é absolvido por falta de prova suficiente para a condenação, ele seja considerado, na decisão, inocente, pois o mais correto, no seu pensar, conquanto fosse a absolvição, não deveria ser embasada na inculpabilidade[250].

Alargando o seu pensamento, FERRI[251], tendo em conta o (re)equilíbrio entre os direitos individuais e os sociais na seara processual, acredita que, em grau de apelação, nada obsta que a pena aplicada na sentença, mesmo não tendo havido recurso por parte do Ministério Público, seja aumentada pelo tribunal, pois a finalidade da instância recursal é justamente escoimar os erros verificados na primeira instância, razão pela qual, sob o mesmo prisma, alega que ainda que, assim como é possível em prol da defesa, a revisão criminal precise ser admitida para sanar vícios nos processos em que o acusado é absolvido.

Ainda embasado na necessidade de reavivar o princípio da igualdade entre as garantias do indivíduo que comete um crime e os da sociedade, crê FERRI[252] na necessidade de o processo criminal dar mais atenção para a vítima, servindo de instrumento para a resolução não só da questão penal, mas também para estabelecer *obrigação mais rigorosa e execução mais segura* da reparação do dano.

1.3.4.3 – Mutação do processo criminal liberal para o processo repressivo, na ótica de GAROFALO.

Percorrendo o mesmo caminho, GAROFALO, em linguagem também significativamente forte, tendo como pressuposto o determinismo positivista, embasado no

---

[249] De certa maneira, o nosso sistema processual atual adota essa idéia, pois, em consonância com os arts. 408, § 2º, e 594, ambos do Código de Processo Penal, quando o juiz, na sentença, reconhece que o acusado não tem bons antecedentes ou que ele é reincidente, pode, desde logo, decretar-lhe a prisão, salvo na hipótese de crime afiançável, em que deve ser arbitrado o valor. (Cf. itens 9.6.5.1.3 e 9.6.5.14, infra).

[250] Ibid., p. 196-197. FERRI dava como exemplo o que ocorria desde a época do Direito Romano, ao lado da absolvição e da condenação, havia o *non liquet*, para os casos em que a prova não era segura para a formação de um juízo de reprovação. (Ibid. p. 197). No processo penal brasileiro, como decorrência do princípio da presunção de não-culpabilidade (presunção de inocência), o juiz, sendo a prova insuficiente para autorizar a condenação, deve proferir a sentença de absolvição por insuficiência de provas, sem que isso implique o reconhecimento da falta de culpa (art. 386, VI, do CPP).

[251] Ibid., p. 197-198.

[252] *Sociologia criminal*. p. 199.

biologismo de LOMBROSO e no fatalismo psicossocial de FERRI, no livro *Criminologia*, irresignado com o excessivo formalismo e a demora dos processos, após sólidas considerações sobre o crime em si, fez várias sugestões para modificar, radicalmente, o código de processo. Alega GAROFALO[253] que a necessidade da prisão preventiva seja estabelecida pela lei, tendo como parâmetro a quantidade de pena prevista para o tipo de crime praticado, diante da *presunção* de que o acusado, nesse caso, tem a pretensão de fugir,

> ... em todas as ofensas a pessoas, enquanto dure a doença; em todas as offensas. Seja qual fôr o seu genero, capazes de provocarem uma provavel vingança de sangue; em todas as reincidencias e, em geral, em todos os delitos habituaes; em fim, em todos os casos em que a natureza do crime, a indole do réu e as condições ambientes possam fazer-nos receiar a ameaça, a intimidação e o suborno de testemunhas, o desaparecimento de vestigios criminaes ou qualquer meio de iludir e perturbar a acção do magistrado.

O que GAROFALO pretendia, como ele mesmo revela mais adiante, era que fossem preceituadas *fórmulas práticas* para as hipóteses de decretação da prisão preventiva, estreitando, o quanto possível, a casuística sobre a matéria, a fim de diminuir o arbítrio do juiz[254] e, por outro lado, não permitir, senão mediante o pagamento de fiança[255], a possibilidade de o réu responder ao crime em liberdade, além de torná-la obrigatória para determinadas espécies de crimes[256]. Insistindo em sua posição, alega que, autorizada a prisão preventiva apenas quando e enquanto ela for *necessária*[257], isso tolera a "... liberdade provisória de autores de estupros, de ferimentos graves, de homicídio frustrado e ainda, nas provincias meridionaes, de homicidio consumado."[258]. Ademais, para GAROFALO, uma disciplina mais rigorosa para a prisão preventiva, serveria, igualmente, para amainar o sentimento de impunidade que acomete o povo em geral, quando o autor do crime, após a sua

---

[253] Op. cit., p. 413-415. A primeira edição portuguesa do principal livro de GAROFALO, data de 1893.
[254] GAROFALO, R. *Criminologia:* estudo sobre o delicto e a repressão penal. 3.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916. p. 414.
[255] Justifica a necessidade do pagamento de fiança para o gozo do direito de responder o processo em liberdade, com o argumento de que até países como a Inglaterra, berço do habeas corpus, assim dispõe, e porque, "... além de ser uma garantia do cumprimento da pena, é ainda, segundo a intenção do legislador, uma garantia do pagamento das *despezas de enfermidade* e de *indemnisação de damnos* ..." (Op. cit., p. 415 e 417)
[256] Op. cit., p. 413. Aqui ele defende o que se denominou, mais tarde, *prisão preventiva obrigatória,* instituto que foi adotado na versão original do Código de Processo Penal em vigor, mas que, com a reforma de 1977, foi extinto.
[257] Recorde-se que BECCARIA entendia que a prisão preventiva, uma vez que tem como conseqüência suprimir o direito de liberdade, somente deveria ocorrer quanto houvesse *necessidade*.
[258] Op. cit., p. 416.

prática e mesmo, muitas vezes, depois de uma prisão difícil, é logo colocado em liberdade, voltando a ser visto nos mais diversos lugares[259].

Irresignava-se GAROFALO, por outro lado, contra a falta de eficácia da sentença condenatória, porquanto a mera interposição do recurso já era suficiente para impedir a sua execução, mesmo a estatística demonstrando que, em 1886, dos 23.1222 recursos interpostos, foram modificadas decisões de primeira instância em 7.329 dos casos e, mesmo assim, em 5.322 das hipóteses, houve apenas a diminuição da pena, sendo que somente em 2.067 dos casos, a anulação do processo ou a absolvição do réu[260].

Qualificando os seguidores de BECCARIA de *myopes progressistas*, GAROFALO contrapõe-se à transposição para o processo penal dos institutos do processo civil, pois, ao se procurar identificar a existência de duas partes na seara criminal – acusação e defesa –, como se fossem *credor* e *devedor* do processo civil, quiseram retomar *em toda a sua pureza o sistema acusatório*, circunstância que, no seu pensar, faz com que se regredisse aos tempos bárbaros, em que o processo se transformava em uma *verdadeira luta*, cuja índole, nas suas palavras, não é a *verificação e a homenagem a uma certeza absoluta*, mas o estabelecimento de uma *verdade relativa*, porquanto *não se procura saber se há um inocente ou um culpado*, mas quem é o vencedor[261]. Por isso mesmo, para GAROFALO, para a *verdadeira essência do processo penal*, o sistema mais pertinente era o *inquisitorial,* introduzido, na Idade Média, pela justiça eclesiástica, e adotado pela Franca, por meio de Luiz XII.

Na concepção de um processo penal mais célere e menos formal, para GAROFALO, não havia nenhuma necessidade de se instaurar fase para discussão sobre o fato, nas hipóteses em que o réu fosse pego em flagrante delito, assim como quando ele haja confessado a perpetração do ilícito, sem que exista motivo para acreditar em sua palavra. Para ele, assim como ocorria à época na Inglaterra, a discussão sobre o delito somente deveria caber quando o acusado declarasse a sua nulidade e estivesse a fim de produzir prova a esse

---

[259] Ibid., p. 419. Ele ainda tinha em consideração que, em liberdade, o réu tudo fazia para que o processo tramitasse em marcha lenta, o que fomentava a interposição dos recursos admissíveis.
[260] Ibid. MARIA TEREZA SEDEK, em pesquisa por ela feita, relata que, no Brasil, em oitenta por cento dos casos, as sentenças de primeira instância são confirmadas pelos tribunais.
[261] Op. cit., p. 425.

respeito[262]. Por outro lado, o insigne mestre italiano não concordava com a exigência, sob pena de nulidade, da presença de um advogado, posto que "... o bom senso não pode admitir senão a defesa facultativa"[263], assegurando-se ao réu pobre um defensor de ofício, sem, contudo, obrigá-lo a defender-se[264].

Adepto do sistema inquisitório, GAROFALO não nutria simpatia maior pela publicidade e oralidade dos debates e sugeria que, quando o juiz, tendo como suporte alguns caracteres – como por exemplo os antecedentes criminais do réu e a sua origem genética (pais delinqüentes) – hábeis à elaboração do tipo antropológico e psíquico do acusado, fazia a declaração sobre o fato delituoso em apuração, a partir daí, a discussão deveria terminar, porque somente restaria fazer a *designação da classe, da espécie e da variedade de delinqüentes a que o réu pertence*[265].

Considerando que os recursos têm efeito suspensivo e, por isso mesmo, os réus, a despeito da sentença condenatória do juiz[266], permanecem em liberdade e sem indenizar a vítima, observa GAROFALO que, com a interposição do recurso, eles nada têm a perder, muito pelo contrário, só a ganhar com a demora e a possibilidade de ocorrer a prescrição, razão pela qual esse estado de coisas estimula o uso contínuo do recurso. Tendo em conta ainda que, de conformidade com a estatística analisada, a maior parte das apelações apenas consegue diminuir a pena aplicada, sem modificação do preceito condenatório, para GAROFALO, se não era o caso de proscrever a possibilidade de interposição do recurso, era necessário conservá-lo dentro de determinados limites, além de impedir o curso da prescrição durante o seu trâmite e as anulações por mera falta de observância de formalidades processuais que não tinham influência no conteúdo da decisão[267].

---

[262] Op. cit., p. 427.

[263] Op. cit. Aqui GAROFALO pretendia que o *princípio do direito de defesa* no processo penal se contivesse no aspecto formal, assim como, ainda hoje, ocorre no processo civil. Nesse caso, ele é que queria que fosse aplicado ao processo penal a ordem principiológica dispensada ao processo civil.

[264] GAROFALO argumentava que os *criminosos habituais*, insensíveis ao processo e sem receio da condenação, muitas vezes riem do desempenho do advogado que lhe foi imposto sem que o quisesse, agregando, ainda, que, muitas vezes, em certos períodos, havia *delinqüente* que praticava o crime justamente na pretensão de ir para a prisão, local no qual teria abrigo e alimentação garantidos, condições mínimas de vida que muitas vezes lhe eram mais favoráveis do que as conseguidas no regime de *liberdade*.

[265] Op. cit., p. 428.

[266] Esse é um aspecto interessante e que hoje tem suscitado muita discussão entre processualistas civis e penais. Mais à frente, esse assunto será retomado e será discutida a necessidade de resgatar o poder decisório da magistratura de primeira instância, a fim de que o pronunciamento do juiz tenha alguma eficácia e o ônus da demora do encerramento do processo não recaia apenas na pessoa do autor.

[267] GAROFALO cita vários casos de anulação do processo em virtude de irregularidade de somenos importância, como a ausência da certidão de idade quando isso não tinha nenhuma relevância para a causa; falta da fórmula

De acordo com que fosse justo conferir ao *cidadão*[268] a garantia ao recurso, no sentido de expungir um eventual erro cometido na sentença, contra-argumenta GAROFALO que não se mostra justo, por outro lado, que o condenado permaneça em liberdade, até porque se revela incongruente a admissibilidade da prisão preventiva *por uma simples suspeita* e a sua inadmissibilidade quando o acusado já declarado culpado pela decisão judicial[269]. Ele queria que não apenas o condenado fosse preso imediatamente à prolação da sentença, como defendia, ainda, que fosse possível o acréscimo da pena aplicada, mesmo sem o recurso do Ministério Público, medidas que, acreditava, poria "... termo ao costume, geral no meio-dia da Itália, de appellar de todas as sentenças no único intuito de ganhar tempo e poder esperar pela prescripção ..."[270].

Um resumo do princípio retor do processo penal, na visão de GAROFALO, pode ser pinçado do próprio arremate feito por ele: "A sociedade pede segurança e o ofendido pede reparação: eis o que importa prover."[271] Isso era o que ele tinha em mente quando apresentou as sugestões de como deveria ser o processo penal, sob a ótica da Escola Positiva.

1.3.4.4 – Crítica ao pensamento repressivo do positivismo, desfocado dos parâmetros democráticos.

Como se vê, o processo penal na idéia da Escola Positiva deveria ser bem mais rigoroso, deveria ser um instrumento de defesa social com realce para a sociedade e a vítima, daí por que a sua concepção não era de limite ao direito de punir do Estado, era uma garantia do cidadão, mas de um meio repressivo. Se no pensamento da Escola Clássica a *garantia* era

---

sacramental "Em nome de S. Magestade"; ausência de erro no juramento de uma testemunha, uma vez que, na consignação da fórmula "Juro dizer toda a verdade e só a verdade", a última palavra foi esquecida (Op. cit., p. 432-433).

[268] GAROFALO, sem embargo de propor um processo penal mais rígido e aqui e ali usar a expressão criminoso e delinqüente, quando ele falava da pessoa acusada da prática do crime, usualmente utilizava a expressão réu ou culpado e, nessa passagem, expressamente, fez uso da palavra *cidadão*, o que mostra a sua preocupação ética com o tratamente dispensado ao réu. No desenvolvimento deste estudo, será estabelecido que, em um processo penal democrático, embasado na principiologia constitucional, que tem como dogma os direitos fundamentais, o acusado deve ser considerado, antes de tudo, um cidadão como outro qualquer.

[269] Essa posição de GAROFALO será examinada mais amiúde no tópico que trata do direito de liberdade, quando se verá que ele, mesmo em um processo penal democrático – tal como foi esboçado na Constituição de 1988 –, dessome-se procedente.

[270] Op. cit., p. 431. No caso de o réu ser absolvido em segunda instância, o que era hipótese remota como ele mostrou com o exame da estatística, a saída era indenizá-lo, direito a indenização que deveria ser reconhecido até mesmo no caso de detenção preventiva indevida. Cf. Item 9.6.5.3.2, infra.

[271] Op. cit., p. 428.

a palavra de ordem para o processo penal, *repressão* era a da Escola Positiva. Em contranota ao Estado Liberal, a Escola Positiva se alinhava à idéia de um Estado Social, o Estado providência forte, interventor, dirigente, que deveria assumir as rédeas do jogo, deixadas nas mãos dos particulares. O pensamento da Escola Positiva, como se nota, coaduna-se com um Estado forte e repressivo, sendo muito pertinente para um Estado ditatorial. Não é à toa que o núcleo de suas idéias foram adotadas com entusiasmo pelos regimes antidemocráticos e FERRI, um dos arautos da Escola Positiva, ainda que não possa ser chamado de *facista*, foi amigo e, no mínimo, adepto do Estado forte instaurado por MUSSOLINI, na Itália[272].

A base do pensamento da Escola Positiva deu azo para que se pensasse na pena de morte como uma medida necessária de eliminação para os portadores de *anomalia psíquica permanente*[273], que torna o agente incapaz de sociabilidade, na esterilização para os criminosos sexuais e, até mesmo, na utilização da medida de segurança preventiva, a ser aplicada àquelas pessoas que, diante do exame criminológico, mostram-se situadas na *zona fronteiriça* da criminalidade, de modo que a elas deve ser dispensado um *tratamento curativo*, mesmo antes da prática do crime.

De todo modo, o certo é que o *positivismo* se manifestou, como muito bem pondera MARC ANCEL[274], sob a forma de *revolta* contra o Direito Penal Clássico, "... assimilável, em muitos aspectos, no que diz respeito à sua significação histórica, ao movimento de revolta que exprimia em 1764 o famoso pequeno tratado *Dos Delitos e das Penas* de Beccaria" e, muito embora tenha como diferença a circunstância de as suas idéias não terem sido desde logo *popularizadas e aceitas por todos*[275], ele revolucionou o Direito Penal, fazendo com que tudo fosse repensado, surgindo, a reboque do determinismo contra o livre-arbítrio, a A*ntropologia Criminal*, a C*riminologia* e a S*ociologia Criminal* como ciências que, embora não possam suplantar o Direito Criminal nem suprimir a importância deste – como alguns, em evidente exagero, passaram a defender –, manifestam-se como

---

[272] Em verdade, FERRI era socialista.

[273] GAROFALO, op. cit., pp. 273 e 269. No discurso positivista, dentre as críticas à Escola Clássica, residia na luta desta contra a pena de morte. No entanto, não se pode, daí, dizer que todos os positivistas eram a favor da pena de morte.

[274] ANCEL. Op. cit., p. XX.

[275] MARC ANCEL credita a rápida aceitação das idéias da Escola Clássica ao sucesso da Revolução Francesa. Não há dúvidas que assim foi, mas não se pode negar que a busca da imposição de limites à sanha autoritária do Estado, que lastreou o humanismo *beccariano*, foi o móvel maior do entusiasmo dos intelectuais e da população com a *proposta* de ciência criminal lançada. A forte resistência ao pensamento da Escola Positiva, porém, certamente tem raiz, sobretudo, na luta no sentido de que não fossem esquecidas as bases humanitárias do Direito Penal e Processual Penal.

ferramentas necessárias para a correta compreensão do fenômeno criminoso, não só no sentido de orientar o legislador e o julgador, como para a definição da estratégia de luta contra a criminalidade.

Em rigor, nenhum criminalista ou ordenamento jurídico ficou indiferente ao pensamento positivista, e a Escola Positiva, assim como a Clássica, exerce influência sobre toda a ciência criminal contemporânea e é a partir delas que derivam as outras correntes de pensamento[276]. Além de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, renomados juristas da estirpe de FLORIAN[277], GRISPIGNI[278], ALTAVILLA[279], PUGLIA e outros trataram de preservar e difundir o genuíno pensamento da Escola Positiva. De outro passo, algumas das propostas da Escola Positiva foram adotadas na Bélgica (abolição do isolamento diurno, em 1919), na Holanda e Inglaterra (criação das colônias agrícolas, em 1917), nos Estados Unidos, na Noruega (seqüestro por tempo relativamente indeterminado, em 1902), na Argentina (1922), na Rússia (1922), no Peru (1924), sem falar nos projetos de reforma dos Códigos Penais da Alemanha, Áustria, Suíça, Suécia, Dinamarca, Polônia, Tchecoslováquia, Romênia, Sérvia, Grécia etc., que, em suma, foram elaborados sob uma visão eclética das idéias da Escola Positiva[280].

Um último aspecto há de ser posto em evidência da doutrina da Escola Positiva, muito embora poucos doutrinadores tenham dado a devida atenção para o fato. As preocupações processuais expendidas por FERRI e GAROFALO não foram ao acaso nem muito menos são aspectos secundários da doutrina positivista por eles verberada. Do conjunto da leitura da obra de FERRI, observa-se que, muito embora a sua idéia central fosse no sentido de que a imputação criminal deveria preocupar-se mais com a periculosidade do que com a culpa e que o Direito Penal era um instrumento de defesa social, negando, assim, a

---

[276] Cf. FERRI. *Princípios de direito criminal.* p. 70. No tópico seguinte, será feita a análise das muitas correntes de pensamento jurídico-criminal que, adotando as idéias básicas ora da Escola Clássica, ora da Escola positiva, e até mesmo das duas, procuraram dar uma contribuição própria para o Estudo do Direito Penal e Processual Penal.

[277] Dirigiu a R*ivista de diritto e procedura penale* (sucessora da revista *Scuola positiva en la dottrina e giurisprudenza penale,* fundada por FERRI). Segundo HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, a sua obra de maior destaque foi *Tratado sobre a parte geral do código italiano* (*Lições de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 51.)

[278] *L'odierna scienza criminal in Italia.*

[279] Teve como obra fundamental *Psicologia judiciária* (Cf. ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora ltda., 1957. 5v.)

[280] FERRI. *Princípios de direito criminal.* p. 73. Os Códigos Penal e Processual Penal do Brasil em vigor, como já foi salientado, se não foram edificados sob as bases da Escola Positiva, mas sim da Clássica, contêm vários

teoria clássica do livre-arbítrio que defende a imputação com base na culpa, ele não escreveu uma obra intitulada Direito Penal.

Consciente de que o Direito Penal em si, como importância prática para a defesa social, é sobremaneira relativo, porquanto a pena não tem o condão de evitar os crimes, dado que boa parte dos delitos é cometida por determinação atávica ou por circunstâncias ocasionais que destroem os caracteres inibitórios do crime, ele alertava que era necessário "... projetar uma luz mais viva sobre as leis processuais y las medidas penales, por ser las que tienen precisamente por objeto transportar la pena desde las regiones etéreas de las amenazas legislativas al terreno prático de la clínica social de defensa contra la enfermedad del crimen"[281], pelo que, de conformidade com o enfoque dado pela Escola Positiva, impõe-se "... la necessidad de reformar los sistemas de prrocedimiento y represión, para poner-los em armonia com la novedad de los datos de la sociología criminal."[282]

Por isso mesmo, na concepção de FERRI[283], os legisladores precisam compreender ".. de la necessidad de ocuparse menos de las reformas penales y *mucho más* de las reformas de los tribunales y de las prisiones." (Grifei) Por conseguinte, assim como a Escola Clássica, a preocupação fundamental da Escola Positiva residiu, justamente, na introdução de modificações principiológicas no Direito Processual Penal, mais até do que em relação ao Direito Penal, conforme muito bem salientou o mais ilustre dos positivistas, de modo que a própria teoria constitucional do processo introduz seu germe nessas correntes filosóficas.

1.3.5- Neoclassicismo.

Antes da *reforma criminal* experimentada com o movimento encetado pelos clássicos, a doutrina penal resumia-se a comentários sobre a prática judiciária e à interpretação das diversas leis, tendo como pano de fundo o Direito Romano e os costumes

---

dispositivos que se confortam com a doutrina daquela corrente de pensamento, como se verá os reflexos das correntes de pensamento no nosso ordenamento jurídico.

[281] *Sociología criminal*. p. 191.

[282] Ibid. p. 191.

[283] Ibid. p. 191. Ao contrário da Escola Clássica, FERRI defendia que a execução fazia parte do processo penal e que deveria ser comandada pelo juiz. Nesse passo, a doutrina de BENTHAM se aproxima da proposição positiva. Talvez aí resida um dos fatores pelo qual FERRI inclui BENTHAM como adepto da Escola Positiva.

locais. Após os glosadores[284], vêm a pêlo os *praxistas*, exsurgindo, no Século XVIII, algumas obras criminais de relevo por meio da escrita dos *criminalistas práticos*, também chamados *pós-glosador*es[285]. Até o Século XV, os práticos seguiam a orientação empírica, mas, já na sua segunda metade e, especialmente no século seguinte, a doutrina criminal "... eleva-se a critério gerais (*consilia*) e inicia uma ordem um tanto mais sistemática de exposição."[286]

Quando a Escola Clássica surgiu, muito embora rapidamente a sua base teórica tenha sido aceita pelos filósofos e juristas, dando início, assim, propriamente à ciência penal, em reação a essa nova forma de ver as coisas, formou-se o que se chamou *corrente crítico-forense*, segundo a qual a missão do criminalista seria a de ilustrar e interpretar, *com maior ou menor amplitude sistemática de critérios*, os textos normativos de alguns países[287]. Essa corrente neoclássica chamada *crítico-forense*, em verdade, era uma manifestação mais moderna dos antigos práticos, compreendendo, assim, o que se pode chamar de *neopraticismo*. FERRI[288] elenca, dentre os juristas que perfilharam essa corrente, RENAZZI, REMANI, PAOLETTI, NANI, ALBERICI, LIBERATORI, POGGI, NICOLINI, ARMELINI, ROBERTI, ALBERTINI, GIULIANI, MORI, PUCCIONI, além de outros. A despeito disso, de acordo com alguns doutrinadores, a segunda fase da Escola Clássica, que procurou estabelecer o pensamento jurídico-científico da corrente liberal com ela instaurada, malgrado tenha como ponto de identidade a concepção metafísica do livre-arbítrio, desapartou-se, em um ou outro aspecto fundamental, da doutrina de BECCARIA, daí por que chegam a afirmar que BENTHAM, ROMAGNOSI, CAMIGNANI, FEUERBACH e o próprio CARRARA, que é considerado o jurista fundamental da Escola Clássica, o

---

[284] Apesar de os doutrinadores afirmarem que as obras jurídicas tenham tido início com os criminalistas práticos, FERRI ressalta que a *Escola de Pávia*, nos Séculos X e XI, fez uma *expositio* específica do Direito Penal e alguns glosadores como ACURCIO (f. 1260), ODOFREDO (f. 1265), BARTOLO (1313-1357) e BALDO (1319-1389) trataram de fazer algumas afirmações de doutrina criminal (Ibid., p. 47).

[285] De todo modo, FERRI registra que coube a ALBERTO DE GANDINO (f. 1300), glosador, com o tratado *Libellus de maleficiis* e com as *Questiones statutorum*, afirmar "... a autonomia do direito criminal e lançar o gérmen que frutificou com as sucessivas obras dos pós-glosadores ou criminalistas práticos no Século XVIII." (Ibid., p. 46)

[286] Ibid., p. 46-47. Dentre os práticos, o mais importante deles foi JÚLIO CLARO DE ALEXANDRIA (f. 1582), com o livro *Receptae setentiae*, seguido de PRÓSPERO FARINACI (f. 1618), com o escrito *Praxis et theoricae criminalis libri.* Os últimos representantes dessa corrente na Itália, antes da reforma, foram RENAZI e ARETINO CREMANI. Essa corrente se espraiou pela Europa, com a tradução de várias obras para outras línguas. Assim, nesse período anterior ao surgimento da Escola Clássica, como práticos sobressaíram, na Holanda, DAMHOUDER (f. 1581) e ANTON MATHEUS (f. 1654); na Alemanha, BERLICH (f. 1638) e CARPZOW (f. 1666); na França, CUJAS (f. 1590),TIRAQUEAU ou TIRAQUELLUS (f. 1568), AYRAULT (f. 1589) e JOSSUE; Na Espanha, DE CASTROS (f. 1558) e COVARRUVIAS (f. 1577). (cf. FERRI. *Princípios de direito criminal.* p. 47-48)

[287] FERRI. *Princípios de direito criminal.* p. 60. Em várias passagens de sua obra, CARRARA critica os práticos (Cf. *Programa do curso de direito criminal*).

[288] Op. cit.

responsável pela dedução jurídica das idéias plantadas por BECCARIA – a quem se reputa a responsabilidade pelo esboço da dogmática dessa corrente –, devem figurar, em verdade, na lista dos neoclássicos[289].

A assertiva nesse sentido de MARC ANCEL encontra eco na análise mais detalhada do pensamento jurídico desses luminares do classicismo. Com efeito, FEUERBACH, por exemplo, embora figure entre os adeptos da Escola Clássica – mais discípulo de KANT do que de BECCARIA –, conquanto tenha como premissa o livre-arbítrio, defendia a lei de talião, que foi não apenas repudiada por BECCARIA como pelos reformadores em geral do Século XVIII[290]. A contribuição de ROMAGNOSI à ciência criminal se apresenta tão singular que ele é arrolado, por alguns doutrinadores, como um dos seguidores da Escola Clássica e, por outros, da Escola Positiva[291]. Por isso mesmo, MARC ANCEL[292] anota que o jurista italiano, em sua obra principal – *Genesi del diritto penale* (1791) -, pode ser visto "... um precursor tanto da escola positivista como da escola clássica positiva, porquanto, se ele partia da idéia do livre-arbítrio, fez considerações sobre os problemas criminológicos e as medidas de segurança.

Parece um certo exagero enquadrar todos os doutrinadores da segunda fase da Escola Clássica – fase jurídica –, que teve como um de seus maiores expoentes CARRARA, como *neoclássicos*. Eventuais divergências, naturalmente, não são suficientes para se dizer que a posição defendida pelos juristas tenha sido, em verdade, uma nova visão clássica. Até porque, de fato, como a Escola Clássica não foi obra dos criminalistas, mas de filósofos, nada mais natural que, quando da dedução jurídica das idéias *beccarianas*, fosse apresentado um viés, em alguns aspectos periféricos, diferente à temática. Por outro lado, como na primeira fase não havia uma doutrina jurídica da Escola Clássica, não parece correto dizer que os precursores jurídicos do *classicismo* tinham uma concepção nova, diferente, pois, a bem da verdade, a concepção científico-jurídica não existia antes de eles a deduzirem com a argumentação *lógico-jurídica* que lhes caracterizava.

---

[289] ANCEL. *Nova defesa social*. p. 53.
[290] Op. cit., p. 52-53.
[291] FERRI arrola ROMAGNOSI dentre os criminalistas clássicos (*Princípios de direito criminal*, p. 57), mas ROBERTO LYRA, que era positivista – admitiu que era um positivista em trânsito ao socialismo penal, um desdobramento da Escola Positiva –, enquadrava ROMAGNOSI como um dos precursores do positivismo (*Novíssimas escolas penais.* p. 6)
[292] Op. cit., p. 70.

De toda forma, dentro do movimento clássico surgiram idéias que, apesar de ter como suporte teórico a doutrina da Escola Clássica e com ela, em verdade, não conflitar, difundiram pensamento com alguns aspectos originais e de certo modo além da abstração metafísica dos criminalistas clássicos, o que justifica alinhar os seus propagadores como *neoclássicos*. Merece registro, como corrente *neoclássica propriamente dita*[293], a que se formou em torno da exegese do Código Penal Francês de 1810, que, mesmo editado sob o influxo das teses da Escola Clássica, rompeu com a noção de pena fixa, flexibilizando o legalismo estrito da fase jurídica liberal[294]. Do mesmo modo, o Código Penal da Baviera de 1813, se bem que adstrito a um legalismo intransigente, estipulava penas indeterminadas e, com a revisão de 1832, admitiu que fossem consideradas, na dosagem da pena, circunstâncias atenuantes[295]. O principal doutrinador que despontou sobre essa *flexibilidade legal* da pena prevista pelo legislador foi JEREMY BENTHAM (1748-1832)[296]. A esse respeito, BENTHAM[297], ao estabelecer a sua sexta e última regra fundamental para a fixação da medida das penas, escorado na assertiva de que "Não se deve impor a mesma pena a todos os réus pelo mesmo delito", dizia que era "... necessário reparar nas circunstâncias que influem na sensibilidade"[298], além de ser preciso o legislador criar a lei prevendo a possibilidade de a pena ser graduada em *razão da idade, do sexo, da qualidade da pessoa etc*, de modo a "... sempre deixar alguma coisa à prudência dos juízes."[299]

---

[293] Parece um certo exagero enquadrar todos os doutrinadores da segunda fase da Escola Clássica – fase jurídica –, que teve como um de seus maiores expoentes CARRARA, como *neoclássicos*. Eventuais divergências, naturalmente, não são suficientes para se dizer que a posição defendida pelos juristas tenha sido, em verdade, uma nova visão clássica. Até porque, de fato, como a Escola Clássica não foi obra dos criminalistas, mas de filósofos, nada mais natural de que, quando da dedução jurídica das idéias *beccarianas*, fosse apresentado um viés, em alguns aspectos periféricos, diferente à temática. Por outro lado, como na primeira fase não havia uma doutrina jurídica da Escola Clássica, não parece correto dizer que os precursores jurídicos do *classicismo* tinham uma concepção nova, diferente, pois, a bem da verdade, concepção científico-jurídica não existia antes da que eles expuseram.

[294] Op. cit., p. 56. A pena fixa era um dos pontos centrais da fase inicial da Escola Clássica. BENTHAN, em sua *Teoria das Penas Legais*, defendia que a quantidade da pena deveria ser prevista em lei, mas, de todo modo, sustentava que a lei deveria deixar uma margem de discrição para o juiz. (*Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos.* Revisão Roselene Cristiani dos Santos Oliveira. Rio de Janeiro: EDIJUR, 2000. p. 17).

[295] Op. cit. As penas indeterminadas são uma das teses mais polêmicas da Escola Positiva. Na apreciação de CARRARA, "... a medida das penas de ser classificada apenas segundo o sistema aritmético, aquele que toma por critério de proporção a mera quantidade do delito", em detrimento da proporção *geométrica*, que deseja levar em conta a *condição pessoal* do réu. (Op. cit., p. 149-150). Para os positivistas, como o que se deve punir é o agente tendo em conta a sua *periculositá* (FERRI) ou *temebilitá* (GAROFALO), a pena não deveria ser estabelecida por um lapso temporal específico na lei, uma vez que ela deve ser aplicada enquanto persistisse o *perigo* de o condenado voltar a delinqüir. As atenuantes também eram teses mais afinadas com a Escola Positiva, muito embora, posteriormente, fossem incorporadas à corrente técnico-jurídica que, no seu ecletismo, estreme de dúvidas, era mais *classicista* do que *positivista*.

[296] Como já foi salientado, BENTHAM, filósofo e jurista inglês, é considerado o fundador da *Escola Utilitarista*, cuja doutrina influenciou BECCARIA ao escrever a obra *Dos delitos e das penas*.

[297] Op. cit., p. 17.

[298] Op. cit., p. 32.

[299] Ibid. p. 32.

Outra corrente que merece referência também como neoclássica foi denominada *Escola Penitenciária*, iniciada por JON HOWARD, na Inglaterra, ao defender a aplicação das idéias liberais de defesa dos direitos do homem na execução da pena, pensamento que não foi recebido com entusiasmo pelos criminalistas clássicos, uma vez que estes entendiam que a execução das penas era matéria exclusivamente administrativa, e não judicial[300]. Diga-se de passagem que, muito embora a questão da execução da pena não tenha animado os juristas clássicos em pinçar a intervenção judicial como forma de perquirir a proteção dos direitos do preso, BECCARIA[301], no livro *Dos delitos e das penas*, clamava para que a *miséria* e a *fome* fossem retirados do *cárcere* e queria que a *compaixão* e a *humanidade penetrassem através das grades*. Ele reclamou, outrossim, da necessidade da separação, no cárcere, entre acusados e condenados, porque misturados, aqueles, quando libertados em razão do reconhecimento da inocência, carregavam a *marca da desonra*. Ainda que tenha pecado pela falta de clareza, BECCARIA, após elencar os motivos[302] que contribuíam para que preso provisório, mesmo após considerado inocente, ainda assim ficasse estigmatizado na sociedade, ao contrário do que ocorria na Roma antiga, em que os absolvidos eram reverenciados pelo povo e recebiam honrarias, ele preceituou que a primeira providência para remediar esse quadro seria "... por meio do comum apoio das leis, combinada com a faculdade judiciativa".[303] Decerto BECCARIA tinha a consciência de que, como antes do *movimento reformista* a prisão era basicamente medida processual que servia de meio para a aplicação da pena de morte, mutilação, açoite etc., a partir do momento que ela passaria, em substituição às penas corporais e à pena de morte, a ser o instrumento basilar de cumprimento da pena (prisão-pena), surgia, por via de conseqüência, a necessidade de modificar-se o modo como a prisão era aplicada.

---

[300] Op. cit., p. 481 e 490. CARRARA não exprimia oposição pelo fato de a execução da sentença ser confiada ao Ministério Público e, muito embora ele retrucasse a circunstância de ser confiada ao colégio de administração carcerária a função de coordenar a execução das penas, inclusive de liberar o preso antes mesmo do cumprimento total da pena aplicada pelo juiz, no seu *Programa do curso de direito criminal,* ele não defendeu que essa atribuição fosse prerrogativa da magistratura.

[301] Ibid., p. 45.

[302] Para BECCARIA, os porquês eram os seguintes: "É porque parece que, no presente sistema criminal, segundo a opinião dos homens, prevalece a idéia da força e da prepotência sobre a da justiça; porque se atiram, misturados no mesmo cárcere secreto, os acusados e os condenados; porque a prisão é antes um suplício do que uma custódia do réu, e porque a força interna, defensora das leis, es´ta separada da externa, defensora do trono e das nações, quando deveriam estar unidas." (Ibid.p. 45).

[303] Ibid. p. 45.

De todo modo, os seus seguidores diretos não se ocuparam de pensar a respeito da construção científica e mesmo física[304] dos estabelecimentos prisionais, questão que encontrou em HOWARD o seu ponto de partida. Além de HOWARD, mais uma vez sobressai-se BENTHAM que, com base na sua filosofia *utilitarista*, com lastro no pressuposto de que a pena de prisão[305] é um *mal*, uma *despesa – dor* – que o Estado pratica com a intenção de conseguir um *bem*, obter um *lucro* – prazer –, razão pela qual ela é tanto mais *útil* para a sociedade quanto menor for o *sofrimento* dispensado ao réu. Nessa ordem de idéias, para BENTHAM, ao lado dos aspectos positivos, a pena de prisão concentra *males negativos*, alguns inseparáveis e mesmo necessários, e outros, que ele denomina *penas acessórias*, que derivam do *abuso* de sua execução, existentes *senão pelo descuido do magistrado*[306], como a falta de alimentação, de roupa para o prisioneiro, o calor, o frio e o mau cheiro devido à deficiente construção do estabelecimento carcerário[307].

Por derradeiro, uma terceira corrente neoclássica despontou, impulsionada pelo avanço de outras ciências humanas que, assim como a penal, prestam-se para auxiliar o estudo do fenômeno criminal e dar orientações da ação mais eficiente para coibir e preveni-lo. Estar-se falando da *corrente científica* que, com os primeiros progressos da Psiquiatria, põe em discussão o livre-arbítrio como fundamento único para autorizar a imputação criminal. Aponta MARC ANCEL que França e Bélgica, conjuntamente, começaram a desenvolver o

---

[304] Coube a BENTHAM, pouco tempo depois, desenvolver o pensamento sobre o sistema prisional, abordando, até mesmo, o aspecto arquitetônico das prisões, que deveria servir para a aplicação da tese do panotismo.

[305] BENTHAM era contra a pena de morte e entendia que deveriam ser edificados três estabelecimentos penais diferentes para abrigar os condenados: a *casa de segurança* ou de *custódia*, destinada para os devedores; a *casa de correção*, para os malfeitores ressocializáveis; *prisão escura*, prevista para os irrecuperáveis (Op. cit., p. 96 e 100).

[306] O filósofo inglês propõe, aqui, a intervenção judicial na execução da pena, cabendo ao juiz controlar o ambiente carcerário, no escopo de impor a observância dos *direitos do preso*.

[307] Para expungir as deficiências físicas do cárcere, BENTHAM tecia considerações também sobre a estrutura arquitetônica das casas de cumprimento das penas privativas de liberdade, dispondo que o edifício deveria ser construído de modo que permitisse, com facilidade, a entrada e a saída do ar, a penetração dos raios solares, que o piso fosse revestido, as paredes pintadas, houvesse a separação durante o repouso noturno entre pessoas de sexo diferente, os doentes fossem isolados em enfermaria e recebessem assistência médica e que fossem aplicadas medidas de limpeza do ambiente, por meio da aplicação de produtos químicos, visando evitar o mal cheiro e a proliferação de surtos epidêmicos. No plano arquitetônico, todavia, a maior contribuição de BENTHAM foi em relação ao sistema *panóptico*, cuja idéia central era criar no preso a sensação de sua submissão a um processo de vigilância *onipresente* da carceragem. Para tanto, a carceragem, de acordo com o *panoptismo*, deveria ser construída em forma de anel na periferia (um círculo), com uma grande torre no centro – como uma espécie de sentinela suficiente para abrigar várias pessoas – vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel, que permitem ao pessoal da carceragem ampla visão de todas as celas e a vigilância constante dos presos, sem que estes, que não conseguem enxergar quem os vigia, embora saibam que estão vulneráveis, tenham condições de saber se estão, ou não, sendo observados. Hoje, com os equipamentos eletrônicos, o sistema panóptico é bem mais viável, evitando-se aberrações como a que recentemente foi aplicada em Bangu I, no Rio de Janeiro, em que foram colocados agentes penitenciários postados em frente à cela na qual

estudo científico das estatísticas criminais, com a utilização da *antropometria* e da *bertinolagem*, o que muito contribuiu "... lentamente porém com segurança, em prol de uma passagem da noção puramente jurídica de reincidência à noção criminológica de delinqüência habitual"[308]. Ou seja, como fica mais evidente ainda no momento em que ele diz que MARSANGY anuncia a preocupação com a *profilaxia criminal*, a *corrente científica* é um avanço do pensamento clássico no sentido do positivismo ou pelo menos do núcleo da idéia que mais tarde ganhou contornos doutrinários mais consistentes pela genialidade de LOMBROSO.

1.3.6 – Neopositivismo.

Se muitas foram as direções da Escola Clássica, diferente não foi o que ocorreu com a Escola Positiva, muito embora a coesão do pensamento entre os três principais expoentes dessa corrente – LOMBROSO, FERRI e GAROFALO – seja mais forte do que em relação aos arautos da Escola Clássica – BECCARIA, FEUERBACH e CARRARA. Como era natural, ela conviveu com várias linhas de pensamento que, embora calcadas em verdades científicas preestabelecidas pela essência da doutrina positiva, continuaram arraigadas à base teórica dos clássicos.

Na categoria de correntes neopositivistas, concebendo como tais as que persistem na idéia do *determinismo*, sobrepõem-se duas tendências bem acentuadas: a primeira, seguindo em termos as pegadas de LOMBROSO, relaciona o crime a estigmas, "... não mais fisionômicos, porém constitucionais, ou neurológicos, funcionais"[309], de modo que o crime, sendo um fenômeno patológico, teria como causa direta as anomalias individuais. A segunda, tendo em consideração que uma boa parte dos delinqüentes são pessoas *normais*, nas quais não se identifica a existência de nenhuma anomalia patológica, admite que as condições endógenas podem ser ativadas pelas condições do meio, em especial pela ausência de uma educação mais eficiente, que não foi forte bastante para inibir os instintos criminosos.

---

se encontrava o preso conhecido como *Fernandinho beira-mar*. (Op. cit., p. 129). Sobre o *panoptismo,* cf. MICHEL FOUCAULT. *Vigiar e punir*. p. 173-199.

[308] Op. cit., p. 58.

[309] LYRA. *Novíssimas escolas penais*. p. 37.

A Escola Positiva mais extremada, partindo da idéia do determinismo, conduziu a doutrina a aceitar algumas aberrações humanitárias e jurídicas, conferindo azo a que se pensasse numa profilaxia criminal embasada na eliminação que tinha como medida não apenas a pena de morte, como também a esterilização para autores de crimes sexuais. A par disso, como o fim do Direito Penal deveria ser a defesa da sociedade, no sentido de impedir que o agente volte a delinqüir, seja mediante a sua ressocialização durante o cumprimento da pena, seja com o impedimento de seu retorno ao convívio junto ao grupo social, as medidas preventivas, alvitradas por FERRI, deram espaço à ampla defesa de aplicação de *medida de segurança preventiva* ao indivíduo que, nada obstante não tivesse praticado delito nenhum, não podendo, por conseguinte, ser responsabilizado criminalmente, fosse classificado como *delinqüente instintivo*, que se encontra em *zona fronteiriça* da delinqüência, justificando, por isso mesmo, que, ao invés de esperar que ele aja para, então, *reprimir* a conduta, alvitra-se a sua retirada de circulação, por meio da atuação de uma *justiça preventiva*.

Na abordagem das correntes neopositivistas que conferiam relevância para o *determinismo social* (caracteres exógenos) em detrimento do *determinismo biológico* lombrosiano (caracteres endógenos), merece ser consignada a posição marcada pela chamada *Escola Francesa*, cujos maiores ideólogos foram LACASSAGNE, TARDE e DURKHEIM, principalmente o último, sendo estes os responsáveis, ainda hoje, pelos contornos da Sociologia Criminal. TARDE foi um crítico veemente à tese de LOMBROSO e DURKHEIM, com expressiva argumentação, defendeu a tese de que o crime é algo indissociável da sociedade, que se encontra presente em todas as formas de vida em grupo, daí por que, em verdade, a sua existência não caracteriza uma *anormalidade*, mais uma *normalidade* e, em certa medida, uma *funcionalidade*, pois serve até mesmo de instrumento para as transformações sociais[310]. DURKHEIM partia da premissa de que todo acontecimento proveniente da ação humana, que é constante e muito freqüente em um determinado lapso temporal e em toda e qualquer forma de organização social, deve ser considerado um fenômeno normal, aí se incluindo até mesmo o crime.

[310] TARDE não concordava que o crime fosse um fenômeno social normal, pois entendia que ele era, antes de tudo, um fenômeno anti-social (DIAS; ANDRADE. *Criminologia*. p. 24). Nesse aspecto, FERRI, em *El homicida*, diz que o erro de DURKHEIM era considerar como normal o que, embora verificável em todo tipo de sociedade, não é a regra, mas sim a exceção e ainda acrescentava que, caso merecesse crédito essa assertiva, isso daria ensanchas para que se considerasse a doença um fenômeno social normal, assim como o é a saúde (p. 352).

Essa concepção *positivista* foi mais além da contribuição social no fomento ao ânimo criminoso imaginado por FERRI e fez com que, definitivamente, a Sociologia Criminal passasse a ocupar posição estratégica na definição das políticas criminais. Na esteira dessa dimensão *determinista social* do crime, floresceu, sob o comando do *marxismo-leninismo*, a C*riminologia Socialista*, que apontava o germe do delito nas desigualdades sociais provenientes das diferenças de classes, sendo o crime um ato individual de protesto e revolta contra a ordem vigente, uma expressão do *egoísmo* e da *competição* induzidos pela competição *sem lei* do capitalismo. Como não poderia deixar de ser, no Século XX eclode a S*ociologia Criminal americana*[311].

Essas correntes neopositivistas, no entanto, no que diz respeito ao processo penal em si, não acarretaram nenhuma mudança do perfil que lhe foi traçado, desde o primeiro instante, por FERRI e GAROFALO.

1.3.7- Escola Moderna Alemã[312].

A par das correntes neoclássicas e neopositivistas, há outras que, tendo incorporado os conceitos básicos das correntes clássica e positiva, não podem ser consideradas uma abordagem nova do classicismo ou do positivismo, mas uma verdadeira Escola Eclética, ainda que se divirja da originalidade dos pontos mais fundamentais da ciência criminal.

Com essa postura eclética, mais afinado com a Escola Positiva do que com a Escola Clássica, FRANZ VON LISZT, doutrinador alemão, discordando da Antropologia Criminal de LOMBROSO e da Sociologia Criminal de FERRI, escorado no método indutivo e nas idéias fundamentais positivistas, com exposição rigorosamente técnica, imprimiu uma nova direção à ciência criminal, tendo como premissa a assertiva de que, ao contrário do que supôs e defendeu LOMBROSO, não era o fator antropológico que preponderava na

---

[311] Certamente em nenhum outro país a Sociologia Criminal ganhou tanto espaço como nos Estados Unidos. Se os Estados Unidos não se ocuparam em fornecer considerável literatura jurídico-criminal, fizeram uma produção científica sem paralelo nessa área de conhecimento. É certo dizer que, neste país, há mais sociólogo criminal do que propriamente criminalista. Diz-se que foi nos lá que teve início a Criminologia como profissão, especialmente no âmbito universitário (DIAS; ANDRADE. Op. cit., p. 31).

determinação do comportamento criminoso, e sim o meio social, aproximando-se, nesse passo, da *Escola Francesa*, fundada por LACASSAGNE. LISZT criticou, outrossim, FERRI na medida em que este, em sua doutrina, ao reconhecer que, ao lado dos caracteres antropológicos, convivem, para conduzir o agente ao crime, determinantes sociais, não definiu quais dessas circunstâncias eram preponderantes.

Ademais, LISZT não concordava com FERRI, pelo fato de a teoria deste conduzir à redução do Direito Penal a um mero capítulo da política ou Sociologia Criminal. Para o jurista alemão, a *observação* leva à conclusão de que todo crime resulta do concurso de dois grupos de condições: um específico, característico da *natureza individual do delinqüente,* e outro referente às *relações exteriores, sociais e especialmente das relações econômicas que o cercam*, sendo correto que as circunstâncias exteriores preponderam como *causa determinante* para a prática do ilícito.[313] De qualquer forma, o pensamento jurídico de LISZT, difundido em seu *Tratado de Direito Penal*, editado em 1881, em verdade, foi uma *nova direção científica* em réplica à teoria da Escola Clássica que, diante da força dos argumentos de FEUERBACH, preponderava na Alemanha. Para tanto, ele, juntamente com HAMEL, de Amsterdã, e PRINS, de Bruxelas, fundou a União Internacional de Direito Penal, cujo estatuto dizia que com ela se pretendia espraiar o estudo da criminalidade e da repressão "... tanto no ponto de vista social como no ponto de vista jurídico e a trabalhar pela adoção desta concepção e de suas conseqüências na ciência e na legislação penais."[314]

Na Alemanha, essa doutrina, liderada por VON LISZT, em crítica profunda ao positivismo jurídico, origina a Escola Moderna, tendo em mira separar o Direito Penal da Criminologia, reservando àquele a pesquisa dogmática das normas jurídicas penais, por meio da lógica, concebendo o crime como um fato jurídico, mas não se descurando de que quem o pratica é o homem, possuindo, portanto, aspectos de ordem humana e social.

Como acentua FERRI, a Escola Moderna, iniciada por LISZT, na Alemanha, e mesmo a União Internacional de Direito Penal, fundada por LISZT, PRINS e VAN HAMEL,

---

[312] Essa corrente também recebeu o nome de *Escola Sociológica Criminal*, uma vez que ela, embora rejeitasse o determinismo *lombrosiano*, negava, igualmente, o *livre-arbítrio* classicista e identificava nas relações sociais as causas do crime, aproximando-se, aqui, da Escola Francesa.
[313] Op. cit., p. 149-150.
[314] Op. cit., p. 23.

em 1889, foram nada mais nada menos do que uma derivação da Escola Positiva[315]. E parece haver razão na afirmativa do ilustre criminalista italiano, pois, conquanto essa doutrina tenha linhas de divergência com o *positivismo*, aproxima-se mais desta do que da Escola Clássica.

1.3.8- Escola do Tecnicismo Jurídico Penal[316].

Com uma proposta também conciliatória entre as Escolas Clássica e Positiva, surgiu na Itália, nos primórdios do Século XX, a *Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal*, encabeçada por ARTURO ROCCO e VICENTE MANZINI. A proposta da Escola do Tecnicismo Jurídico-Penal tinha como ponto de partida a premissa de que o Direito Criminal, com a Escola Positiva, tinha sido relegada a segundo plano. Para os juristas participantes do movimento, conquanto alguns estudos científicos oriundos do classicismo *carrariano* estivessem superados, não se podia conceber o extremismo da Escola Positiva em renegar a aplicação do *racionalismo* dentro de seu campo próprio. Ademais, a fim de reafirmar o prestígio da ciência criminal, abalada com o destaque conferido às ciências auxiliares pela Escola Positiva, a Escola Tecnicista tinha como missão revalorizar os estudos científicos do Direito positivo, sem opor-se, a princípio, a uma ou outra corrente, mas antes procurar conciliá-las, sem afrontar os fundamentos de cada escola.

Essa corrente surgiu justamente nas turbulências da Primeira Guerra Mundial, ocorrida em 1914, e atingiu o seu apogeu na Segunda Guerra Mundial, iniciada em 1939 e finalizada em 1945. Com efeito, até a eclosão do Primeiro Conflito Mundial (1915)[317], a plataforma política da Europa sobre a qual foram elaborados os Códigos Penal e Processual Penal era nitidamente liberal-humanística. Nas codificações então em vigor, se alguns continham ainda normas que não se enquadravam no arcabouço dessa filosofia, isso se deveu mais ao tempo necessário para o pleno desenvolvimento do processo de introdução das mudanças de paradigma.[318].

---

[315] Op. cit., p. 71.

[316] Essa Escola também foi denominada Escola Técnico-Jurídica Italiana.

[317] GIUSEPPE BETTIOL faz referência, igualmente, à Revolução Russa de 1917, uma vez que o Código Penal Soviético de 1926 – que teve como arcabouço um projeto elaborado por FERRI para a Itália, mas não se transformou em lei –, representou um retrocesso, na medida em que, no alto de seu autoritarismo, não conheceu, sequer, o princípio da reserva legal – *nullum crimen sine lege*. (*Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: BOSH, 1976. p. 55 e 65.)

[318] Tendo como foco de análise os códigos penais editados sob a influência do movimento reformista, que se instaurou na Europa como decorrência da difusão dos fundamentos da Escola Clássica, BETTIOL realça que o

Porém, se a doutrina nacional-socialista da Alemanha deu margem a que naquele país o Direito Penal e Processual Penal fosse pensado tendo como cláusula retora o princípio autoritário da defesa dos interesses da comunidade, na Itália a doutrina *Facista*[319] também exigia a reforma do Direito Penal e Processual Penal, a fim de que fosse reafirmada a autoridade do Estado, em detrimento do caráter *liberal e democrático* que havia permeado os Códigos Penal e Processual Penal então vigentes nas plagas itálicas. O *facismo,* que era uma antítese radical da democracia, escorava-se na constatação de que esse regime de governo, incapaz de cumprir as metas políticas e sociais, estava superado, pelo que "No era ya el individuo quien debía considerarse el centro de la realidad socia y política, sino el Estado que reivindicaba para sí un poder originario y autónomo respecto a la voluntad de los individuos en cada sector de la actividad política."[320]

Tendo como pano de fundo essa ideologia, aparece na Itália o *movimento técnico jurídico,* criado como reação à confusão metodológica instaurada pela Escola Positiva. Teve como ponto de partida – noticia HELENO CLÁUDIO FRAGOSO – uma célebre aula ministrada por ARTURO ROCCO, em 1905, na Universidade Sassari, quando o jurista italiano, embora admitindo a importância do estudo a respeito das causas da delinqüência, expendeu que essa questão não interessa ao estudo científico do Direito, porquanto o seu método de estudo não é o indutivo, mas o técnico-jurídico ou lógico-abstrato[321]. Essa corrente criminal ganhou projeção na Itália *facista* e disseminou-se por diversos países, dentre eles o Brasil, pois as suas idéias se alinhavavam ao perfil de Estado autoritário. Um governo nacionalista autoritário, por óbvio, queria um Direito Criminal protecionista do Estado, com uma acentuada rigidez legalista e conseqüente diminuição do livre-arbítrio do juiz[322].

Código Penal de Napoleão de 1810, dentre outros princípios de base liberal, estabeleceu as cláusulas do *nullum crimen sine lege*, *da nulla poena sine lege*. (Ibid.) Direcionado por esse viés liberal-iluminista, o Código Penal Bávaro de 1813, elaborado por FEUERBACH, teve como uma de suas características a disciplina rígida dos tipos penais, a fim de não dar margem de discricionariedade ao juiz, quanto à aplicação da pena. (Ibid, p. 55-56). Sob a mesma inspiração foi editado o Código Penal italiano de 1889 (Código ZANARDELLI), que foi o primeiro estatuto unitário daquele país. (Ibid.)

[319] *O Facismo* comporta várias definições, multiplicidade germinada da complexidade do tema e mesmo da pluralidade de enfoques que o tema comporta. Contudo, sob o foco histórico – que é o mais pertinente – pode-se entender por Facismo, antes de tudo, como um sistema *autoritário de dominação*, que admite apenas um único partido político, com ideologia embasada no *culto do chefe* e do Estado, com forte idéia nacionalista, e rejeição do individualismo liberal e da democracia (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de* política. Tradução Luís Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 466).

[320] BETTIOL. *Instituciones de derecho penal y procesal.* p. 83.

[321] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 54.

Abstraindo toda consideração filosófica, os *tecnicistas*, cujos maiores propagadores foram ROCCO[323] e MANZINI[324], e ainda tiveram doutrinadores da categoria de MASSARI e DELITALA, sob forte inspiração *normativista*, entendiam que até mesmo questões afetas ao livre-arbítrio deveriam ficar fora do campo de investigação do cientista jurídico, pois este deve conter-se no exame do ordenamento posto pelo legislador, de modo que não há Direito fora da lei, não havendo, por conseguinte, de falar-se em Direito natural[325]. Com apoio na idéia da inutilidade jurídica das investigações filosóficas, MANZINI[326] queria afastar essas indagações da consideração dogmática do Direito positivo. Até porque, para ele, fulcrado na linha *positivo-normativa*, no exame teorético da norma posta não se há de indagar da justiça ou da injustiça de seu enunciado, uma vez que isso está fora da tarefa do dogmático[327].

À época, na Itália, estava em vigor o Código de Processo Penal de 1913, que tinha sido concebido sob a orientação política e científica de ALESSANDRO STOPPATO, um jurista forjado nas fontes profundas da Escola liberal[328]. Havia necessidade, por conseguinte, da reformulação da legislação penal e processual penal da Itália. Por indicação de ROCCO, que era Ministro da Itália, MANZINI integrou as comissões de reforma dos Códigos Penal e Processual Penal de 1931. Ao *liberalismo* penal e processual penal então vigente impunha-se o *autoritarismo* embalado pela ideologia do Facismo que, na sua dimensão jurídico-penal, encontrava eco na Escola Técnico-Jurídica, a qual, em seu ecletismo, sugeria uma posição intermediária e conciliatória entre as posições das Escolas Clássica e Positiva, extraindo delas o que havia de mais autoritário.

---

[322] ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Org.). De beccaria a fillipo gramática, IN*: Sistema penal para o terceiro milênio*: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 29.

[323] Era Ministro de MUSSOLINI, homem que, nessa qualidade, comandou a reforma do sistema criminal italiano, sob o comando da doutrina *facista*.

[324] No prólogo feito por RICARDO NÚÑEZ e ERNESTO GAVIER à versão espanhola do *Tratado de derecho penal*, está dito que MANZINI não acreditava no liberalismo nem muito menos na democracia e possuía espírito autoritário (Op. cit., p. XIV).

[325] FRAGOSO. Op. cit., p. 55.

[326] *Tratado de derecho penal*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar S.A, 1941. v. 1, tomo 1. p. XIII.

[327] Op. cit., p. XIV.

[328] BETTIOL. *Intituciones de derecho penal y procesal*. p. 171.

1.3.9- Escola da Nova Defesa Social.

Contudo, durante todo esse tempo, estava em formação uma nova corrente de pensamento, que, mais tarde, veio a sedimentar-se sob a roupagem da *Escola da Nova Defesa Social.* Com efeito, já no ano de 1899, em obra intitulada **"***Ciência penal e direito positivo*", ADOLPHE PRINS[329] defendia que a função do Direito Penal não seria retribuir o mal produzido pelo fato ilícito, e sim objetivar a defesa da sociedade, o que só seria possível, no seu pensamento, substituindo-se a noção de responsabilidade moral pelo critério da periculosidade do delinqüente, porquanto a limitação do direito de punir ao atributo da racionalidade, para ele, leva ao abrandamento da pena, em detrimento da defesa social[330]. Por isso mesmo, na sua doutrina, "... a ciência moderna considera o direito de punir, não como um direito absoluto, mas como um direito relativo de defesa social e de protecção social tendo por fim a defesa e a protecção dos interesses sociais."[331]

Em verdade, a idéia do Direito Penal como forma de defesa social, em que a preocupação deveria ser com o homem que pratica o ilícito, no sentido de aplacar a sua delinqüência, que estava presente na Escola Positiva, de há muito era sentida pelos filósofos, havendo menção a pensamento de Platão, segundo o qual a sanção não deveria preocupar-se com o passado, pois ele não poderia mais ser recuperado, mas sim com o futuro[332]. PLATÃO, apud MARC ANCEL, em posição extremamente avançada para época – quando a prisão era vista apenas como o meio para a aplicação da pena e ele já pretendia que ela fosse a sanção penal para a maior parte dos casos –, viu na *prevenção* a principal função da pena, pois esta é a única forma de efetivamente defender a sociedade[333].

---

[329]ADOLPH PRINS era um neopositivista que adotava em parte o positivismo *ferriano* e, de outra, o que pregava a Escola Sociológica Francesa. (*Ciência penal e direito positivo*. Tradução Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1915. p. 37.)
[330] Ibid., p. 39.
[331] Ibid. p. 39.
[332] ANCEL. Op. cit., p. 31.
[333] Ibid. p. 31.

Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial[334], operou-se intenso movimento reformista, ressurgindo o Direito natural, colocando-se o *positivismo jurídico*[335] no banco dos réus, sob a pecha de ser o grande responsável pelas atrocidades jurídicas do nazismo e do facismo[336]. A crise surgida no pós-guerra suscitou o redirecionamento dos direitos naturais impostergáveis, absolutos, chegando-se a propagar a idéia de que nenhuma jurisprudência ou lei que se apresentasse injusta, ou, ela própria, delitiva, poderia servir de fundamento para que o juiz decidisse uma causa.

A valoração formal da lei não poderia, em tempo algum, ser obstáculo à consecução da justiça[337], que deveria pairar acima da proposição normativa, devendo o direito se conformar com esta, e não com aquela. A lei, por conseguinte, deixaria de ter um valor em si mesmo, carecendo de confronto com a justiça que dela deve promanar, sob pena de não se confortar com os ditames do Direito.

Esse *movimento filosófico reformista* da (re)valoração do direito deu origem à difusão dos direitos humanos e foi o caldo de cultura para o surgimento de uma nova Escola de Direito Penal, a *Escola da Defesa Social*. Os excessos desumanos praticados antes e durante a Segunda Guerra Mundial, considerados vis no processo de Nuremberg, sob a noção de *crime contra a humanidade*, que tanta indignação para este século legou, suscitaram nos homens da ciência penal a necessidade de repensar o problema penal, procurando enxergá-lo, agora, não sob o aspecto apenas referente ao homem delinqüente e ao campo do Direito Penal, mas encará-lo como fenômeno social[338]. O problema não seria, propriamente, criminal, e sim social, inserindo-se, aí, o Direito Criminal como um, e não como o único, instrumento de defesa social.

---

[334] ERIC HOBSBAWN mostra que o Século XX foi excessivamente marcado pelas duas maiores guerras já registradas na Terra, em que não apenas as grandes potências se envolveram, mas praticamente todos os países, influenciando decisivamente nos sistemas políticos (*Era dos Extremos*: o breve século XX-1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995). Esses dois conflitos, sem embargo de outros malefícios, banalizou o respeito à vida.

[335] A referência aqui, obviamente, é ao normativismo kelseniano.

[336] O positivismo-normativo serviu de escudo para amparar muitos abusos, desrespeitos aos direitos fundamentais. Até mesmo juízes alemães chegaram a ser condenados no *Julgamento de Nuremberg*, não sendo aceita a escusa de que a condenação a penas como a esterilização estavam amparadas na lei, à qual deviam obediência.

[337] O Francês JEAN CRUET, já em 1908, alertava que o juiz não é a boca que pronuncia a vontade da lei, pois ele tem função criadora, não tendo a norma o condão de encerrar o direito (*A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Tipografia José Bastos, 1908. p. 26). Como bem acentua o insigne francês, a função ativa do juiz na renovação do Direito é um *fenômeno constante*, uma espécie de *lei natural da evolução*, pois, "... nascido da jurisprudencia, o direito vive pela jurisprudencia, e é pela jurisprudencia que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação immovel." (Ibid.p. 26).

FILIPPO GRAMATICA[339] tratou de levar a conhecimento essas novas idéias, criando, em Gênova, no ano de 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social, vindo a sedimentar, com seus escritos, a teoria da Defesa Social. A tese de GRAMÁTICA era *abolicionista*, pois, ao fundamento de que a função do Estado não deve ser *punitiva*, mas sim *preventiva*, proclama, ante a constatação da ineficiência dos cárceres, a reforma da essência do sistema penitenciário, com a substituição das penas pelas *medidas educativas* e *curativas*[340]. Era uma posição extremada, visto que, em contraposição ao Direito Penal repressivo, como última razão, visava à substituição mesmo do Direito Penal por um sistema não punitivo[341]. GRAMÁTICA, apud MARC ANCEL, alargando a sua doutrina, vai além da proposição de uma nova filosofia penal, ao acreditar que "... o 'direito de defesa social' deve substituir o direito penal existente; pois esse direito de defesa social se atribui como finalidade a adaptação do indivíduo à ordem social e não a sanção de seus atos."[342]

1.3.9.1- A doutrina da Escola da Nova Defesa Social na perspectiva de MARC ANCEL.

Essa posição, naturalmente, sofreu as severas oposições, diante da consideração de que, se a *repressão* não pode ser o plano-comando da política criminal, a sua primeira e principal razão muito menos pode dela prescindir. A crítica construtiva a essa posição extremada originou a *Escola da Nova Defesa Social*, representada, nessa fase, pelo francês MARC ANCEL[343], tendo como obra fundamental "*A nova defesa social*". Ela é chamada de *nova* não apenas para sublinhar que essa expressão não pode ser confundida com o conteúdo repressivo empregado pelo positivista, mas, igualmente para se afastar da

---

[338] ANCEL. Op. cit., p. 113.
[339] Foi autor de diversos escritos jurídicos, o primeiro intitulado *Principii di Diritto Penal Soggetivo* (1933). Em 1945, fundou, em Gênova, o *Instituto Internacionale per gli Studi di Difesa Sociale*. O aperfeiçoamento do pensamento de GRAMÁTICA veio com a publicação da obra *Principi di difesa sociale*, publicada em 1961. MARC ANCEL credita a GRAMÁTICA o início do desenvolvimento do perfil democrático da defesa social, em reação ao tom autoritário dos positivistas.
[340] LYRA. *Novíssimas escolas penais*. p. 76.
[341] ANCEL. Op. cit., p. 11.
[342] Ibid., p. 124.
[343] Foi presidente da Sociedade Internacional de Defesa Social, Conselheiro da Corte de Apelação de Paris e secretário-geral da Sociedade de Legislação Comparada e do Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris. Conceituado jurista francês, com vários trabalhos publicados de Direito Comparado, área na qual é referência obrigatória, levou ao público a sua principal obra, *A nova defesa social*, no ano de 1954, como resultado de quinze anos de estudos e de longas reflexões. Em 1965, diante da ampla repercussão em diversos países da nova doutrina, com a tradução de sua obra para o espanhol, o inglês, o italiano e para a língua servo-croata, MARC ANCEL resolveu aprofundar o seu pensamento, o que fez surgir a sua segunda edição. Além das línguas mencionadas, a obra ainda foi traduzida para o japonês, o alemão e o russo e, em 1979, finalmente, foi traduzido para o público brasileiro.

concepção *abolicionista penal* encampada na *defesa social* de GRAMÁTICA e de seus seguidores.

A Escola da Nova Defesa Social, que se situa como doutrina sedimentada no Século XX, tendo como suporte as correntes filosóficas de agora, concentra seus esforços para *reencontrar a tradição humanística do Direito Penal* e, com base nela, *repensar o problema criminal*[344]. Compreende que o penalista não pode mais, para apresentar solução à problemática inerente ao fenômeno criminoso, ser simplesmente jurista, e, assim, tratar abstratamente dos fundamentos legais aplicáveis à responsabilidade ou aos elementos jurídicos do delito. Deve, contudo, ter em mente que não pode, ele, o penalista, ser substituído, nessa tarefa, pelo médico, pelo sociólogo e/ou pelo psicólogo, pois a Criminologia moderna necessita examinar a ação criminosa com o concurso de todas as ciências humanas.

O sistema penal há de ser concebido de modo que leve em consideração a realidade humana e social, não ficando dissociado dessas circunstâncias, sob pena de não apresentar solução eficaz à criminalidade. Os dogmas jurídicos devem ser postos de lado, percebendo-se que o Direito Criminal, como ciência do Direito, e principalmente por seu campo de ação, atua na área em que não há absolutismos, mas sim verdades relativas. Os únicos dogmas que devem nortear o caminhar da justiça criminal, se é que se pode admiti-los como tais, são apenas a prevenção do crime e a busca da reinserção social do agente que comete o ilícito, tendo presente, na aplicação dos instrumentos necessários a esses fins, o respeito à dignidade da pessoa humana.

A Nova Defesa Social, assim, é uma carta de intenções de política legislativa, judiciária e executiva, em relação ao crime, diante da concepção de que a ciência penal moderna não pode prescindir da Criminologia, que se preocupa com o estudo do fenômeno criminal; do Direito Penal, que se ocupa em sistematizar as normas jurídicas com as quais a sociedade se prontifica a combater o fenômeno delituoso; e, por fim, da política criminal, que deve ser, a um tempo, ciência e arte, instrumento que deve servir de bússola ao legislador na elaboração das leis criminais, ao juiz no seu processo de aplicação e à administração penitenciária na execução da determinação judicial[345].

---

[344] Ibid., p. 114.
[345] Ibid., p. XXII.

Pode-se definir a Escola da Nova Defesa Social como o conjunto de idéias de ordem política, orientadoras dos poderes constituídos do Estado no tratamento a ser dispensado no combate à criminalidade. É a política criminal a ser desenvolvida no que se refere ao fenômeno criminal, inserido no contexto social, para a qual a "... defesa social parte necessariamente da proteção do indivíduo, e mesmo da eminente dignidade do ser humano."[346] Diferentemente do que queriam os *positivistas*, não reconhece essa doutrina o Estado revestido de um direito supremo para punir, porquanto "... o reconhecimento dos 'direitos humanos' é imanente a este sistema."[347]

Aqui, abandona-se a idéia classicista do caráter retributivo da pena, porquanto, nessa nova abordagem humanística da ciência criminal, vê-se a sanção apenas como o meio de preservar-se a ordem social, devendo ser aplicada na proporção em que for *necessária* e *eficiente* na ressocialização do agente[348]. Na pregação da Nova Escola da Defesa Social, o processo penal é uma "... garantia em face do Estado sancionador"[349] e, como ele perdeu sua *significação de moral social e de proteção coletiva*, é preciso a sua reformulação, diante da necessidade "... de uma justiça penal organizada segundo uma legalidade procedimental tão intangível quanto a legalidade dos delitos e das penas."[350] A idéia subjacente a todo o sistema penal, logo, é a *garantia dos direitos fundamentais*, o que impõe abandonar-se a concepção de que o Direito Penal e Processual Penal devem ser enxergados como *estatutos repressivos*[351], como propunha o raciocínio da *Escola Positiva*. No discurso democrático proposto pela *Escola da Nova Defesa Social,* não há espaço para se chamar o Direito Penal e/ou Processual Penal de *Direito Repressivo* ou *Estatuto Repressivo*, visto que essa linguagem é própria de um sistema antidemocrático, que imperou no Brasil a partir dos Códigos Penal e Processual Penal ainda vigentes.

---

[346] Ibid., 125.
[347] Ibid., p. 126.
[348] Ibid., p. 123.
[349] Ibid., p. 127.
[350] Ibid. p. 127.
[351] No item supra 1.3.2, em que se fez a explanação sobre a *Escola Positiva*, restou consignado que o núcleo do pensamento centrava-se na idéia de que o sistema penal deveria ser mais repressivo do que garantístico. Enquanto a Escola Clássica surgiu empunhando a bandeira da necessidade de impor limites ao direito de punir do Estado, apresentando-se principalmente o processo penal como uma medida de garantia dos direitos do homem acusado contra os eventuais abusos do poder estatal, a Escola Positiva, ao argumento da falência dessa teoria no combate à criminalidade, em um giro completo, volta-se para privilegiar a persecução criminal. Por conseguinte, a linguagem repressiva – estatuto repressivo, direito repressivo etc. – é uma reminiscência do discurso positivista, adequado ao Estado forte, ditatorial, desajustado, por conseguinte, a um sistema democrático, como é o nosso.

A Escola da Nova Defesa Social quer que, de uma vez por todas, o acusado seja chamado para o processo, não como o classicismo, timidamente, fê-lo, no sentido de que ele tenha o direito de conhecer a acusação e de defender-se, muito menos dentro da aspiração positivista, que foi para tê-lo como objeto de estudo, porém para que ele não apenas exercite o seu direito de defesa e se faça, igualmente, conhecer, mesmo antes do início do processo[352]. Isso porque, para a Nova Defesa Social, o crime é um fato humano, ou melhor, é a expressão da personalidade do seu autor, que deve ser reprimido não só em virtude da necessidade de segurança social, mas, em nome dela mesma e para prevenir outros ilícitos, a sanção deve ter o caráter de tratamento, aplicando-se, por isso mesmo, indistintamente, tanto ao imputável quanto ao inimputável[353].

Nessa perspectiva, a justiça penal *não é e não pode ser senão relativa*, até porque a real função do juiz não reside em julgar um fato em si, de acordo com as regras abstratas, como se fosse um problema metafísico do lícito e do ilícito, mas julgar, na qualidade de homem, aquele que praticou a conduta, ou seja, *julgar outro homem*. Melhor explicando, escreve, com desenganado acerto, MARC ANCEL[354]:

> Ao juiz, isto é, ao homem que tem a missão de julgar, não se requer sentencie sobre um problema metafísico do bem ou do mal, mas sobre o problema, individual e limitado, da delinqüência manifestada, em uma ocasião particular, pelo comportamento de um indivíduo. A justiça – humana – tem portanto por missão não estabelecer a dosagem da pena que, no absoluto, poderia compensar uma falta apreciada em si ou presumivelmente restabelecer o direito, mas determinar a sanção eficaz que permita tanto corrigir, e posteriormente reabilitar se possível o delinqüente, quanto proteger a sociedade.

Reconhecendo que a pena é dotada de medidas curativas e educativas, embora a teoria da nova corrente afaste, por completo, a idéia extremada *positivista* da aplicação administrativa, sem intervenção judicial, de *medidas preventivas* até mesmo *ante delictum*, encampa a polêmica tese de que se deve aplicar aos adultos a mesma ordem de idéias que

---

[352]Nessa ordem de idéias, os delinqüentes devem ser classificados, mas não nos moldes preconizados pela Escola Positivista, e sim dentro da perspectiva de que o agente do ilícito, na fase da aplicação da pena, há de ser conhecido e estudado pelo juiz, a fim de que a pena que lhe seja aplicada se apresente consentânea com as necessidades da imposição da sanção, de conformidade com as circunstâncias que o levaram ao cometimento do ilícito.

[353] ANCEL. Op. cit., p. 234. O problema criminológico, a ser pesquisado no processo, não consiste na forma simplista de enquadrar o agente do delito em uma das categorias de delinqüentes preestabelecidas, mas sim a pesquisa efetiva das peculiaridades do caso, no desiderato de saber por que e para que o homem, diante das circunstâncias socioeconômicas, aliadas aos seus antecedentes e específica constituição biológica, comportou-se de forma criminosa.

[354] Op. cit., p. 234.

levaram a se cuidar do menor com medidas socioeducativas, sendo mais espécie de tratamento do que de punição. Nesse passo, MARC ANCEL grava que "Num sistema renovado de política criminal, ao contrário, o juiz deve poder fazer uso da sanção repressiva, mesmo quando, como ocorre com relação aos menores, situamo-nos no âmbito normal da sanção educativa"[355]. Acrescenta ainda o jurista francês que, assim como não deve mais haver diferença entre pena e medida de segurança, as medidas socioeducativas do menor, que primeiramente foram ejetadas do Direito Penal dos adultos e deram origem ao Direito do menor delinqüente, manifestam-se *como a prefiguração do Direito Penal de amanhã*[356], de forma que esse "... mesmo método, realista e humano, que tão magnificamente renovou a organização da reação contra a delinqüência juvenil, seja amanhã aplicado, *mutatis mutandis*, em relação ao delinqüente adulto, e particularmente a certas categorias dentre eles."[357]

Essas teses da Escola da Nova Defesa Social são as que se apresentam mais consentâneas com as novas idéias de ordem penal e têm servido de paradigma às orientações da AIDP - Associação Internacional de Direito Penal -, com ampla repercussão, assim como as demais correntes de pensamento criminal, na maioria dos países. MARC ANCEL, com a autoridade de quem é reconhecido como um dos mais célebres *juscomparatistas*, leciona que, assim como as outras Escolas Penais, a por ele representada também serve como paradigma para outros países, até porque, toda pesquisa comparativa das políticas criminais "... faz com que necessariamente apareça em seu ponto conclusivo menos as diferenças ou as semelhanças das soluções técnicas do que as formas de reação dos diversos sistemas diante dos problemas de ordem social e humana que, no estado atual de nossa civilização, tendem a se apresentar por todos os lados quase de forma idêntica."[358]

Por conseguinte, a pesquisa *jurídica comparativa* não conduz a uma unificação dos sistemas criminais "... certamente utópica, nem mesmo a uma uniformização, talvez desejável, das legislações, mas ao reconhecimento, senão à formulação, de certas maneiras de pensar o direito penal."[359] Não foi sem razão que essa doutrina se espraiu pelo mundo, com traduções da obra de MARC ANCEL para o espanhol, o inglês, o italiano, o alemão, o

---

[355] Ibid., p. 301.
[356] Ibid. p. 301. No ensinamento da Escola da Nova Defesa Social, nota-se que ela elimina a discussão à questão da necessidade de redução da maioridade penal, porquanto o que ela prega, na verdade, é que seja aplicada aos adultos a mesma idéia socioeducativa do ordenamento jurídico pertinente aos inimputáveis menores.
[357] Ibid. p. 301.
[358] Ibid., p. 149.
[359] Ibid. p. 149.

japonês, o russo e mesmo para a língua servo-croata e portuguesa[360], da mesma forma como ocorreu com os livros fundamentais da principais escolas penais.

1.3.9.2- Visão crítica da Escola da Nova Defesa Social.

Como se nota, a Escola da Nova Defesa Social é mais positiva do que clássica e é mesmo, em verdade, uma nova abordagem – pode-se chamá-la de democrática – da doutrina *positivista*. Aliás, o próprio MARC ANCEL, na obra fundamental dessa nova corrente criminal, não nega que a *verdadeira noção de defesa social surgiu com o positivismo* e reconhece que, muito embora com essa doutrina ela não se confunda, ela é "... uma conseqüência indireta, e de certa forma em segundo grau, da doutrina positivista[361]. Justamente por isso, GIUSEPPI BETTIOL[362], em forte crítica a essa corrente de pensamento, embora admita os esforços de MARC ANCEL e GRAVEN em desconstruir o ranço autoritário próprio da idéia da defesa social preconizada pelos positivistas e tentar conciliá-la com um esquema normativo de garantia do direito de liberdade da pessoa humana, assevera que, mesmo assim, não se consegue ocultar o seu viés *defensivista*, uma vez que estende a sanção além dos limites da culpabilidade, o que a desaparta de um sistema de garantias da liberdade individual, na medida em que se orienta pela necessidade da defesa social do corpo social[363].

Advertindo que a *nova defesa social*, mesmo que a expressão permita um significado diferente, percorre o mesmo *caminho da antiga*, BETTIOL[364] tem por certo que as

---

[360] Ibid., p. XIII.

[361] Ibid., p. 87. De forma incisiva, na introdução de sua obra, MARC ANCEL deixa claro essa perspectiva de sua doutrina, ao afirmar: "Teremos de lembrar que o movimento de defesa social nasceu realmente da revolta positivista" (Ibid., p. XX).

[362] Um dos mais expressivos representantes do *neoclassicismo* possuía forte formação cristã e era, antes de tudo, defensor intransigente dos princípios do liberalismo democrático. O pensamento democrático-liberal de BETTIOL floresceu na resistência à ditadura facista de MUSSOLINI. Ele mesmo confirma, no prefácio à edição brasileira de sua monumental obra *Direito penal*, redigida em três volumes, que seu escrito "... pretendeu ser uma reação inúmeras vezes violenta contra uma concepção totalitária do direito penal, que no plano político aniquila qualquer posição de autonomia e de responsabilidade da pessoa humana." (*Direito Penal*. 2. ed. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. VII).

[363] *O problema penal*. p. 251. Toda a doutrina de BETTIOL, fortemente arraigada à filosofia humanística iluminista, parte da consideração de que em um Estado democrático, o sistema criminal tem de guiar-se pelo sentido da culpa, com conseqüente previsão da pena como medida retributiva. Na sua lição, os limites do direito de punir se concentram na sanção da culpa, daí por que a pena não deve ter outro fim senão a retribuição social por esse comportamento, não podendo ter outra finalidade, sob pena de dar margem ao Estado para, em nome do interesse social, alargar o seu espectro coercitivo.

[364] Ibid., p. 254.

articulações e o *desenvolvimento do pensamento* dessa corrente afastam "... algumas afirmações do velho positivismo (e isso era inevitável), a marca de fábrica da 'nova defesa social' é a de um positivismo de fundo, em que, porém, confluem motivos heterogénios e contraditórios.", razão pela qual acredita que "Estamos perante uma entrega incondicional nas mãos de um positivismo actualizado, mas que é sempre positivismo, pelas conseqüências que importa e determina na política e no direito penal."[365]

Sem embargo da crítica contundente de BETTIOL, a verdade é que, se a base da escola representada por MARC ANCEL é defensivista, ela não elege o Estado para ocupar o centro das preocupações do sistema criminal, porquanto, da leitura de sua obra, impõe-se reconhecer que ele pretende uma defesa social que tenha como primado a proteção do indivíduo e o respeito da dignidade do ser humano."[366] Em poucas palavras, ROBERTO LYRA, com a genialidade de sempre, define que a doutrina esposada por MARC ANCEL, aproveitando-se dos *caminhos abertos pelos positivistas*, propõe que convivam, em harmonia, o *rigor defensivista* com a *piedade social*, o *respeito* à *liberdade individual* e à *dignidade humana*.

Resgatando essa bem ponderada análise de ROBERTO LYRA, tem-se que, embora parta da concepção positivista, a doutrina da Nova Defesa Social se concilia com o pensamento democrático *classicista*, na medida em que redireciona a função mais evidente do sistema criminal para a proteção do indivíduo e o respeito dos direitos fundamentais. É, por conseguinte, uma visão eclética das Escolas clássica e positiva, em busca de uma conciliação possível das idéias que seriam, dentro dessa ótica, as mais consentâneas para a eficiência de um sistema criminal democrático. Isso tanto é verdade que, logo no início, MARC ANCEL dedica o primeiro capítulo de sua obra para explicar *o que se entende por defesa social*, segundo a ótica da *nova Escola*[367]. Nos esclarecimentos que achou por bem acrescentar, MARC ANCEL acentua que esse termo não é um mero resíduo da Escola positivista, uma vez que no novo conteúdo que se lhe empresta, a defesa social não se comprime no significado limitado de sacrificar o *indivíduo ao Estado e a liberdade da pessoa ao rigor da repressão*[368].

---

[365] Ibid. p. 254.
[366] ANCEL. op. cit., 125.
[367] Ibid., p. 1-28.
[368] Ibid., p. 8.

Em síntese, conquanto seja uma reação contra a idéia *clássica* de um sistema penal unicamente retributivo, substituindo-a pela noção de *tratamento*, como produto de uma política criminal *sociohumanista*, acima de qualquer coisa, a *Nova Defesa Social* é uma nova filosofia penal, consentânea ao regime democrático, que se opõe ao antigo conceito de defesa social como proteção da sociedade pela via repressiva, possuindo como vetor diretivo a ressocialização, inserida em um sistema humanitário tutelar dos direitos inerentes à qualidade da pessoa humana, com nítido caráter *universalista*, como é próprio das teorias que pretendem estabelecer um modo de pensamento[369].

1.3.10- Abolicionismo penal moderno-democrático[370].

Em passo mais adiante, esse discurso democrático anima uma volta à idéia abolicionista de FILIPPO GRAMÁTICA, agora sob a liderança de LOUK HUSLMAN[371], NIELS CHRISTIE[372] e THOMAS MATHIESEN[373]. Na perspectiva desse pensamento, em contraposição ao apogeu intervencionista do século passado, o Século XIX, sem negar a necessidade da presença do poder e da autoridade nas relações sociais, sinaliza para uma *dimensão mais ampla da liberdade*, com conseqüente *redução e descentralização* da autoridade, o que implica, naturalmente, uma nova (re)orientação da política criminal.

Em síntese, o movimento abolicionista possui duas posturas bem definidas, uma que *nega a legitimidade de atividades desenvolvidas na organização cultural e social da justiça criminal* e outra com a qual não se propõe abolir propriamente o sistema criminal, mas sim a *maneira de olhar para a justiça criminal*. Na sua primeira dimensão, a corrente *abolicionista*, ainda bastante minoritária, assume a feição de *movimento social* transformador similar àqueles grandes eventos históricos que levaram à abolição da escravatura, da perseguição às bruxas, no passado distante, e à abolição da discriminação racial, na época

---

[369] De forma incisiva, na introdução da obra com a qual expendeu o seu pensamento, ANCEL adverte que quer "... tentar explicar assim a nova defesa social na sua significação humanista, e em seu conteúdo dinâmico." (Ibid., p. XXII). Como uma carta de seguro contra as incompreensões dos críticos, ANCEL chega a dizer, não sem alguma dosagem de excesso, que a *defesa social* não é uma escola, não tem a finalidade de estabelecer uma *nova dogmática*, a única possível, em substituição de todas as outras teorias já expostas do Direito Penal, até porque o que ela visa, unicamente, "... é unir todos aqueles que compreendem que o mundo atual e o pensamento moderno fazer romper o quadro das doutrinas preestabelecidas e as teorias de todas as escolas, num anseio de renovação humana que ultrapassa todas as técnicas" (Ibid., p. XXXIV).

[370] Essa expressão foi a escolhida neste trabalho, a fim de distingui-la da outra corrente abolicionista defendida anteriormente por GRAMÁTICA.

[371] Professor Emérito da Universidade de Roterdã.

[372] Professor Titular de Direito Penal da Universidade de Oslo.

contemporânea, cujo argumento maior reside na falência do sistema prisional, que não se presta para atingir os fins que com ele se almeja. Os abolicionistas focam as suas atenções no sentido de demonstrar que o sistema carcerário contém uma *irracionalidade*, até porque não cumpre com a sua missão, ao contrário, finda sendo um instrumento social pernicioso, na medida em que (re)alimenta a criminalidade[374] e desenvolve a tese de que o combate aos comportamentos antagônicos aos valores sociais não possui como única ferramenta a *prisão*, sendo possível a adoção de outros meios tão ou mais eficientes.

Do mesmo modo, a resolução desse *problema* não tem apenas como via o sistema penal, nem muito menos esse é o canal preferencial para resolvê-lo[375]. Em reforço a essa tese, os abolicionistas, com suporte nas informações sociológicas colhidas do exame da *cifra negra*[376], mostram que a grande maioria dos eventos criminosos são *lidados* fora da justiça criminal e muitos deles são assim tratados pela própria vontade dos atores centrais da arena delituosa, não raro incentivados ou substituídos por agentes da esfera policial, que preferem encontrar uma solução à margem da legalidade do que enfrentar os efeitos deveras negativos do sistema criminal[377].

---

[373] Professor de Sociologia do Direito da Universidade de Oslo.

[374] Ideologicamente, a razão da prisão como pena se escora em cinco objetivos: a reabilitação, a intimidação, a prevenção geral, a interdição e a retribuição. Quanto à reabilitação, a proposta da teoria prisional encontra-se superada, devido a vários estudos demonstrarem, com argumentos irrefutáveis, que o *ambiente* criado em seu interior é pautado em um catálogo de valores frontalmente contrários aos valores sociais da sociedade, que tem a liberdade como norte. Por outro lado, a pena de prisão igualmente não serve como intimidação pessoal ou coletiva (prevenção geral), sendo suficiente, para chegar-se a essa conclusão, que nem mesmo a pena de morte consegue esse efeito, tendo até mesmo *positivistas,* como FERRI, admitido isso, com a revelação de dados estatísticos que comprovavam essa verdade. Os dois últimos fundamentos são os mais fortes para justificar a sua existência, todavia, o caráter meramente retributivo da pena é sobremaneira questionável em um sistema que se pretende considerar democrático, além de ser possível o cumprimento dessa função com a adoção de outra medida diferente daquela que importa em coartar o direito de liberdade, direito fundamental que é a própria razão da vida. Quanto à função de afastar o agressor do grupo social e, assim, impedir que ele volte a praticar crimes, para casos extremos, em que essa é medida antes de mais se tornar necessária, não há como deixar de aceitar a prisão como pena, como, aliás, assim admite a doutrina abolicionista. Sobre o sistema prisional, cf. VARELA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; FUNES, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Tradução Hilário Veiga Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1935; PLAYFAIR, Giles; SINGTON, Derrick. *Prisão não cura, corrompe*. Tradução Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1969. CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciários*. 2. ed. Rio de Janeiro: Henrique Velho & Cia., 1930.

[375] 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. p. 270.

[376] *Cifra negra*, em criminologia, significa os crimes ocorridos na sociedade, mas que não são levados a conhecimento do sistema criminal ou, quando a ele chegam, não são trabalhados em razão de não se saber quem lhes deu causa.

[377] O *exame* oficial do crime, seja pelo inquérito, seja pelo processo judicial, se não é agradável para o agente que pratica a ação tida como ilícita, muito menos o é para a vítima que se vê exposta a toda sorte de constrangimento, que não se manifesta apenas quando se cuida de crime sexual, embora neste isso mais se evidencie.

Constatam os abolicionistas que, impressionados mais em (re)agir conforme a satisfação dos interesses *oficializados* do que em satisfazer efetivamente a vítima[378], notadamente esta, logo a quem a resolução do processo deve interessar, não enxerga *legitimidade* quanto ao tratamento criminal dispensado pelos órgãos penais – compreendidas nessa expressão não apenas as agências policiais, como também os órgãos do ministério público e judiciais –, o que a estimula a procurar *alternativas* a uma justiça criminal que, sem embargo de agregar-lhe mais um *constrangimento*, não confere guarida aos seus *interesses*. Diante dessa realidade, os abolicionistas revelam que, em verdade, há uma prática social mais comum do que se supõe de *tratar* esses eventos criminais fora do sistema penal, circunstância que denota que este não é única fórmula *possível e disponível* de *lidar* com o assunto[379].

No discurso abolicionista, a *cifra negra*, ou seja, o número de casos que são tratados fora do sistema penal, é superior ao número de eventos que são solucionados pelas agências criminais, pelo que, em verdade, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, a justiça criminal como via de *tratamento* dessas questões é uma *excepcionalidade*. Por isso mesmo, HULSMAN observa que, sendo a justiça criminal um modo excepcional de *lidar* com as condutas ilícitas, não se pode negar a *necessidade e urgência* de colocar em pauta uma nova questão sobre a sua *legitimidade*, tendo em consideração o seguinte: a) o *referencial* da justiça criminal não mantém uma coerente interação entre cidadãos e profissionais; b) muitas das práticas das agências criminais não se confortam com os valores que sobressaem dos direitos humanos; c) as convenções dos direitos humanos limitam o *tratamento* das questões sociais pelo sistema criminal àqueles fatos cuja abordagem sob essa ótica seja *necessária numa sociedade democrática*; d) o modelo criminal impossibilita que as agências penais *lidem*, de forma criativa, com os problemas/crimes e com eles aprendam[380].

Na crítica à organização da justiça criminal sob esse modelo *punitivo*, os abolicionistas apontam como maior defeito a forma como as vítimas são (dis)tratadas pelo sistema. Nesse passo, censuram os abolicionistas a inexistência de espaço para a participação ativa das pessoas que, direta ou indiretamente, foram prejudicadas com o evento qualificado como criminoso, as quais, em prol da *legitimação* do sistema, precisam assumir uma posição ativa no *processo* empregado para a solução do problema, a fim de *orientar* a atuação dos

[378] No contexto da corrente abolicionista está a assertiva de que a vítima é a grande esquecida do *processo criminal*, o que faz com que este seja totalmente indiferente para aquela.
[379] HULSMAN. Op. cit., p. 204.

profissionais das agências estatais. Após destacar que no *referencial* da justiça criminal não há, pelo menos em princípio, nenhum espaço para *tal participação e orientação*, HULSMAN alega que não somente a polícia, como também os órgãos jurisdicionais, dirigem-se menos pelos *desejos* e *reclamações* das pessoas que comunicaram a agressão de que foram vítimas do que *pelas exigências do procedimento legal que estão preparando*[381].

Isso explica, segundo o mesmo autor, a razão pela qual a vítima, ao invés de ser um *guia* para as atividades policiais e judiciais, transforma-se e é tratada como uma espécie de testemunha *especial*. Ou seja, da posição de um dos principais atores do drama ilustrativo do problema, a quem, portanto, o funcionamento do sistema deve procurar dar uma resposta com foros de legitimidade, passa a ser mais um meio de prova, dentre outros mais permitidos.

No pensamento abolicionista, contudo, conforme a sensibilidade de THOMAS MATHIESEN[382], as inquietações com a vítima vão mais além, no instante em que, ao invés de procurar satisfazê-la tornando mais rigorosa a punição prevista para o agente que pratica a agressão, a doutrina busca um maior apoio para aquela, por meio da "... compensação econômica (do Estado) quando isso for pertinente, um sistema de seguro simplificado, apoio simbólico em situações de luto e pesar, abrigos para onde levar as pessoas quando necessitarem de proteção, centros de apoio para mulheres espancadas, solução de conflitos quando isso for possível, e assim por diante." Sob essa orientação, a vítima, que no sistema atual não recebe absolutamente nada, passaria a ser amparada, numa escala de apoio proporcional ao grau da agressão sofrida, uma mudança radical das coisas tal como hoje elas são ou, para ficar com as palavras de MATHIESEN, uma guinada no sistema em 180 graus, o que, há de convir-se, "... seria racional do ponto de vista das vítimas e, provavelmente, também[383], útil para superar a resistência ao desmantelamento do sistema atual."

Sob outra ótica, a segunda direção do movimento abolicionista – *modificação da linguagem criminológica* – refere-se a uma *abolição acadêmica*, com profunda modificação do discurso empregado no tratamento do assunto[384]. Para HULSMAN, a justiça criminal se vale de uma *linguagem punitiva* que se crê, por parte de seus atores e do público

---

[380] Ibid., p. 205.
[381] Ibid., p. 200.
[382] Ibid., p. 276.
[383] Ibid. p. 276.

em geral, coerente com a realidade criminológica, mas, ao contrário, o discurso oficial oculta *as situações-problema (crime) e a criminalização*[385]*,* devido a acreditar na errada suposição de que de fato existe uma *realidade ontológica do crime*, o que não é verdade, posto que as condutas *criminalizadas* pelo legislador não se distinguem, em sua própria razão de ser, de outros eventos *proibidos, dolorosos ou ameaçadores*[386].

Quanto a isso parece não haver dúvida, até porque, como realidade propriamente dita, o crime existe apenas no sentido figurativo que lhe é emprestado. Por isso mesmo, com carradas de razão, NILS CHRISTIE, outro arauto da corrente abolicionista, em linguagem contundente, afirma que o *crime não* existe, ele é *criado através de processos sociais que dão sentido aos* atos[387]. Ainda que o assunto seja tratado no ambiente da política criminal, isto é, mesmo sem que haja a abolição do Direito Penal em si, essa versão da corrente pretende uma (re)construção conceitual do assunto, que deve principiar, ante a constatação de que o crime não tem uma razão de ser ontológica diferente de outros comportamentos proibidos, justificando-se, por conseguinte, a substituição do conceito *comportamento criminoso ou criminalizável* pela de *situação problemática*[388], o que traz como conseqüência tornar o ambiente da investigação científica mais saudável, mais desapegado dos preconceitos que o tema suscita e mais distante das influências que a emoção recalcitra em se fazer sentir, sem falar, claro, no viés democrático dessa linguagem.

Muitas dessas idéias da corrente abolicionista, como se vê, são plenamente aceitáveis dentro de uma política criminal arejada e democrática, centrada em buscar melhor compreensão e tratamento ao fenômeno criminoso, e servem, naturalmente, como guia para uma teoria constitucional do processo penal que possui como princípio hegemônico de todo o sistema o respeito à dignidade da pessoa, decorrendo, a partir daí, uma série de princípios que exprimem a idéia filosófica de um pensamento estruturado sob as bases do *garantismo*.

---

[384] Ibid., p. 197. Nessa vertente, procura-se atingir as organizações que estão *por trás* da justiça criminal, mais especificamente as universidades, os departamentos de Direito, as ciências criminais e sociais em gênero.
[385] Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal, In: *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Tradução Maria Abramo Brant de Carvalho. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 191.
[386] Em razão disso, explica HULSMAN, somos levados a considerar as ações criminais "... como eventos excepcionais que diferem de forma importante de outros eventos que não são definidos como criminais." (Ibid., p. 195).
[387] Civilidade e estado, In: *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Tradução Beatriz Scigliano Careiro. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 247-249.
[388] Ibid., p. 206.

1.4.- Reflexos das correntes de pensamento na formação do ordenamento processual penal brasileiro.

Quando a Lusitânia antiga, com a sua reunião a Leão, Castela e Galécia, formou o Estado de Portugal, isso por volta do Século XII, observou-se a necessidade da organização civil das terras sob sua soberania, sendo editados os forais que, ao lado dos Direitos Romano e Canônico e dos usos e costumes, passaram a formar o sistema jurídico português. Não havendo convergência de tratamento entre a *multiplicidade* de forais[389], cada vez mais se mostrou indispensável a compilação do Direito no Reino[390]. No Século XV, encontrando-se no poder o Rei D. JOÃO I, este determinou que fosse feita uma compilação das muitas leis que se encontravam em vigor no reino de Portugal. Levando a missão a bom termo, em 1446, em nome de AFONSO V, publicaram-se as *Ordenações Afonsinas*. O Direito Penal e Processual Penal, como era próprio na época, vinham disciplinados no Livro V. Sob a inspiração dos Direitos Romano e Canônico, das leis das *Partidas de Castela* e dos costumes e estilos das vilas portuguesas, o processo penal seguiu as características próprias da legislação eclesiástica, com a plena adoção do procedimento inquisitorial.

Concretamente, eram previstos três modos de iniciativa do processo: a *acusação*, que se fazia mediante o *auto de querela*; a *denúncia*, correspondente à delação secreta e à *súplica* dos fracos; a *inquirição*, nos casos em que se procedia de ofício[391]. Iniciado o processo, o réu era citado para fins de interrogatório e, quando não confessava ou negava a prática do crime, ele podia *exigir* para que as testemunhas fossem ouvidas na presença do juiz e, encerrada a instrução, após a defesa do acusado, surgia o momento para a decisão. Havia a admissibilidade da apelação, oportunidade em que podiam ser reinquiridas as testemunhas[392]. No desiderato de coibir o arbítrio dos juízes, em caso de ausência de normatização do assunto pelas *Ordenações Afonsinas*, havia previsão expressa quanto à aplicação subsidiária do Direito Romano e do Direito Canônico[393], justificando-se a

---

[389] Os forais eram as *Cartas*, denominadas *foros* ou *forais*, que os reis outorgavam aos senhorios, estabelecendo os direitos e privilégios que estes possuíam sobre uma determinada localidade. Cf. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, v. 1. p. 63. No referido livro, ALMEIDA JÚNIOR faz o mais completo estudo sobre a história do processo criminal brasileiro.

[390] ALMEIDA, H. Mendes de Almeida. *Ordenações filipinas*: ordenações e elis do Reino de Portugal Recopiladas por mandato d'el rei d. Filipe, o primeiro. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1, p. 10.

[391] Ibid., p. 112.

[392] Ibid., p. 113.

[393] Redigidas sem método adequado, as normas eram extensas, o que dificultava a interpretação e alcance de seus enunciados.

incidência deste, uma vez que a autoridade do Rei advinha de Deus. Era a legislação portuguesa que se encontrava em vigor, quando o Brasil foi descoberto, e permaneceu em vigor até 1520.

No século seguinte, mais precisamente em 1521, no reinado de D. MANUEL, procedeu-se à nova codificação da legislação portuguesa – *Ordenações Manuelinas* –, destinando-se igualmente o Livro V para o disciplinamento do Direito Penal e Processual Penal. Não procede a afirmativa de que as *Ordenações Manuelinas* não trouxeram nenhuma inovação em relação à legislação anterior e que teria sido editada mais por vaidade de D. MANUEL, o venturoso, motivado unicamente pelo desejo de dar ao código o seu nome. As *Ordenações Manuelinas*, que vigeram até 1603, além de cuidar de conferir uma melhor estrutura ao Poder Judiciário, conforme JOÃO MENDES JÚNIOR, trouxe o disciplinamento a respeito do promotor de justiça, "... com as suas funções de ministério público, quer no cível, quer no crime, bastante acentuadas" e impôs que, em cada cidade, vila e lugar do reino e senhoria, haja sempre um promotor de justiça *letrado* e *bem entendido*.[394] Conquanto não houvesse modificação em relação ao início do processo, admitia a apelação não apenas da sentença definitiva, bem assim da decisão interlocutória e, ademais, preceituava a sua interposição de ofício pelo juiz.[395]

Finalmente, o Rei de Castela, FELIPE II, ao assumir o trono português devido à morte do cardeal D. HENRIQUE, resolveu promulgar as *Ordenações Filipinas*, mantendo a praxe de destinar o Livro V para tratar do Direito Penal e Processual Penal. Os seus preceitos eram *desumanos* e *bárbaros* e, dentro de um sistema normativo *cruel* e *despótico*, o processo inquisitivo, aparelhado das *devassas*, servia a um Direito Penal *retrógrado* e *sanguinário*[396]. Tinha como características primordiais a finalidade de incutir o terror, a aplicação da pena de morte, com execução mediante suplício (enforcamento seguido de esquartejamento), sendo a prisão pouco usada como sanção, preferindo-se as penas infamantes, castigos corporais e as mutilações. A acusação era pública, nas hipóteses em que ofertada por qualquer do povo, ou particular, nos casos em que o próprio ofendido era quem tratava de fazê-la, mas, em algumas situações, cabia a acusação da justiça, competindo ao Ministério Público substituir o *queixoso*.

---

[394] Ibid., p. 123.

[395] De conformidade com ALMEIDA JÚNIOR, iniciado o processo, o acusado era, *ipso facto*, preso preventivamente (Cf. op. cit., p. 124).

De todo modo, para a admissibilidade da acusação, havia a necessidade da apresentação *preliminar de querela*[397], *sumário de querela,* com audiência de três ou quatro testemunhas e, por fim, a pronúncia, desde que, descoberto o crime, da devassa adviesse *prova suficiente para a prisão do réu*[398]. Os tormentos[399] por meio da tortura eram amplamente permitidos, não podendo ser aplicados, porém, em se tratando de fidalgo, cavaleiro, doutor em cânones, leis ou Medicina, e vereadores, exceto nos casos de falsidade, moeda falsa, testemunho falso, sodomia, alcoviteria e furto. Quando, apesar do tormento, não confessava, o acusado era degradado para a África. O suplício[400] era autorizado, se houvesse permissão do regedor e dos desembargadores, na hipótese em que houvesse evidentes indícios de o acusado ser o autor do crime, assim como quando houvesse prova produzida mesmo por uma só testemunha, confissão extrajudicial, fama pública ou fuga[401].

Concluído o prazo para a apresentação das provas pelas partes, precluía a oportunidade de serem apresentados outros meios probatórios, devendo o juiz, que tinha uma postura meramente passiva, sem o poder, portanto, de produzir provas de ofício, julgar de acordo com o alegado e com o provado, dentro do sistema de prova legal[402]. A sentença, que tinha de ser escrita e assinada pelo juiz, podia desapartar-se do que constava do libelo e, salvo quando as penas eram certas e determinadas na lei, ele podia aplicá-la conforme o seu arbítrio[403]. Exalando o seu caráter religioso, as Ordenações Filipinas determinavam que, sendo infligida a pena capital, deveria o condenado ser intimado para se preparar

---

[396] MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 95.
[397] A querela consistia na delação que era feita por qualquer do povo, no interesse público, ou pelo ofendido, sendo lavrado auto competente (ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 134). De regra, nos casos de querela, havia as *devassas gerais* e as *especiais*, que se traduziam em *inquirições* feitas pelo juízes para informação dos delitos, aquelas para a apuração dos delitos incertos, realizadas anualmente, e estas tinham lugar quando houvesse notícia da ocorrência do crime, mas fosse incerto o agente (MARQUES. Op. cit., p. 95).
[398] Ibid., p. 96.
[399] Os tormentos eram inquirições judiciais feitas ao réu nos crimes graves, nos quais se procurava, por meio da tortura, *compeli-lo a dizer a verdade* (ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 136).
[400] Era aplicado ante a presença do julgador, do escrivão e do ministro. (MARQUES. Op. cit., p. 97) JOÃO MENDES JÚNIOR informa que a tortura, usada no Direito Romano, desapareceu das legislações e, posteriormente, no Século XIV em diante, ressurgiu, passando a ser utilizada largamente, em razão de os juízes, na época, por hábito, sempre procurarem fundamentar as suas decisões com base na confissão do acusado. Com isso, os juízes envidavam todos os esforços no sentido de extorquir a confissão, "... ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interro; e, ainda assim nada conseguisse, recorria às ameaças e depois aos tormentos." (Op. cit., p. 138).
[401] MARQUES. Op. cit., p. 96-97.
[402] Ibid., p. 97. Considerava JOÃO MENDES JÚNIOR que, de todo modo, "... fôrça é reconhecer que, em matéria crime, não seria difícil ao juiz, salvo em casos raríssimos, harmonizar os preceitos legais com os ditames da sua consciência." (Op. cit., p. 139).
[403] MARQUES. Op. cit, p. 97.

espiritualmente "... e poder dispor da terça de seus bens em obras pias"[404]. Sem embargo da permissibilidade da interposição de embargos de todas as decisões, fossem elas interlocutórias ou definitivas, sempre era cabível a apelação e, em muitos dos casos, o juiz devia, na ausência de manifestação recursal das partes, recorrer de ofício.

Esse trâmite dizia respeito ao *procedimento ordinário*, mas havia, ainda, o *procedimento sumário*, concebido, segundo FREDERICO MARQUES[405], para os crimes mais graves como homicídios voluntários, roubos nas ruas ou estradas, desafio, delitos capitais praticados com circunstâncias agravantes, etc. Todavia, JOÃO MENDES JÚNIOR[406], em livro, cuja última edição ocorreu em 1920, acrescenta que, em que pese admissível para os crimes mais graves, o procedimento sumário era pertinente, igualmente, "... nos crimes leves, que faziam objeto das visitas do Corregedor às cadeias, nas injúrias verbais sentenicas, em câmara e nas cauções ou têrmos de não ofender e bem viver." Nas mais das vezes, as *culpas sumárias* eram levantadas por meio de decreto régio e, formalizada a *notitia criminis*, que era feita com suporte na *verdade sabida* e prescindia das formalidades judiciais, o acusado era ouvido e, logo após, os autos iam conclusos para que fosse exarada a sentença.

Sentindo os reflexos da corrente humanística liberal que tomava vulto na Europa, especialmente após a vinda a lume da importante obra de BECCARIA, D. MARIA I, com esteio no Decreto de 31 de março de 1778, portanto, mesmo antes da Revolução Francesa (1789), designou uma junta para tratar da modificação do Livro V das Ordenações Filipinas[407]. Confiada a PASCOAL DE MELO FREIRE a tarefa de elaborar o projeto de reforma sobre o Direito Público e Criminal, ele, embalado pelas idéias *beccarianas*, apresentou, em 1786, o trabalho *Código criminal intentado pela rainha D. Maria I*, porém, infelizmente, não foi transformado em lei. Assim, permaneceram vigorando em Portugal e no Brasil as Ordenações Filipinas. Todavia, Portugal, envolvido pelo *movimento reformista* que dominou a Europa logo depois da Revolução Francesa, no afã de adaptar-se ao ideário humanitário, promulgou a Constituição Monárquica de 10 de março de 1821, com acentuado

---

[404] Ibid., p. 97-98.
[405] Ibid., p. 98.
[406] Op. cit., p. 136.
[407] FRAGOSO. Op. cit., p. 64.

colorido liberal[408]. Nessa Carta Política portuguesa estavam dispostos, em artigos, as suas *bases*, que correspondiam, em certa medida, à *declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão*[409].

1.4.1 - Os reflexos iniciais do pensamento beccariano, nas regras processuais aplicadas no Brasil.

A onda *reformista do Direito Criminal,* encetada na Europa e encampada na Constituição portuguesa de 10 de março de 1821, tendo como bússola a exposição filosófica de BECCARIA, fez eco no Brasil, a ponto de o Príncipe D. PEDRO I, mediante o Decreto de 23 de maio de 1821, diante da consideração de que as leis então vigentes não tinham sido eficientes quanto à *segurança das pessoas*[410] e tendo presente, ainda, que o seu primeiro dever era o de "... promover o mais austero respeito à lei e antecipar quanto ser possa os benefícios de uma Constituição liberal.", determinou[411]:

> 1º Que desde a sua data em diante nennhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser prêsa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto sòmente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente.
> 2º Que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que a lei expressa seja declarado culposo, como designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segrêdo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinqüente.
> 3º Que quando se acharem presos os que assim forem indiciados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e

---

[408] MARCELO CAETANO, apud FREDERICO MARQUES, informa que, logo após a vitória da Revolução Francesa e da proclamação dos Direitos do Homem, as reformas humanitárias estavam sendo preparadas em Portugal, "... quando a invasão napoleônica fez tudo abortar." (Op. cit., p. 99)

[409] (ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 151) Nas *bases* da Constituição portuguesa estão ressaltados: o direito de liberdade de fazer tudo aquilo que não seja defeso em lei; a inadmissibilidade da prisão sem a culpa formada; a necessidade de expedição, no prazo máximo de 24 horas, das razões da prisão; o direito de livre comunicação; o princípio da igualdade e conseqüente intolerância do fôro privilegiado, exceto nas causas afetas aos juízos particulares; a inadmissibilidade da lei penal, senão quando de sua absoluta necessidade; a proporcionalidade e pessoalidade da pena; a abolição do confisco de bens, da infâmia, os açoites, do baraço e pregão, da marca de ferro quente, da tortura, e todas as mais penas cruéis e infamantes. (Ibid., p. 152-154)

[410] Nos considerandos do Decreto em foco, D.PEDRO I levou em consideração que "... alguns Governadores, Juízes Criminais e Magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias em segrêdo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com o pêso de ferros, homens que se congregaram por bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual".
ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 148.

[411] Ibid, p. 149.

> oito horas peremptórias, improrrogáveis, e contadas no momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, por a confrontação dos réus com as testemunhas que os culparam, e ficando abertas e públicas tôdas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher, exceptuando-se por ora das disposições dêste parágrafo os casos que provados merecerem por Leis do Reino pena de morte acêrca dos quais se procederá infalivelmente nos têrmos dos §§ 1º e 2º do Alvará de 31 de março de 1742.
> 4º Que , em caso nenhum possa alguém ser lançado em segrêdo ou masmorra estreita, escura ou infeta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva, que os juízes e magistrados criminais poderão conservar por algum tempo em casos gravíssimos, incomunicáveis, os delinqüentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas e nunca maietadas ou sofrendo qualquer espécie de tormento.
> 5º Determino, finalmente, que a contravenção, legalmente provada, das disposições do presente Decreto, seja irremissívelmente punida com o perdimento do emprêgo e inabilidade perpétua para qualquer outro em que haja exercício de jurisdição.

Observa-se claramente que D. PEDRO I estava comprometido com as idéias liberais centrais do movimento reformista iluminista, que deram suporte filosófico à Revolução Francesa (1789) e à conseqüente *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, promulgada pela Assembléia Nacional Francesa, no ano de 1789. Conforme foi visto, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, documento elaborado consoante o ensaio filosófico estampado no livro *Dos delitos e das penas*, de autoria do formidável BECCARIA, forneceu concretude e universalidade maior aos direitos essenciais da pessoa humana, que deveriam ser reconhecidos e respeitados independentemente do que dispõe o ordenamento jurídico posto e do país no qual se encontre a pessoa, porquanto são inerentes à condição humana e indispensáveis para o gozo do direito à vida com dignidade. Do exame do decreto editado por D. PEDRO I, no ano de 1821, um primeiro aspecto deve ser ressaltado: os seus cinco itens tratam fundamentalmente da prisão do réu antes de ser julgado, tema relativo ao processo penal. Que os cinco dispositivos digam respeito ao processo penal não é de causar espécie, pois, ao longo deste estudo vem sendo sustentado, e demonstrado, que a principal preocupação de BECCARIA era com a falta das garantias processuais penais e a desumanidade dos julgamentos, razão pela qual a essência da obra do grande mestre e humanista se concentra em estabelecer princípios estruturantes sobre a ciência processual[412].

De qualquer modo, o humanismo de D. PEDRO I circunscreveu-se ao problema afeto à prisão provisória e ao tratamento que deve ser dispensado ao preso. Sobre o

[412] Sobre esse aspecto da obra de BECCARIA, conferir o tópico 1.3.1, supra.

que vem a ser dito, verifique-se que, no art. 1º do mencionado decreto, para coartar as prisões arbitrárias, restou consignado que, daquela data em diante, salvo na hipótese de flagrante delito[413], ninguém no Brasil poderia mais ser preso, senão por *ordem escrita* do juiz ou magistrado criminal do território. A despeito do que foi dito, não pairam dúvidas de que esse princípio, ainda hoje estabelecido como direito fundamental na Constituição em vigor, representou um avanço sem precedentes no nosso sistema[414]. No art. 2º do decreto, impõe-se como condição para a decretação da prisão provisória pelo juiz, que haja uma *culpa formada*[415]. Na norma seguinte, atentando-se para a necessidade de imprimir-se *celeridade* ao processo que conta com o réu preso, estabeleceu-se um prazo máximo para o encerramento do feito quando presente essa situação e, para *facilitar os meios de defesa*, determinou-se que ficassem *abertas* e *públicas* todas as provas[416].

No penúltimo dispositivo, filiando-se ao lado dos partidários da luta contra a crueldade das prisões – note-se que a doutrina utilitarista inteligentemente desenvolvida por BENTHAM[417] para o regime penitenciário era contra a aplicação de *males* além dos necessários à *punição* –, foram rechaçados os estabelecimentos prisionais insalubres e os instrumentos utilizados (correntes, algemas, grilhões, etc.) para martirizar os homens não julgados. Como se vê, nos termos do decreto, o *martírio* na prisão não deveria ocorrer para os *homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final.* Isso quer dizer que, depois de julgado, o *uso de corrente, algemas, grilhões, outros quaisquer ferros inventados para martirizar* poderiam ser utilizados. O último artigo contempla a sanção de perda do cargo e proibição do seu exercício, para o juiz que não cumprisse os preceitos dos decretos, concretizando a proposta de coibir, com firmeza, as eventuais arbitrariedades praticadas pelos juízes, algo que era muito comum na época.

---

[413] O interessante é que, de acordo com o decreto, ao comum do povo não era confiado apenas o poder de polícia para efetuar a prisão de quem fosse flagrado na prática do delito, mas também o *dever* de agir. Atualmente, para o povo, a prisão em flagrante é uma *faculdade*, enquanto para a autoridade policial consiste em um *dever*. (Art. 301 do CPP).

[414] Para exemplificar, lembre-se que o ordenamento jurídico brasileiro, até a Constituição de 1988, admitiu a prisão administrativa, ou seja, a prisão determinada por autoridade diferente do juiz, circunstância rechaçada pela norma imperial. BECCARIA também defendia que a prisão deveria ser decretada pelo juiz, porém apenas quando houvesse necessidade, a fim de diminuir os casos em que o réu, reconhecido posteriormente inocente, tenha tido infortúnio de manchar o seu nome com a passagem pela prisão. Esse tema será tratado mais à frente.

[415] É o que tecnicamente chama-se *sumário de culpa*, consubstanciado no binômio *materialidade do delito* e *indícios de autoria*.

[416] Note-se que BECCARIA condenou os processos secretos e a ausência do direito de defesa. Na obra do marquês foram pinçados os princípios da publicidade processual e do direito de defesa do acusado. Ainda hoje, como decorrência do princípio da publicidade, determina-se que as portas das audiências e sessões somente sejam fechadas, nos casos em que deva o ato ser praticado em segredo de justiça (Art. 792, § 1º, do CPP).

[417] Cf. tópico 1.3.3, supra.

Reafirmando o compromisso com o pensamento da Escola Clássica, D. PEDRO I, por meio da Lei de 18 de junho de 1822, criou o tribunal do júri, conferindo-lhe competência restrita ao julgamento dos crimes de imprensa[418] e, em seguida, com a veiculação da Lei de 28 de agosto de 1822, fez avançar, ainda mais, a legislação brasileira em direção à defesa dos direitos fundamentais, ao determinar que aqui fossem aplicadas as bases da Constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821, garantindo-se, assim que: 1) ninguém será preso sem culpa formada; 2) lei alguma, especialmente a penal, será editada sem a absoluta necessidade; 3) a pena, atendida a sua proporcionalidade com o delito, não pode passar da pessoa do acusado; e 4) a abolição da confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, a tortura e as penas infamantes.

Um acontecimento importante, ainda nesse contexto reformista no sentido de adequar a colônia brasileira ao perfil de Estado Liberal, foi o Alvará de 14 de maio de 1808, que elevou a Relação do Rio de Janeiro à categoria de Casa de Suplicação, circunstância que representou a independência de um dos Poderes Políticos do Brasil – o Judiciário –, em relação a Portugal. O alvará em referência representou um *ato político* concreto no processo de independência do Brasil e precipitou a *declaração formal* de um *estado de fato*[419]. .

Com a declaração da Independência do Brasil, logo veio a Constituição Política do Império, promulgada em 25 de março de 1824, sensivelmente liberal, embalada que estava com a agenda política e filosófica da Revolução Francesa[420]. Nesse contexto, sob a rubrica *direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, no art. 179, plasmou *preceitos* e *princípios* inerentes a um processo criminal *garantista*, nos termos do arcabouço teórico da Escola Clássica, frontalmente contrário, por conseguinte, às normas emanadas do Livro V das Ordenações Filipinas. Malgrado o manifesto atrito das *Ordenações Filipinas* com a moldura democrático-liberal da Constituição Imperial, por disposição expressa, determinou-se que as suas normas permaneceriam em vigor, até que fossem editadas novas normas. Enquanto não

---

[418] O tribunal do júri foi, conforme visto, defendido desde MONTESQUIEU, quando tratou da independência do Poder Judiciário. Na doutrina da Escola Clássica, o tribunal do júri sempre se expressou como uma instituição fundamental, como forma de garantia do cidadão no sentido de ser julgado por seus semelhantes. A Escola Positiva, por entender que o crime e o delinqüente são assuntos que despertam o conhecimento de outras ciências afins, era contra a instituição do tribunal do júri, na medida em que queria que o assunto fosse tratado por especialistas. Por isso mesmo, os *positivistas* desejavam até mesmo a especialização dos juízes na matéria criminal.

[419] O Príncipe D. PEDRO DE ALCÂNTARA recusou-se a opor o seu *cumpra-se* à Lei das Cortes Portuguesas, de 13 de janeiro de 1822, que decretava a extinção de todos os tribunais então criados no Rio de Janeiro. (MARQUES. Op. cit., p. 153).

[420] Cf. item 4.2.1, infra.

vinha o Código de Processo, normas esparsas foram sendo introduzidas, sempre no sentido de abrandar o rigorismo das Ordenações Filipinas, aparecendo com singular relevância o Aviso de 15 de novembro de 1828, com o qual o Imperador, sensibilizado com os muitos súditos que se encontravam presos sem a observância dos *sólidos princípios da justiça e da humanidade*, reiterava o dever de cumprimento das normas que conferiam garantias processuais relativas à prisão[421].

1.4.2 – Código de processo criminal de 1832.

Não demorou muito, porém, para que os preceitos humanitários catalogados na Constituição Imperial de 1824 viessem a ser vertidos para o ordenamento infraconstitucional. De fato, por meio da Lei de 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código de Processo Criminal[422], revestido dos anseios *humanitários* e *liberais* que agitavam o mundo e, como não poderia deixar de ser, o novo diploma normativo recebeu o aplauso do povo brasileiro, que queria romper com o sistema opressor das *Ordenações Filipinas*, herança normativa do Absolutismo, que tinha o Direito Penal e Processual Penal como instrumentos de demonstração do pleno domínio do Estado sobre a pessoa dos réus.

Na primeira parte, o Código de Processo Criminal se ocupou em disciplinar a organização judiciária e, em relação ao procedimento, introduziu uma profunda modificação. As *devassas gerais*[423] e *especiais* foram abolidas, assim como as *querelas* e as *denúncias*. No lugar das querelas, vieram as *queixas,* que podiam ser acionadas não só pelo ofendido, como ainda pelo pai, mãe, tutor, curador e cônjuge. A *denúncia*, no sistema do Código de Processo Criminal, passou a designar a ação movida por meio do Ministério Público ou então quando a *ação pública* aforada por qualquer do povo.

Alinhado com o pensamento clássico, o legislador brasileiro alargou sobremaneira a competência do tribunal do júri, que até então era restrita para o julgamento dos crimes de imprensa (Lei 18 de junho de 1822). Sob a batuta do Código de Processo

---

[421] ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 166-167.
[422] Note-se a terminologia utilizada: Código de Processo Criminal, que é mais adequada à Escola Clássica e, de resto, para um processo de cunho democrático, que não tem a pena como a sua principal preocupação.
[423] Em Portugal, as *devassas gerais* foram abolidas pela Lei de 12 de novembro 1821 (Ibid., p. 150).

Criminal, o *processo ordinário*[424] era o que disciplinava a instituição do júri, até porque a competência desta se estendeu para todos os crimes de pena maior de seis meses de prisão ou degredo[425], que foi estruturada numa espécie de ecletismo das legislações inglesa e francesa[426]. Arraigado ao sistema misto francês, o Código de Processo Criminal, além de admitir o procedimento de ofício em todos os casos em que era cabível o ajuizamento da denúncia, previa uma fase preliminar investigatória, desenvolvida perante o juiz de paz, ao qual competia conhecer da queixa ou denúncia, proceder à formação de culpa (diligências, inquirições, interrogatórios) e, por fim, pronunciar, ou não, o acusado. Pronunciado o réu, aí sim o processo era remetido para o *júri de acusação* – o *grande júri* do sistema inglês –, composto de 23 jurados, sorteados em sessão presidida pelo juiz de Direito.

Esse grande júri, sem se recolher à sala secreta, decidia se *achou matéria para acusação*. Nesse caso, o processo ia à decisão do *júri de sentença* – o *pequeno júri* -, formado por doze membros, sorteados no dia da sessão de julgamento, sendo a decisão tomada com a resposta dada a um questionário, em sala secreta[427]. Na verdade, o Código de Processo Criminal foi uma adaptação do Código de Napoleão, editado em 1808, mas que somente começou a viger em janeiro de 1811[428]. Para tanto, basta observar que o processo penal francês, elaborado segundo a ideologia reformista da Revolução Francesa, igualmente continha três fases bem distintas, cuja primeira era a instrução preparatória, coordenada pelo juiz com o auxílio de um representante do Ministério Público[429], na qual o acusado, sem ser advertido das imputações que pesavam contra ele nem muito menos ter o direito a um defensor, era submetido ao interrogatório e eram produzidas as demais provas pertinentes ao sumário de culpa.[430]

---

[424] BARROS, Romeu Pires Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. p. 226.
[425] Ibid., p. 176.
[426] BARROS. Op. cit., p. 64.
[427] Ibid., p. 227.
[428] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. *Processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1982-1984. v. 1. p. 71.
[429] No sistema francês, ao contrário do que foi adotado no Código de Processo Criminal brasileiro, toda ação penal tinha como legitimado o Ministério Público.
[430] GARRAUD, René. *Compêndio de direto criminal*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. v. 2. p. 270. Essa instrução tinha como características principais o sigilo, a forma escrita e o modo inquisitivo, uma vez que não era dado ao agente o direito de se fazer representar por um advogado (Ibid. p. 270). A eliminação do processo secreto, repudiado por BECCARIA, era um compromisso da Assembléia Constituinte, como adverte GARRAUD, todavia, no primeiro instante, contentou-se em assegurar a publicidade na instrução definitiva, conservando, porém, o sigilo na instrução prévia. (Ibid., p. 327). O juizado de instrução francês, todavia, logo foi profundamente modificado, por intermédio da Lei de 8 de dezembro de 1897, que impôs ao juiz o dever de informar ao acusado do direito que ele tinha de ficar calado (direito ao silêncio), sendo-

Essa fase correspondia, propriamente, ao que se convencionou chamar de *juizado de instrução*, competindo ao juiz ser *ao mesmo tempo juiz e oficial de polícia judiciária*[431]. Depois, vem a segunda fase, denominada *jurisdição de instrução*, na qual o próprio juiz da instrução, com base nos elementos probatórios coligidos durante a fase preparatória e após as *conclusões do Procurador da República*, proferia um *despacho* decidindo pela *aceitabilidade* ou não da ação penal[432]. Feita a conclusão no sentido de que haviam elementos suficientes para o julgamento, iniciava-se a terceira etapa do processo, chamada *jurisdição de julgamento*. A terceira e última fase do processo era pública, contraditória e nela imperava a oralidade e o julgamento era feito pelo *júri* – de regra composto por doze jurados –, em deliberação da maioria, dada em uma sala secreta.[433]

Como se vê, afora o *júri de acusação* que, embora tenha sido adotado na França após as primeiras reformas levadas a efeito sob o império das idéias liberais iluministas, foi posteriormente eliminado para "... dar à organização judiciária mais simplicidade, mais celeridade ao processo"[434], no mais, o primeiro ordenamento processual penal brasileiro sofreu a influência direta e decisiva da legislação francesa.

1.4.3 – Predominância da filosofia liberal beccariana na feitura do Código de Processo Criminal de 1832.

Em que pesem os senões referentes ao tratamento dispensado à organização judiciária, para ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS[435], o Código de Processo Criminal tinha "... as qualidades de um verdadeiro momento legislativo, para a época em que foi promulgado." No mesmo passo, RICARDO DE BRITO[436] revela que a doutrina nacional identifica o código em destaque como um *grande monumento jurídico imperial*, não só em

---

lhe assegurado, ainda, o direito de ser assistido por um advogado e de este ser comunicado de todos os atos da instrução. (Ibid., p. 5).

[431] Ibid., p. 271.

[432] Ibid., p. 326-328. Antes do Código de 1808, no sistema francês estabelecido pela Lei de 16 de setembro de 1791, à semelhança do que ocorria na Inglaterra e do foi adotado pelo Código de Processo Criminal do Império, havia o *júri de acusação*, que era composto de oito membros, sob a presidência do juiz. A modificação introduzida pelo Código de 1808, conforme GARRAUD, decorreu do entendimento de que essa forma conferia *muitas garantias à defesa* e *poucas à acusação*. (Ibid., p. 328).

[433] Ibid., p. 414-416.

[434] GARRAUD. Op. cit., p. 329.

[435] Brasil Imperial era um Estado unitário, sendo por conseguinte uno o Judiciário, o que permitia a sua organização no próprio código.

[436] Op. cit., p. 240.

virtude de ter sido redigido com amparo na *melhor doutrina clássica penal*, como também por se afinar com o *espírito liberal da época*, constituindo-se, assim, em significativo avanço humanitário, principalmente *se comparado aos processos cruéis das ordenações*. Aliás, como adverte JOÃO MENDES JÚNIOR, o *Liberalismo, regime consagrado pelo Código de Processo Criminal,* foi tão acentuado e promoveu uma modificação tão profunda em relação ao que anteriormente se tinha sob a égide das Ordenações Filipinas que o o próprio autor do projeto de lei que se transformou em nosso primeiro código processual criminal, Senador ALVES BRANCO, teve a iniciativa de propor, já em setembro de 1835, uma reforma, *sobretudo em relação aos juízes de paz e à instituição do júri*[437]. Ao que parece, a realidade política e cultural brasileira não estava preparada para a adoção do *juízo de instrução* do sistema francês, no qual o magistrado desempenhava atribuições que eram mais próprias da autoridade policial. Isso se revela quando se observa que as maiores críticas lançadas ao Código de Processo Criminal residiram, justamente, na parte referente ao juizado de instrução, ante a *usurpação* pelo juiz de muitas das atribuições que eram, aqui no Brasil, confiadas às autoridades policiais[438].

A par disso, as agitações políticas e os movimentos revolucionários efervescentes durante toda a década de 1830, como lembra FREDERICO MARQUES[439], suscitaram uma reação autoritária do Governo monárquico e, mesmo sob o protesto e a oposição veemente do partido liberal[440], aprovou-se a Lei de 3 de dezembro de 1841, que tinha a deliberada intenção de *armar* o Executivo de instrumentos para *debelar* a *desordem* e impor a sua *autoridade*. Para a consecução desse escopo e, assim, pôr freios ao que se chamou de *judiciarismo policial*, o primeiro cuidado da lei em foco foi organizar um aparelhamento policial extremamente centralizado, operando uma excessiva inversão da

---

[437] ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 176.

[438] As primeiras palavras do discurso do Senador ALVES BRANCO, esposadas na sessão em que ele propôs a modificação do Código de Processo Criminal, foram endereçadas senão por outro motivo para essa anomalia, pois a atribuição ao juiz de tarefas afetas à chefia de polícia, para ele, não tinha respaldo nem na *razão* nem na *experiência*. (Ibid..) Ademais, outras críticas procediam, em razão do excessivo *liberalismo*, o que comprometia a unidade nacional, como advertiu o Deputado TEODORO MACHADO, em histórico sobre a legislação processual penal feito na sessão de 13 de agosto de 1870: "O Código de processo, em suas disposições dominantes, ressentia-se das idéias democráticas e descentralizadoras do mais adiantado liberalismo, sendo característicos do novo regime, nesse código estabelecido – a polícia eletiva, a preponderância do elemento popular na escolha dos juízes municipais, em suma, a expansão do elemento local, sem sujeição a algum ponto de unidade, como base na organização destinada a melhorar e garantir a segurança individual e a paz pública. (...) Era um salto que demos, passando do regime da Ordenação do Livro Quinto para o tão libérrima lei, salto contra a natureza das coisas, porque na ordem moral, como na ordem física, não se caminha abruptamente." (Ibid., p. 198-199).

[439] Op. cit., p. 101.

[440] ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 179.

situação, a ponto de atribuir à autoridade policial várias das atribuições que eram próprias da magistratura, criando um lídimo *policialismo judiciário*.

Como se não bastasse o erro de colocar o Poder Judiciário politicamente subordinado ao Executivo[441], detalhe ilustrativo de movimento contrário à Revolução Francesa, que não apenas defendia a separação dos poderes como dogma inviolável ao lado dos direitos do homem[442], como propunha que o juiz não fosse subordinado senão aos ditames da lei, cometeu-se ainda o desatino de atribuir às autoridades policiais funções inerentes ao exercício da magistratura, referentes à formação de culpa e mesmo à decisão de pronúncia. Ou seja, a primeira fase do processo judicial ficou sob a direção e julgamento da autoridade policial, solução legislativa que àquela época (1841), diante das diretrizes doutrinárias pré-traçadas pela Escola Clássica, já não era mais aceitável. O único acerto da Lei de 3 de dezembro de 1841 consistiu na eliminação do *júri de acusação*, mas pecou ao conferir toda a competência que era deste para a autoridade policial.

Aqui se nota que o viés democrático-liberal do Código de Processo Criminal de 1832 foi logo desnaturado em razão da famigerada e substancial modificação que lhe foi infligida por meio da Lei de 3 de dezembro de 1841. Essa confusão de atribuições policiais e judicantes, reunida na pessoa da autoridade policial, em que pesem as muitas propostas legislativas de alteração[443], somente por meio da Lei n 2.033, de 20 de setembro de 1871, foi pelo menos diminuída, ficando contidas as funções judiciais da autoridade policial apenas ao "... preparo dos processos chamados de alçada e relativos ao delicto de que trata o Código de Processo, art. 12, § 7."[444] A referida lei colocou um freio no *policialismo reacionário* e, além de trazer modificações a respeito da prisão preventiva, da fiança, dos recursos e do habeas corpus, teve como grande inovação a criação do inquérito policial[445].

---

[441] Os juízes municipais, que até então eram escolhidos em lista tríplice formada pelas Câmaras Municipais, passaram a ser nomeados diretamente pelo Executivo. (BARROS. Op. cit., p. 64).

[442] Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, está consignado que não possui constituição o país em que a separação dos poderes e os direitos fundamentais não estejam assegurados. ("Art. 16. Toda sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de constituição.")

[443] FREDERICO MARQUES diz que, durante os seus quase trinta anos de vigência, inúmeros foram os projetos de lei propondo a reforma das modificações introduzidas no processo penal pela Lei de 3 de dezembro de 1841, fazendo a citação, dentre eles os propostos por FERNANDO TORRES (1845), PIMENTA BUENTO (1848), NABUCO DE ARAÚJO (1850 e 1854), MARTIM FRANCISCO (1868) e JOSÉ DE ALENCAR (1869).

[444] BARROS. Op. cit., p. 65. Como se observa, muito embora tenham sido diminuídas sensivelmente as funções judiciais da autoridade policial, elas ainda permaneceram como excepcionais.

[445] MARQUES. Op. cit., p. 104.

Essas alterações na ideologia clássica do Código de Processo Criminal coincidem, não por acaso, com a chegada em nosso meio das idéias da Escola Positiva no Brasil, o que ocorreu na segunda metade do Século XIX, e encontrou campo fértil para sua propagação principalmente nas últimas décadas daquele período, diante das "... transformações então operadas na realidade brasileira no final do império e início da República..."[446]

Proclamada a República, veio a Constituição de 1891, mantendo e aumentado as garantias processuais penais então existentes, porém o ideário positivista se propagou, pois ele "... veio a se mostrar um aliado do regime republicano."[447] Como se não bastasse, o avanço do processo penal sofreu duro golpe, uma vez que a primeira Constituição Republicana, elaborada sob a ascendência da Constituição dos Estados Unidos, inseriu na seara da competência dos Estados-membros a missão de legislar sobre o Direito Processual Penal, quebrando, com isso, a sua unidade.

Além de a quebra da unidade processual não ter gerado vantagem nenhuma para o nosso sistema jurídico – até porque não se tem notícia de nenhum código estadual de processo penal[448] que tenha trazido uma contribuição importante para o avanço desse ramo do Direito –, a fragmentação normativa contribuiu para que houvesse um retrocesso, como se verificou com o Código de Processo Penal do Estado de São Paulo que – informa FREDERICO MARQUES[449] – adotou o *sistema processual herdado do Império*, com modificações parciais. Com a autonomia legislativa processual dos Estados, foram sufragados os mais variados princípios, produzindo indesejada desarmonia normativa.

---

[446] FREITAS, op. cit., p. 269-270. RICARDO DE BRITO noticia que, tendo a obra *O homem delinqüente,* de LOMBROSO, sido editada em 1876, há registro de trabalho da autoridade de TOBIAS BARRETO, datado de 1884, com referência ao pai da Escola Positiva (Ibid., p. 272).

[447] Ibid., p. 270. Acrescenta o autor que o papel ideológico do positivismo "... transcedeu os espaços das academais jurídicas para exerce forte influência sobre as camadas médias urbanas ilustradas e o Exército. Nas faculdades de direito, o positivismo mostrou-se antiliberal, combatendo a ideologia que durante décadas, bem ou mal, havia influenciado os estudos jurídicos." (Ibid., p. 270). Por fim, registra RICARDO DE BRITO que "... o positivismo representou, na época de sua intrdoução no Brasil, a pretensão das elites intelectuais à modernidade." (Ibid., p. 270).

[448] Registra CÂMARA LEAL que apenas alguns Estados da federação (Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Bahia, Santa Catarina, Rio de Janeiro) codificaram o Direito Processual Penal. A maioria deles permaneceu regido pelo Código de Processo Criminal do Império, complementado por leis estaduais esparsas. (*Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. v. 1. p. 34).

[449] MARQUES. Op. cit., p. 105.

FREDERICO MARQUES[450], enfocando esse efeito negativo legado ao Direito Processual com a quebra de sua unidade, relata que,

> Enquanto alguns códigos se mantinham fiéis àqueles postulados jurídico-processuais, outros deles se afastavam, ou porque tornassem a formação da culpa secreta, ou porque suprimissem o inquérito policial, ou porque suprimissem o inquérito policial, ou porque restringissem cada vez mais as atribuições do Júri, ou porque configurassem sob forma contraditória plena toda a formação da culpa.

A situação assim perdurou até a retomada da unidade processual, que ocorreu com a edição da Constituição de 1946, ficando logo estabelecida, nas disposições transitórias, a determinação para que fosse nomeada uma comissão de três juristas, sendo dois ministros do Supremo Tribunal Federal e um advogado, para cuidar da feitura do novo Código de Processo Penal. A comissão, formada pelos ministros BENTO DE FARIA e PLÍNIO CASADO e pelo professor GAMA CERQUEIRA, em 15 agosto de 1935, todos renomados juristas, submeteu o trabalho ao Presidente da República pelas mãos do Ministro da Justiça, o renomado professor VICENTE RÁO[451]. No exame das características fundamentais da sugestão de projeto de lei encaminhado por VICENTE RÁO, pinçadas por ASTOLFO DE RESENDE[452], consistentes (a) na *restrição progressiva do júri*; (b) eliminação do inquérito e conseqüente retorno ao juizado de instrução; e (c) *equivalência de direitos, da sociedade e do acusado, no curso do processo*, denota-se a clara inclinação pela orientação emanada da Escola Positiva. Com efeito, conforme foi anotado quando da apreciação da teoria da Escola Positiva, os positivistas tinham como dogmas para a reforma do processo penal o *(r)estabelecimento* da igualdade entre a sociedade e a defesa[453] e a supressão do tribunal do júri.

---

[450] Ibid. p. 105.

[451] Era notável jurista e professor catedrático de Direito Civil do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e tinha o título de Doutor "Honoris Causa" pela Universidade de Nancy (França). Foi Ministro da Justiça (1934-1936) e das Relações Exteriores (1953-1954) e membro da Delegação do Brasil junto à X Assembléia Geral das Nações Unidas (1950), além de participar de outras conferências internacionais, sendo a última delas na qualidade de Presidente com categoria de Embaixador da Comissão Jurídica Interamericana da OEA (1969/1973). Escreveu várias obras: *capacidade civil da mulher casada, Direitos da mulher casada sobre o produto do seu trabalho, Posse de direitos pessoais, Novas formas de organização política* e outras. A mais importante, porém, foi a obra *O direito e a vida dos direitos*. Tinha substancial formação humanística e liberal o que o transformou, nas palavras de OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL, "... em espadachim na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana." (*O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 6.)

[452] Apud MARQUES. Op. cit., p. 106.

[453] FERRI e GAROFALO eram fortes nesse argumento, na medida em que acreditavam na inocorrência de exagero, por parte dos adeptos da corrente *beccariana*, ao tratarem o acusado como vítima do Estado Antigo Regime.

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.

Vindo o Golpe de Estado de 1937, o projeto VICENTE RAÓ não foi adiante, mas, mantida a unidade processual pela Constituição do mesmo ano, designou-se nova comissão para elaborar o projeto do novo Código de Processo Criminal, dela fazendo parte NARCÉLIO DE QUEIROZ[454], CÂNDIDO MENDES[455], VIEIRA BRAGA[456], ROBERTO LYRA[457] e NELSON HUNGRIA[458], todos juristas reverenciados pelo grande saber jurídico. Com o falecimento do Professor CÂNDIDO MENDES, passou a integrar a comissão o Desembargador FLORÊNCIO DE ABREU[459]. A comissão era praticamente a mesma que foi

---

[454] NARCÉLIO DE QUEIROZ foi um criminalista que, segundo ROBERTO LYRA, não teve perante o grande público *a projeção correspondente ao seu valor*. Tinha fama de excelente palestrante, de codificador e representou o Brasil em várias assembléias internacionais. (Op. cit., p. 93-94). Foi Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara. ROBERTO LYRA conta que a participação dele no 2º Congresso Latino-Americano de Criminologia foi tão marcante que, nos contatos mantidos com criminalistas estrangeiros, estes sempre perguntavam o que NARCÉLIO DE QUEIROZ tinha escrito. (Ibid.) Escreveu o clássico *Teoria da actio libera in causa e outras teses*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense. 1963.

[455] CÂNDIDO MENDES era professor de Processo Penal. FREDERICO MARQUES cita como obra do professor uns comentários ao Código de Processo Penal estadual. (Op. cit., p. 124).

[456] Ele era, na época, juiz cível, mas, embora fosse o menos informado da *atualidade* legislativa e doutrinária do Direito Penal, conforme ressaltou ROBERTO LYRA, conhecia a fundo as escolas penais – tinha uma certa demonstração de preferência por MANZINI (um dos arautos da Escola do Tecnicismo Jurídico) – e era um legislador nato, com rara sensibilidade de técnica legislativa. (Op. cit., p. 95).

[457] Na época era Promotor de Justiça, tinha acentuado prestígio não só no Brasil como no estrangeiro e participou também da comissão que elaborou o Código Penal. Perfilhava a linha da Escola Positiva e era a maior referência dessa doutrina no Brasil, muito embora ele, em uma de suas últimas obras, tenha dito que era um *positivista em trânsito* para o *socialismo*, em razão de sua crença de que o meio social era o fator determinante da criminalidade. (Op. cit., p. 139). Publicou diversas obras: *Comentários ao código penal* (1958); *Comentários ao código de processo penal* (1944); *O ministério público e o júri* (1933); *Introdução ao estudo do direito criminal* (1946); *Noções de direito criminal* (1944-1945); *Novíssimas escolas penais* (1956).

[458] Foi Promotor de Justiça, Juiz de Direito, Desembargador do Distrito Federal e Ministro do Supremo Tribunal Federal (1951-1961). Era professor e participou, também, das comissões de elaboração do Código Penal, da Lei das Contravenções Penais e da Lei de Economia Popular. Escreveu diversas obras, destacando-se *Fraude penal e legítima defesa putativa* e *Estudos sobre a parte especial do código penal de 1890*. A sua maior obra foi *Comentários ao Código Penal (8 volumes)*. Se não foi o maior penalista do Brasil, estreme de dúvidas foi o que gozou de maior prestígio no âmbito nacional e internacional. NELSON HUNGRIA sempre rejeitou a sua inclusão como filiado a esta ou aquela escola penal e eram notórias as suas querelas jurídicas com ROBERTO LYRA, desdenhando, como este mesmo confessa, do *positivismo de LYRA*. ROBERTO LYRA, com certa dose de ironia, do exame de pronunciamentos, escritos e julgados de NELSON HUNGRIA, pinçava *traços positivistas* no insigne mestre, devido às homenagens que ele tributava aos aspectos sociológicos. (Op. cit., p. 98-99). O pensamento eclético de NELSON HUNGRIA, porém mais afinado com as bases do pensamento *carrariano*, revela-se de modo contundente na leitura de sua conferência *Os pandectistas do direito penal*, na qual atribui a propagação do *positivismo normativo kelseniano* na seara criminal a ARTURO ROCCO e FRANCESCO CARNELUTTI e, muito embora reconheça que o *tecnicismo jurídico* é uma *diretriz indeclinável para o estudo e construção sistemática do direito*, verdade reconhecida até por FERRI, FLORIAN, ALTAVILLA e GRISPIGNI, alertava que não se pode permitir que ele "... se torne um fim em si mesmo ou um abstracionismo insaciável." (*Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, tomo 2. p. 451), pois "Impõe-se o retôrno ao que ANTOLISEI denomina 'orientação realística', às exigências concretas da vida, ao estudo do direito penal no que êle tem de verdadeiramente substancial." (Op. cit., p. 450).

[459] Era Desembargador e publicou *Comentário ao código de processo penal*.

designada para revisar o projeto de autoria do Professor ALCÂNTARA MACHADO, formada por NELSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA, VIEIRA BRAGA e NARCÉLIO DE QUEIROZ[460]. A idéia inicial era de que o novo Código de Processo Penal fosse logo editado, diante da necessidade da unificação legislativa determinada pela Constituição de 1937, sem aguardar os trabalhos referentes ao Código Penal. Entretanto, como o Professor ALCÂNTARA MACHADO desimcumbiu-se rapidamente da missão de elaborar o projeto do novo Código Penal, houve a alteração do planejamento governamental coordenado pelo então Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS[461], sendo nomeada a mencionada comissão revisora para tratar da nova codificação do Direito Penal material, razão pela qual, pouco tempo mais tarde, ainda no ano de 1940, o novo Código Penal foi publicado. Por isso mesmo, os trabalhos de renovação da legislação processual penal somente foram iniciados após a edição do Código Penal[462]. Inciados e concluídos os trabalhos ainda no período da *vacatio legis* do Código Penal e encaminhado o projeto por meio da exposição de motivos da lavra de FRANCISCO CAMPOS em data de 8 de setembro de 1941, foi o novo Código de Processo Penal publicado em 13 de outubro de 1941, com a previsão de que a sua vigência se daria a partir de 1º de janeiro de 1942[463].

O ambiente político durante a elaboração da codificação penal e processual penal, como se sabe, não era satisfatório. As escaramuças políticas vivenciadas durante a tumultuada sucessão presidencial, de cuja disputa GETÚLIO VARGAS saiu vitorioso, conseguindo reeleger-se, desdobrou-se no *Golpe de Estado*, com a dissolução da Câmara dos Deputados e do Senado, revogação da Constituição de 1934, vindo, em seu lugar, a Constituição de 1937, concebida para dar legitimidade a um Estado autoritário, com forte concentração do poder político nas mãos do Executivo, em detrimento da independência dos demais poderes. A ingerência do Executivo no Judiciário era tal que cabia ao Presidente da República nomear o presidente do Supremo Tribunal Federal[464].

---

[460]Na exposição de motivos do projeto do novo Código Penal, FRANCISCO CAMPOS, então Ministro da Justiça, ressaltou a importância do projeto elaborado pelo Professor ALCÂNTARA MACHADO, mas deixou claro que a comissão revisora, formada por NÉLSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA, VIEIRA BRAGA e NARCÉLIO DE QUEIROZ, introduziu modificações à estrutura e ao plano sistemático daquele, de modo que o projeto encaminhado era fruto dos trabalhos desta. (*Código penal*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 22)

[461] *Código de processo penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

[462] Conforme o art. 361 do Código Penal, a nova lei penal somente entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

[463] Entrou em vigor na mesma data do Código Penal.

[464] SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Poder judiciário democrático-constitucional*: uma apreciação política de sua estrutura. 1999. 301 f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999. p. 153. O Presidente da República nomeava, igualmente, o Procurador-Geral da República, que recaía em um dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao Legislativo, a interferência do Executivo não era menor, com a usurpação da atividade legislativa daquele com a ampla utilização do decreto-lei[465]. Para se ter idéia mais concreta desse aspecto, os Códigos Penal e Processual penal foram editados sem passar pelo Congresso Nacional, uma vez que eles foram inseridos no nosso ordenamento jurídico por meio dos Decretos-Leis 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e 3.689, de 3 de outubro de 1941. Ou seja, a legislação que tem um histórico de luta pela afirmação dos direitos fundamentais do ser humano não foi objeto de debate sequer no parlamento[466]. Nos dias de hoje, seria algo como a aprovação por meio de uma medida provisória. Não se há de olvidar que uma ocorrência dessa natureza é impensável, até porque, por mais incipiente que seja a democracia brasileira, não há ambiente político para dar azo a coisa desse gênero[467].

O Código de Processo Penal, por conseguinte, foi elaborado no contexto de todos esses ingredientes políticos internos, agravados pela beligerância externa exalada da Segunda Guerra Mundial, conflito que foi responsável por toda sorte de mazelas, especialmente pelo recrudescimento das conquistas humanitárias cristalizadas na Revolução Francesa. A Itália facista, sob a pena de ARTURO ROCCO que, na qualidade de Ministro do Governo e com a autoridade de quem deu início à Escola do Tecnicismo Jurídico, havia editado o Código de Processo Penal de 1930, uma legislação reacionária, bem própria ao modelo de Estado antidemocrático. Esse Código italiano teve considerável influência na elaboração do Código Processual Penal brasileiro. O Ministro da Justiça da época FRANCISCO CAMPOS[468], fez-se presente, a todo momento, no trabalho de elaboração do

---

[465] A medida provisória é a versão, vamos dizer assim, menos autoritária do decreto-lei, sendo que este foi um instrumento essencial durante a ditadura de Vargas e o período de triste memória em que o país foi governado pelos militares, cujo início se deu a partir do Golpe de 1964 e somente se encerrou na segunda metade dos anos oitenta.

[466] Se o Legislativo não teve a possibilidade nem mesmo de discutir sobre o projeto dos Códigos Penal e Processual Penal, imagine a sociedade em si.

[467] Depois da Constituição de 1988, as participações da sociedade no processo legislativo têm sido admitidas não só nas audiências públicas das duas casas legislativas, como tem sido estimulada a apresentação de sugestões normativas às entidades de classe. Além de inúmeros outros exemplos, merece registro a participação ativa de entidades de classe como AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil, AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, na Reforma do Judiciário, sendo muitas das propostas por elas apresentadas incorporadas ao texto pelo então Relator, Senador BERNARDO CABRAL. Os projetos de reforma dos Códigos Penal e Processual Penal, que se encontram no Congresso Nacional, receberam diversas sugestões da AJUFE, da AMB, das entidades de classe representativas do Ministério Público e da OAB- Ordem dos Advogados do Brasil.

[468] FRANCISCO CAMPOS era reverência pelo seu profundo conhecimento jurídico e geral. A sua cultura era tão vasta que era chamado de *Chico Ciência*. Porém, ele não era um liberal, era homem que defendia um Estado forte e não era por menos que ele era da confiança do Presidente GETÚLIO VARGAS.

Código de Processo Penal, assim como já havia ocorrido em relação ao Código Penal[469]. Isso tanto é verdade que ROBERTO LYRA, a despeito de ter feito questão de salientar que não houve, por parte do ministro, nenhuma *influência oficial*, ele deu uma contribuição decisiva ao trabalho, com a sua *cultura universal* e *reações magnas*.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o Ministro FRANCISCO CAMPOS revela a ideologia que orientou a sua confecção[470]. Em tom forte, logo no início, por acreditar que as leis processuais então em vigor conferiam um *extenso catálogo de garantias e favores* aos réus, o então ministro arremata que era necessário ajustá-las no desiderato de servirem de instrumento a *maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem*[471]. Para tanto, julgava FRANCISCO CAMPOS necessário que fosse "... abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudo-direitos individuais em prejuízo do bem comum." Esse foi, segundo as próprias palavras assacadas na exposição de motivos, "... o critério que presidiu à elaboração do presente projeto do Código.

Mostrando a sua afinidade com a ideologia que comandava a Itália facista, na exposição de motivos, FRANCISCO CAMPOS faz referência ao Ministro italiano ARTURO ROCCO que, ao apresentar o projeto de reforma processual penal da Itália, que findou, sob o comando da corrente Técnico-Jurídica, sendo transformado no Código de 1930, advertia que algumas das medidas "... certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente"[472] e, repetindo as palavras do formidável criminalista italiano, realçou: "Já se foi o tempo em que a alvoraçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas."[473] Em suas últimas palavras sobre o espírito do código, ainda que elas não mais fossem necessárias,

---

[469] Na exposição de motivos do Código Penal, FRANCISCO CAMPOS deixou muito claro a sua efetiva intervenção, ao dizer que os trabalhos de aprimoramento do projeto prosseguiram "... com a minha assistência e colaboração, até que *me parecesse o projeto em condições* de ser submetido à apreciação de Vossa Excelência." (*Código penal*. p. 22).

[470] Nada mais correta a posição da doutrina que não identifica a exposição de motivos como elemento interpretativo. De todo modo, senão para outros fins, a exposição de motivos se apresenta como um fragmento histórico de fundamental importância para identificar o perfil *ideológico* do legislador. Nesse particular, FRANCISCO CAMPOS, com a sua apurada verve literária, com rara felicidade, não só sumariou com profundidade os aspectos técnicos da nova codificação, como sublinhou o traço *político-ideológico* embutido no projeto.

[471] *Código de processo penal*. p. 6.

[472] Ibid. p. 6.

FRANCISCO CAMPOS esculpiu na exposição de motivos: "... se evidencia que este (projeto) se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade" e, como uma espécie de carta de seguro, acrescentou: "Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais"[474].

Ser mais claro era impossível. A inspiração do espírito do Código de Processo Penal não vinha do movimento liberal que marcou o surgimento da Escola Clássica que, deduzida juridicamente por CARRARA, concebia o processo penal como o instrumento mais importante para a proteção dos direitos individuais, servindo, por conseguinte, antes de tudo, como uma forma de limitação do poder de punir do Estado. Agora, na linha de ação das Escolas Positiva e do Tecnicismo Jurídico, o processo penal brasileiro deveria ser uma ferramenta qualificada para servir à repressão do Estado. Força repressiva passava a ser o norte do novo Código de Processo Penal.

Em ligeira análise do conteúdo político dos Códigos Penal e de Processo Penal, ROBERTO LYRA, após considerar que os críticos o consideram *ora atrasado*, *ora avançado*, *ora benévolo*, *ora rigoroso*, diz que, não obstante a *política reacionária que policiavazava a questão social*, o que de mais substancial tinha o Código de Processo não era a técnica, *mas o seu efetivo, minucioso e intransigente respeito às liberdades e às garantias individuais e o seu espírito de justiça social*[475]. O tratamento dispensado ao direito de defesa, exigindo-a substancial, não apenas formal; a dispensa do pagamento da fiança pelo réu pobre; a disciplina do habeas corpus, com a permissibilidade de sua impetração por qualquer pessoa e mesmo o seu deferimento de ofício; a prevalência da decisão mais favorável ao réu, no caso de empate, dentre outras normas específicas do novo Código de Processo Penal, na concepção de ROBERTO LYRA, deixam transparecer a sua *substância democrática*, o seu *apreço pela liberdade individual*, muito embora ressalte que tudo isso não prejudique a sua função de *defesa social*[476]. Na sua conclusão sobre a ideologia do Código de Processo Penal, ele dá a última pincelada no quadro por ele imaginado: "Um Código que, apesar da mentalidade

---

[473] Ibid. p. 6.
[474] Ibid., p. 16.
[475] Op. cit., p. 105-106.

política imperante à época da elaboração, consulta assim à tradição liberal do país, não poderia conter resíduo anti-democrático."[477]

Em que pese louvável a preocupação de ROBERTO LYRA de colocar em evidência o verniz democrático do novo Código de Processo Penal, a realidade é que ele foi idealizado tendo em mira aparelhar o Estado de instrumento mais contudente no exercício da repressão. Foi pensado mais como arma poderosa colocada à disposição de um Estado antidemocrático do que como instrumento *garantista* de *limitação* do direito de punir estatal. Ainda que a idéia reformista fosse no sentido de conferir ao processo penal um melhor desempenho de sua função de meio adequado para se obter a condenação das pessoas que põem em estado de insegurança a sociedade, não podia, nem precisava, erigir essa linha como o norte de seu mister. Poderia, sim, corrigir eventuais erros políticos, estratégicos e mesmo práticos da legislação anterior, sem, de toda sorte, desmerecer e relegar a segundo plano a ideologia *garantista* da lei processual, escrita como conquista histórica da humanidade na Declaração dos Direitos do Homem, como denuncia a leitura harmônica e arejada dos arts. 7º e 8º do referido diploma universal.

No pertinente à Escola Penal que guiou os passos da comissão na elaboração dos Códigos Penal e de Processo Penal em vigor, ROBERTO LYRA, ao rebater as críticas de que teria renunciado ao seu *positivismo*, lembra que o projeto foi obra de uma comissão, da qual ele era o único a seguir aquela corrente de pensamento, nada mais natural, portanto, que em vários assuntos fosse vencido pela maioria[478]. Nos termos da compreensão de ROBERTO LYRA, o código "... não representa a vitória ou a derrota de qualquer escola, mas a colaboração de homens livres e sinceros" e, dando ênfase ao seu elevado espírito de homem público, sublinha que um código é uma obra de técnica jurídica coletiva, motivo pelo qual há de resultar "... da média das soluções práticas e, não, das opiniões doutrinárias", sendo imprescindível que, em um ou outro ponto, todos cedam e, em relação a isso, afiançou: "... não foi ao positivista solitário que coube a maior parte."

---

[476] Ibid., p. 108.
[477] Ibid. p. 108.
[478] Ibid., p. 118. LYRA repele os que afirmaram (cita especialmente ASÚA e GALDINO SIQUEIRA) ter havido na comissão uma desarmonia, em razão da divergência filosófica entre os dois mais ilustres membros dela, em razão do *positivismo* de ROBERTO LYRA e do *ecletismo* de NELSON HUNGRIA, classificado como *classicista* por ASÚA.

Da leitura mais superficial que se faça dos Códigos Penal e Processual Penal vigentes no Brasil, uma verdade exsurge sem a menor possibilidade de contestação: embora se parta da idéia de que a culpa, em sentidos lato ou estrito, foi eregida como elemento subjetivo necessário da *fattispecie*, ambos adotaram várias idéias da Escola Positiva, sendo suficiente para não se alongar em questão bizantina fazer menção à adoção da medida de segurança[479]. O Código Processual Penal, destarte, é uma posição *eclética* das Escolas Clássica, Positiva e do Tecnicismo Jurídico, sem deixar de gizar que o Código de Processo Penal italiano de 1930, redigido sob o impulso desta última, exerceu considerável influência na sua elaboração. Aliás, segundo já foi esposado no estudo das correntes de pensamento, é basicamente impossível que um país do continente europeu ou americano tenha como suporte de seu ordenamento jurídico criminal uma única corrente de pensamento. Depois do aparecimento da Escola Positiva, tudo o mais que se pensou a respeito da ciência criminal teve de escorar-se em verdades científicas pronunciadas por esta em harmonia com tantas outras verberadas pela Escola Clássica.

As várias modificações introduzidas no Código de Processo Penal[480], nesses mais de 53 anos de sua existência, não tem o condão de desfigurar esse seu ecletismo, até porque as novas disposições que lhe foram enxertadas possuem como pano de fundo essas mesmas correntes de pensamento, aqui e ali agregadas de uma nova visão, a exemplo da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), que exprime o pensamento da *Escola da Nova Defesa Social*, e a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), que se contém na ambiência da corrente da *Lei e Ordem*.

---

[479] A medida de segurança, espécie de cautela preventiva, não tinha como base a culpa exteriorizada em um fato concreto, mas sim à demonstração de periculosidade do agente, indício suficiente para presumir-se a sua possibilidade de delinqüir. Veja-se que na versão originária do texto do Código Penal, a medida de segurança era prevista até mesmo para os imputáveis (*sistema do duplo binário*), só depois, com a grande reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, foi adotado o *sistema vicariante*, persistindo a medida de segurança, porém restrita aos inimputáveis, aqueles que não possuem condições de entender o caráter criminoso de seu agir.

[480] Mesmo os longos 21 anos do período ditatorial do regime militar, não impediram que, ao longo do tempo, o Código de Processo penal, quanto as suas partes mais retrógradas, fosse paulatinamente sendo modificado, em uma acentuada evolução humanística, como se nota das seguintes alterações: a) desapareceu a prisão preventiva obrigatória; b) possibilitou-se o recurso em liberdade do réu primário, não mais ocorrendo a prisão imediata nos crimes de reclusão; c) estendeu-se a fiança e o sursis para os crimes de reclusão; d) modificou-se o processo de execução penal, sendo assegurados ao preso diversos direitos, em respeito a sua condição humana; e) introduziu-se a suspensão condicional do processo; f) criou-se a transação penal, no juizado especial; g) disciplinou-se o *plea bargaining*, no sentido de incentivar a colaboração do acusado na apuração do fato, com conseqüente

2. O DEBATE DOUTRINÁRIO ACERCA DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO.

O Estado, criação que consulta a necessidade natural da vida em sociedade do ser humano[481], não se há de olvidar, foi concebido no escopo de harmonizar o convívio das mais diferentes pessoas, direcionando-se à satisfação do bem comum, mediante o desempenho de múltiplas e complexas funções. Sem embargo das divergências entre *deterministas*[482] e *finalistas*[483], resta claro que o Estado tem uma finalidade, que reside, justamente, no emprego de sua *autoridade e legitimidade* em direção à realização dos anelos do grupo social, tendo como parâmetro o primado da justiça.

Ao agir, o Estado se serve do poder político que, em essência, pertencente ao povo e é em seu nome exercido. O poder político apresenta-se como uma autoridade de domínio outorgado pelo povo, que confere *autoridade* e *legitimidade* para o Estado impor o cumprimento das normas de conduta, inibir as forças contrárias e aplicar as sanções pertinentes no caso das transgressões. Até porque, na idealização do Estado, procura-se uma forma de estruturação de sociedade que seja eficiente na condução dos componentes do grupo social rumo à satisfação dos seus interesses, tendo como paradigma os postulados da justiça[484], que devem conter-se nos limites estreitos da *legitimidade* e *autoridade* passada pelos verdadeiros titulares do poder.

Por outro lado, no estudo da *razão de ser do Estado,* percebe-se que a sua concepção partiu da necessidade da formalização do poder político, com força coercitiva para impor a segurança nas relações sociais. Dentre os instrumentos dos quais o Estado possui

---

garantia da redução da pena e mesmo de imunidade penal, dentre outras. Mas houve involução também, como no caso da negativa do direito à liberdade provisória, nos crimes hediondos e nos crimes organizados.

[481] Como se sabe, há basicamente duas correntes a respeito da criação do Estado: *naturalista* e *contratualista*. De acordo com o pensamento *naturalista*, os homens são induzidos por uma necessidade natural a associarem-se, pois só a vida em grupo é da própria condição humana. Os precursores dessa idéia foram ARISTÓTELES, no seu livro *A política* (op. cit.) e CÍCERO, com a obra *Da república*. Tradução Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: EDIOURO S.A., [?]. Entre os contratualistas, os maiores divulgadores foram THOMAS HOBBES, em *Leviatã* (1651) e JEAN JACQUES ROUSSEAU, com *O contrato social* (op. cit.). Cf. tópico 1, supra.

[482] Os deterministas alegam a sociedade, assim como o homem age sob o império de uma série de leis naturais, sujeitas ao princípio da causalidade,daí por que sem embargo de ser possível estabelecer metas em pormenores da vida social, há vários fatores (para alguns de ordem econômica, para outros geográfica etc.) comandando a sucessão dos fatos fundamentais. (Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 19.

[483] De acordo com esta corrente, o Estado atua sob uma orientação fixada no sentido de atender as necessidades fundamentais, ou melhor, satisfazer o bem-comum. Essa seria a finalidade e razão de ser do Estado.

para manter a ordem social inserida nos parâmetros de segurança estabelecidos, o mais contundente do qual ele se serve é do poder-dever de punir, que se mostra como uma de suas funções essenciais. De qualquer forma, para a legitimidade do exercício dessa função, o Estado precisa atuar praticando os seus atos em consonância com as normas (princípio da legalidade constitucional) que limitam o desenvolvimento dessa tarefa, balizas que estão definidas nas garantias constitucionais, ou seja, dos direitos fundamentais, núcleo retor de todo o sistema criminal democrático.

No exame desse *poder-dever* de punir, impõe-se fazer uma investigação das origens do Estado, resgatando, em muitos pontos, o que foi trabalhado no Capítulo 1, ao longo da exposição sobre as correntes filosóficas que buscam explicação para a razão de ser do sistema criminal. Expostas as origens do Estado, o que, de permeio, traz embutidos os seus fins, a discussão nessa parte do trabalho radica, em última essência, a despeito da tese abolicionista, não propriamente na discussão em si do direito de punir, mas quanto aos limites que ele deve observar, investigação científica que passa, necessariamente, no debate sobre os fundamentos do direito de punir, buscando aí fôlego para esboçar uma teoria confortável com um Estado que pretende se projetar sobre as linhas de um Estado democrático-constitucional. Eis, em resumo, o que será abordado mais adiante.

2.1- Origem do Estado.

O estudo das mais diversas formas de organização política que têm governado os povos modernos, conquanto não permita precisar o momento concreto do surgimento do Estado, possibilita a apresentação de uma noção de sua origem. Como adverte JORGE MIRANDA, apresenta-se sobremaneira difícil, para não dizer impossível, divisar o exato momento em que surge o Estado, quando se passou da nova forma de organização política medieval para a nova forma de organização política, uma vez que "as instituições e a vida têm uma continuidade que escapa à pura análise conceitual"[485]. Certamente que a vida em sociedade é o modo natural da existência da espécie humana[486], tendo surgido,

---

[484] JOHN RAWLS afirma que "A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento." (*Uma Teoria da Justiça.* p. 27)

[485] *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 38.

[486] CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional.* 6. ed., revista e ampliada por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. Tomo 1. p.1.

primitivamente, como conseqüência dos laços de parentesco, vizinhança, religião, profissão e afinidades sociais outras[487], tornando-se política diante da necessidade de uma melhor estrutura formal dos instrumentos indispensáveis à satisfação dos complexos e variados interesses sociais[488]. ARISTÓTELES, difundindo a idéia da sociabilidade como atributo da condição humana, alimenta essa opinião dizendo que "É evidente, pois que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem".[489] Para ele, pessoa que assim se comporta, merece censura social, porquanto demonstra incapacidade de comportar-se em consonância com os valores estabelecidos pelo grupo social[490].

A percepção da necessidade racional do poder político, no desiderato de transformar a sociedade primitiva em Estado, na realidade histórica contemporânea, para alguns, foi obra de um chefe ou certos indivíduos que vislumbraram as exigências instintivas do povo, muito embora prepondere a argumentação de NORBERTO BOBBIO, segundo a qual "... o Estado como produto da vontade racional, como é o caso daquele a que se referem HOBBES e seus seguidores, é pura idéia do intelecto." [491]

Em abordagem dogmática das formas históricas de Estado, até a sua manifestação com o perfil moderno, a doutrina costuma processar a tipificação sob duas perspectivas: uma que leva em conta comparar a história jurídico-política das civilizações (Estado grego e civilização grega, Estado chinês e civilização chinesa, etc), e outra que se guia por um processo histórico mais linear (Estado oriental, Estado grego, Estado romano,

---

[487] Os vínculos sociais inicialmente se desenvolvem por meio da convivência direta, que tem várias formas. A sociedade congrega, primeiramente, os vínculos sociais provenientes do grau de parentesco – a família –, em seguida, do local de residência – vizinhança –, e, daí, outros que são resultantes das sociedades religiosa, profissional e política – o Estado (CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. p. 14) e, até mesmo, da sociedade internacional, a exemplo da sociedade comum européia.

[488] O enfoque do caráter natural da sociedade primitiva e racional e voluntário da sociedade política é feito sob a perspectiva filosófica que refuta a idéia da existência de um pacto de união ou contrato social, porquanto a realidade histórica não se conforta com a possibilidade de que ocorra um acordo de vontades englobando todos os membros que integram o corpo social. A tese contratualista do Estado, cuja doutrina clássica mais difundida se encontra na obra *O contrato social*, de autoria de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, embora ainda hoje sirva de referência para a sedimentação do Estado democrático e representativo, faz parte do romantismo histórico (Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*).

[489] *A Política*. p. 14.

[490] Ibid. p. 14.

[491] BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 2. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 38.

organização política medieval e, por fim, a formação do Estado moderno europeu)[492]. Assim como a maioria dos doutrinadores, com alguma variante terminológica, BOBBIO adota essa linha de pensamento, a fim de estabelecer que o Estado moderno, surgido na Europa, adveio da evolução das instituições da sociedade primitiva, daí passando para o Estado feudal, deste para o Estado de estamentos, em seguida para a monarquia absoluta e, por fim, para o Estado representativo.[493]

JORGE MIRANDA mostra que cada espécie de Estado guarda as suas características próprias, em que se desponta o perfil teocrático nos modelos oriental e medieval. Importa registrar que, na época medieval a que sucedeu à formação do Estado moderno, o poder político, a par de subjugado pela força da igreja, estava tão fragmentado dentro da sociedade que uma boa parte da doutrina nega que, nesse momento histórico, houvesse propriamente um Estado, porquanto o poder era privatizado, com hierarquia entre soberanos e vassalos, ligados por vínculos contratuais, ficando a realeza circunscrita à prerrogativa de ocupar a pirâmide da estrutura social feudal, *tendo a seu favor apenas o título ou a extensão do domínio.*[494]

Na Idade Média européia, o enfraquecimento do Estado deve-se não só à repartição do poder político do Rei com os senhores feudais no interior de cada reino, mas também à subordinação do Rei ao Papa e ao Imperador. Nos Séculos XII e XIV, o sistema feudal entra em crise, o que cria espaço propício para o pleno desenvolvimento do processo de criação dos Estados europeus, que se moveu no sentido do fortalecimento do poder do Rei, mediante a centralização do poder político em sua pessoa, e conseqüente liberação das amarras internas (poderes dos senhores feudais) e externas (poder do Papa e do Imperador).

Com o *Renascimento*[495], iniciado no Século XIV, surge o movimento de libertação da filosofia e da ciência da teologia cristã, apartando-se do pensamento desenvolvido na Idade Média, em que a vida era enxergada pelo prisma divino. DEL

---

[492] MIRANDA. Op. cit., p. 24. O autor ainda revela que existem outros modelos para estabelecer os tipos de Estado, merecendo realce a concepção marxista que, orientada pelos modos de produção, classifica os Estados em despótico, escravagista, feudal, capitalista e, como desenvolvimento natural, o socialista.
[493] Op. cit., p. 38.
[494] MIRANDA.Op. Cit. p. 30-31.
[495] Cf. tópico 1.3.1, supra.

VECCHIO[496] admoesta que "o Renascimento, com a sua nova concepção de natureza, trouxe modificações profundas nas condições políticas, firmando a separação do Estado da Igreja, surgindo, daí, os grandes Estados, as grandes monarquias, com territórios determinados mas independentes da hegemonia do Papado ou do Império, e verdadeiramente soberanos", fornecendo, no campo teórico, novas bases para o sistema jurídico e político.

De toda sorte, o aparecimento do Estado na Europa se dá em momentos diversos, mas sempre a partir do Século XV, consolidando-se nos tratados de Vestefália (1648), cuja assinatura encerra a Guerra dos Trinta Anos e, de permeio - leciona JORGE MIRANDA - "sela(m) a ruptura religiosa da Europa, o fim da supremacia política do Papa (mesmo nos países católicos) e a divisão da Europa em diversos Estados independentes, cada qual compreendido dentro de fronteiras precisas"[497].

Em síntese, tem-se que o que distingue a sociedade primitiva do Estado é justamente o caráter não político da primeira e o perfil político do segundo. Atento a essa singularidade, BOBBIO aclara que o elemento humano constitutivo da sociedade primitiva são "... indivíduos singulares, isolados, não associados, embora associáveis, que atuam de fato seguindo não a razão (que permanece oculta ou impotente), mas as paixões, os instintos ou os interesses;"[498], ao passo que a sociedade política é composta com "... a união dos indivíduos isolados e dispersos numa sociedade perpétua e exclusiva, que é a única a permitir a realização de uma vida conforme a razão."[499] Por sua vez, o que exprime o Estado moderno é a sua laicização, ou seja, desvinculação da Igreja, substituindo a origem divina do poder para o seu germe político, cujo detentor não é o soberano, mas sim o povo, que é o verdadeiro *dono* do Estado e a razão de ser deste.

Afirma-se, por conseguinte, que o *poder político*, que é a *razão representada* de ser do Estado, possui a função de coordenar a vida em sociedade, utilizando a força que lhe é inerente a fim de orientar as condutas dos membros do grupo social em consonância com os critérios de justiça escolhidos. O poder político é *uma autoridade de domínio* que impõe o

---

[496] DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Tradução António José Brandão. Coimbra: Armédio Amado – Editor, Sucessor Ceira, 1979. p. 76. DEL VECCHIO reafirma que, durante a Idade Média, o que existiram foram apenas multidões de *pequenos Estados*, *pequenas organizações políticas*, umas mais, outras menos, subordinavam a duas autoridades supremas: o *Papado* e o *Império*. (Ibid., p. 76)
[497] Op. cit.., p. 39
[498] Op. cit., p. 39.
[499] Ibid. p. 39.

cumprimento das normas de conduta, inibindo as forças contrárias e aplicando as sanções pertinentes no caso das transgressões[500]. É o que caracteriza uma coletividade territorial como Estado, emprestando-lhe capacidade de autodeterminação e independência em relação aos demais países.

Esse poder se manifesta dentro do território no qual está sediado o grupo social, com os reflexos externos nas suas relações com as demais sociedades políticas[501], e, embora elemento constitutivo do Estado, na idéia democrática, não pertence a ele, mas sim ao povo, que é quem confere legitimidade e representatividade ao seu exercício. Isso porque o Estado, em verdade, é somente a representação formal dos seus elementos constitutivos. Não possui vontade própria, pois quem o anima é o povo, o que explica o substrato popular do poder, sendo conferida ao Estado a legitimidade para exercê-lo, em substituição ao seu titular natural.

ARISTÓTELES, expondo a respeito da *República* de PLATÃO, ensina que "... a sociedade política é uma espécie de comunidade. O solo pelo menos deve ser comum a todos, a unidade de lugar formando a unidade de cidade, e a cidade pertencendo em comum a todos os cidadãos."[502] No mesmo diapasão, DEL VECCHIO afirma que *"*No Estado e pelo Estado adquire uma multidão de indivíduos a faculdade de querer operar como ente autônomo, e a de imprimir uma direção unitária e coerente à sua vida"[503], daí por que conceitua o Estado como sendo "... o sujeito da ordem jurídica, em que se realiza a comunidade de vida de um povo."[504]

Nessa linha de pensamento tem-se que a função do Estado é executar o poder político de acordo com as aspirações populares, sendo ele o mero representante do grupo social, porquanto concebido para assim proceder, diante da impossibilidade material de o próprio povo fazê-lo de modo difuso. O Estado, assim, é a sociedade organizada politicamente, o povo na sua forma concentrada, o modo como o grupo social se estrutura

---

[500] CAETANO. Op. cit., p.10.
[501] ARISTÓTELES criticava a assertiva de SÓCRATES consubstanciada na afirmação de que o legislador, no momento da feitura da norma, deveria ter em mente o país e os homens, pois *"(...) Seria preciso acrescentar que ele deve também estender seus cuidados aos países vizinhos, se quiser que a cidade tenha uma existência política; porque é necessário que ela tenha à sua disposição tantas armas quantas lhe são necessárias, não só para a guerra interna como ainda para a guerra exterior."* (*A Política*. p. 51).
[502] *A Política*. p. 39. ARISTÓTELES utiliza a expressão *cidade* com a mesma significação de *sociedade política.*
[503] *Lições de filosofia do direito*. p. 469.
[504] *Ibid. p. 469.*

para se orientar no sentido de satisfazer as vontades dos indivíduos, realizando os mais diversos serviços exigidos pela própria condição humana, sendo alguns deles essenciais, como as obras vinculadas às atividades da saúde, educação e justiça, enquanto outros apenas úteis para o estabelecimento de uma melhor qualidade de vida, como as ações visando ao melhoramento dos meios de transporte e de comunicação[505].

Dentre as missões confiadas ao Estado, e que deve ser por ele desempenhada em substituição aos interessados e ao povo em geral, avulta o serviço de segurança pública, que deve ser processado de acordo com política governamental fixada para abranger as mais diversas áreas que envolvem a problemática da criminalidade, que compreende programas sociais de educação básica, habitação, emprego etc., até o mais importante, consistente na definição da política criminal a ser empregada no exercício do direito de punir.

O direito de punir é poder político conferido ao Estado e monopólio dele, que deve ser exercido não só com obediência aos direitos fundamentais do homem, como também de forma legítima. A política criminal, justificadora do direito de punir, deve ser orientada por critérios que se conformem com a estrutura política do próprio Estado, a fim de não haver ruptura com as premissas plasmadas na ordem constitucional. Por isso mesmo, sendo democrático o Estado, não seria necessário dizer que a sua política criminal, igualmente, deve confortar-se com as premissas democráticas, o que implica dizer, no que é mais importante aqui realçar, que os Direitos Penal e Processual Penal precisam ser elaborados e pensados sob esse viés político.

2.2- Fundamentos do direito punir.

O *direito de punir* se insere como o programa mais delicado da política criminal, que deve orientar o Estado em seu agir na persecução da criminalidade. TOBIAS BARRETO, com a clarividência de sempre, criticando a discussão doutrinária sobre os fundamentos jurídicos do direito de punir, adverte que "O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político."[506] Parte o mestre da lógica, verdadeira, de que o *sistema*

[505] DEL VECCHIO explica que "Um número restrito de indivíduos poderá formar uma família ou um ´clan´, grupo gentílico; mas o Estado supõe uma maior diferenciação, uma distribuição orgânica de funções, que assegure, de modo estável e definido, o desenvolvimento da vida humana em suas formas, garantindo-lhe a autonomia." (Op. Cit., p. 470).
[506] *Estudos de direito*. p. 178.

jurídico perturbado, assim como o ofendido, ao reagir, não possui outro interesse senão a reparação do dano, se possível, *in natura*, de modo que "O que vai além dessa esfera nasce de motivos que são estranhos ao direito mesmo"[507], ingressa no campo político, em outras palavras, pertence à esfera da política criminal, razão pela qual, assim como o tratamento por mais pontual e específico que seja de uma determinada doença, deve-se inserir num plano nacional de saúde.

A procedência da crítica de TOBIAS BARRETO impõe que se abandone a idéia de perquirir o fundamento jurídico do direito de punir, porém sobressai de imperiosa importância estabelecer as bases sobre as quais deve ser pré-traçada a política criminal que envolve, além de outras questões, a que se relaciona a esse poder-dever de punir do Estado. De qualquer modo, não se mostra sem relevância revisitar aqui, ainda que de forma perfunctória, as concepções filosóficas a respeito dessa ação social. Para tanto, relembre-se que as correntes de pensamento evoluíram, e mesmo involuíram, para mais tarde renovarem-se, em consonância com a própria evolução da humanidade. À época primitiva[508], o direito de punir radicava no *sentimento atávico de vingança* e, como o Estado ainda não possuía poder político (autoridade e legitimidade) para tomar para si o *jus persequendi*, o poder-dever de (re)agir recaía sobre ofendido e/ou a sua família. O direito de punir, nesse estágio da civilização, confundia-se com o reconhecimento do *direito-dever de vingança.* Os excessos motivados pelo *cunho emocional* e *reativo-defensivista* do exercício desse *direito-dever de vingança* fizeram com que se tornasse evidente a necessidade do estabelecimento de *limites*, despontando a *Lei do Talião* como o registro mais concreto dessa tendência[509].

Em fase posterior, tendo-se em mira podar os excessos da *vingança privada*[510], exsurge uma outra explicação para justificar o direito de punir, correspondente à época em que a religião instaurada pelo *Cristianismo* dominava o Estado. Nessa ordem de idéias, se o Estado detinha inspiração divina, o crime era um atentado contra Deus e a sua punição se

---

[507] Idem, p. 179. TOBIAS BARRETO, com sagacidade, desafia a quem procura o fundamento jurídico da pena a procurar, igualmente, o fundamento jurídico da guerra. Muito embora reconheça que no Direito Penal o centro de gravidade se encontra na pena, acrescenta o penalista pernambucano que, no Direito Civil, muito embora a execução seja a sua pedra de toque, os civilistas não se ocupam de buscar a razão filosófica dela. (Idem, p. 198).

[508] Essa concepção do direito de punir foi estudada mais amiúde no nº 1.1, supra.

[509] Cf. FERRI. *Princípios de direito criminal*. p. 38.

[510] Como já foi salientado neste estudo, essa justificação do direito de punir subliminarmente teve o condão de estabelecer limites à punição. Não por outra razão que CARRARA leciona ter sido a concepção religiosa a *primeira força civilizadora da justiça criminal* (Op. cit., p. 284).

justificava como forma de concretizar o *castigo divino* e *purificar a alma do agente*, por meio da expiação de sua culpa. O direito de punir, assim, advinha da *delegação divina* e tinha em mira *castigar*[511].

Com a secularização, obra que, como se viu, deu-se com o *Renascimento*, os Estados deixaram de ser teocráticos e propriamente surgiram com o arcabouço político contemporâneo[512]. Na separação dos poderes do Estado dos da Igreja, o direito de punir, agora, deixa de encontrar justificativa religiosa, para ter uma visão política. Porém, nesse primeiro instante, que coincide com o Estado absolutista, o direito de punir reside mais na autoridade do que na legitimidade, porquanto se justifica na necessidade de o Estado mostrar que é ele quem detém a força maior, é o senhor maior e tudo pode, devendo todos a ele se sujeitar. O direito de punir fundamenta-se na autoridade do Estado[513].

Mais uma vez, os excessos no exercício desse direito de punir fomentaram a criação de um novo modo de encarar essa delicada questão de fundo filosófico. Com o movimento humanitário iluminista, com base nas idéias principiológicas de BECCARIA, forma-se corrente de pensamento denominada, mais tarde, de Escola Clássica[514], a qual, sob a batuta singular de CARRARA, *ex catedra*, deixa consignada que o fundamento do direito de punir tem acento no *princípio da tutela jurídica*. Pune-se, portanto, para proteger o direito[515] e reside aí a sua justificativa. Em rigor, como a pena, que é o instrumento do direito de punir, possui como pressuposto a *culpabilidade*, não deve ela exercer funções outras estranhas à própria *idéia do castigo*[516].

Em contraposição à Escola Clássica, a Escola Positiva[517] trouxe discurso sob outra ótica, a fim de defender que a verdadeira razão do direito de punir se concentra na

---

[511] Esse assunto mereceu enfoque mais demorado no tópico 1.2, supra.
[512] Cf. o item 3.1, supra, quando se demarca o surgimento do Estado moderno a partir do grande movimento que foi instaurado com a secularização, que teve como substrato o pensamento filosófico-político do Renascimento. Cf., ainda, o nº 1.3, supra.
[513] Para maior compreensão dessa fase da concepção do Direito Penal e Processual Penal, conferir o nº 1.3, supra.
[514] Sobre a Escola Clássica, cf. nº 1.3.1, supra.
[515] Op. cit., p. 295. Nessa equação lógica, se o direito de punir justifica-se diante da necessidade de proteção do próprio sistema jurídico, essa atuação do Estado encontra limites no próprio ordenamento jurídico, até porque não pode, a pretexto de defendê-lo, agravar a ofensa do direito. (Op. cit., p. 292).
[516] BETTIOL. *O problema penal*. p. 173. Como se nota, para a Escola Clássica o direito de punir tinha o seu fundamento escorado apenas no Direito, não sendo oportuno atribuir-lhe função política.
[517] A respeito da Escola Positiva, cf. nº 1.3.2, supra.

defesa social, nos sentidos *preventivo* e *repressivo*[518]. Pune-se menos com a preocupação de defender o Direito em si do que propriamente de defender a sociedade. A razão de punir, dessa forma, está na necessidade de defender-se o Estado. Nessa concepção, o que importa não é punir o crime em si, até porque o mal já está feito, não havendo condições de ser reparado, razão pela qual o mais importante, ao se exercer a punição, é defender a sociedade do perigo de novos crimes, que podem vir a ser praticados pelo agente, caso ele não receba a sanção adequada para tanto[519]. Na visão *positivista,* o direito de punir é, antes de tudo, uma política criminal de proteção do Estado, com a qual se elabora a sua força repressiva, tendo em conta especialmente *prevenir* a ocorrência de novos delitos.

Partindo da reação *positivista* ao *classicismo*, surge, com uma roupagem nova, a concepção do direito de punir tendo como justificação a *defesa social*, sendo encarada esta, porém, sob uma visão moderna que, comprometida em escoimar o ranço autoritário dos Direitos Penal e Processual Penal herdados das Escolas Positiva, neoclássica e neopositiva – incluídas nestas as Escolas do Tecnicismo Jurídico[520] e a Alemã[521] –, tem raiz teórica nos princípios normativos que enunciam os direitos fundamentais da pessoa humana. É um novo modelo de justiça penal, consentâneo com a nova realidade mundial do pós-segunda Guerra, que exige o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio retor da política criminal e, como conseqüência, do exercício do direito de punir.

Ao contrário de uma defesa social repressiva, como pregavam os *positivistas*, pretende-se, nessa ótica democrática gerada pela Escola da Nova Defesa Social – à qual são agregados, ainda, alguns valores anunciados pela corrente abolicionista contemporânea –, que os Direitos Penal e Processual Penal, conquanto tenham o compromisso de mostrarem-se eficientes no tratamento normativo da questão, sejam pautados sob uma agenda *garantística*.

---

[518] FERRI. *Princípios de direito criminal.* p. 31.

[519] As maiores críticas lançadas a esse pensamento *positivista* é que, calcado na necessidade social, o direito de punir não encontra *limites éticos*, o que dá margem a defender-se, por exemplo, a pena de morte. BETTIOL se insurge contra essa visão *positivista* justamente em virtude dessa ausência de limite ao direito de punir, o que possibilita pensar-se na previsão de medida de segurança para pessoas que não entendem o caráter criminoso (*O problema penal*. p. 173.

[520] CARNEVALE, um dos grandes nomes da Escola do Tecnicismo Jurídico, aproximando-se do pensamento positivista, defendia que o efeito genérico da pena era, justamente, defender a sociedade. (Apud ANCEL. Op. cit., p. 8).

[521] LISZT, entretanto, que foi um dos fundadores da Escola Alemã, ante a assertiva de que o bem jurídico e a norma são as idéias fundamentais do Direito, sustenta que a missão especial do Direito Penal é *proteção de interesses* tutelados pela norma. (Op. cit., p. 143). Por conseguinte, para o mestre alemão, a punição se justifica em virtude de sua necessidade para a *manutenção da ordem jurídica e conseqüentemente para a manutenção do Estado*. (Ibid., p. 159).

O devido processo, nesse modo de ver, não é apenas uma garantia individual daquele que está submetido a uma demanda criminal, mas um postulado coletivo e universal, que impõe ao Estado o respeito a direitos históricos da humanidade.

O direito de punir, por conseguinte, está compreendido na política criminal preceituada para enfrentar o drama cotidiano, permanente e variável da criminalidade, abraçando as medidas não só de ordem punitiva propriamente ditas, levadas a cabo por parte do Judiciário quando este se debruça na análise de uma situação concreta, mas igualmente as empreendidas pelo Executivo e pelo Legislativo, nas suas mais variadas dimensões, principalmente no que diz respeito aos campos de atuação do primeiro[522].

Aqui é importante ter-se em consideração que a política criminal é um plano estratégico que compreende vários atores, sendo exercido por meio de um conjunto de ações que se espraiam nos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao Legislativo cabe desenvolver a política do direito de punir quando da elaboração das normas de cunho criminal. O Executivo, sem embargo das ações sociais e econômicas, no exercício da ação repressiva *post delictum*, age por meio de dois órgãos – as agências de polícia e o Ministério Público -, cabendo àquelas, de regra, efetuar as investigações sobre o fato criminoso, no afã de reunir os elementos necessários para o ajuizamento da ação penal, e a este a postular, perante o Judiciário, a aplicação das sanções previstas no ordenamento jurídico, oportunidade em que a ação penal se apresenta como espécie de ação coletiva, mediante a qual são defendidos os interesses difusos e coletivos do corpo social, no que diz respeito à não-violação dos bens jurídicos tutelados pelas normas criminais, aí incluído o interesse da vítima.[523] Por fim, o Judiciário, por meio do juiz, igualmente, implementa a política criminal.[524]

---

[522] FERRI, não sem razão, em sua *Sociologia criminal*, assim como nos demais escritos, especialmente na obra *Princípios de direito criminal*, defendia que a função do Direito Penal, no combate à criminalidade, uma vez que a força intimidatória da pena, mesmo sendo ela a capital, é praticamente nenhuma, seja para o delinqüente nato, seja para o ocasional, era mínima, devendo, por conseguinte, o Estado estabelecer estratégias preventivas com a atuação efetiva nas mais diversas áreas. Sobre a posição de FERRI quanto a não ser necessária a existência da pena de morte, Cf. *Sociologia criminal*. p. 298-304.

[523] O Ministério Público, embora órgão pertencente ao Poder Executivo, em um processo penal democrático, não atua em nome do Governo, mas sim da sociedade, representa os interesses da vítima e dos demais membros do grupo social. Esse assunto será melhor desenvolvido mais à frente.

[524] O Judiciário, conquanto seja um dos poderes políticos, principalmente em um Estado que tem esse segmento pensado e organizado com a missão maior de exercer o controle de constitucionalidade, na sua atuação, não só implementa políticas públicas, como as desenvolve e mesmo define qual deve ser a mais adequada para dar solução ao problema jurisdicizado. A *jurisdicização* da política é uma dimensão normal do Estado democrático-

Essa constatação de que, no plano prático, os diversos agentes da política criminal se intercomunicam evidencia a necessidade de que eles, sem a perda de suas indispensáveis autonomias, dialoguem e participem da elaboração teórica da estratégia mais amoldada ao perfil de Estado democrático-constitucional e mesmo definam algumas questões afetas à forma de atuação de cada um deles. O diálogo e acertamento de determinadas posturas que devem ser unificadas, ao contrário de engessar e mesmo inibir o salutar pluralismo inerente ao ambiente democrático, serve para dar coerência às ações do Estado que, a despeito das autonomias dos poderes e dos órgãos aos quais confiadas missões na seara criminal, precisam ter um compromisso ético com uma agenda-programa formulada de acordo com os valores universais pautados pelos direitos fundamentais. Aparece com inescondível procedência a necessidade de que seja estabelecida uma agenda positiva e comum nessa área criminal, de ordem eminentemente principiológica, para tanto muito tendo a contribuir a doutrina formada a respeito da teoria constitucional dos Direitos Penal e Processual Penal.

Constituindo-se o Estado brasileiro formalmente em uma *democracia-constitucional*, certamente os princípios retores da *política criminal* a ser desenvolvida na sociedade há de compatibilizar-se com o ideário democrático. A concepção formal e prática da política criminal a ser desenvolvida perante a sociedade precisa ter eficácia perante o corpo social, o que ocorre quando ela é aceita em reconhecimento a sua validade como instrumento para a satisfação dos reais interesses de justiça da coletividade.

Cabe à política criminal teorizar, sob o influxo das idéias prevalecentes que justificam a ciência criminal, o direito de punir e definir, por meio de sua carta-programa, a estratégia a ser desenvolvida, sob a perspectiva do *Estado Democrático-Constitucional*, no exercício da missão confiada aos agentes legitimados para desimcumbirem-se dessa tarefa, na qualidade de lídimos representantes da soberania popular. Serve sobretudo para revelar o compromisso material de respeito ao arcabouço principiológico emanado dos direitos fundamentais afirmados no ordenamento jurídico.

---

constitucional. Cf. SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 50-61. Esse tema será retomado e aprofundado o pensamento a seu respeito, no nº 5.1.

2.3.- Teorização da política criminal

Na passagem da sociedade primitiva para a forma de Estado delineada no tópico anterior, nota-se que o movimento natural de associação é conduzido pelo firme propósito de buscar segurança na vida em sociedade. Procura-se uma forma de estruturação desta que seja eficiente na condução dos componentes do grupo social rumo à satisfação dos seus interesses, tendo como paradigma os postulados da justiça, no escopo de que a vida em sociedade seja a mais segura possível para o indivíduo, com o pleno respeito dos direitos não apenas nas relações interpessoais, ou seja, desenvolvidas entre os indivíduos do grupo social, como outrossim daquelas que envolvem estes e os órgãos do Estado.

O programa de política criminal, por conseguinte, deve ser identificado com a própria idéia de justiça concebida pela sociedade, sob pena de mostrar-se dissonante ao querer dos integrantes do grupo social, perdendo, por conseguinte, a sua plena eficácia. Nesse momento, cabe indagar: Qual é e como se deve definir a política criminal de um país? Acertadamente, JOHN RAWLLS afirma que "A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento."[525] Nem poderia ser diferente. Não seria razoável supor que as instituições sociais do Estado fossem criadas com a possibilidade, em algum instante, por mais vexatórias que fossem as circunstâncias, de praticar ações injustas. Por outro lado, nas formas mais rudimentares de sociedade, ainda assim, não se deixou de punir o comportamento violento, aplicando-se a justiça criminal mesmo sem a existência formalizada do Estado ou da própria justiça, ou mesmo de uma ciência criminal autônoma[526].

Entretanto, assim como não houve necessidade de que os integrantes da sociedade primitiva despertassem para o conhecimento de que a evolução da sociedade para a constituição de grupo organizado politicamente é um acontecimento natural, próprio da condição humana, para assim propiciar a materialização dos interesses sociais, a justiça, embora seja valor incorporado no subconsciente de cada um dos membros do corpo social, não é enxergada por todos e, a despeito de não ser de percepção comum, muito menos exprime uma idéia uniforme de pensamento, por mais desenvolvido que seja o grupo social, por mais uniforme que seja a base cultural de seus membros. A idéia da justiça confunde-se

[525] *Uma teoria da justiça*. p. 27.
[526] Cf. nºs 1.1, 1.2, 1.3,1.3.1, 3.1, supra.

com a de igualdade, cuja essência pode ser exprimida no discurso fácil de que é o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, porém é um valor cultural variável conforme as peculiaridades históricas, sociais e políticas de um determinado povo.

Examinando os aspectos axiológicos da justiça, JOÃO MAURÍCIO assinala que esta é uma *virtude moral* que serve para amainar o egoísmo *biológico do indivíduo*, cujo caráter mais evidente é a *igualdade*[527]. Para o autor, a problemática do *princípio da igualdade*, enquanto expressão valorativa da justiça, está na circunstância de o seu conteúdo ser formal, daí a necessária percepção de que a cláusula significa " ... uma mesma norma para indivíduos na mesma situação, admitindo normas diferentes para contextos diferentes"[528], e como um caso concreto é sempre *individual e irrepetível*, o seu alcance é *retoricamente manipulável*.

RADBRUCH, com bastante percuciência, anuncia que "A justiça ensina-nos, sem dúvida, a tratar igualmente coisas iguais e desigualmente coisas desiguais, mas não nos diz como e em que ponto de vista devemos considerar os homens iguais ou desiguais. Permite-nos, além disso, estabelecer uma relação, mas não nos ensina a determinar a espécie de tratamento a aplicar aos termos dessa relação."[529] O que se quer dizer é que, embora todos queiram uma sociedade na qual impere a justiça, o que axiologicamente é lícito e permitido para um pode não ser sob a ótica de outro. Sem embargo da imprecisão conceitual do postulado da justiça, agrega RADBRUCH que há discussões políticas acesas a respeito do que propriamente seja justiça: *"Não querer para os outros aquilo que cada um pretende para si; ter de dar também aos outros aquilo que nós temos; não poder tomar ou exigir para si o que os outros também não podem ter ..."*[530]. Nesses questionamentos, identifica-se o extremo *relativismo do conceito de justiça*, a permitir a plena manipulação retórica. Isso é normal, porquanto a sociedade é eminentemente pluralista, havendo não só discórdia quanto à concepção da justiça criminal, mas disputa mesmo entre os indivíduos para impor a prevalência dos valores concebidos por cada um.

Nessa perspectiva, JOÃO MAURÍCIO, forte no pensamento de HARTMANN, exprime a idéia de que o conceito de justiça se manifesta *como justiça moral (individual)* e

---

[527] *Filosofia do direito:* uma crítica à verdade na ética e na ciência. p. 132.
[528] *Ibid*. p. 132
[529] *Ibidem.* p. 159-160.

justiça jurídica (social). A justiça moral reside no mundo axiológico interno do indivíduo que age e trata os demais integrantes do corpo social de acordo com a sua percepção do justo. A justiça social ou jurídica ocupa-se dos valores morais legítimos e indispensáveis para a *realização axiológica superior — mínimo ético necessário* —, merecendo a garantia por meio da *legalidade, da sanção organizada, da ameaça de coação ou mesmo pelo constrangimento legal*[531].

Volvendo à questão afeta à política criminal, compete ao Estado, por meio de seus poderes constituídos, coordenar a identidade e os conflitos de interesses dos indivíduos, estabelecendo princípios que descortinem a *justiça criminal* a ser observada tanto pelos indivíduos quanto pelos órgãos públicos e privados. A definição dos valores da justiça criminal tem como função estabelecer os princípios que devem orientar os agentes do Estado na definição da política criminal, com inquietação voltada para a sua eficácia perante o corpo social, entendida a expressão *eficácia* no seu verniz filosófico, que é a legitimidade da norma, a sua aceitação geral por parte da sociedade.

Pontifica JOHN RAWLLS que não se define uma sociedade como bem ordenada só pelo fato de ter sido constituída com o fim de propiciar a seus integrantes maiores meios de satisfação de seus interesses, "... mas quando é também efetivamente regida por uma concepção pública da justiça. Ou seja, trata-se de uma sociedade em que, por um lado, cada um aceita, sabendo que os outros também aceitam os mesmos princípios da justiça e, por outro, em que, no geral, as respectivas instituições básicas satisfazem esses princípios."[532] Desenganadamente, a sociedade é tanto mais equilibrada e resguardada contra a fratura da ordem quanto maior for a consciência e acatamento dos postulados da justiça pública pelos sujeitos do Estado. Para que isso ocorra, impõe-se necessariamente que a concepção de justiça concebida e imposta pelo Estado seja legítima, isto é, possua autoridade perante a sociedade.

O ecletismo da sociedade organizada, estreme de dúvidas, torna por demais delicada a opção política quanto ao que seja justo ou injusto, até porque, assim como no julgamento do que é belo ou feio, verdadeiro ou falso, o que guia o analista, no exame do que

---

[530] *Iibidem.*, p. 160.
[531] *Op. cit*., p. 133-134.
[532] *Op. cit*., p. 28.

é justo ou injusto, é o sentimento, uma variável consoante de caracteres endógenos e exógenos de cada um, pelo que a escolha política dos princípios que dão forma à concepção da justiça criminal mostra-se significativamente vulnerável em relação à eficácia[533]. Principalmente na seara criminal, pois, não raro, se a regra jurídica agrada ao agente que pratica a criminalidade, certamente ela será do desagrado da vítima e mesmo de boa parte da sociedade amedrontada com o assustador incremento da criminalidade.

Ocupando-se desse assunto, RADBRUCH leciona que, não sendo possível fixar e *estabelecer* o que se deve entender por justo, pelo menos deve ser possível *instituir* a concepção a respeito do Direito e o estabelecimento desse parâmetro deve ser feito por autoridade com legitimidade suficiente *para poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido*[534]. O Direito é a *força* com a qual o poder conta para impor o cumprimento da justiça subjacente em todo e qualquer acordo social, devendo com o seu manejo ser restaurada a ordem caso ela venha a ser quebrada, com conseqüente restabelecimento da vida societária. Contestando a denominada *teoria da força*, para quem o Direito obriga porque é feito valer por um poder que tem meios de se impor, RADBRUCH arremata, ao fazer comparação com o sujeito que é obrigado a fazer algo em razão de ameaça ilegal sofrida, que, "... se o direito obrigasse apenas porque por trás dele se acha uma força capaz de impor aos cidadãos, teríamos de concluir que ele deixaria de obrigar quando essa força não existisse."[535]

Ao contrário de conclusão direcionada por exame perfunctório, o poder não se exprime pela força material, mas pelo reconhecimento dos que estão sob a sua autoridade, pelo que, consoante RADBRUCH, em citação do pensamento de SCHILLER, "... A única coisa que torna poderoso aquele que manda é a obediência daquele que obedece"[536], juízo estimulado por Rousseau no sentenciar que "O mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar essa força em direito, e a obediência em dever. Daí o

---

[533] Como já frisado, o sentido dessa expressão é quanto ao reconhecimento e aceitação do que vem a ser estabelecido pelo órgão estatal.
[534] *Op. cit*., p.160. Para o autor, a idéia de justiça contém a de direito.
[535] *Ibidem. p. 160.*
[536] *Ibidem,* p. 175. O autor afirma que o poder é espírito, indicando como sustentação a essa assertiva palavras atribuídas a NAPOLEÃO I, logo após a campanha da Rússia, no proclamar-se admirado com a impotência do poder material e, embora reconhecesse que existem apenas duas coisas no mundo: a espada e o espírito, arrematar que para ele, com o tempo, o espírito era sempre o vencedor.

direito do mais forte; direito tomado ironicamente na aparência, e realmente estabelecido em princípio"[537].

O cerne da questão reside na *legitimidade do poder político* para estabelecer a justiça criminal. JOÃO MAURÍCIO, agora com suporte no pensamento de HANNA HARENDT, argumenta que a noção de legitimidade do poder baseia-se "numa tentativa para justificar determinado tipo de ação política, isto é, estabelecer uma ponte entre as expectativas dos destinatários e determinada orientação da condução da comunidade"[538], até porque os que comandam são minoria em relação aos que devem obedecer, motivo pelo qual estes precisam estar conscientes de que o respeito à autoridade da justiça não se mantém com a constante aplicação da força, sendo necessária a consensualidade social.

O consenso, como instiga BOBBIO, é o princípio de legitimação da sociedade, pois, se a vida na sociedade primitiva é natural e independe da vontade do homem, na sociedade política, a vida é produto da cultura, e não da natureza, de um ato de vontade do homem no sentido de viver de conformidade com a razão.[539]

É aqui que reside o fulcro da política criminal: a definição pelo Estado de uma política criminal que seja consentânea com as aspirações sociais e que, por via de conseqüência, essa política venha a receber *eficácia* por meio dos indivíduos, aceitando-a como uma imposição legítima, ainda que contrarie alguns interesses particulares[540].

Na busca de estabelecer uma teoria legitimadora de uma estratégia a ser estabelecida em uma carta-programa estatal na seara criminal, observe-se que, na atuação política geral do Governo, aí incluídas as diversas áreas nas suas três dimensões – executiva, legislativa e judiciária –, a sua legitimidade fica na dependência de ela possuir um perfil democrático-constitucional. Se o Estado é democrático, a política domínio e, por conseguinte, a criminal deverão ser orientadas sob esse princípio. Nesse ponto, impõe-se ressaltar que, se o Brasil não é uma democracia consolidada, ele deveria ser, pois assim está catalogado na Constituição e, de qualquer modo, não se pode negar, encontra-se em processo

---

[537] *O Contrato Social*. p. 77.
[538] *O Problema da legitimidade:* no rastro do pensamento de hannah arend. p. 1.
[539] *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. p. 39.

de evolução rumo à consagração desse regime de governo[541]. Por isso mesmo, as políticas nacionais devem revestir ideologia que se alinhe ao tipo de regime plasmado na Carta Fundamental. A esse respeito, tenha-se presente que a Constituição de 1988, cerrando fileiras ao lado das Constituições européias do pós-Segunda Guerra Mundial, é *dirigente* e *compromissária*, daí por que não se pense que as normas nela encartadas sejam meramente programáticas.

Pelo contrário, o Estado moderno, que tem a democracia como valor supremo e, ontologicamente, pauta-se no reconhecimento da independência dos poderes e, sobretudo, no respeito aos direitos fundamentais do homem, tem a Constituição como a sua ordem jurídica fundamental, devendo os seus programas de governo se confortar com a principiologia normativa daquela[542]. Isso porque, no Estado Democrático de Direito, o texto constitucional possui *caráter compromissário* e detém *força normativa*[543], o que implica dizer que a política criminal, aqui no que se refere às atuações do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, deve conformar-se com esse viés democrático cujo compromisso maior reside na defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, indica LENIO STRECK[544] que "A Constituição brasileira, como as de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese o seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais.", o que faz com que o texto constitucional traga, "... em seu bojo os mecanismos para a implantação das políticas do *Welfare State*, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana."[545]

---

[540] JOÃO MAURÍCIO repara que toda orientação política adotada é arbitrária, "... *no sentido de que só existe decisão diante de várias alternativas possíveis"* (*O Problema da Legitimidade*: no rastro do pensamento de HANNAH ARENDT. p. 1).

[541] O Brasil tem pouca ou nenhuma experiência mais efetiva de vida democrática. Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que após a primeira metade dos anos oitenta, a história política brasileira tem vivenciado várias situações de clara demonstração de maturidade democrática singular, seja com a convocação de uma Assembléia Constituinte sem que houvesse uma ruptura constitucional, o retorno das eleições diretas para Governador e Presidente da República e, mais recentemente, a escolha de um Presidente não só candidato pelo Partido dos Trabalhadores, como ele próprio um lídimo representante da classe trabalhadora, um retirante do Nordeste, que viveu a sua infância na miséria, na juventude passou por severas privações e, como se não bastasse, no comando da luta operária, em razão da deflagração de movimentos grevistas, findou sendo recolhido à prisão durante a ditadura.

[542] Na idéia do Estado Democrático de Direito, a Constituição, portanto, é um instrumento de transformação social.

[543] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 32.

[544] Ibid. p. 32.

[545] Ibid. p. 32.

Forte nesse pensamento, tratando especificamente da política criminal voltada para o processo penal, tem-se que o seu fundamento está na Constituição e é nela que devemos encontrar e desenvolver a teoria desse ramo do Direito. Assim, o processo penal não pode afastar-se da gênese democrática e deve ter como vetor a defesa dos direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico, de modo que deve aproximar-se, nesse aspecto, mais ao *fundamento garantístico do processo* da Escola Clássica, retemperado pelas arejadas *idéias democráticas e democratizantes* da Escola da Nova Defesa Social e, sob certa perspectiva, das desenvolvidas pela corrente abolicionista, do que à noção do processo como um *meio repressivo*, como defendiam os adeptos da Escola Positiva.

Enfim, o processo penal, em uma política criminal democrático-constitucional, é antes um instrumento de defesa, uma limitação ao poder-dever de punir do Estado, um estatuto que tem como preocupação primeira impor o respeito aos direitos fundamentais do homem, do que um mecanismo concebido para fazer fluir a *repressão*. Essa é a idéia central do processo penal moderno, inserida no contexto do Estado Democrático de Direito, que resgata, nessa parte, o pensamento clássico, a fim de redirecionar o pensamento criminal que, sem se deixar levar pelo jogo das paixões, alimentado pela crescente criminalidade, não pode perder de vista ótica exalada do contexto dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o *garantismo* processual penal é, antes de mais, um compromisso ético do Estado democrático que, por mais necessária que seja a sua atuação no combate à crescente criminalidade, não pode prescindir do respeito aos valores defendidos historicamente pelos povos como o *mínimo indispensável* para a preservação da *dignidade da pessoa humana*. A idéia estruturante da política criminal pensada para o processo penal, assim, é aquela que se pauta pela garantia dos direitos fundamentais.

3. NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM.

Consoante se observou acima, o grande feito de BECCARIA foi o de transpor, para o âmbito do processo penal, a idéia política de LOCKE, difundida e refundida por filósofos franceses representantes do Iluminismo, notadamente MONTESQUIEU e ROUSSEAU, segundo a qual o poder do Estado não é absoluto, conhece os seus limites na necessidade de respeitar os direitos que são próprios à condição humana. O Estado, nessa concepção, é criado pelo homem para a satisfação de suas necessidades, daí por que a

autoridade daquele é dada por meio de um pacto social, concebido pela razão humana. A dignidade humana, que se expressa com a reunião dos direitos indispensáveis à pessoa, preexiste ao Estado e deve por este ser respeitada. Transpondo esse pensamento para o âmbito criminal, tem-se que, na idéia democrático-liberal de BECCARIA, o processo penal expõe os limites ao direito de punir e constitui-se na representação positiva dos direitos humanos. Neste capítulo, a investigação científica se ocupa das reminiscências históricas desses direitos, registrando-se que a noção de que o homem é portador de direitos que são inatos à própria condição humana é percebida ao longo de toda a história, em regiões e épocas distintas, de modo que o que hoje se conceitua como direitos humanos ou fundamentais encontra raízes nos vários "... movimentos sociais e políticos, correntes filosóficas, e doutrinas jurídicas distintos, que floresceram ao longo de vários séculos em diferentes regiões do mundo."[546]

Esclareça-se, de início, que, muito embora no início os direitos resultantes da própria condição humana tenham sido objeto de inspiração divina, depois, com a secularização do Estado, passaram à categoria de *direitos naturais*, com existência supralegal, independente mesmo do tratamento normativo dispensado ao assunto. Contudo, ainda entre os Séculos XI e XII começou o movimento de afirmação normativa dos direitos humanos. A eclosão das primeiras declarações dos direitos do homem – a Declaração das Cortes de Leão, de 1188, e, em especial, a Magna Carta inglesa, de 1215 – germinou da luta dos administrados em estabelecer garantias contra atos do Estado, principalmente aqueles de conteúdo punitivo. Sobretudo as normas encartadas no *Habeas Corpus Amendment Act***,** de 1679, e no *Bill of Rights***,** de 1688, realçaram o esboço inicial de um estatuto das liberdades civis e políticas que, se por uma ótica assegura os direitos inalienáveis do homem, por outra estabelece limites ao exercício do poder político estatal. Por outro lado, esses direitos humanos não são diferentes, seja quanto à ontologia, seja em relação à substância dos direitos fundamentais, sendo estes nada mais nada menos do que a nomenclatura utilizada para denominar os direitos humanos normatizados, positivados em um determinado ordenamento jurídico.

Tenha-se em conta que a história dos povos é contada antes e depois da Revolução Francesa, quando foram proclamados, com a idéia de que fossem aceitos e reconhecidos em todos os quadrantes do planeta Terra, os direitos do homem e do cidadão.

---

[546] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1. p. 17.

Isso porque, como recorda BOBBIO[547], até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a concepção era de que o homem devia servir ao Estado e que aquele não tinha direito perante este, cuja parêmia diretiva era o *The King can do no wrong*, próprio dos governos absolutos, que não conheciam limites[548], até porque tudo era legítimo ser feito em prol dos interesses estatais, segundo a avaliação do soberano. Essa nova orientação de homenagem maior aos direitos dos homens, não mais visto como súditos, porém na qualidade de cidadãos, é fruto da filosofia iluminista que, rompendo a cultura do *Ancien Régimen*, forjou o surgimento do Estado democrático, que concentra no respeito aos direitos do homem a sua razão de ser.

Na orientação filosófico-histórica da formação do Estado moderno subjaz a alteração da relação estatal com o indivíduo, abandonando-se a *prioridade dos deveres dos súditos* para com o Estado para a *prioridade dos direitos do cidadão*. O indivíduo, na noção do Estado moderno organizado sob a regência dos direitos do homem, em que o indivíduo não é mais encarado como *súdito*[549], e sim como *cidadão*, tem posição preponderante na relação política. Colocando em relevo essa nuance, BOBBIO[550], com o seu pensamento racionalista, expõe que

> No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correpondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgância tradicional, segundo a qual a sociedade com um todo vem antes dos indivíduos.

As constituições contemporâneas democráticas, orientadas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, em seu art. 16, arremata que *não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes*, têm como orientação política o encarte dos direitos fundamentais do homem em seus textos, a título de princípios que impõem limitações ao exercício do poder

---

[547] *A era dos direitos*. p. 3

[548] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 549.

[549] A expressão *súdito* sugere submissão (No Dicionário Aurélio, é o *que* (adjetivo) ou *quem* (substantivo) está submetido à vontade de outrem. É o mesmo que *vassalo*.) Por isso mesmo, em um Estado moderno e democrático, em linguagem técnica, não se há de falar em súditos, mas sim em cidadãos, pessoas a quem o poder político pertence e têm os direitos fundamentais respeitados.

político do Estado, com especial preocupação em regrar os instrumentos dos quais se pode servir o Estado no desempenho do direito de punir[551].

3.1- Primeiros fragmentos normativos dos direitos do homem, como decorrência das declarações inglesas.

O exame da história dos povos, contemplando a transformação da sociedade primitiva em Estado, mostra que o homem, a despeito da percepção da necessidade de formalização do poder político, de forma consciente ou inconsciente, sempre se preocupou em preservar a sua liberdade como forma de se autodeterminar na satisfação de seus mais diversos anelos. A vida em sociedade sempre foi marcada pela existência de conflitos, seja nas relações interindividuais dos próprios integrantes do corpo social, seja quanto às relações destes com os detentores do poder estatal. Consoante se observou quando da análise da concepção primitiva do direito de punir, nos primórdios das civilizações, ao ofendido era reconhecido o direito de *vingança* contra quem ofendia o seu direito, até porque não havia um poder social mais organizado o bastante e legitimado para assumir para si o comando da situação.

Na evolução das sociedades e conseqüente passagem para a situação de Estado, este, a um só tempo, passou a ser organizador e garantidor da vida em sociedade, ficando os interesses individual e mesmo coletivo de alguns dos integrantes do grupo submetidos à vontade/interesse estatal, exsurgindo, com isso, o cuidado com a preservação dos direitos mais importantes. Observando essa circunstância, CANÇADO TRINDADE[552], reconhecida autoridade sobre os direitos fundamentais, escreve, com amparo nas lições de BOUTROS-GHALI, que a idéia 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

---

[550] *A era dos direitos*, p. 4.

[551] Grande parte dos doutrinadores defende que a Constituição, em sua essência, define a separação das funções dos três poderes políticos do Estado e fixa os direitos e garantias individuais e coletivos, apresentando-se como instrumento jurídico que estabelece os processos de legitimação do poder e que limita a autoridade dos seus eventuais detentores. O desenvolvimento da teoria de que a Constituição estabelece limites ao exercício do poder político, confiram-se: SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979; VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997. BADÍA, Juan Ferrando. *Teoría de la constitución*. Valencia: Tirant lo blanc, 1992.

[552] Ibid., p. 17.

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."

O movimento de secularização, na medida em que desconstruiu a crença no poder divino das instituições e aflorou a sua fundamentação em razões de ordem política, conquanto tenha, no primeiro instante, concentrado e reforçado o poder nas mãos do soberano, que o exercia sem conhecer limites, pouco a pouco deu azo a que ele fosse sendo enfraquecido. Se no início, mesmo na concepção política do Estado, não era *lógico* imaginar que o direito individual podia limitar o poder de quem age em nome e para o bem da organização política, mais tarde, diante dos abusos do Absolutismo, passou-se a defender que alguns direitos do homem, mesmo em nome da satisfação dos interesses de todo o grupo, não podem ser desrespeitados, negados ou sacrificados, sob pena da *deslegitimação* do exercício do poder político.

Aliás, historicamente, a partir do momento em que o homem *acreditou* na razão para questionar os *mitos religiosos* tradicionais, outrossim dela se utilizou para pôr em dúvida um *poder político* superior ao do próprio povo[553]. Tendo sido o homem quem criou o Estado, este, e não aquele, é que deve ser o súdito, até porque os direitos do homem *antecedem* os do Estado, daí por que, como assinala LOCKE, o homem possui o direito de subverter a ordem, por meio da revolução, caso aquele não esteja cumprindo a sua efetiva missão. Nessa linha de pensamento, não se confunde o *interesse do Estado*, que sempre é o *do homem*, com o *interesse de quem* está no exercício do poder político. Sendo este inerente e pertencente ao povo, quem o exercer não o faz em seu nome, mas em nome do povo, razão pela qual, mostrando-se o querer daquele que está na titularidade do poder divergente à coletividade, deve esta levantar-se contra a pretensão, e não submeter-se a ela.

Na investigação histórica da normatização dos direitos fundamentais, percebe-se que a idéia de direitos universais, inerentes a todos os homens, teve início ainda no período denominado *Axial*[554] – Século VIII a.C. –, quando as explicações mitológicas foram abandonadas, diante do surgimento de pensadores como ZARATRUSTRA, BUDA,

[553] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

CONFÚCIO, PITÁGORAS E DÊUTERO-ISAÍAS[555]. O saber mitológico, substituído pelo saber lógico (razão), fez com que se chegasse à consciência da origem humana do poder político, com o conseqüente descrédito quanto à existência de uma instância superior ao povo. Já nesse período Axial, ganhou espaço a concepção de uma igualdade essencial entre todos os homens, uma vez que, devido à própria condição humana, todos os seres humanos possuem o direito de ser igualmente respeitados. A igualdade decorrente da mera natureza humana serviu para alimentar o pensamento de que a lei escrita, porque destinada ao homem, deveria tratar a todos com igualdade, a fim de permitir que fortes e fracos pudessem gozar de um mesmo direito. Aqui, como salienta KONDER COMPARATO[556], foram lançados "... os fundamentos intelectuais para compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes."

Por isso mesmo, tendo presente a existência de direitos que são imanentes ao ser humano, ao lado das leis escritas, a *democracia grega* conferia valor a outras leis, ditas não escritas, que eram *universais* e *absolutas*, razão pela qual, mesmo não se encontrando esculpidas em um texto normativo elaborado pelo Estado, nem por isso poderiam deixar de ser respeitadas. É verdade, como reconhece COMPARATO, que, em um primeiro estágio, esses *direitos não escritos* ora se justificavam como *costume,* ora como origem divina. Porém, descartando o gérmem religioso dessas leis não escritas, ARISTÓTELES dizia que, a par das leis particulares, criadas especificamente por cada povo, existem as *leis comuns*, reconhecidas pelo consenso universal. Rechaçada a explicação religiosa dessas leis, justificou-se a existência de direitos dimanados da própria natureza, isto é, a natureza humana.

A história propriamente dita dos direitos humanos principia na *Baixa Idade Média*, muito embora nessa fase ainda não se tenha feito efetivamente a afirmação de direitos decorrentes da condição humana, porém o início da preocupação quanto ao estabelecimento de limites ao poder dos governantes[557]. A partir do Século XI, após o prolongado período de

---

[554] Esse período é denominado Axial pelo fato de representar o marco divisório da história, a partir do qual as idéias e os princípios alimentam e realimentam o pensamento humano, até alcançar o estágio atual, em crescente desdobramento. O Século VIII a.C. é considerado o início dessa nova visão de mundo.

[555] FÁBIO KONDER COMPARATO informa que esses cinco doutrinadores lançaram seus pensamentos ao mesmo tempo, sem jamais terem se comunicado entre si, respectivamente na Pérsia, na Índia, na China, na Grécia e em Israel (Op. cit., p. 8.).

[556] Ibid., 11.

[557] 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,

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 conseqüente 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 Erklaerung der menschen und buergerrecten* – tenha identificado a origem histórica dos direitos fundamentais à Reforma religiosa, liderada por MARTINHO LUTERO[558], 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 fatores[559]. Ante a necessidade de aumentar a arrecadação por via do aumento da carga tributária para fazer jus aos gastos com a guerra, a nobreza inglesa, com sabedoria, negociou a aceitação das exações fiscais queridas pelo monarca ao reconhecimento formal de seus direitos. No auge da crise, os barões lideraram uma revolta armada, chegando a ocupar Londres, restando ao rei

---

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, com 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 FREDERICO II, da Suábia, Imperador das Duas Sicílias e do Sacro Império Romano, na primeira metade do Século XIII. (Ibid., p. 54)

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

[559] 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.).

apenas a alternativa de assinar a Magna Carta, como condição para o retorno da normalidade[560]. 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 homem, ao longo da história, no sentido de opor-se aos abusos do Estado[561].

Dentre as disposições mais importantes para o presente 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 idéia do tribunal do júri e, de permeio, consagrou o postulado do *due process of law***.** O princípio do devido processo legal, como anota COMPARATO, é considerado o *coração* da Magna Carta, até porque, da forma como ele 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 poderes[562].

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 utilizado[563]. 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 freqüentes, não era colocada em prática. O conturbado momento político 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 de Habeas Corpus, de 1679. A nuance de o habeas corpus, antes da existência de norma processual específica, ser pouco

---

[560] 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)

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

[562] 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.

[563] COMPARATO. Op. cit., p. 73.

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*[564].

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 ele refugiado na Holanda, devido às perseguições promovidas contra ele pelo Monarca CARLOS II, não permitindo a divulgação de suas idéias 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, exsurgiu 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[565], 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 *lockiano* na redação do texto do *Bill of Rights* é evidente diante da ativa participação que ele teve no movimento revolucionário inglês. 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 de suas relações de amizade com o editor de um periódico literário em Amsterdam, nominado *Biblioteca Universal e Histórica*,

---

[564] 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.

[565] 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 este a fugir para a França. Em conseqüência, com o trono vago, ele foi oferecido a GUILHER, 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).

publicou diversos artigos difundido a sua doutrina[566]. 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, MARIA[567], para aquele, 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 homem[568] 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 poderes*[569]. 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

---

[566] LOCKE. *Obra e vida.* p. IX.
[567] p. VIII.
[568] Editado um século antes da Revolução Francesa, ainda se encontra em vigor.

dos súditos, coibiu-se 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 pares[570].

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 foi visto supra, o precursor da ciência criminal, dentre muitas outras idéias, 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[571]. (Grifei).

3.2- Declarações americanas.

Outro passo decisivo na história para a consolidação dos direitos fundamentais do homem veio com a independência dos Estados Unidos[572]. 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 conseqüência, 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 auto-evidentes* 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*.

---

[569] Op. cit., p. 164.
[570] ALTAVILA. Op. cit., p. 288.
[571] *Dos delitos e das penas.* p. 37.

Não sem razão, COMPARATO[573], 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*[574]. Daí por que, também para o constitucionalista alemão, "La historia de los derechos fundamentales comienza propriamente com las declariciones formuladas por los Estados americanos em el siglo XVII, al fundar su independência respecto de Inglaterra.", se bem que "... aquellas declaraciones estaban, como *Bill of Rights*, en la línea de la tradición inglesa."[575]

No exame do texto da Declaração de Independência Americana, percebe-se que o prestígio devotado às idéias de LOCKE são mais do que evidentes, não só na proclamação da *igualdade* e dos *direitos inalienáveis*, mas sobretudo na parte em que 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*[576]. Ainda há outro aspecto a ser destacado: a idéia de redigir-se um documento formal dando as *razões*

---

[572] A independência das treze colônias americanas representou o ato inaugural da democracia moderna.
[573] Op. cit., p. 90.
[574] *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 164.
[575] Ibid. p. 164.
[576] 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 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 idéias da Revolução Americana quase um século antes de sua eclosão. Sua influência sobre Thomas Jefferson é particularmente marcante e suas idéias 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).

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

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 idéias 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 poder[577]. 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 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 conseqüente 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 Constituições[578]. Naturalmente, 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

---

[577] HART, Michael. Op. cit., p. 370.

[578] 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, 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)

exceção da de Nova York, cuidaram de fazer o elenco do *Bill of Rights*[579]. Os maiores destaques vão para as cartas dos Estados da Virgínia[580] e da Pensylvania, ambas datadas de 1787, e a de Massachussets, de 1780, que se escoraram nas idéias de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU e albergaram disposições sobre os direitos naturais, soberania popular, freios e contrapesos, conforme o pensamento dominante do Iluminismo[581].

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 1776, 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 segurança[582]. Aqui, os direitos à liberdade e à igualdade ganham foros de universalidade, *de uma razão universal*, como a própria pessoa humana[583]. 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*, descortinando 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

---

[579] COMPARATO. Op. cit., p. 104.
[580] 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.
[581] FERREIRA. Op. cit., p. 108-109. Cf. ainda: COMPARATO. Op. cit., p. 94-95.
[582] *"Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, 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."*
[583] **"***Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações."* (COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit. p. 38.)

filosófico-políticas que permeiam o exercício do poder-dever de punir. De certo que 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 *julgamento de seus pares* (art. 10º); tornou defesa as *cauções excessiva*s; exigiu *provas suficientes* (culpa sumária) para a ordem de prisão (art. 12º) e de *buscas em lugares suspeitos* (art. 12)[584].

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 1764[585]. Nada menos do que todas as disposições supramencionadas insertas 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 prisão; 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

[584] 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*. Chama a atenção a identidade dessa declaração de direitos com as idéias lançadas por Beccaria em 1764, com o livro *Dos delitos e das penas*, tornadas públicas, portanto, doze anos antes da Declaração de Direitos da Virgínia.

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 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 que, por meio de convenção, foram redigidos os *Artigos da Confederação* (1781), porém contendo dois defeitos fundamentais, apontados por BERNARD SCHWARTZ: "*El primeiro provino del hecho de que la autoridad de la nación no descansaba sobre el pueblo, sino sobre los estados*. (...) *El segundo .. Fue la falta de e ficaz autoridad coercitiva de la Unión. Puesto que la autoridad del congeso 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*."[586]

Não suprida a necessidade do estabelecimento de um comando central com eficácia para impor uma diretriz uniforme principalmente em relação às questões de comércio[587], 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)[588], THOMAS JEFFERSON (1743-1826)[589], BENJAMIM FRANKLIN[590] e

---

[585] 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.
[586] Op. cit.,p. 13-14.
[587] Ibid., p. 15.
[588] 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, além de possuir 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).
[589] 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 e, embora vencido na primeira oportunidade, persistiu nessa idéia até a sua materialização. Formado em Direito, falava quatro línguas (cinco ou seis) e apoiava-se nas idéias de LOCKE, filósofo que era de sua simpatia, assim como VOLTAIRE. Criou o Partido Democrático (Cf. HART. Op. cit., p. 363-371.).

ALEXANDER HAMILTON[591], 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 fim[592]. Nascia, aí, a venerável Constituição norte-americana, porém ela não trouxe uma declaração dos direitos fundamentais. 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 reiteração[593].

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

---

[590] 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).

[591] 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).

[592] 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 interessado de sus Autores para salvaguarda de sus propios interesses 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 *assembléia 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 Constituições 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 paa el Primer Congreso después de entrar em vigencia la Constitución.*" (Ibid., p. 17).

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

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 seguimento 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 normativados, 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, reafirmando, por essa via, 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*[594].

[594] Op. cit., p. 56.

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 impigida na Quinta Emenda, repetiu-se a boa idéia inglesa declarada na Magna Carta (art. 39), consignando-se que *ninguém será privado de sua vida, liberdade ou bens*, *sem o devido processo jurídico*[595] , logo se tornando esse preceito um dos esteios do sistema americano.

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 dos Direitos da Virgínia, mas agregou o direito à publicidade do julgamento, como tinha pregado BECCARIA[596]. 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 lei[597]. 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 sua defesa*.

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. Com 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,

---

[595] 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."

[596] Op. cit., p. 47.

[597] 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). Esse assunto será retomado mais adiante. O germe dessa disposição, não há de negar-se, é o art. 8º da Constituição da Virgínia, que, ao assegurar o julgamento pelo tribunal do júri, arrematava que esse órgão deveria ser de *sua vizinhança*. Observe-se, porém, que nesta se elegeu como competente o foro do domicílio do acusado, ao contrário da diretriz assumida pela emenda à Constituição americana, que estabeleceu o critério do local da infração como direito fundamental. Essa é a diferença.

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 Assembléia 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 constituição 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."[598]

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 em uma das 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 colônias, por si só, já representou um fato marcante na história, a consciência dos notáveis, quanto à necessidade de uma Constituição Federal que ela 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,

---

[598] Op. cit., p. 104.

SCHWARTZ[599] 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."[600]

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 seja 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 esmiuçadas[601].

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 esta o pacto social que expressa a vontade do povo – o verdadeiro titular do poder político. Nessa idéia, 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.

---

[599] Op. cit., p. 45.

[600] 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).

[601] 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, à 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).

Isso era tão presente no pensamento de JEFFERSON, WASHINGTON e GEORGE MASON [602], que, como dito, a Carta Magna do Estado da Virgínia recebeu a nomenclatura de *Declaração de Direitos da Virgínia*. 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 higidez da Magna Carta[603].

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 idéia 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 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, conforme se evidencia da leitura de alguns dos trechos daquele documento histórico:

> (...)
> Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, 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.
> É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.

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

---

[602] Como foi informado, os três eram do Estado da Virgínia e participaram da confecção da Constituição americana e, embora vencidos no primeiro momento, insistiram para que fosse incluída uma declaração de direitos, o que veio a acontecer dois anos depois, com a aprovação das dez primeiras Emendas.
[603] Op. cit., 110.

independência norte-americana, até porque, como se afirmou acima, as idéias do direito à revolução e do pacto social como o instrumento de formalização e legitimação do poder político foram hauridas das lições de iluministas como 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*, confirma a relatividade do poder do Estado, limitado sobremodo em razão dos direitos naturais pertinentes a todo homem e, ao lado de MONTESQUIEU, transforma-se nos pensadores mais influentes dos revolucionários[604].

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 SCHMITT[605] 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 una 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 legislador.

Como se disse, 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

---

[604] ROUSSEAU chega a ser considerado, por muitos, como o *pai espiritual* da Revolução Francesa.
[605] *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza editorial, 2001. p. 166.

apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos em todos os tempos vindouros."[606] TOCQUEVILLE, apud COMPARATO, atento para esse *espírito de universalismo militante* da Revolução Francesa, disse[607]:

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

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 conspiração baiana de 1789, as idéias revolucionárias francesas já tinham chegado ao Brasil. Os lemas da Revolução Francesa – *liberdade, igualdade e fraternidade* – constituíram-se no 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 idéia 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 JEFFERSON[608], 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 Assembléia em 11 de julho."[609] 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 assembléia de Versalhes, tinham sido traduzidas para o francês; a segunda, que JEFFERSON havia oferecido ao deputado RABAUD DE ST. ETIEENNE o projeto de

---

[606] Ibid. p. 166.

[607] 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).

[608] 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).

uma Carta de Direitos; a terceira, que nos debates da Assembléia Nacional, em diversas passagens, os deputados fizeram menção aos *exemplos da América*[610].

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, consoante adverte KONDER COMPARATO, 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."[611]

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 pelo povo inglês e americano. Com efeito, o art. 6º apenas reforça o direito de igualdade de todos perante a lei. Noutro passo, o art. 7º, na medida em que torna clara a necessidade de obediência ao princípio da legalidade quanto à imputação criminosa e à prisão ou detenção, ressalta, 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, 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.

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 deu-se nas Constituições

---

[609] COMPARATO. Op. cit., p. 129.
[610] Ibid., p. 129-130.
[611] São os chamados direitos humanos de primeira geração.

mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919, como legado do movimento socialista principiado na primeira metade do Século XIX.

Na segunda metade do Século XIX, sobreveio a fase de internacionalização dos direitos humanos, cujo primeiro documento 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 Assembléia 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.[612]

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, surge-se a internacionalização dos direitos humanos em plano regional, como são os casos da Europa, América[613] e África e que, na 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 protege[614].

Esse sentido protetivo dos direitos fundamentais foi o que orientou o movimento humanitário promovido pela Escola Clássica, daí que o Direito Penal, 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

---

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

[613] 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.

[614] TRINDADE. Op. Cit. p. 25.

perspectiva garantista do Direito Penal 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.

Sem embargo da função protetiva dos direitos fundamentais, o que, por si só, impõe reconhecer que a política criminal no Brasil deve ser protetiva, cabe ressaltar que um Estado Democrático de Direito tem como valor supremo a observância dos ditames constitucionais, de modo que o *poder político* deve render-lhe homenagens, quando do exercício do direito de punir, por mais nobres que sejam as intenções dos agentes do Estado.

O Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a *soberania*, a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana* e os *valores sociais do trabalho* e da *livre iniciativa*, é um Estado orientado pelos preceitos constitucionais, devendo o ordenamento jurídico ser entendido como instrumento de defesa dos reais valores históricos, culturais, sociais e políticos do povo que, a despeito do poder de direção dos órgãos públicos, possui espaços políticos próprios para a ampla participação popular. A *política criminal* fixada para o exercício do direito de punir do Estado deve orientar-se - até porque por ele limitada -, de acordo com os postulados do Estado Democrático de Direito, previstos explícita e implicitamente na Constituição.

Se no passado distante, ao tempo das monarquias antigas, a punição penal ficava ao alvedrio do monarca, na idéia revolucionária francesa passou a vontade da lei no sentido positivista e, após a Segunda Guerra Mundial, evoluiu para a aplicação do Direito com visão mais humanística e social, no estágio experimentado com a concepção *do Estado Democrático-Constitucional*, o exercício do direito de punir abandona a posição meramente repressiva, para abraçar a idéia da erradicação da marginalidade, da descriminalização, da despenalização, do Direito Penal mínimo e, acima de tudo, da humanização do Direito Penal, que se apresenta mais criminal do que penal, na medida em que a técnica legislativa e processual servem de ferramenta para a solução da quebra da ordem jurídica sem que, necessariamente, seja aplicada uma sanção.

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 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)[615].

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 *subjetivização e positivação* dos direitos do homem e conseqüente *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 primazia[616].

Interessando-se pela discussão, EDILSON NOBRE JÚNIOR[617], 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 juiz 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 carradas de 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

---

[615] 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.

[616] *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 152.

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 quase onze anos[618]. Na defesa de que a outra referência constitucional antecedente à Carta brasileira é a Constituição francesa de 1791, o autor 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 propriedade[619].

Não parece procedente 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 emendas[620]. Naturalmente que, em certo sentido, não se pode deixar de dar razão ao autor, porém, em termos efetivos, 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 *subjetiva e positiva* maior do que a francesa de 1791, não há a menor dúvida e aqui não se pode deixar de concordar

---

[617] *Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 15.
[618] Ibid. p. 15. Nesse passo, o autor busca apoio em posição defendida por GARCÍA PELAYO.
[619] Ibid., p. 18.
[620] EDILSON NOBRE rejeita a Constituição americana como antecedente histórico à francesa, sob o enfoque de que a declaração 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).

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 não só na enumeração quanto no esgarçamento do conteúdo, conferindo aos direitos fundamentais energia *subjetiva e positiva*.

Ademais, como se verá adiante, em termos de substância quanto aos direitos fundamentais, a Constituição americana não deixa nada a dever à Carta Imperial brasileira. De todo modo, pode-se dizer que a Constituição de Portugal de 1822, mesmo com a sua efêmera vigência, em seu texto, conforme anuncia CANOTILHO[621], "... 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 idéias 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 Assembléia 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 serviram 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

---

[621] *Direito consittucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 282.

que já se encontrava incorporado à nossa Constituição de 1824, devido à inteligência de BENJAMIN CONSTANT[622], fato que confirma a interação e contínua troca de informações entre os intelectuais dos dois países[623], mesmo depois da Independência do Brasil.

4. HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Após a revisitação às reminiscências históricas à normatização dos direitos fundamentais, a preocupação deste estudo se volta para o tratamento dispensado pelas Constituições brasileiras ao tema, chamando a atenção que, ainda no Período Imperial, por influência das teorias políticas em voga na Europa, que giravam em torno principalmente do Liberalismo, na promulgação da Constituição de 25 de março de 1824, normatizaram-se os direitos fundamentais. 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 positivar os direitos fundamentais de forma efetiva[624]. Daí em diante, todas as constituições brasileiras, a exemplo da atual, contemplaram os direitos fundamentais, enunciando-os sob a forma de princípios constitucionais, tendo como função *fundamentar, interpretar e suprir a ordem jurídica*.

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.

---

[622] Esse aspecto é ressaltado por JORGE MIRANDA (Op. Cit. p. 144).

[623] A identidade entre os dois países era tanta que JORGE MIRANDA, ao tratar dos *Sistemas e famílias constitucionais*, chega a considerar que a similitude do tratamento constitucional das Cartas de Portugal e Brasil, antes da Proclamação da República nos dois países, ao lado dos grandes sistemas de matriz inglesa, americana, francesa e soviética, permite-se falar na época na existência de uma *família ou subfamília constitucional luso-brasileira*. (Op. cit., p. 144).

[624] Essa afirmação foi refultada no nº 3.5, supra.

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. Assinala CLÁUDIO PACHECO[625] que o movimento constitucionalista no Brasil propriamente somente 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 asseguradas a divisão dos poderes e os direitos dos homens[626], como movimento filosófico-político universal, impuseram a necessidade da adoção de uma Constituição em Portugal[627] e no Brasil[628].

---

[625] *Novo tratado das constituições brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 1990. p. 39.

[626] No Brasil colônia, o poder monárquico era absoluto, não continha divisão nem qualquer forma de participação popular, 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.

[627] 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 conservada 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).

[628] A notícia dos trabalhos constituintes em Portugal chegou ao Brasil no ano de 1821. A idéia 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 conseqüências 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 ressalvou 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 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 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 Côrte. 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.).

O movimento constitucionalista brasileiro, embutido nas idéias 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 idéias, como a República e o federalismo dentre outras mais, 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 1822[629], uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa. Realizados os trabalhos constituintes, submeteu-se à apreciação do Imperador o *Projeto de Constituição para o Império do Brasil, elaborado pela Comissão da Assembléia Constituinte*, porém o Príncipe Regente, por meio do Decreto de 12 de novembro de 1823, diante de divergências verificadas no processo legislativo, houve por bem dissolver a comissão[630]. No mesmo decreto, o *Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil* disse que tinha resolvido pela dissolução da Assembléia Constituinte, pelo fato de ela ter "... 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 Assembléia[631].

A elaboração da *Constituição Política do Império do Brasil*, outorgada autoritariamente em 25 de março de 1824, desse modo, foi obra confiada a um Conselho de Estado integrado por dez membros da confiança do Imperador[632], na qual se consagrou, ainda que formalmente, o Governo monárquico hereditário, constitucional e representativo[633], sendo

---

[629] 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 Assembléia 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).

[630] 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 provocasse o contragolpe conservador. (Ibid., p. 122).

[631] Ibid. p. 122.

[632] 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).

[633] 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. De certo êle não

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 HORTA[634] 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 espraiu pelos Estados europeus modernos –, da tripartição dos poderes, seguindo-se, nesse particular, a teoria dos quatro poderes de BENJAMIN CONSTANT[635]. 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 Imperador[636]. 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 juízes de suas funções jurisdicionais e, sem embargo do direito de *conceder anistia*, de até mesmo *perdoar* ou *moderar* as penas impostas nas sentenças judiciais[637].

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

---

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)

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

[635] 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). Certamente o ínclito 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 úncias Cartas de que se tem notícia de ter aderido a essa doutrina de BENJAMIM CONSTANT.

[636] SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 128.

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 corrente século."[638]

A declaração dos direitos fundamentais, no entanto, 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 extinta Assembléia 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 tratou da matéria no seu último Título, ao lado das disposições gerais, cumprindo D. PEDRO I, nessa parte, o seu discurso de legar à nação brasileira uma proposta *duplamente liberal*[639]. 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 Assembléia destituída.

Enquanto naquele projeto os direitos fundamentais ocuparam apenas quatro artigos na esfera criminal[640], 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 11, consagrou o *princípio da reserva legal*, ao escrever que ninguém pode ser punido senão por lei anterior à ocorrência do fato[641]. No item 2º, adotou-se a teoria *utilitarista,* subjacente na notável obra de BECCARIA, cujo pensamento fez surgir a primeira

---

[637] Ibid., p. 128-129. Sobre o assunto, cf. SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 127-137.
[638] Ibid., p. 290.
[639] 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 cidadões brasileiros* (Op. cit., p. 53).
[640] Os arts. 9º (princípio da legalidade); 10. (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); 11. (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); 13. (garantia do júri popular).
[641] Esse dispositivo, naturalmente, expressa uma garantia de direito penal material.

Escola Penal, ao consignar-se que, logo depois do princípio da reserva legal, que *nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública*, postulado que cristalizou, já àquela época, a corrente do D*ireito Penal mínimo* que, como se verá mais à frente[642], 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*[643]. 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, o pagamento da fiança dá o direito de o preso ser colocado em liberdade e, no seu final, esclarece 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 10 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 avocatória 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*. Como garantia constitucional, ficou estabelecido que, o *quanto antes*, seria organizado um código criminal, *fundado nas sólidas bases da justiça e eqüidade*, o que deu margem à edição do Código de Processo Criminal imperial (art. 179, alínea 18).

---

[642] Cf. nº 5.3.2, infra.

[643] Cf. nº 8.6, infra, quando será demonstrado que, tecnicamente, a terminologia mais adequada é *princípio da presunção de não-culpabilidade*.

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* com 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, sufrangando o que defendera BECCARIA, estabeleceu 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, reafirmam 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 D*os 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 PACHECO[644], 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 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 francesa[645]. A Carta francesa, sem dúvida alguma, foi a fonte primeira de inspiração, porém, quanto à explicitação de quais eram os direitos fundamentais, a preferência foi quanto ao modelo das dez emendas feitas à Constituição americana, conforme foi aqui demonstrado.

---

[644] Op. cit., p. 53.
[645] Op. cit., p. 290.

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. 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 com o êxito republicano na luta da Independência Americana[646]. Com registro dos ideais republicanos nas Inconfidências Baiana e Carioca, no Século XVIII, esse movimento adquire musculatura maior no Século XIX, como se nota de atos revolucionários exteriorizados com a Confederação do Equador, a Sabinada e a Revolução Praeira. 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 Unidos[647]. O que era movimento civil, com a adesão dos militares, transformou-se em conspiração e, por fim, em golpe revolucionário em 15 de novembro de 1889. Decretada a Revolução Republicana de 15 de novembro de 1889, o Governo Provisório, chefiado pelo Marechal DEODORO DA FONSECA, convocou a Assembléia Constituinte,

---

[646] PACHECO. Op. cit. p. 59.

[647] Fazendo referência a esse aspecto do movimento republicano brasileiro, AFONSO ARINO, 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).

consignando, desde logo, o regime e a forma de Estado, ao dizer que ali se instalara a *República Federativa brasileira*[648].

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 em razão da 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, outros[649], tendo como foco de atenção o tratamento dispensado ao Judiciário, tornam patente 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 constitucionalidade[650] e de a organização judicial estruturar-se de modo dual, ante a previsão da existência das justiças federal e estadual[651]. Como se isso não fosse bastante para mostrar o predomínio da Constituição dos Estados Unidos, a primeira Constituição republicana ainda foi editada sob a epígrafe de *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Agora, vinha a segunda fase da história constitucional brasileira. O eixo dos valores e princípios não se encontravam 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 americano[652]. 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

---

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

[649] SILVA JÚNIOR. Op. cit., p. 140-141.

[650] 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.).

[651] 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.

[652] BONAVIDES. Op. cit., p. 291.

de inspiração. As complementações, como informam MARCELO CAETANO e JOSÉ AFONSO, vieram das Constituições suíça e argentina, países que também adotaram o sistema federalista americano[653].

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 aplacar as escaramuças entre os próprios Estados-membros, cada vez mais freqüentes e preocupantes[654]. 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 forjam 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 idéias 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

---

[653] 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 à afirmação em anotação de AMARO CAVALCANTI (Op. cit., p. 71.).

[654] 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).

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 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 Assembléia 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 a edição da Constituição de 1967, cabe, agora, examinar, com mais vagar, como os direitos fundamentais pertinentes ao processo penal foram declarados em cada uma das Constituições editadas durante esse lapso temporal[655].

4.2.1 – Os direitos fundamentais na Constituição republicana de 1891.

Essa predominância das idéias 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, espraiada em trinta e três parágrafos do art. 72, além das complementações feitas do art. 73 ao 78. Daquelas 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)[656], 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".

---

[655] 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.

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

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), além de vedar 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 1988[657]. Com a mesma redação, ratificou-se a inviolabilidade do *sigilo da correspondência* (art. 72, § 18) e ficou expresso que estava *mantida a instituição do júri*[658].

Quanto à inadmissibilidade, salvo em caso de flagrante delito, da prisão sem ordem escrita, a garantia exposta na nova Constituição, ao determinar que ela somente poderia ser decretada por meio de pronúncia, manteve a orientação anterior, no sentido de que a ordem tinha de ser promanada do juiz (art. 72, § 13). Em relação à manutenção de alguém na prisão antes da condenação, o sentido protetivo foi mais além, porquanto, embora ressalvasse 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*[659] 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

---

[657] 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.

[658] 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.

[659] A expressão *acusador* foi empregada no seu sentido comum, no intuito de designar a pessoa que efetuou a expressa abolição da pena de morte (art. 72, § 21), idéia que fora defendida, com galhardia, na doutrina de BECCARIA.

(art. 179,19), o que denota um certo retrocesso, uma vez que deixou de ser defeso, por disposição constitucional, o uso da tortura e de penas cruéis, com a Constituição de 1891 aboliu-se a *pena de galés e a de banimento judicial* (art. 72, § 20), sem qualquer vedação ao emprego de meios violentos como instrumento de prova.

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*[660]. 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, assim, 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, 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.

---

[660] Como se verá no decorrer da leitura, o princípio da plena defesa, depois chamada de ampla defesa, foi assegurada apenas na esfera criminal, circunstância que somente veio a ser remediada com a Constituição de 1988. No momento oportuno, isso será melhor trabalhado.

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*[661](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, porquanto, sob a batuta destas, a única autoridade que tinha competência para a decretação da prisão era o juiz. Com a nova disciplina constitucional, como se observa, a reserva de jurisdição, quanto à prisão, foi desconsiderada, passando-se a admitir a prisão administrativa civil. Do mesmo modo, 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, quando a hipótese fosse de prisão 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.

---

[661] Aqui se preferiu, ao invés da expressão *plena* defesa, utilizar *ampla* defesa, nomenclatura que findou sendo a adotada pelas Constituições seguintes.

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 idéias 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*.

As grandes omissões, porém, foram 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 idéia 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, primacialmente, 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 idéias 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 políticos[662] 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

[662] 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 a 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".

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, tornou consignada, 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 Militar de VARGAS.

As impressões negativas, infelizmente, não cessam com o exame apenas do art. 123 da Constituição de 1937. No número 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 idéias políticas*[663], 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 na casa, ainda que houvesse uma ordem expedida

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

pela autoridade competente. A despeito de a garantia da inviolabilidade 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 talante, com a liberdade de impor as restrições que lhe parecessem mais pertinentes[664]. O mesmo se diga, quanto a essa última observação, no pertinente à inviolabilidade da correspondência. A esse respeito, acrescente-se, apenas, que na Constituição Imperial assegurava-se a inviolabilidade do *segredo das cartas*, nas de 1891 e de 1934, a *inviolabilidade do sigilo da correspondência* e na de 1937, a *inviolabilidade da correspondência*[665].

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 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 1891[666]. 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,

---

[664] Cf. item 9.4.5, infra.
[665] Cf. item 9.4.6.1, infra.
[666] 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".

ficando, assim, fora do exame do Judiciário por essa via, aquelas 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 ínsitas 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 recambiado 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 dispositivos[667], a 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 individuais[668], 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 HORTA[669], era do tipo *semântica*, cuja normatividade residia, apenas, na parte em que concedia poderes ao chefe do Executivo, de modo que a declaração dos direitos fundamentais, com as excessivas permissibilidades de restrições por meio de leis infraconstitucionais, constituíam-se em *direitos e garantias programáticas*; *eram* sem *serem*, porquanto meramente *simbólicas*.

---

[667] 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).
[668] Excluindo-se o nº 34 do art. 113, que contém disposição referente à proteção da família e do trabalho.

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 e, mesmo antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, editou-se a Constituição de 18 de setembro de 1946. Compromissada 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 as poucas garantias reconhecidas na Constituição de 1937 e, com o resgate de nosso patrimônio filosófico-político dos direitos fundamentais, supriram-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*

---

[669] Op. cit., p. 56.

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 de 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, restabeleceu-se a exigência de que a prisão ou detenção, *imediatamente*, fosse comunicada ao juiz competente. Aqui não se falou mais na expedição da nota de culpa no prazo de vinte e quatro horas, mas se determinou que a comunicação fosse feita *imediatamente*[670]. 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 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[671] (art. 141, § 25).

Reincorporou-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

---

[670] Daí em diante, as demais Constituições deixaram de fazer referência ao prazo de vinte e quatro horas, preferindo-se estabelecer que a comunicação da prisão deveria ocorrer *imediatamente*. Não há dúvidas de que o comando normativo disciplinava não só a prisão em flagrante, mas igualmente as prisões determinadas por outra autoridade competente. Como tradição, continuou-se a entender o que se deve compreender como *comunicar imediatamente* a informação prestada ao juiz naquele prazo de vinte e quatro horas.

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 vereditos e a competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Retornou-se a tradição de impedir a extradição do estrangeiro nos crimes políticos ou de opinião e, em qualquer caso, do brasileiro (art. 141, § 33)[672]. 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 pessoalidade da pena, proibia as penas de banimento e de confisco e, primacialmente, 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 esquecimento[673] 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 REALE[674], em recente 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 a sua apreciação, ele apontou que faltava o rol dos direitos fundamentais. Parece até inacreditável que, nos anos sessenta, em um país

---

[671] O prazo de vinte quatro horas, portanto, diz respeito à nota de culpa, que deve ser entregue ao preso, a fim de que ele possua algum documento comprobatório de sua prisão e a razão sobre a qual ela se funda. Não tem nenhuma pertinência com a comunicação à prisão que deve ser feita, *imediatamente*, ao juiz competente.

[672] 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.

[673] 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, havia acesa divergência em relação à eliminação da tortura como instrumento legítimo para a produção da prova de confissão.

[674] [Depoimento prestado na televisão, sobre sua vida política, na década de trinta].Entrevista concedida a TV Assembléia, Natal, 2004.

das dimensões do Brasil e com um histórico de respeito 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 *filósofos-jurídicos* brasileiros é um espanto e mostra não apenas a falta de sensibilidade em relação ao assunto, porém o completo desconhecimento do movimento histórico, quer no cenário internacional, quer nacional, 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 repressiva[675] e combatia quem se atrevia a pensar de forma diferente com instrumentos alvitantes, banalizando o sofrimento humano e a própria vida das pessoas. Porém, a Constituição de 1967 foi reescrita 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 vigor[676]. 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 o 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

---

[675] 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.

[676] 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 orginal. Às alterações modificativas, supressivas e aditivas somaram-se as redacionais, configurando um novo perfil Constitucional, com a hipertrofia maior do Poder Executivo.

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 caraterizou 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 idéia 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, vedaram-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, em 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*.

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 o 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 no 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 idéia 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.

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 Daquele. 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 o direito natural, assim denominado porque, ao invés de criado pelo homem, seria imposto por alguém – Deus – que se encontra acima daquele[677].

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 idéia de um Estado absoluto, que não se pauta dentro de certos limites. Sem necessidade de voltar muito na história, desde a concepção *lockeana* do 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 embora sejam *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 deste[678].

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

---

[677] 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).

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

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 desta deveria ser elaborado tendo como norte a primazia dos direitos universais, dos quais eram detentores todos os povos[679]. Por isso mesmo, estes 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-estatais e mesmo supra-estatais[680]. 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 constituintes[681].

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*[682]. 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."[683] 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-la[684]. 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 e a garantia da *representatividade* na

---

[679] 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.

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

[681] 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 exposição feita por RAUL MACHADO HORTA (Direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 27-31.).

[682] BOBBIO, ao investigar as raízes históricas do positivismo jurídico, mostra que ele foi uma conseqüência 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 congregar 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).

[683] Ibid., p. 39.

[684] BECCARIA, seguindo a concepção política de MONTESQUIEU, defendia que ao juiz não seria dado, sequer, o direito de interpretar as leis.

feitura das normas jurídicas, com a escolha dos membros do Legislativo pelo próprio povo. Assim, na idéia 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, ou não, 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 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 HOBBES[685], 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 eqüidade 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 completo*, de modo que nele não há lacuna, negava a existência do direito natural, ainda que sob esse novo enfoque residual[686].

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

---

[685] Apud BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. p. 43.
[686] Ibid. p. 43.

cláusula geral de tutela do homem. Identifica-se, segundo a visão 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 idéias iluministas da onipotência do legislador, pode ser considerado sob três nuances 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"[687]. 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 conteúdo[688].

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 D*ireito* é essencialmente o Estado, que se

---

[687] BOBBIO. *O positivismo jurídico.* p. 131.
[688] Ibid. p. 131.

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[689]. 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 em conflito entre as pessoas, não havendo, assim, lacunas no Direito[690]. Além da plenitude do ordenamento jurídico, ele é coerente e, apenas aparentemente, contém antinomias, subsistindo fórmula técnico-jurídica para resolver, dentro do próprio sistema, a incongruência entre as normas.

Por fim, como ideologia juspositivista, tem-se a *teoria da obediência*, no sentido de que a lei deve ser obedecida sem tergiversações, nada sendo oponível ao Direito posto. Essa ideologia se manifesta com propriedade no aforismo *Dura lex sed lexis*. 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 idéias. 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.

Na arquitetura do Estado democrático-constitucional, a Constituição possui força normativa, de modo que a base do ordenamento jurídico se concentra na tutela dos

---

[689] A teoria da norma jurídica, justificada na idéia *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 de defesa.

[690] 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 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

direitos fundamentais, insertos 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*[691], de modo que ao jurista não cabe apenas manipular o ordenamento jurídico com vista a solucionar os problemas jurídicos, mas primacialmente 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*.

Ao recursar o *positivismo jurídico* no modelo do Estado democrático constitucional[692], não se está renegando o Direito posto, mas realçando 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, neste 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*[693]. 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

---

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).

[691] 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).

[692] Naturalmente que 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 sobre uma teoria geral.

[693] Cf. itens 6, 6.1 e 6.2, infra.

formalmente contemplado em uma regra jurídica não infirma a sua existência: ele é decorrência da própria condição humana, sendo, por isso, considerado *direito essencial*.

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 ALEXY[694] alerta que tais teorias, existentes na atualidade, resumem-se em: "la teoria liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoria 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 em 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 desenhar o perfil 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, alvitrando 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,

---

[694] *Teoria de los derechos fundamentales*. 4. ed. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 36

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 juiz.

Mais é certo que, assim como a falta do reconhecimento formal de um ou mais direitos do homem não quer dizer que ele não possa ser invocado, agregue-se que a mera circunstância de um determinado direito fazer parte do rol dos direitos fundamentais não transmite a idéia de que ele seja fundamental, ou seja, em essência, um direito universal do homem. Do alto de sua sabedoria, PONTES DE MIRANDA anota que há direitos fundamentais que são apenas constitucionais, mas não são supra-estatais[695]. 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[696]. Se assim é, se os efetivos direitos do homem não se criam nem se determinam na lei, esta não tem substância para transformar ontologicamente um determinado direito em direito fundamental do homem.

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 declarados[697]. Se os direitos fundamentais 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,

---

[695] Op. cit., p. 625.
[696] Ibid., p. 627.

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 NAVARRETE[698] 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 conseqüente força normativa[699]. 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

---

[697] Veja-se a sabedoria dos franceses. Eles não disseram que estavam criando os direitos do homem, senão que os estavam declarando.

[698] *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Primámide, 1999. p. 12.

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 jurídica[700]. Nesse sentido assinala RUY ESPÍNDOLA, para quem 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"[701], de modo que eles detêm ".. positividade, 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 abstratas"[702].

Com o costumeiro brilho, PAULO BONAVIDES[703], após fazer notar que a doutrina estrangeira moderna tem-se inclinado a reconhecer a força normativa dos princípios, salienta que as normas programáticas *lato sensu*, o que compreende os princípios gerais e os princípios constitucionais "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 preceptivas"[704], e possuem "... uma dupla eficácia na medida em que servem também de regra vinculativa de uma legislação futura sobre o mesmo objeto."[705] Consoante essa teoria, em verdade, a norma jurídica é o gênero, que se divide em regras e princípios[706]. Exatamente

---

[699] Ibid., p. 20.
[700] 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."
[701] *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.
[702] Ibid. p. 55.
[703] *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 222.
[704] Ibid. p. 222.
[705] Ibid. p. 222.
[706] Evidencia RUY ESPÍNDOLA que, na metodologia jurídica tradicional, distinguiam-se os princípios das normas, de modo que essas duas categorias jurídicas eram tratadas como tipos conceituais diferençados, sob a perspectiva de que "... a idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à idéia 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).

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 teoria de ALEXY, hoje predominante em razão *do neoconstitucionalismo ou Estado constitucional*[707], 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 a 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 normativa[708].

Atento a esse novo constitucionalismo, o emérito professor de Coimbra GOMES CANOTILHO[709] 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:

---

[707] Cf. item 6.1, infra, parte na qual se faz o esboço doutrinário do *neoconstitucionalismo ou Estado constitucional*.
[708] *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.39.

> *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 idia de direito*: os princípios são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (DWORKIN) ou na <<idéia de direito>> (LARENZ); as regras podem ser normas circulativas com um conteúdo meramente funcional.
> *f) Natureza normogenética*: 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 normogenética fundamentante.

Merecem destaque, dentre os critérios distintivos elencados por CANOTILHO, as características de *fundamentalidade* e de *natureza normogenética* exibidas pelos princípios, o que lhes confere importância estruturante no sistema jurídico e fazem com que eles se constituam na 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 superior[710].

---

[709] *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 172-173.
[710] 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).

5.4 – Atipicidade dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, conquanto não seja razoável apresentá-los em *numerus apertus*, 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 social[711]. 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 e na legislação infraconstitucional. Essa doutrina defende a tipicidade dos direitos fundamentais, de modo que só existem aqueles que estão *escritos ou positivados* no sistema legal.

Em posição divergente, a *teoria naturalista* sufraga o entendimento de que os direitos fundamentais são direitos ínsitos à condição humana, que existem independetemente 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, pode-se dizer 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 homem*[712], 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..."

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

---

[711] 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).

[712] Essa é a posição assumida por PAULO LOBO NETTO (Op. cit., p. 85).

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* em detrimento da lei, pelo que os direitos fundamentais, embora muitos deles se encontrem positivados de forma cogente, são, em tese, impossíveis de serem todos elencados, até porque dependem, muitas vezes, das vicissitudes da vida.

Seguindo as pegadas dessa orientação jurídica, o pleno do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, no julgamento do Habeas Corpus 71373/RS, relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO[713], *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 assim ficou redigida[714]:

> 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 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.

---

[713] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Data da decisão: 10/11/1994. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 1º ago. 2005.

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 tipos[715]. 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. EDILSOM 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 desse escrito, 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 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, recato, segredo, imagem e identidade).

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

---

[714] Ibid.
[715] FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 101.

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, em tese, tem preponderância. Todavia, não serve, por si só, para dizer qual o direito que deve predominar na situação destacada, 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 base em *argumentos políticos*, quando o certo, mesmo em situações dessa espécie, é resolver a questão com base em *argumentos de princípio*[716], o que evita que as decisões sejam tomadas "... apenas por um cálculo utilitarista de rotina"[717]. 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 freqüente, a solução exige a técnica da ponderação contextualizada com a situação concreta[718].

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 fundamentais. Nessa concepção, esses direitos são classificados em *intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, inexpropriáveis, imprescindíveis, vitalícios*, *relativos* e *universais*[719]. Ora, sendo estes os direitos mínimos necessários à dignificação da pessoa humana, eles, em rigor, devem acompanhar a existência da pessoa, desde o nascimento até o

---

[716] *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 109.
[717] Ibid., p. 113.
[718] Cf. item 7.2.5, infra, no qual está exposta a doutrina sobre a colisão dos direitos fundamentais.
[719] Diante da maior relevância, as características da universalidade e relatividade serão estudadas nos dois itens seguintes.

falecimento, não se admitindo, sequer, a renúncia ao exercício de um desses direitos pelo seu próprio titular.

Quanto à 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, essa categoria especial de direitos será classificada em direitos essenciais relativos: (1) ao devido processo legal; (2) à presunção de não-culpabilidade; (3) ao princípio acusatório; (4) ao princípio da preservação da intimidade; (5) ao princípio da ampla defesa; e (6) ao direito à liberdade. Com essa divisão dos direitos fundamentais, serão analisados e discutidos, sob a luz da doutrina nacional e estrangeira, assim como da jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, se não todos, os principais direitos fundamentais estampados 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 processo[720]. 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

[720] Cf. item 9.1, infra.

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 ser indissociável, possuem conformação de todo singular.

5.6 – Universalidade como característica ínsita aos direitos fundamentais.

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 morte[721]. 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***.** Com efeito, conforme acentuado no exame quanto ao processo de normatização dos direitos do homem[722] , 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 exprimida no firme propósito de que os seus preceitos fossem adotados e respeitados em todo e qualquer lugar, independentemente da pessoa e do lugar no qual esta se encontre[723].

O insigne constitucionalista PAULO BONAVIDES[724] 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

---

[721] 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.

[722] Cf. tópico 3, supra.

[723] 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).

[724] Idem, p. 474.

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 universalidade.[725]

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.

Como reminiscência da discussão em torno da existência de um direito natural 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[726]. 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

---

[725] Idem, p. 483.
[726] Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

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, não dependendo da vontade do soberano, não sendo, porém, absolutos, ou seja, que não conheçam limites.[727]

A assertiva do filósofo italiano não merece retoques, pois 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 BOBBIO[728], 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 BOBBIO[729], 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 idéia 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.

---

[727] 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 da segunda geração, os chamados direitos sociais, e, agora, os da terceira, ainda heterogêneos e vagos, a exemplo do direito a um meio-ambiente puro. (Op. cit., p. 5).
[728] Ibid., p. 17.
[729] Ibid. p. 17.

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 agora[730]. 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 tem conteúdo idêntico.

Atento para essas peculiaridades, malgrado reconheça que há 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 devem ser limitados quando sopesados entre si, no desiderato de que todos sejam observados, perfazendo um sistema harmônico.[731]

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."[732]

---

[730] 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).

[731] *Id.* p. 18.

[732] Id. p. 21-22.

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 BARROS, forte na doutrina de CANOTILHO, não põe dúvidas quanto à existência de limites ou restrições para os direitos substanciais[733], que podem estar expressos diretamente pela Constituição, indiretamente pela lei e implícitos, uma vez que imanentes devido à coexistência de princípios opostos.[734] Pondera a autora que os limites imanentes se justificam na medida em que as normas de direitos substanciais influem na relação mantida entres 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*.[735]

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,

---

[733] A autora também faz a sua abordagem tendo em conta os direitos fundamentais. Diante da explicação dada na nota de rodapé 27, preferiu-se no texto empregar a expressão direitos substanciais.
[734] *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 160.
[735] *Id.* 169.

> pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.[736]

Conclui-se, assim, que o sistema constitucional brasileiro, segundo a interpretação do Supremo 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 força.

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[737], 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 um 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 ao indivíduos; e os *direitos da personalidade* que, malgrado provenientes

---

[736] *Internet*: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Busca de expressão: direitos fundamentais e absoluto. Acesso em 24.jan. .2005.

[737] VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA defende que as entidades privadas, quando detentoras de alguma parcela de poder, encontram-se vinculadas aos direitos fundamentais nas suas relações. São os casos, por exemplo, das concessionárias de serviço de energia e telefonia.

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 positivação 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 idéia 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, recém-revogado. A necessidade de adequar o Código Civil à ideologia da terceira fase do Estado Moderno[738], que sempre foi uma das justificativas apresentadas pelos mentores do projeto do Código Civil agora em vigor,[739] tornou-se imperiosa diante da mudança profunda trazida a nosso ordenamento jurídico com a 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, o que não deixa de

[738] 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.

revelar uma profunda modificação nas relações de poder, uma vez que a idéia da Norma Fundamental sempre se pautou na intenção de limitar o poder político do Estado, em obséquio à liberdade dos indivíduos[740].

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 idéia 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 Weimar[741]. Acrescenta o doutrinador italiano que o processo de constitucionalização teve como norte o desmonte do Estado absoluto e a conseqüente 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, daí por que, naquele momento histórico, pensava-se que a forma de preservar a liberdade da sociedade e, assim, assegurar a cidadania eram impor limites ao poder do Estado[742].

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, uma vez que estas, criadas com esse liberalismo, fizeram exsurgir uma outra classe social, que identificou nas relações privadas de produção, além dos aparatos formais do Estado, a verdadeira fonte do poder, inviabilizando o exercício da cidadania.

Nessas circunstâncias, na Carta de Weimar e nas Constituições européias, apareceu uma nova idéia do constitucionalismo, qual seja, a de limitar o despotismo econômico e mesmo todos os poderes de fato da sociedade civil, tutelando as próprias

---

[739] 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.

[740] O desenvolvimento da teoria de que a Constituição estabelece limites ao exercício do poder político, confiram-se SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979; VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997. BADÍA, Juan Ferrando em *Teoría de la constitución*. Valencia: Tirant lo blanc, 1992.

[741] *Il dirritto privato fra codice e constituzione*. Bologna: Zanichelli Editore, 1988, p. 58.

[742] Ibidem. p. 58.

relações entre os cidadãos, não afastando a missão de 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 interpessoais[743].

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 perspesctiva 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, muito embora estes tenham sido assim nominados na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –novo Código Civil.

5.9 – (Re)umanização e despatrimonialização do direito infraconstitucional.

A codificação brasileira liberal, no âmbito civil, foi forjada com esteio na *idéia patrimonializante*, diante da premissa de que a realização da pessoa se faz por intermédio do patrimônio, enquanto na seara criminal teve como parâmetro a *defesa social* concebida pela Escola Positiva, forjando-se, assim, um *sistema repressivo*[744]. Seguindo essa ideologia, se na codificação civil prevaleceu o patrimônio sobre a pessoa até mesmo no tratamento dispensado à instituição familiar, no ordenamento jurídico criminal as normas foram concebidas tendo em primazia o exercício do direito de punir, no sentido de privilegiar, sobremaneira, a posição do Estado, representada na relação processual pela figura do Ministério Público.

---

[743] 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 segundo parágrafo 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 (Idem, p. 88/1 e 2).

Mesmo no processo penal essa *ideologia patrimonializante* se manifesta, como se observa do intenso debate sobre a admissibilidade, ou não, da participação da vítima na relação processual, diante do seu evidente interesse na sorte da demanda[745]. Os adversários da medida fundavam-se na concepção de que o Ministério Público, no exercício da ação penal, substitui o interesse da vítima e age em seu nome, razão pela qual seria supérflua, além de indevida – para evitar que o processo se transformasse em palco para a vindita –, a participação dela no processo. Estes restaram vencidos com a tese, sustentada por outra corrente, segundo a qual, muito embora a vítima, no processo criminal, esteja representada quanto ao interesse na aplicação da sanção penal, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos cíveis daí decorrentes. Assim, a justificativa para que a vítima tenha acesso à justiça por seu próprio intermédio, mediante a sua admissão no processo para auxiliar o Ministério Público na persecução criminal, foi a defesa dos efeitos civis da sentença penal, e não, o que é o que ocorre sempre, o interesse que a vítima tem mesmo em querer ver a condenação do acusado[746].

Nessa época, a dimensão humana, no campo subconstitucional, não foi considerada como o esteio do sistema, até porque o arcabouço constitucional era outro, ou seja, aquele pinçado pela Constituição de 1937. Em posição diamentralmente oposta, a Constituição de 1988 guardou acentuada preocupação com a condição humana, exteriorizada na medida em que estabeleceu como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Esse estado de coisas impõe o redirecionamento do Direito infraconstitucional, no sentido de fundamentá-lo em consonância com a cláusula constitucional que exige o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, com conseqüente desconstrução de sua *patronialização civil e repressão criminal*.

---

[744] Cf. tópico 1.4.4, supra.

[745] CÂMARA LEAL lembra que o legislador do Código de Processo Penal, ao prever a figura da vítima como assistente do Ministério Público, inspirou-se no Código de Processo Civil de 1939, tendo em conta que, assim como "O assistente, na ação civil, é aquele que, não sendo parte direta na causa, poderá sofrer os efeitos da sentença em suas relações jurídicas com alguma das partes. Também o ofendido, na ação promovida pelo Ministério Público, poderá sofrer os efeitos da sentença no que diz respeito ao seu direito à reparação civil do dano **ex delito** (*Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1942, v. 2. p. 154). O grifo consta do original). O aspecto patrimonial foi o móvel para a previsão do ofendido na qualidade de assistente no processo penal, adicionando CÂMARA LEAL que não se deve esquecer que essa intervenção há de ser aceita tendo em conta ainda o *interesse moral* daquele na punição do ofensor (Ibid. p. 154).

[746] Essa aliás é uma das razões para perda da legitimidade do processo penal. A vítima é a grande esquecida pelo sistema. Cf. itens 1.3.10, supra, e 9.3.3.5, infra. De há muito, EDUARDO ESPÍNOLA defendia a posição de que, sem embargo das justificativas para a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação penal, não se pode negar que "... seja qual for o interêsse público e social, que hajam de apurar o delito e punir o ou os autores, persiste sempre o grande e muito ponderável interêsse particular na apuração do fato e na punição dos responsáveis." (*Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 3. p. 269).

Com efeito, se a ossatura humanística da Constituição de 1988 reclama a *repersonalização* do Direito Civil, na seara criminal, exige-se a *(re)orientação* do sistema jurídico, no sentido de que ele se revista da idéia do *garantismo*, restaurando-se, nesse campo, a primazia da pessoa humana, de modo que o homem seja visto como o ponto central do sistema jurídico, única forma de adequar esse ramo do Direito aos valores proclamados e cultivados na Carta Política em vigor.

PARTE SEGUNDA

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 ARAGONESES[747] 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 frenta a outro, afirmando su fundamento jurídico y seguiendo al efecto um procedimiento contradictorio previamente estabelecido." Por outro lado, sob a ótica de uma ciência, o processo penal, nas palavras de CLARIÁ OLMEDO[748], 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 predispuestos del Estado y demás intervenientes 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

---

[747] *Curso de derecho procesal*. Madrid: ER. p. 27.
[748] *Derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 1. p. 9.

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 que em *Estado de Direito*[749]. O constitucionalista italiano LUIGI FERRAJOLI[750], 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 médio siglo com la subordinación de la legalidad misma – garantizada por uma 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 FERRAJOLI[751], à coerência de seu conteúdo com os princípios constitucionais, de maneira que uma norma pode ser tida como formalmente válida,

---

[749] 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 é o caso da Comunidade Européia, cujo texto foi aprovado recentemente. Esse enfoque internacional do constitucionalismo será analisado mais adiante.

[750] Pasado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trota, 2003. p. 18.

[751] Idem. p. 18.

entretanto, substancialmente considerada inválida, devido ao fato de não se coadunar com os direitos fundamentais[752].

Adotando a mesma orientação, ao analisar o sistema jurídico alemão, ROBERTO ALEXY[753] relata que o ordenamento normativo tedesco está compreendido naquilo que ele denomina Estado constitucional-democrático[754], visto que se pauta pela proteção dos direitos fundamentais[755], 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 idéia jurídica dimanada da compreensão do alcance exegético das dicções normativas que enunciam os direitos fundamentais. ALEXY[756] 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, suscita aplauso por permitir *la realización plena de los derechos fundamentales*.

Aderindo a esse movimento *neoconstitucional*, RICARDO GUASTINI[757] 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

---

[752] Idem. p. 18.

[753] Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trota, 2003. p.31.

[754] Na dissertação de mestrado intitulada *Poder judiciário democrático-constitucional*: uma apreciação política de sua estrutura, WALTER NUNES JÚNIOR, 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.

[755] 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 em 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 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.

[756] Idem, p. 34.

[757] La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota, 2003. p. 49.

representa uma transformação no sistema de modo que o ordenamento subconstitucional "resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales"[758].

Parece, assim, que no contexto dessa nova idéia de Estado – o chamado Estado Constitucional –, mostra-se 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 difusa[759]. Os direitos fundamentais, assim, possuem função *fundamentadora, interpretativa e supletiva* do ordenamento jurídico processual penal.

6.2- O modelo brasileiro: Estado democrático constitucional.

Ao revelar a organização do Estado alemão tal qual desenhado na Constituição, ALEXY[760] 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, 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

---

[758] Idem. p. 49.

[759] Como se sabe, a jurisdição constitucional é um instrumento de defesa da Constituição. O critério difuso foi obra dos notáveis do constitucionalismo americano, que espraia 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 idéia 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.

[760] *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático.* p. 31.

rígida. A rigidez que se reclama é a forma, qual seja, a sua manifestação escrita e a previsão de um processo legislativo qualificado para que seja possível a sua alteração[761]. 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 jurídico[762]. A terceira condição é que os princípios gerais e as disposições programáticas sejam consideradas normas jurídicas genuínas, "... vinculantes para todos sus destinatários y, sobre todo, jurídicamente eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos."[763], ou em outras palavras, "... que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo – es una jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos." [764] 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 implícito[765]. Outra singularidade do Estado constitucional é o controle de constitucionalidade exercido por todos os juízes, qualquer que seja a controvérsia.[766] Como conseqüência 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 constitucional[767]. Por fim, como último item, GUASTINI coloca o delicado problema da sujeição das ações políticas à análise de sua validade constitucional[768].

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,

---

[761] *La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico*. p. 50-51.
[762] Idem, p. 51-2.
[763] Idem, p. 53.
[764] Idem. p.53.
[765] Idem, p. 54.
[766] Idem, p. 55-56.
[767] Idem, 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". (Idem, p. 57).
[768] Idem, p. 57-58.

qualquer pretensão nesse sentido foi soterrada, mercê do golpe de 1964 e da Constituição outorgada de 1964. O Brasil, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, ao contrário dos demais países, continuou com a cultura do Estado de Direito, paradigma sob o qual os preceitos constitucionais eram materializados pela legislação infraconstitucional. Imperava a ideologia *positivista-normativa*, segundo a qual o alcance das regras constitucionais era alvitrado 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 complementariedade do sistema jurídico.

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, partindo da legislação ordinária para o texto constitucional. 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 conseqüente edição da Constituição de 1988. Seguindo a idéia de outros 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 em 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*."[769]

Esse conceito novo, mencionado por JOSÉ AFONSO, corresponde, em outras palavras, ao clássico Estado de Direito sendo visto sob o prisma constitucional, com a

[769] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 99.

conseqüente eleição das cláusulas constitucionais como normas de foros de efetividade e de orientação para a interpretação de todo o sistema jurídico, aliado à idéia democrática. Em outras palavras, é "... um Estado orientado pelos preceitos constitucionais"[770]. Exatamente por isso, WALTER NUNES JÚNIOR defende que a nomenclatura mais correta seria *Estado Democrático de Direito Constitucional* ou, como prefere o mencionado autor, *Estado Democrático Constitucional*[771].

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 idéias, 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 preocupação primeira de todo e qualquer *agente político*, especialmente do juiz, é a de fazer a interpretação de conformidade com os valores emanados das normas constitucionais.

---

[770] SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 53.
[771] Idem. p. 53.

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 pertinentes ao ordenamento processual penal, reveste-se na espinha dorsal desse ramo do Direito, daí por que a teoria de um se confunde mesmo com a do outro.

6.3 – Dimensão constitucional da teoria do processo penal.

O constitucionalismo contemporâneo, exsurgido após a Segunda Guerra Mundial, possui como norte a democracia e os direitos fundamentais, o que é revelado por meio da proclamação de que a Constituição, com as suas disposições normativas, cria e orienta o Estado Democrático-Constitucional[772]. Como visto, a despeito do neoliberalismo, o constitucionalismo não *morreu*, vige como a força motriz da legitimação dos governos, permanecendo corretas as noções de "... constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária..."[773]. No paradigma do Estado Democrático-Constitucional, a Constituição é a *ordem jurídica global e concreta* que estabelece a base teórica de todo o ordenamento jurídico.

Com perspicácia, LENIO LUIZ STRECK, em sua consagrada *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito[774], ao apontar vários fatores que conduzem à propagação da crise do Direito como instrumento de qualidade de vida, identifica como um dos males a concepção de um ordenamento infraconstitucional *não filtrado constitucionalmente*[775]. O que o respeitável constitucionalista quer dizer com a sua linguagem é que, posicionando-se a norma constitucional como a fonte de validade do ordenamento jurídico – a norma jurídica é válida tão-somente se estiver em conformidade com a

---

[772] A Constituição portuguesa, de forma peremptória, no art. 2º, diz textualmente que a "República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais..." Embora inspirada na Carta portuguesa, não tenha o constituinte nacional redigido dispositivo similar de forma tão expressa, não se deixou patente essa premissa logo na primeira norma encartada no texto da Constituição de 1988, quando se tratou de dizer que os fundamentos do nosso Estado eram, ao lado da soberania, *a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político*.
[773] Ibid, p. 18.
[774] Op. cit.
[775] Id., p. 19.

Constituição –, não há como o exegeta interpretar um texto jurídico (dispositivo, lei, código, etc.), sem uma prévia compreensão da Constituição.

A afirmação do professor, esposada em linguagem fácil, parece óbvia, principalmente quando ele demonstra que, no plano da ontologia da compreensão, o processo hermenêutico não se desenvolve em fases – *conhecimento, interpretação e aplicação* –, porém em um só momento, o da *aplicação.* Se na explanação de um texto, o intérprete deve encontrar-se em um movimento *antecipatório da compreensão*, que tem como condição ontológica o círculo hermenêutico, disso resulta que "... nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um 'ser sem o ente', ou 'uma categoria ou uma hipótese"[776] (O grifo consta do original).

Seguindo essa linha de pensamento, mais importante do que perquirir a *teoria geral do processo*, deve-se investigar a *teoria constitucional do processo*, principalmente o criminal, uma vez que a história dos direitos fundamentais mostra que a razão de ser destes repousa em movimento iniciado no sentido de impor limites ao poder do Estado, aí inserido o de punir por meio do exercício da jurisdição penal. Com efeito, na primeira parte deste trabalho ressaltou-se que estudo mais aprofundado do pensamento esboçado por BECCARIA mostra que coube ao venerado italiano sedimentar a teoria do processo penal de conformidade com os direitos fundamentais do homem, o que lhe confere o título quanto à primazia de construir uma teoria constitucional do processo penal e, ademais, que os primórdios dessa ciência se adequam à perspectiva democrática[777].

Em reforço a essa tese, relembre-se que aqui já foi dito que, conforme verberava o pensamento lockiano, adotado com contornos peculiares pela Constituição americana e, depois, espraiado, com a Revolução Francesa para todo o mundo por meio das cartas constitucionais, os direitos essenciais da pessoa humana e a tripartição dos poderes são os principais instrumentos de limitação do poder político exercido pelo Estado, daí por que, na ótica de BECCARIA, desenvolvida em seu livro *Dos delitos e das penas*, o processo penal deveria ser visto como o instrumento adequado para exercer essa função no que diz respeito à atuação estatal na persecução criminal.

---

[776] Ibid., p. 22.

Não foi por outra razão que, em sua doutrina, BECCARIA defendia, a par da separação da função de elaboração da lei e o respeito aos direitos essenciais da pessoa, a divisão entre aquele que acusa e o órgão encarregado de proferir a decisão. Quanto à separação dos poderes na persecução criminal, para que ficassem bem delimitadas as três funções estatais, sem embargo de propugnar pela adoção do princípio da reserva legal, no sentido de que não poderia alguém ser punido sem que, antes do acontecimento funesto, a conduta fosse tipificada como um ilícito penal por obra de uma norma elaborada pelo parlamento, a doutrina beccariana, forte em MONTESQUIEU, defendia que o juiz guardasse a devida independência em relação ao Executivo. Como naquele momento histórico do Absolutismo o juiz era uma espécie de delegado do soberano, que agia, portanto, em nome da autoridade deste, não havia a necessária imparcialidade, comprometido que estava o magistrado com a pretensão punitiva. À época, a forma eficaz imaginada para obviar essa dependência do julgador à vontade do soberano foi a adoção, à semelhança do que ocorria na Inglaterra, do tribunal do júri, em que a imparcialidade do julgamento era assegurada mediante o recrutamento dos juízes entre pessoas do povo, que eram chamadas para exercer o poder jurisdicional.

Certamente essa doutrina motivou os Estados Unidos, na sua declaração de direitos, a fazer referência ao tribunal do júri e, até hoje, ao lado da Inglaterra, a manter esse modelo de julgamento como característica fundamental de seu sistema criminal. A França mesma, no primeiro momento, também adotou o tribunal do júri como a regra para o julgamento dos crimes, assim como ocorreu no Brasil, muito embora estes dois países, assim como outros, mais tarde – devido à maior imparcialidade do Judiciário em decorrência do aprimoramento da forma de seleção dos juízes –, viessem a diminuir as hipóteses em que a apreciação dos ilícitos deve ser submetida a esse modelo jurisdicional.

Todavia, para evitar os abusos estatais, na doutrina de BECCARIA, a pedra angular do processo penal não poderia residir, apenas, na garantia da independência do Poder Judiciário, mas, acima de tudo, no esquadrinhamento dos direitos essenciais que deveriam ser respeitados pelo poder estatal, apresentando-se como forma de limitação ao legítimo exercício do direito de punir.

---

[777] Cf. item 1.3.3.1, supra.

Assim, se o processo penal é um instrumento que legitima o uso da força do Estado no cumprimento de sua função punitiva, ele se manifesta como uma limitação quanto ao uso desse poder-dever. O processo penal foi pensado e existe como uma forma de freio ao poder de punir do Estado, daí por que, desde as primeiras cartas constitucionais, com especial destaque para a americana[778] e a brasileira de 1824[779], dentre os direitos fundamentais, encontram-se catalogadas várias disposições referentes à persecução criminal, como a delimitação dos bens jurídicos que devem ser respeitados quando se quer perquirir a punição ou mera investigação de alguém. Por isso mesmo, os direitos fundamentais, preceituados na Constituição e nas declarações de direitos internacionais, cuidam de estabelecer os bens jurídicos que devem merecer a atenção do Estado quando do exercício do direito-dever de punir os agentes que praticam condutas ilícitas.

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito – a nomenclatura mais correta, como já se disse ao longo deste estudo, é Estado Democrático-Constitucional –, não há espaço para o modelo liberal-individualista-normativista de Direito, uma vez que a Constituição é editada com suporte em uma normatividade principiológica[780]. A propagada *revolução copernicana* no Direito – "... a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatori* a uma fase em que se aplica (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações de vida"[781] –, comandada pelo novo constitucionalismo, importa em asseverar que... "a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade em seu conjunto e a isso corresponde uma concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípio que atuam em todos os âmbitos do Direito."[782]

Da mesma forma como não há de falar-se em processo penal sem que haja a independência do Poder Judiciário[783], o mesmo se diga caso ele não seja pensado e criado à

---

[778] Cf. item 3.2, supra.
[779] Cf. item 4.1, supra.
[780] Ver tópico 5.1, supra.
[781] Ibid.
[782] Apud STRECK; CITTADINO, Gisele. Pluralismo: direito e justice distributiva. In: *Elementos da filosofia constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 32.
[783] Em verdade, a independência do Poder Judiciário é um direito fundamental do cidadão. Na declaração de direitos americana, assegurou-se a separação entre o órgão acusador e o julgador, justamente para conferir à pessoa a garantia de que o seu julgamento seria feito com imparcialidade. Como já se disse, o mecanismo engendrado na Constituição americana, e que ainda hoje perdura, é o reconhecimento do direito ao julgamento pelo tribunal do júri.

imagem e à semelhança da teoria que informa e alicerça os direitos fundamentais. Com isso se tem que a teoria do processo penal é, substancialmente, constitucional, encontra-se deduzida nos direitos fundamentais declarados na carta política e em outros documentos internacionais ratificados pelo Brasil, cujo alcance dos enunciados somente é possível com a cosmovisão sobre o tema, obtida mediante a compreensão do arcabouço constitucional que lhes dá alicerce.

Na esteira desse movimento de *constitucionalização do ordenamento subconstitucional*[784], sente-se a necessidade de a doutrina esboçar a *teoria constitucional do processo penal*, principalmente porque, como já foi visto antes, esse ramo do Direito trata da proteção da maioria dos direitos fundamentais, que detém função *fundamentadora, interpretativa e supletiva* desse microssistema jurídico.

6.3.1- Finalidade garantística dos direitos fundamentais do processo criminal.

No estudo das correntes de pensamento criminal, percebe-se que a jurisdição estatal, tal como ela é ainda hoje presente nos Estados modernos, surgiu como uma necessidade para impedir a *vindita* na área criminal, pois essa forma de resolução dos conflitos não conhecia limites, mostrava-se cruel e, ademais, longe de solucionar o problema, perpetuava e incrementava a crise na sociedade[785]. Para fins de manutenção da ordem e evitar os excessos praticados com a autodefesa, o Estado absolutista, fomentado também pela sua conveniência de ter tudo sob o seu controle, chamou para si o monopólio jurisdicional,

---

[784] Em nosso meio, no instigante estudo *Constitucionalização do Direito Civil*, o Professor Paulo Luiz Lobo Netto, com bastante acuidade, demonstra que esse novo *movimento constitucionalista* fez com que o Direito Civil perdesse a sua condição de Direito Comum a todos os Direitos, cedendo espaço para que a Constituição ocupasse a posição hegemônica no sistema jurídico. Não mais guardando posição servil em relação à lei, passaram os preceitos constitucionais a exercer função *fundamentadora, interpretativa e supletiva* do sistema jurídico em si. Constituindo-se em normas de primeira categoria, que ocupam posição de destaque no sistema jurídico, isso imprimiu substancial mudança de paradigma para o exegeta, uma vez que, doravante, de acordo com o doutrinador em foco, o Código Civil deve ser lido a partir da Constituição, e não esta com suporte naquele, como se fazia anteriormente. O autor trata de esmiuçar a distinção entre publicização e constitucionalização, para lembrar que a primeira expressão corresponde à progressiva ingerência do Estado, por meio da elaboração de normas de cunho protetivo, nos negócios jurídicos de índole civil. Essa publicização do Direito Civil foi o reflexo lógico da mudança do Estado Liberal para o Social, pois este, diferentemente daquele, teve como nota marcante a intervenção nos setores da vida, no desiderato de evitar que os desequilíbrios econômicos e sociais servissem para privilegiar determinada categoria de pessoas. Em outro passo, segundo a visão do autor, a marcha constitucionalista do Direito Civil teve o condão de submeter a validade das normas subconstitucionais e a sua adequação à Lei Fundamental. (Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 141, jan/mar 1999).

[785] Cf. item 1.1.2, supra.

passando a assumir a função de dirimir os conflitos. Porém, isso não diminuiu os abusos das punições sem freios, pois o Estado, sem limite no exercício da jurisdição, exerceu o direito de punir sem o mínimo respeito aos infratores, praticando toda sorte de violência.

No Estado absoluto, portanto, havia jurisdição, mas ela era exercida sem regras. Somente para ficar em alguns exemplos de como era arbitrária a persecução criminal estatal, basta lembrar que não era assegurado o direito de defesa e o acusado não tinha sequer o direito de saber dos atos praticados na apuração dos fatos; era tudo secreto, sendo pública apenas a execução da sanção aplicada (os açoites, a pena de morte etc.), e a tortura, sob as suas mais diversas formas, era amplamente utilizada como forma de descobrimento da verdade.

Em um primeiro estágio, o monopólio da jurisdição pelo Estado concentrava, em um mesmo órgão, a pretensão punitiva e o poder de decidir quanto a esta. Nessa etapa, conquanto houvesse alguns rudimentos, não há de falar-se, propriamente em processo. Isso porque, no verdadeiro alcance da expressão devido processo legal, tem-se como imprescindível a separação entre quem é parte e aquele encarregado de dizer o direito. Assim, só mais tarde, quando houve a separação entre o órgão do Estado com a incumbência de deduzir a pretensão punitiva – o Ministério Público – e ao qual confiada a função de julgar – o Judiciário –, é que efetivamente pode-se afirmar que exsurgiu o processo, tal como hoje nós o conhecemos.

O processo, pode-se dizer sem receio, foi concebido para controlar e estabelecer regras quanto ao exercício da jurisdição. Com as regras do processo, esta, que era ilimitada, passou a conhecer limites, sendo o primeiro deles em relação à jurisdição penal, no que diz respeito ao fato de a obediência ao seu método impedir que o Estado faça a auto-execução da norma criminal. Diante das regras do processo, no caso da ocorrência do crime, para que possa o Estado punir o infrator, ele tem de, por meio do ajuizamento da ação penal, exercer a pretensão punitiva e pedir que ela seja aceita pelo juiz[786]. Sem embargo de ter de utilizar-se do processo para pedir e conseguir obter a permissão para punir o infrator, o Estado tem de obedecer a regras basilares estabelecidas para a validade de todos os atos processuais,

[786] TOURINHO FILHO ressalta esse aspecto, ao lembrar que a jurisdição surgiu, por um lado, para impedir a autodefesa descomedida e imoderada e, ao mesmo tempo, para garantir a liberdade contra os excessos praticados na pretensão de punir. (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53.).

cujas principais são aquelas que resguardam os direitos fundamentais da pessoa acusada de ter perpetrado o ilícito. Com razão, aclara TOURINHO FILHO que, com a determinação de que a jurisdição criminal deve ser exercida de acordo com as regras do processo, "... o Estado autolimitou o seu poder repressivo"[787].

Como já foi aqui acentuado, o grande mérito de BECCARIA, ao esboçar a sua doutrina, foi pensar no Estado moderno sob a perspectiva do processo penal. Ele observou que o Absolutismo do Estado manifestava-se sobretudo quando do exercício do direito de punir, daí por que no seu livro *Dos delitos e das penas* desenvolveu o seu pensamento voltado a assegurar ao acusado, na seara criminal, um tratamento condizente com a sua condição humana. Ele transpôs, para o âmbito do processo penal, a teoria política de LOCKE, forte na assertiva de que, por mais legítima que fosse a ação do Estado, ela tinha de pautar-se no respeito a direitos essenciais da pessoa humana.

Os princípios esgarçados nas lições beccarianas serviram para enunciar, no âmbito da relação processual penal, os direitos essenciais do acusado que deveriam ser protegidos, sem embargo do tipo de crime praticado. A pertinência de seu pensamento foi de tal ordem que a declaração de direitos agregada à Constituição americana por meio das suas dez primeiras emendas reproduziu os princípios processuais – se não todos – os mais importantes elencados por BECCARIA. Ademais, mostra-se tão atual aquele pensamento político-filosófico que, atualmente, ele se encontra consagrado, na maioria dos países, por meio da enunciação dos direitos fundamentais, como é o caso do Brasil.

Conforme foi visto na revisitação histórico-constitucional dos direitos fundamentais no nosso sistema, desde a Constituição Imperial de 1824, a doutrina de BECCARIA, no que diz respeito ao seu pensamento central sobre o processo penal, vem sendo mantida[788]. Tem-se, assim, que os fundamentos do Direito Processual Penal ou a teoria do Direito Processual Penal confunde-se, em certa medida, com a dos direitos fundamentais.

---

[787] Ibid. p. 53. Em rigor, o Estado não se autolimitou, isso foi imposto em razão dos movimentos humanitários, mais precisamente o que foi fomentado pelos iluministas, que trouxe como conseqüência o surgimento da primeira Escola Penal – a Clássica – e, com ela, um amplo movimento reformista, cuja tônica era a humanização da apuração e julgamento dos crimes.

[788] Cf. tópico 4, supra.

Se o processo penal regula o direito-dever de punir do Estado na perspectiva democrática, ele é um instrumento de tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Nessa visão, embora o processo sirva de instrumento para que o poder público, tendo em mira manter ou restaurar a ordem social, exercite a persecução criminal com autoridade e legitimidade, por outro lado, ele tem como principal missão estabelecer os limites do uso da força estatal na busca da punição do agente infrator.

6.3.2- Distinção ontológica entre os processos criminal e civil.

Note-se que a teoria do processo penal não se confunde com a do processo civil. Nesta, a norma processual tem o desiderato de regular o litígio que se desenvolve perante a autoridade do juiz, de modo que às partes seja assegurada a paridade de armas na defesa do direito que cada uma entende merecer o agasalho jurisdicional, uma vez que ele é próprio para a resolução de litígios interpessoais dos membros do grupo social. Mesmo quando um dos integrantes da relação processual é o próprio Estado, na qualidade de autor ou de réu, este deve ser tratado com igualdade, conquanto se admita, em certas circunstâncias, algum tratamento específico, diante de sua natureza jurídica[789]. Até porque o processo civil foi – e é – pensado para o tratamento de litígio envolvendo interesses intersubjetivos, ou seja, entre pessoas físicas e/ou jurídicas privadas. Essa é a realidade, por exemplo, do Código de Processo Civil de 1973.

Não se pode perder de vista que, se a finalidade do Estado é a promoção do bem comum, compete-lhe, antes de tudo, realizar a justiça com o desenvolvimento da macropolítica que deve ser imaginada para efetivar os direitos incrustados no sistema jurídico. Partindo-se dessa ordem de coisas, não se concebe, em primeiro plano, que o Estado, na área cível, tenha como regra litigar contra as pessoas, a ponto de gerar a maioria dos conflitos

[789] Diante do interesse público que subjaz na ação cível promovida pelo poder público, em alguns casos, é justificável o tratamento especial dado pela norma processual, como a que, em homenagem à indisponibilidade, não admite que do silêncio sobre os fatos assacados pela parte contrária decorra a presunção de veracidade quanto ao afirmado. Mas nem sempre a natureza jurídica da fazenda pública dá azo a tratamento protecionista pela norma processual civil, pois, em alguns casos, isso pode fazer com que o beneficiado seja a parte contrária. Por exemplo, no âmbito da prova, se o particular diz que não houve o processo administrativo ou que este, conquanto existente, não observou o direito à ampla defesa, cabe ao órgão administrativo exibir a prova da plena observância do mandamento constitucional. Vários outros exemplos podem ser acrescentados, como é o caso da desnecessidade de demonstração de culpa, para a obtenção do direito à indenização, na hipótese de dano praticado por agente do Estado.

judiciais. Ademais, como na seara cível, a administração, para a consecução de seus fins, possui como atributo a auto-executoriedade, ele, a não ser em raríssimas hipóteses, não precisa pedir ao Judiciário o cumprimento do que o administrado está *obrigado a fazer, a deixar de fazer ou a não fazer*. Assim, afora os casos em que o Estado queira compelir o particular a pagar-lhe uma determinada quantia em dinheiro, por exemplo, ele não precisa socorrer-se do Poder Judiciário para fazer valer o direito que entende dever ser respeitado.

Por isso mesmo, no processo civil, com ressalva quanto à execução fiscal, hipótese em que está presente na lide como autor, o Estado ocupa geralmente o pólo passivo da relação processual, o que explica a razão pela qual as normas específicas a respeito da participação deste no processo de conhecimento, de execução em geral e cautelar, postadas no ordenamento processual civil ou em leis especiais, sempre se referem a um modo particular de defesa – prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, duplo grau de jurisdição, pagamento por meio da expedição de precatório etc.[790]

No processo penal, a situação se inverte. Até porque, a não ser que se conceba o poder público como autor da prática de crime, não há situação em que ele seja acusado[791]. Isso explica por que o processo penal, ao contrário do civil, foi engendrado tendo como premissa o Estado na qualidade de autor, aquele que, por meio do aforamento da ação, quer a punição do incriminado. O festejado processualista italiano FRANCESCO CARNELUTTI[792], meditando sobre o tema, com a sua inegável autoridade, descortina essa realidade, ao dizer, quando tratou de definir a natureza jurídica da jurisdição penal, que o "... que yo he llamado aqui hasta ahora poder jurisdiccional se conoce bajo el nombre corriente del derecho de castigar", de modo que, para ele, "... poder de castigo o poder de jurisdicción penal quieren decir, pues, la misma cosa."

---

[790] Infelizmente, no Brasil, até em razão desses excessivos mecanismos de proteção, a Fazenda Pública – aqui considerada de acordo com o conceito emprestado pelo Código de Processo Civil –, seguramente é a litigante-mor em nosso meio, sempre ocupando o pólo passivo.

[791] Boa parte dos doutrinadores – se não a maioria - entende, com apoio no art. 225, § 3º, a possibilidade de as pessoas jurídicas praticarem infração penal, chegando, alguns deles, a admitir, em consonância com a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a hipótese de o poder público também figurar como réu.

[792] *Lecciones sobre processo pena*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Chile/Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950, p. 149. Ao contrário do que à primeira vista as palavras de CARNELUTTI dão a entender, em outro escrito, ele cuida de esclarecer que o direito de punir não é do juiz, mas sim de quem exerce a pretensão punitiva, no caso, o Ministério Público. (*Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971. p. 35 e segs.

O processo penal, por conseguinte, antes de qualquer outra coisa, serve para disciplinar essa pretensão acusatória, visto que, ao contrário do que ocorre no espaço cível, na arena criminal o Estado não possui auto-executoriedade, razão pela qual, quando alguém pratica uma conduta ilícita, ainda que este queira sujeitar-se à vontade da lei, para que seja possível a declaração de sua responsabilidade penal e conseqüente aplicação da sanção, será necessária a instauração do processo e a comprovação da culpa[793].

LEO ROSENBERG[794], professor titular da Universidade de Munique, ao extremar a distinção entre a jurisdição penal e a civil, anota que a primeira "... sirve para la resolución sobre el derecho perteneciente al Estado de imponer uma pena (criminal), fijada para um delito, y para su esecución", enquanto a segunda "... se trata de la declaración y realización de derechos y relaciones jurídicas (entre las partes) de derecho privado, a veces también de derecho publico." Atento a esse aspecto, o reverenciado processualista civil alemão assevera, em reforço ao que aqui vem de ser sustentado, que a circunstância de a jurisdição penal reger o *interés público em el castigo del culpable*, ao passo que a civil o *interés del particular en la imposición de su derecho* é o que fundamenta e explica "... la distinta construcción de ambos procesos y la vigência em ellos de princípios procesales distintos."

Se o fim precípuo do processo civil é a composição da lide envolvendo interesses de particulares e, eventualmente, do poder público, no processo penal o que se disciplina é o exercício do poder-dever de punir do Estado, que somente pode aplicar a lei mediante o auxílio do Judiciário. O processo penal, por conseguinte, limita o exercício do poder de punir os ilícitos criminais, porque a sanção não pode ser imposta senão mediante autorização judicial, formada no bojo de um procedimento no qual sejam respeitados os direitos fundamentais encartados na Constituição e as demais regras processuais complementares. Isso faz com que os direitos fundamentais, declarados sob a forma de princípios na Constituição, sejam vistos e tenham um alcance, no processo penal, diferençado daquele que lhes é emprestado no processo civil. O conteúdo de alguns princípios, como o da igualdade, embora a dicção normativa seja idêntica para ambas as espécies de processo, em um e outro, diante da singularidade das espécies de jurisdição, é distinto e, como se verá,

---

[793] Mais à frente, será realçada a dimensão diferente do princípio do *due process of law* no processo penal.

[794] *Tratado de derecho procesal civil*. 4. ed. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955. p. 70.

acarreta conseqüências especiais no processo penal. Outros, como é o caso do princípio da ampla defesa, por força da própria redação emprestada ao dispositivo pelo constituinte, têm conotação específica em cada um dos tipos de processo[795].

Por outro lado – enfatize-se uma vez mais –, a investigação da teoria do processo penal não se pode conter na análise da legislação subconstitucional, principalmente no sistema jurídico brasileiro, que é baseado em uma Constituição calcada nos direitos fundamentais, dirigente e compromissária. Infelizmente, em virtude do pensamento jurídico-dogmático dominante, fomentado pela cultura *positivista e privatista*[796], há, em nosso meio, certa idolatria pelo Direito infraconstitucional, de modo a procurar-se adaptar a Constituição às leis ordinárias, e não o contrário[797]. Essa cultura dogmática – salienta STRECK – explica porque a Constituição e, de permeio, o constitucionalismo em si ainda não ocupam "... o devido lugar de destaque (portanto, cimeiro) no campo jurídico brasileiro."[798]

No segundo semestre do ano passado, no julgamento sobre o recebimento de queixa criminal, o Ministro do Supremo Tribunal Federal CESAR PELUSO[799] pinçou, com régua e compasso, a diferença ontológica entre o processo penal e o civil, partindo da premissa de que, enquanto neste o que está em debate é a *liberdade jurídica* dos contendores, naquele, em relação ao réu, trata-se de discutir a própria *liberdade física e moral* da pessoa. Por isso mesmo, se a relação jurídica processual civil pode ser instaurada sem que a parte autora agregue à exordial elementos probatórios, ainda que perfunctórios, a respeito do fato que dá causa ao pedido, o mesmo não ocorre com o processo penal, pois a mera existência

---

[795] Esse aspecto será melhor explorado quando os direitos fundamentais referentes ao processo penal forem estudados singularmente, tarefa que será enfrentada mais adiante.

[796] HANS KELSEN, na obra *Teoria pura do direito*, desenvolveu pensamento jurídico que revolucionou o Século XX. Na sua idéia, o Direito podia ser visto apenas pela ótica normativa, afastado do Direito natural e do histórico do mundo da metafísica e dos fenômenos sociais. Nessa concepção, não interessa indagar se as leis são boas ou más, porém apenas se elas são válidas ou não, de modo que a indagação científica deve-se conter à obediência, ou não, das regras estabelecidas para a sua produção. A validade da norma jurídica, por conseguinte, independe de seu senso de justiça ou de seu conteúdo, o que representa um reducionismo, na medida em que diminui o Direito à norma. (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Sucessor, 1976.) BONAVIDES chama a atenção que essa identificação absoluta dos conceitos de legalidade e legitimidade permitiu que até o Estado nacional-socialista de HITLER fosse considerado Estado de Direito, razão pela qual "A juridicidade pura se transformou em ajuridicidade total ." (*Curso de direito constitucional*. 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 152).

[797] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 30-31.

[798] Ibid., p. 31.

[799] Essa afirmação do Ministro foi feita em sessão do STF transmitida pela TV Justiça, no juízo de admissibilidade de queixa criminal oferecida por uma servidora contra o Ministro do Superior Tribunal de Justiça PAULO MEDINA.

deste já se presta pelo menos para ameaçar o direito de liberdade[800] e comprometer severamente a honra do acusado[801]. Tal fato explica a razão pela qual se identifica, ao lado da tríade condicional das ações em geral – interesse de agir, legitimidade e possibilidade jurídica –, uma quarta condição da ação penal, qual seja, a *justa causa*, que é a demonstração probatória de que o fato delituoso realmente ocorreu e de que os indícios revelam a probabilidade de o acusado ter sido o seu autor, em conduta praticada com culpa, no sentido lato sensu.

6.4 - Perspectiva democrática do processo penal.

Um Estado forjado sob um regime antidemocrático, naturalmente, serve-se de vários instrumentos para fazer valer essa filosofia política. O Estado ditatorial possui como uma de suas principais características o seu teor repressivo, com conseqüente restrição dos direitos fundamentais. Nessa dimensão, o processo penal, ao invés de limitar o exercício do poder de punir os crimes, passa a ser utilizado como forma de aparelhar o Estado de mecanismo eficiente a permitir a mais ampla utilização de sua força, em detrimento mesmo de direitos consagrados ao longo dos tempos[802].

Por isso mesmo, muito embora a história mostre que a ciência criminal, surgida a partir das idéias principiológicas de BECCARIA, tenha vindo a lume como forma de limitar o poder absoluto do Estado, que não tinha limites, essa perspectiva democrática restou comprometida com a doutrina da defesa social, criada pela Escola Positiva, como justificativa político-filosófica para um Estado forte na matéria criminal. Embalado por essa ideologia, consoante ressaltado supra, o Código de Processo Penal em vigor foi elaborado sob a regência da Constituição de 1937[803], a mais reacionária da história constitucional brasileira, cuja base era a desconfiança na democracia como sistema de governo. No arcabouço ideológico da Constituição de 1937, o Estado tinha de possuir força para impor a ordem, comprometida

---

[800] Observe-se que a doutrina e a jurisprudência nacional, de forma uníssona, entendem que a instauração de inquérito ou a admissibilidade de ação penal sem que haja a justa causa caracteriza constrangimento ilegal, sanável, até mesmo, por meio da interposição de habeas corpus.

[801] A despeito do princípio da presunção de não-culpabilidade, basta a pessoa ser indiciada em inquérito policial para que ela tenha maculada, de forma permanente, a sua imagem perante a sociedade. CARNELUTI, no ensaio *As misérias do processo penal*, com carradas de razão, dizia que um dos maiores erros judiciários ocorre justamente quando é reconhecida a inocência do acusado, pois nesse caso ele não só se submeterá a um constrangimento indevido, como ficará estigmatizado perante o grupo social.

[802] Note-se que foi com esse fundamento que surgiu a chamada Escola Positiva. Cf. item 1.3.4, supra.

[803] Cf. itens 1.4.4 e 4.2.3**,** supra.

naquela época pela instabilidade política interna e mundial, agravada sobremaneira com a deflagração do Segundo Grande Conflito Internacional. Dentro dessa lógica, como foi examinado, os direitos fundamentais foram sensivelmente restringidos na Constituição de 1937, ademais de seu gozo pelas pessoas restar subjugada à *vontade do Estado*.

Com o redirecionamento político-filosófico experimentado após a Segunda Guerra Mundial e a conseqüente volta ao prestígio dos direitos fundamentais, a redemocratização dos Estados implicou, por via de conseqüência, nova perspectiva do processo penal, cuja estrutura deve estar afinada com o respeito aos direitos fundamentais. Todavia, enquanto a maioria dos países, ao final da Segunda Guerra, orientado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, experimentou uma volta ao culto aos direitos fundamentais, o Brasil não teve tempo suficiente para modificar a cultura do processo penal. Até porque a Constituição de 1946, embora tenha reeditado a supremacia dos direitos fundamentais em relação à *vontade do Estado*, teve vigência efêmera, uma vez que foi revogada pela Constituição de 1967, que, em relação a essa espécie de direitos, teve representação meramente simbólica. Para se ter uma idéia disso, basta ter presente, como já foi lembrado, que na redação originária do texto da Constituição de 1967 não havia uma declaração de direitos, circunstância que foi apontada por MIGUEL REALE aos redatores da Carta Política, quando então, vendo a heresia jurídica cometida, providenciou-se a referida declaração, apenas como retórica. Não é de admirar-se, conseqüentemente, que sob a vigência da Constituição de 1967, o Poder Executivo tenha podido cometer a mais ampla sorte de perseguição e arbitrariedade às pessoas que ousavam não concordar com a sua ideologia de governo, implantando uma ditadura que tinha como marca registrada suprimir os mais salutares dos direitos fundamentais, assim como registram diversos livros que contam, embasados na verdade dos fatos, os acontecimentos que envergonham a nação brasileira[804].

[804] Vários livros contam os absurdos praticados em detrimento dos direitos fundamentais, ao longo dos 21 anos da última ditadura militar do país, que ainda hoje mancham a imagem de nosso país. Cf.: GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo:Companhia das Letras, 2002; SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo:* vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000; TAVARES, Flávio. *Memórias do esquecimento*. 3. ed. São Paulo: Globo, 1999; GORENDER, Jacob. *Combate nas trevas* – A esquerda brasileira: das ilusões perdidas à luta armada. 4. ed., São Paulo: Editora Ática, p. 1990; BETTO, Frei. *Batismo de sangue*: os dominicanos e a morte de Carlos Marighella. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1985; *Brasil:* nunca mais. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

Esse estado de coisas, contudo, a partir da segunda metade dos anos oitenta, começou a modificar-se e solidificou-se com a Constituição de 1988[805], marco da *(re)tomada* da democracia como ideologia política do poder político nacional. Doravante, o processo penal, na esteira do ideário democrático, que tem como valor supremo os direitos fundamentais, deve *(re)estruturar-se* sob a perspectiva do conteúdo normativo e democrático dessas normas constitucionais, e não mais como um instrumento de força do Estado, como fora concebido esse microssistema processual.

Ao acentuar a distinção normativa entre as Constituições brasileira e portuguesa, pois nesta se diz que o modelo de Estado é o pertinente ao *Estado de Direito Democrático*[806], enquanto a nossa afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em um *Estado Democrático de Direito (Constitucional)*, JOSÉ AFONSO[807] 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 fundamentais[808].

---

[805] Conquanto o *neoconstitucionalismo* na maioria dos países estrangeiros começou a tomar corpo logo após a Segunda Guerra Mundial, no Brasil esse movimento efetivamente somente teve início a partir da segunda metade dos anos oitenta, pois até então vigorou, com força cogente, o ideário do Estado de Direito, muito próprio para os fins da Ditadura Militar que imperou no país, durante longos 21 anos.

[806] Nesse caso, o democrático qualifica o Direito, não o Estado.

[807] Op. cit., p. 105.

[808] 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 escoram a investigação interpretativa nessa área, a fim de estabelecer a efetiva perspectiva de um processo penal democrático, orientado pela doutrina dos direitos essenciais.

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 MONTESQUIEU[809], o poder político é espraiado 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 freqüente do que se imagina a imiscuição do órgão jurisdicional nessa área.

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*[810], 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 no que diz respeito à Justiça Federal, na medida em que mais de noventa por cento dos processos que tramitam perante esse segmento do poder judiciário se ocupam de debates sobre as políticas governamentais previdenciária, habitacional, tributária e mesmo 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

---

[809] 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).

[810] MÁRIO GUIMARÃES, em profundo estudo sobre o Poder Judiciário, ainda hoje considerada uma obra de consulta obrigatória sobre os contornos políticos 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.).

dimensão política da atividade judicante é sobremaneira realçada[811]. Essa característica do ordenamento jurídico brasileiro, que se identifica com o modelo americano, ficou evidenciada desde a primeira Constituição Republicana do Brasil, editada em 1891[812], e agora, com o arcabouço democrático da Constituição de 1988, manifesta-se de forma bem mais clara.

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 o processo penal, se 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, em apresentar soluções que sirvam, em uma visão ampla, para a manutenção ou restauração da segurança pública[813].

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

---

[811] 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.).

[812] Na tese de dissertação de mestrado, WALTER NUNES JÚNIOR, no escorço histórico da estrutura do Poder Judiciário no Brasil, anota que "O 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*." (*Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 138).

[813] É importante que a política criminal seja discutida amplamente com os mais diversos atores desse programa. Se a macropolítica criminal delineada na legislação específica elaborada pelo Legislativo, caiba 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 naquele caso concreto. 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, até porque ele, ao invés de expressar a vontade do Estado, guarda compromisso com a sociedade, como seu guardião, ele também precisa participar do debate. Afinal, é ele que, por meio do exercício da ação penal, deduz a pretensão punitiva em juízo.

criminal, nessa linha garantística, é a preservação da dignidade da pessoa humana contra o exercício do legítimo direito de o Estado/sociedade perseguir a responsabilidade penal. 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, por uma ou mais entidades federativas, determinada política pública.

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 teorética 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 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 efetivo*[814]. 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 Judiciário[815].

---

[814] SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 65.
[815] Idem, p. 65.

PAULO BONAVIDES[816], 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 que se consiga 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 que seja somado ao processo investigativo os meios auxiliares da interpretação das normas constitucionais, que passam necessariamente por considerações sobre a história do Direito, o Direito Comparado, a política propriamente dita e a história política[817].

Em apertada síntese, tem-se que a função política do processo penal se evidencia pela circunstância de ele servir de instrumento, sob uma visão garantística, 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.

7. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL.

O exame da teoria constitucional do processo penal 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 teorética desta ciência jurídica, estão espraiados 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 Brasil.

---

[816] *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores ltda., 1993. p. 399-380.
[817] Idem, p. 380.

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 do*s 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 a internacional, até porque elas são as linhas mestras do desenho teórico desses direitos, vazados em nosso ordenamento jurídico na categoria de princípios.

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 prescindem do 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[818].

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, 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 SAVIGNY[819], concorda com a assertiva quanto à observação de

---

[818] Como já foi assinalado, 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.

[819] 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.

regras hermenêuticas específicas nesse processo, informadas não só pela própria natureza da tessitura constitucional, mas igualmente pelos fins perquiridos pela Carta Fundamental.

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. Essas outras regras aqui agregadas podem ser sumariadas nas assertivas de (1) que os direitos fundamentais 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) que embora essenciais, não são absolutos, mantêm relação sistemática; (3) que, por isso mesmo, não raro, apresentam colisão entre si; e (4) que, ademais, possuem dimensão internacional. Cada um desses aspectos merece exame mais acurado, o que será tentado mais à frente.

7.1- Interpretação das normas e princípios constitucionais.

O Estado Constitucional ou o fenômeno do *neoconstitucionalismo*, que traz como conseqüência 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 MAXIMILIANO[820], 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* e, devido ao seu objetivo, redigido de *modo sintético, em termos gerais.*

PAULO BONAVIDES[821], embora com a ressalva de que não tinha a pretensão de estabelecer uma *técnica interpretativa especial* para as leis constitucionais, chamava 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 normas constitucionais, mais do que qualquer

[820] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979. p. 304.
[821] Op. cit., p. 297.

outra, além dos aspectos jurídicos, há de ser enxergada e investigada em consonância com a idéia política que acompanha a sua formulação[822]. 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*[823].

Vale registrar a advertência feita por DWORKIN[824] 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."*[825] 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.*"[826]

De toda maneira, não se há de negar que a *interpretação constitucional* é espécie do gênero *interpretação constitucional*, de modo que é valido 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 infraconstitucionais, 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-se de molde possibilitar a *interação e justificação* de suas normas com o poder político da

---

[822]Além de CARLOS MAXIMILIANO e PAULO BONAVIDES, vários outros autores 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).

[823] 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 validez formal das normas, vai muito além, no intuito de encontrar subsídios justificadores de soluções aceitáveis socialmente, ou seja, buscar a *validez axiológica*. (Op. cit., p. 190-191).

[824] Op. Cit. p. 129.

[825] Ibid. p. 129.

[826] Ibid. p. 129.

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 política[827].

Além disso, consoante adverte DAVI DINIZ, na exegese das normas constitucionais – mais do que na interpretação de qualquer outro texto legal -, devido mesmo à *plasticidade* das formulações lingüísticas 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, não raro, ao utilizar uma expressão, ela não está sendo empregada no sentido técnico-jurídico com o qual é concebido em um determinado ramo específico do Direito[828].

7.2.1- Regras basilares da hermenêutica constitucional.

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*[829]. 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

---

[827] Apud DANTAS. Op. cit., p. 192.

[828] Exemplo por demais pertinente para exemplificar o que tem de ser dito, 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.

[829] DAVID DINIZ, forte na doutrina clássica, delineia 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* compreendidos nas normas constitucionais. (cf. *Interpretação constitucional no pós-positivismo.* p. 206-227).

sistematizar os processos aplicáveis para definir não apenas o sentido, mas também o alcance das expressões jurídicas[830]. 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 BARACHO[831], 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 deve 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.

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, outras regras de cunho hermenêutico exsurgem, específicas para a abordagem dos direitos fundamentais.

7.2.1 – Direitos fundamentais como limitações ao direito de punir.

As garantias constitucionais penais, enunciadas em forma de princípios na Constituição, 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

---

[830] SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à constituição de 1988:* aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 73.

observadas pelo Estado no exercício do direito de punir, tem a feição de garantia aos direitos mais importantes do cidadão que, em suma, traduzem-se no direito à vida, à liberdade, à intimidade e à honra, seja nas relações com o poder público, seja nas relações interpessoais.

Note-se, como aqui já foi ressaltado mais de uma vez, 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 governantes[832]. 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.

Os direitos naturais, na seara internacional, foram reconhecidos normativamente como forma de *declaração dos direitos do homem* e, posteriormente, quando escritos nas Constituições, passaram à categoria de *direitos fundamentais*[833], também denominados garantias constitucionais. Estas, nas searas dos Direitos Penal e Processual Penal, conservando a razão de sua origem, apresentam-se como limitações ao exercício do direito de punir, no que se refere não só à aplicação da sanção penal, como também à própria investigação criminal. O Estado, nada obstante detenha o direito legítimo de encetar a persecução criminal, tem essa missão tutelada pelas normas constitucionais, impondo a irrestrita obediência aos direitos fundamentais, tendo em mira preservar a dignidade da pessoa humana.

---

[831] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 360.
[832] O tema foi explorado no capítulo 1, supra.
[833] Nesse sentido, conferir JOSÉ F. LORCA NAVARRETE (*Op. cit.*, p. 14). JORGE MIRANDA afirma que as atuais Constituições de Portugal e do Brasil – respectivamente de 1974 e de 1988 – guardam muita identidade, exemplificando com *"a extensão das matérias com relevância constitucional, o cuidado posto na garantia dos direitos de liberdade, a promessa de numerosos direitos sociais, a descentralização, a abundância de normas programáticas"* (Op. cit., p. 145). Finaliza o constitucionalista português: *"E a Constituição brasileira consagraria regras ou institutos indiscutivelmente provindos da portuguesa: a definição do regime como 'Estado Democrático de Direito', alguns direitos fundamentais, o estímulo ao cooperativismo, o alargamento dos limites materiais da revisão constitucional, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão"* (*Ibid).* Os grifos não constam do original). A influência da Constituição portuguesa na elaboração da Constituição brasileira de 1988 foi mais forte do que se imagina.

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.

A garantia constitucional tem o seu comando voltado no sentido de expandir a garantia do direito à inviolabilidade da vida, da integridade física, da intimidade, 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 das pessoas físicas e jurídicas de direito privado[834]. Em primeira nota, a norma seria destinada, tão-somente, àqueles 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 situações, sejam elas originárias de ações lícitas ou ilícitas[835].

Conforme exposto em outra passagem deste trabalho, os direitos fundamentais, germinados da declaração de direitos do homem, foram pensados como um instrumento de patrulhamento da força do Estado, quando este pretende exercer o seu poder-dever de punir[836]. 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, seja qual for o crime. A regra aqui é similar àquela 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

---

[834] Cf. o tópico 5.8, quanto à distinção entre os direitos fundamentais propriamente ditos e os da personalidade. Naquela parte desta tese, ressaltou-se que os direitos da personalidade são os mesmos direitos fundamentais, porém vistos sob a perspectiva das relações interpessoais.

[835] Cf. itens 7.2.3, 7.2.3.1 e 7.2.3.2, supra.

[836] Aqui vale relembrar o que foi dito sobre a contribuição de BECCARIA para a construção jurídica do processo penal e, por via de conseqüência, da primeira Escola Penal (Cf. itens 1.3.3, 1.3.3.1 e 1.3.3.2, supra).

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 direito-dever 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 nos limites pré-traçados pela compreensão dos direitos fundamentais.

Outra ótica que se dessome da regra de hermenêutica de que as garantias constitucionais penais traduzem comandos relativos à limitação do direito-dever 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, em 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, quando o autor do ilícito for surpreendido em flagrante delito.

7.2.2- Relatividade dos direitos fundamentais.

Na discussão sobre as características intrínsecas dos direitos fundamentais ficou estabelecido que essa categoria de direitos, conquanto reconhecidos como essenciais à condição humana, não pode ser vista como absoluta, porquanto, a despeito das ressalvas que podem constar do próprio preceito constitucional, eles possuem limitações que lhe são imanentes[837]. Essa posição se mostra afinada com o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pelo povo francês, constituída em Assembléia Nacional, no dia 26 de agosto de 1789, que expressamente admite o estabelecimento de limites aos direitos fundamentais, desde que previstos em lei.

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 apreciação. O jurista espanhol NAVARRETE[838], ao analisar o tratamento dos direitos fundamentais no sistema jurídico espanhol, adverte 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 sociopolítica[839]. O mesmo autor alinha que o Tribunal Supremo, na esteira do entendimento do Tribunal Constitucional, sufragou a tese de que

> *cualquiera que sea la concepción que se acepte para la fundamentación de los derechos humanos básicos o fundamentales de las personas, del ciudadano, tales derechos ni em su alcance, ni em su jerarquía, ni em su limitabilidad, ostenta, en niguna de las tablas constitucionales contemporáneas, parigual significación, por lo que resulta necessario en los supuestos de colisíon establecer una gradación jerárquica entre los mismos*[840]

---

[837] Cf. 5.7, supra.
[838] NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirámide S.A., 1991, p.19.
[839] *Ibid, p.*19.

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, na solução do problema teorético e prático, ter em conta o conceito de *relação de precedência condicionada,* manifestada por Alexy, no desiderato de formular a solução do caso com suporte na chamada *lei de colisão*.

Em interpretação da Constituição portuguesa, leciona CANOTILHO[841] 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, CANOTILHO[842] 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 por direitos dos outros; limites imanentes da ordem social; limites eticamente imanentes* para, daí, concluir 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 agrega 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 idéia dos *limites imanentes* dos direitos fundamentais.[843]

De todo o exposto, não resta 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-

---

[840] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Tercera reimpresión, 2001. p. 56.
[841] CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 615-616.
[842] *Ibid*, p. 619.
[843] Ibid. p. 622.

somente relativos, de modo que, mesmo quando não haja expressa previsão constitucional, nada impede que se imponha freios ao seu exercício, porquanto aplicável a cláusula dos *limites imanentes*.

Essa linha de pensamento acosta-se à corrente filosófica contemporânea que, aprofundando a discussão sobre a subsistência de um direito natural a despeito mesmo do ordenamento jurídico posto, como conseqüência lógica da própria natureza do ser humano (valores político-jurídicos indispensáveis à satisfação das necessidades humanas), chega à conclusão de que a realidade mostra a *relatividade* dos direitos decorrentes da própria condição humana. Com esteio em pensadores como BOBBIO[844], parte-se da premissa de que não há direito absoluto. Conforme aqui foi visto[845], os direitos do homem, ainda que considerados fundamentais, não passam de realidades históricas, que emergem ditados pelas condições de vida, e não da própria natureza do homem, como acreditavam os jusnaturalistas. Com arrimo nesse entendimento, os direitos fundamentais só podem ser considerados como naturais apenas sob a consideração de que pertencem ao homem pela sua própria condição de ser.

Na doutrina nacional, SUZANA TOLEDO DE BARROS[846], baseada na dogmática européia, defende a existência de limites ou restrições para os direitos fundamentais, que podem estar expressos diretamente pela Constituição, indiretamente pela lei e mesmo implícitos. De acordo com a doutrinadora em foco, a limitação dos direitos fundamentais é imanente, pois dentre eles verifica-se a coexistência de princípios opostos. Ela ressalta que, com freqüência, ocorre uma colisão entre *direitos fundamentais individualizados e bens jurídicos da comunidade, como a saúde pública, segurança pública, defesa nacional*.[847]

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 todos eles apenas de forma relativa, daí por que é válido afirmar que, como regra de princípio, os direitos fundamentais possuem limites, quando não expressos, que lhes são imanentes. Com efeito, ao deferir medida liminar no

---

[844] BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20.
[845] Tópico 5.6, supra. No referido item, a doutrina de BOBBIO está melhor tratada.
[846] Cf. item 5.6, supra.

Mandado de Segurança nº 23.669-DF, o Ministro Celso de Mello[848] reafirmou o que houvera dito no julgamento do MS 23.452, deixando, assim, assentada, nessa parte, a ementa do voto:

> Na realidade, como já decidiu esta Suprema Corte, 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 (MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

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 exemplo da que assegura a *inviolabilidade do domicílio*, mas, em contranota, no texto ressaltar que esse direito pode ser restringido, nas hipóteses nele mesmo previstas. Com efeito, ao tempo em que o constituinte diz que *a casa é asilo inviolável*, ele assevera, igualmente, que, em caso de *desastre ou de flagrante delito ou quando houver ordem judicial*, o ingresso sem consentimento de quem de direito na habitação é permitida.

Tendo em conta o mesmo exemplo, observe-se que o constituinte, em determinados casos – desastre e flagrante delito –, permite que a inviolabilidade do domicílio seja flexibilizada, independentemente de ordem judicial. Ou seja, não há necessidade de intervenção do Judiciário para que seja autorizada a invasão do domicílio e qualquer do povo possa agir legitimamente. Por outro lado, o constituinte deixa claro que, nas demais hipóteses, até poderá vir a ser restringida a garantia da inviolabilidade do domicílio, porém a imiscuição na casa ou habitação haverá de ser precedida de autorização judicial.

Em outras situações, o constituinte faz referência ao direito fundamental, mas não diz como nem muito menos em que hipóteses se admite a sua flexibilização. Veja-se o princípio constitucional que preceitua ser *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*, fixado no art. 5º, inciso X, da Constituição de 1988. Nesse caso, o texto

---

[847] *Ibid, p.* 169.

constitucional não fez nenhuma ressalva quanto à possibilidade de restringir-se a garantia contra a violação desses direitos fundamentais. A impressão que daí decorre é a de que os direitos fundamentais anunciados na norma em destaque seriam absolutos, de modo que, qualquer que fosse a circunstância, não se poderia restringi-los. Porém, se essa for a conclusão, por via oblíqua, seria o mesmo que reconhecer o caráter absoluto desses direitos, o que não parece, diante das considerações oportunamente apresentadas nesta tese, ser razoável, ademais de contrapor-se ao pensamento da doutrina dominante nacional e estrangeira e da jurisprudência sufragada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nem mesmo os direitos à vida e à liberdade, direitos fundamentais – permita-se dizer – mais fundamentais ao ser humano, que constituem a base de toda e qualquer constituição democrática, são absolutos, pois se admite, ainda que implicitamente, a possibilidade de serem tergiversados. Observe-se que, conquanto a Constituição torne defesa a pena de morte, em prestígio à autodefesa do Estado e do cidadão, tem como lícita a reação que pode consistir em levar à morte uma pessoa que esteja praticando um delito, o que torna válida a conclusão de que nem mesmo o direito à vida, por mais fundamental que o seja, tem-se como absoluto. A Constituição da República, quando assegura o direito à vida, não diz, em tempo nenhum, que o Estado ou quem agir em seu nome pode legitimamente matar quem quer que seja, daí por que uma conclusão lógica seria que o direito à vida, nos termos da Constituição, seria absoluto.

O direito à vida, portanto, estaria protegido, em qualquer circunstância, não se admitindo sua flexibilização. Porém, não é assim, até porque uma visão sistêmica da Constituição possibilita afirmar-se não só que ele não é absoluto, como há mesmo, desde que observadas determinadas circunstâncias justificadoras, o *direito de matar*. Para a análise dessa questão, vamos partir do princípio. Como aqui já foi salientado, a norma ou normas que protegem o direito à vida na seara criminal expressam limitações ao direito de punir, e não propriamente à atuação do Estado no sentido de manter a ordem, quando do exercício do poder de polícia, pois, para o fim de coibir a prática de atos ilícitos, se for necessário, ainda que vedada a pena de morte, pode ser tirada a vida de um pessoa, sem que isso represente afronta ao direito à vida, nem acarrete responsabilidade penal ou mesmo civil[849].

---

[848] *Disponível em:* www.stf.gov.br/noticias/informativos. Busca de expressão: direitos fundamentais e absoluto, 4. jan. 2003. DJU de 17.4.00.

[849] Esse assunto será aprofundado mais adiante.

O que o Estado não pode é aplicar a pena de morte ou então, para investigar um crime, torturar o agente até a morte, no desiderato de fazê-lo confessar e, assim, descobrir a verdade. Agora, se uma pessoa está praticando um crime, ainda que não o tenha consumado, se preciso for, o agente do Estado pode, independentemente de autorização judicial, sendo necessário, usar da violência para expungir o ato ilícito, coartando o direito de liberdade, ou mesmo, ainda que a Constituição não apresente ressalva, tirando a vida do indivíduo.

Sendo os direitos fundamentais relativos, impõe-se enfrentar o desafio de gizar as hipóteses, os momentos e formas com as quais podem ser flexibilizadas as garantias constitucionais, partindo, todavia, da consideração que o norte interpretativo a guiar os passos do intérprete é o de que o rompimento de uma garantia constitucional é um acontecimento excepcional, que somente se justifica em casos extremos. Sendo assim, sempre que possível, deve ser buscada uma outra forma de resolver o problema, sem que haja necessidade de se tergiversar com um direito fundamental. Esse aspecto merece apreciação mais aprofundada no tópico adiante.

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.

Os direitos fundamentais, no aspecto processual criminal, são garantias asseguradas ao cidadão que está submetido a inquérito ou a processo. Eles são a regra de modo que devem servir de limite tanto à atuação persecutória do Estado quanto à investigação da alçada da Polícia e à atuação do Ministério Público e do juiz. De ordinário, quando a persecução criminal se defronta com um direito fundamental do cidadão, aquela cede a este. O direito fundamental, por sua magnitude e relevância política, deve ser privilegiado em detrimento mesmo daquela.

Todavia, tendo em consideração a gravidade do delito, o órgão encarregado da persecução criminal pode, e deve, pedir que o Estado seja autorizado a utilizar instrumentos mais contundentes necessários à elucidação e aplicação da resposta penal adequada para o caso. Com isso se quer dizer que se em regra os direitos fundamentais limitam sob um

aspecto absoluto a persecução criminal, esse fato só ocorre quando se trata de crimes de menor gravidade. Com efeito, nos crimes de menor potencial ofensivo não se mostra razoável comprometer ou flexibilizar um direito fundamental para, assim, permitir que seja produzida ou admitida uma determinada prova ou mesmo se imponha a prisão preventiva. Por outro lado, quando o crime agride valores sociais mais caros à sociedade, diante da relevância da apuração do fato criminoso, admite-se que a polícia judiciária[850] ou o Ministério Público, não possuindo outros meios de prova, peça ao Poder Judiciário que seja autorizada a quebra de uma garantia constitucional.

Aqui vigora uma *regra de ponderação*. Há dois direitos fundamentais: um que diz respeito mais diretamente à esfera do cidadão que está sendo investigado, mas não somente a ele, e outro do interesse que a sociedade possui quanto à busca da responsabilidade penal, como forma de manter a segurança social[851]. Não há propriamente um conflito entre um direito fundamental individual – do cidadão acusado – e outro coletivo – da sociedade quanto à persecução criminal. Ambos são direitos coletivos, pois as garantias asseguradas ao acusado não dizem respeito somente a ele, pois, além de históricas[852], é do interesse da sociedade, em gênero, que no agir criminal o Estado adote métodos que não se contraponham aos direitos que informam o conteúdo da cláusula da dignidade humana.

Com isso não se quer afirmar que não haja o conflito entre direitos fundamentais. Longe disso. Ele existe, sim, mas a orientação para a resolução da *vexata quaestio* não passa pela consideração de que um é individual, enquanto o outro é coletivo. Ambos, em última análise, pertencem à sociedade e fazem parte da história da humanidade. Pode-se estabelecer, em determinadas circunstâncias, qual deles deve preponderar.

Nessa linha de argumentação, consoante visto, diante da menor gravidade do crime, não se mostra adequado flexibilizar a garantia constitucional. Sendo o crime de alta conseqüência maléfica para a sociedade, aliada à imprescindibilidade da produção da prova,

---

[850] Há uma crítica procedente quanto a essa nomenclatura – polícia judiciária -, utilizada pelo legislador do Código de Processo Penal em vigor. Isso subentende que a polícia investigativa seja um órgão vinculado ao Poder Judiciário, o que, em nosso sistema jurídico, não corresponde à realidade. Ao que parece o legislador nacional adotou essa expressão da legislação estrangeira originária de países em que a polícia está vinculada ao Judiciário, assim como o próprio órgão do Ministério Público. É o caso da legislação italiana, que inspirou a nossa, consoante aqui já foi demonstrado.

[851] Cf. a esse respeito a tese da Nova Defesa Social.

[852] Os direitos fundamentais possuem raiz histórica e pertencem, em uma visão mais elástica, a todas as pessoas que fazem parte da sociedade.

deve-se, aí sim, determinar-se a quebra da garantia constitucional. Nessa parte, tem plena aplicação o *princípio da proporcionalidade*. Com base na noção que emerge desse postulado, a título de exemplo, não parece haver dúvida que malfere a *razoabilidade* deferir-se a quebra da garantia da inviolabilidade do domicílio para apurar um crime de furto de um relógio cujo valor, embora não seja insignificante, não é de molde a justificar o uso de força mais extremada na persecução criminal.

Sente-se a necessidade de esclarecer que crime de maior gravidade a permitir a flexibilização de direito fundamental estampado na Constituição não compreende afirmar que determinados crimes, por si sós, têm a sua maior potencialidade lesiva intuída pelo legislador, de modo que, em se tratando de delito dessa natureza, admissível vulnerar-se, por meio de autorização judicial, a garantia prevista na Norma Maior. Muito embora seja correto dizer que, em princípio, determinados crimes, como são os hediondos e os a eles equiparados, são passíveis de um tratamento mais rigoroso, o que implica a plena admissibilidade de ocorrer, mediante a autorização judicial ou de quem tenha competência para fazê-lo, a flexibilização de direitos fundamentais, deve-se ter em mente que isso não conduz à conclusão de que sempre assim seja.

Isso porque, mesmo em se tratando de um crime hediondo ou a ele equiparado, a regra permanece sendo aquela que indica a garantia dos direitos fundamentais. Estes somente devem ser flexibilizados caso seja demonstrada a *necessidade* da medida. Obviamente o só fato de tratar-se de um crime hediondo não justifica que os direitos fundamentais do agente sejam tergiversados. A justificativa para a flexibilização de um direito fundamental não se pode apoiar objetivamente apenas no tipo do crime que dá causa à persecução criminal. Em qualquer hipótese, a justificativa tem de ser subjetiva.

Assim sendo, qualquer que seja o crime, na nossa sistemática jurídica, para que seja determinada a quebra de alguma garantia constitucional, faz-se necessário que haja uma decisão fundamentada da autoridade competente, estabelecendo a sua razão de decidir com esteio na *necessidade* quanto à medida determinada. Não se pode determinar a quebra do sigilo das comunicações, por exemplo, apenas pelo fato de tratar-se de crime hediondo. É preciso que a medida seja adequada e necessária para a investigação. Em todo caso, portanto, impõe-se que haja *justificativa* para que seja adotada uma medida judicial drástica e invasiva como é aquela que importa na flexibilização de uma garantia constitucional.

Em síntese, tem-se de ter presente que a quebra de uma garantia constitucional é uma exceção, posto que a regra é a sua preservação, daí por que como excepcionalidade ela deve ser tratada. Assim, a flexibilização de um direito fundamental é um *recurso de reserva*, uma medida excepcional, que somente deve ser adotada quando ela for imprescindível, conforme orientação seguida pelo Superior Tribunal de Justiça[853]. Na mesma passada, o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem consignado essa tese[854].

Por outro lado, caso seja possível obter-se o resultado processual por outra forma, não se deve lançar mão dessa medida de força. Além de ser excepcional, ela é sempre temporária, de modo que somente deve vigorar a restrição ao gozo do direito fundamental se e até quando ela for necessária. Mais do que isso é força desnecessária, aplicada sem justificativa.

Com essas considerações, podem ser pinçadas, a *priori*, as condições imprescindíveis para que seja tomada a decisão pela quebra de um direito fundamental: (1) a regra é que a responsabilidade penal seja perquirida sem que haja a necessidade excepcional de flexibilizar direitos fundamentais; (2) o crime deve ser de certo grau de gravidade, de modo a justificar o uso de uma força maior por parte do Estado; (3) a medida, diante da necessidade do uso dessa força excepcional, deve ser imprescindível, sob pena de comprometimento da eficácia da ação estatal; e (4) a impossibilidade de se obter a eficácia do processo de outra maneira.

---

[853] Essa é a posição da jurisprudência brasileira. No julgamento do AGP 1611/RO, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO, ao ponderar sobre a razoabilidade da determinação da flexibilização de direito fundamental, lembrou que a "... A quebra dos sigilos bancário e fiscal é medida excepcional. Só há de ser concedida quando os fatos demonstrem a absoluta necessidade da sua realização e nos limites da competência do órgão investigador..." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em 3 ago. 2004.).

[854] No julgamento do Habeas Corpus nº 85455/MT, relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como suporte os precedentes contidos nos Habeas Corpus nºs 80487, 82561 e 83510, ressaltou que "A excepcionalidade que marca a quebra do sigilo bancário exacerba a exigência constitucional de os pronunciamentos judiciais se fazerem suficientemente fundamentados." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. FUNDAMENTAÇÃO DO ATO. Data da decisão: 08/03/2005. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 out. 2005).

7.2.3.1- Órgãos legitimados a decidir sobre a possibilidade de quebra das garantias constitucionais.

Se observadas as condições estabelecidas acima, há justificativa para que se determine a flexibilização de um direito fundamental, restando indagar quem detém a palavra para decidir, no caso concreto, quando é pertinente haver a quebra da garantia constitucional. De fato, diante da conclusão de que os direitos fundamentais, por mais essenciais que sejam, são apenas relativos, de maneira que, embora em caráter de excepcionalidade, é admissível a sua quebra, a questão que se impõe é definir a quem é confiada a missão de decidir em quais situações há justificativa plausível para que isso ocorra.

A Constituição, salvo raras hipóteses, não diz – nem deveria mesmo – quem é o órgão incumbido de determinar a flexibilização dos direitos fundamentais. Apenas em alguns poucos casos o constituinte foi expresso nesse sentido, deixando claro que a quebra do direito fundamental prescindiria de *ordem, determinação ou decisão judicial*[855]. Um exame aligeirado da redação emprestada aos dispositivos constitucionais que albergam os direitos fundamentais, poderia levar à conclusão de que o Judiciário só intermediaria quando o constituinte estabelecesse a previsão de que para a flexibilização do direito fundamental seria exigível *ordem, determinação ou decisão judicial*.

Contudo, conclusão nesse sentido não seria razoável. Primeiro de tudo porque caso esse encargo não seja confiado a um órgão capacitado e imparcial para definir os casos de flexibilização dos direitos fundamentais, de nada adiantariam as declarações plasmadas na Carta Política. Evidentemente que o órgão ao qual cometida a atribuição de decidir, no caso concreto, se as circunstâncias que singularizam a situação torna razoável, ou não, a quebra do direito fundamental não deve ter interesse em si no assunto. Ou seja, deve ser um terceiro na relação travada entre quem quer a flexibilização do direito fundamental e o seu titular. Até porque, na hipótese de o ministério de decidir sobre o assunto recair sobre aquele que pretende obter a flexibilização do direito fundamental, parece manifesto que, dessa forma, a proteção conferida aos cidadãos pela Constituição não passaria de mera retórica.

---

[855] Essas expressões são encontradas nos incisos XI, XII, XIX e LXI do art. 5º da Constituição.

Estreme de dúvidas que em um Estado Democrático-Constitucional, cuja característica basilar, dentre outros aspectos, pronuncia-se mediante a existência de forte mecanismo de controle de constitucionalidade por parte do Judiciário, quem deve deter a incumbência para dirimir essas questões é o juiz. Cabe ao Judiciário apreciar e decidir os casos em que, devido à excepcionalidade que envolve a questão, evidencia-se justificativa para que um direito nobre individualizado, mas que nem por isso deixa de ser caro à sociedade, venha a ser tergiversado.

Com isso se quer dizer que, via de regra, em nosso sistema jurídico, o único órgão legitimado a decidir pela quebra da garantia processual apoiada em direito fundamental é o Poder Judiciário. O órgão jurisdicional exerce o monopólio da atividade judicante e, de permeio, o controle de constitucionalidade[856], de modo que, em rigor, somente ele detém a autoridade para autorizar a flexibilização desse direito.

7.2.3.1.1 – Comissões Parlamentares de Inquérito.

Conquanto o Judiciário seja, no contexto do Estado Democrático-Constitucional, o órgão ao qual ordinariamente se atribui o ofício de dizer, nos casos concretos, se é cabível a flexibilização de um direito fundamental, no nosso sistema jurídico, ele não é o único que possui competência para tanto. Já faz parte da história constitucional do Brasil entregar esse dever também ao Legislativo, mais precisamente às Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs. Sabe-se que essas comissões tiveram origem no constitucionalismo inglês, no escopo de que, a par da sua clássica função quanto à fritura das normas, ao Legislativo fosse outorgada a não menos nobre missão investigatória sobre fatos relevantes para a vida constitucional do País[857]. Previstas no constitucionalismo brasileiro a partir da Constituição de 1934, desde então elas sempre constaram dos textos seguintes. No nosso sistema jurídico, os poderes da CPI são sobremaneira amplos, a fim de que elas possam bem desempenhar as suas atribuições.

---

[856] NAGIB SLAIBI coloca, dentre as regras de hermenêutica, a assertiva de que "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição, valendo a sua interpretação, ainda que não seja vinculativa em todos os casos, como orientação para todos os outros órgãos públicos (art. 102, caput)". (Op. cit., p. 78). Note-se, entretanto, que a missão de guarda da Constituição, no nosso sistema, não é afeta apenas ao Supremo Tribunal Federal, pois se estende, igualmente, a todos os órgãos jurisdicionais, por meio do controle difuso, de modo que a principal função judicial, independentemente do segmento da magistratura à qual esteja afeta a demanda, é a de preservar os valores encartados no texto da Lei Fundamental.

Se a finalidade precípua da Comissão Parlamentar de Inquérito é investigar, claro que a ela são conferidos os necessários e úteis instrumentos para o exercício dessa atividade investigatória. Diante da peculiaridade de essa atividade ser exercida por parlamentares - agentes políticos na essência da palavra -, como uma das funções principais do Legislativo, os poderes investigatórios passados à Comissão são superiores àqueles inerentes à autoridade policial. Em verdade, para bem desempenhar essa alta função investigatória, o constituinte lhe outorgou parcela de jurisdição[858]. Assim, além de poderes imanentes ao natural exercício de suas atribuições, consistentes em realizar interrogatórios, inquirir testemunhas, coletar provas e determinar a condução coercitiva das pessoas que se neguem a comparecer perante ela, a CPI pode, até mesmo, ao contrário de um autoridade policial, *decidir* e *determinar* a quebra de um direito fundamental, como se órgão jurisdicional fosse, pois, para tanto, possui parcela de jurisdição. Essa elasticidade da atividade investigatória que ela possui decorre da dicção normativa emanada da Constituição brasileira que, de forma expressa, comete-lhe *poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais.*

Portanto, no nosso sistema jurídico os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito são sobremaneira amplos, a fim de que elas possam bem desempenhar as suas atribuições. Evidentemente que, por mais amplos que sejam os poderes das CPIs, eles não são universais, porquanto há limites para o seu exercício e, além do mais, esse órgão do Legislativo é passível do monitoramento judicial[859], até porque, em um regime democrático

---

[857] SILVA JÚNIOR. *Poder Judiciário democrático-constitucional.* p. 97.

[858] O art. 58, § 3º, da Constituição é suficientemente transparente ao conferir parcela de jurisdição às Comissões Parlamentares de Inquérito: "As comissões parlamentares de inquérito , que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais ..."

[859] No aresto que formulou o paradigma a respeito dos poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito, lavrado no MS 23452-RJ, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime do plenário, ocorrida em 16.9.99, tendo atuado como Relator o Ministro CELSO DE MELLO, em relação à extensão desses poderes, assim expôs: "OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes." (Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia. Expressão de busca: CPI e poderes e limitação. Acesso em 3 ago. 2004.).

como o brasileiro, no qual a missão principal do Judiciário é o controle de constitucionalidade, todos os poderes constituídos passam pelo crivo deste[860].

Sem embargo da existência de limites à atuação da CPI, de modo que a parcela de função jurisdicional a ela conferida é passível de impugnação na via judicial. A análise dos vários pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal denota que a jurisprudência assente de nossa Corte Constitucional é de que essas Comissões, porque possuem, por atribuição do próprio texto da Norma Fundamental, *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, detêm, nos 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 Comissão é dada a atribuição jurisdicional de decidir sobre a espécie, desde que o faça mediante decisão fundamentada.

Tem-se, assim, que, no sistema jurídico brasileiro, de regra, não apenas o Judiciário, como igualmente as CPIs podem decidir sobre a flexibilização das garantias fundamentais. Logicamente que o Judiciário é o órgão que tem essa atribuição como função típica, pois a fração de jurisdição confiada a esse órgão do Legislativo é um apêndice a sua missão investigatória. Ademais, esta é restrita, ao passo que vários são os órgãos jurisdicionais e inúmeros os processos nos quais a discussão sobre a flexibilização dos direitos fundamentais é o tema. Porém, de todo modo, pelo menos em tese, de regra, as Comissões Parlamentares de Inquérito, tais como os órgãos jurisdicionais, possuem competência para decidir sobre a quebra de garantia constitucional.

---

860 O Poder Judiciário brasileiro, a partir da primeira Constituição Republicana, adotou o paradigma americano, de modo que a sua função principal é o controle de constitucionalidade, e não propriamente a resolução do conflito que se apresenta a julgamento (Cf. SILVA JÚNIOR. *Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 60). Sufragando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em outra passagem do voto plasmado na apreciação do MS 23452-RJ, aqui já referido, especificamente a respeito do controle jurisdicional sobre essa atividade investigatória, preceituou: "O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória." (Ibid. p. 60)

7.2.3.1.2- Reserva de jurisdição quanto à flexibilização de direitos fundamentais.

Se a regra do nosso sistema jurídico é de que, em tese, tanto os órgãos jurisdicionais quanto as CPIs podem determinar a flexibilização de direitos fundamentais, qual teria sido a intenção do constituinte ao explicitar, na dicção normativa de quatro desses direitos, que naqueles casos específicos a quebra da garantia somente poderia ser feita mediante *ordem, determinação, decisão judicial ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial*? A leitura atenta dos dispositivos constitucionais nos quais estão insculpidos os direitos fundamentais mostra que, ao garantir a inviolabilidade da casa, o constituinte esclareceu que, exceto os casos de desastre e de flagrante delito, para ingressar na casa sem o consentimento do morador, exige-se que haja *determinação judicial* dando a devida autorização para o uso da força (art. 5º, XI, da Constituição). No mesmo passo, ao tratar da inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o constituinte deixou consignado que a quebra da garantia ali prevista seria possível desde que, satisfeitas as condições vazadas na própria norma constitucional, haja *determinação judicial* (art. 5º, XII, da Constituição). No mesmo sentido, ao cuidar de assegurar o livre funcionamento das associações, na norma constitucional ficou assentado que elas somente poderão ser dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por *decisão judicial*. Por último, ressaltou-se, ao garantir o direito de liberdade, que, salvo nos casos de flagrante delito, para que alguém seja preso, faz-se de mister *ordem escrita e fundamentada* (art. 5º, LXI).

Na discussão sobre o alcance *dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais* que são outorgados pela Constituição às CPIs (art. 58, § 3º), o Supremo Tribunal Federal cuidou de esclarecer o alcance dessa distinção contida nos preceitos acima citados. De fato, em reiteradas vezes, a Suprema Corte sufragou a tese de que, quando a Constituição estabelece o direito fundamental, mas expressamente diz que ele somente pode ser restringido mediante ordem, autorização, decisão judicial ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária[861], apenas o juiz, no exercício da atividade tipicamente

[861] A Constituição não usa uma terminologia uniforme. Quando tratou do sigilo das comunicações, o constituinte utilizou a expressão *ordem judicial*. Ao se reportar à prisão cautelar, preferiu a terminologia *ordem escrita e fundamentada*, ao passo que, ao cuidar do sigilo do domicílio, escolheu *determinação judicial*. Sem embargo da nomenclatura empregada, em todos esses casos em que se exige a prévia manifestação do Judiciário, o pronunciamento do juiz se faz por meio de decisão, necessariamente escrita e, obviamente, fundamentada.

judicante, pode determinar a sua quebra, como ocorre nos casos de determinação de prisão cautelar e da quebra da inviolabilidade do domicílio. É o que se chama de *reserva de jurisdição*.

De outro lado, quando o direito fundamental está previsto, mas não há nenhum tipo de ressalva, antes disso querer dizer que ele não tem limite, em verdade, não apenas o juiz pode determinar a quebra da garantia, como até mesmo a Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que o faça de forma fundamentada. Por isso mesmo, a CPI não pode determinar a invasão domiciliar, a prisão cautelar nem a interceptação de comunicação telefônica, porquanto as normas que garantem esses bens jurídicos contêm cláusula de *reserva de jurisdição*. Mas esse órgão do Legislativo pode, por exemplo, quebrar os sigilos fiscal, bancário e o do rastreamento dos contatos telefônicos, pois a preservação desses dados encontra-se plasmada no art. 5º, XII, da Constituição, que não contém cláusula de *reserva de jurisdição*.

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, tergiversou quanto à aplicação da cláusula de *reserva de jurisdição* quando se trata de investigação levada a efeito por Comissão Parlamentar de Inquérito. Porém, no Mandado de Segurança 23.452-RJ, aqui já referenciado, na parte referente à invocação da citada cláusula, o Ministro CELSO DE MELLO, relator do processo, escreveu:

> POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal - Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) - não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam

> suficiente, para efeito de concessão do writ mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.[862]

O acórdão ao qual agora se fez referência foi julgado em data de 16 de setembro de 1999. Posteriormente, voltando a debater sobre a aplicação do princípio da *reserva de jurisdição*, o Supremo Tribunal Federal, enfim, enfrentou a matéria com o pronunciamento de todos os seus membros, oportunidade em que firmou o entendimento de que a referida cláusula impede que, nas hipóteses dos incisos XI, XII e LXI, a Comissão Parlamentar de Inquérito determine a flexibilização de direito fundamental. À guisa de comprovação ao asseverado, na análise do julgamento exarado no Mandado de Segurança 23.652-DF, no qual funcionou como Relator também o Ministro CELSO DE MELLO, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua composição plenária, com votação sem discrepância entre os seus pares, na sessão do dia 22 de novembro de 2000, em percuciente distinção sobre os poderes das CPIs, além de realçar a necessidade de fundamentar-se a determinação da quebra do sigilo, fixou, com régua e compasso, quais são as hipóteses que se incluem naquilo que se convencionou chamar de *princípio da reserva de jurisdição*. Carece de transcrição a parte da ementa daquele aresto que assim está vazado:

> ... A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. (...) [863]

---

862 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – Relator Ministro Celso de Mello, Classe MS - Processo: 23.452, UF: RJ, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 16/09/99. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

863 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI, Relator Ministro Celso de Mello, Classe: MS - Processo: 23.652 - UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 22/11/2000, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005. Na linguagem usada na jurisprudência do STF, interceptação de comunicação telefônica não se confunde com quebra do sigilo telefônico, uma vez que esta diz respeito apenas ao acesso ao registro dos contatos telefônicos, sem que se tenha conhecimento do conteúdo da comunicação. No mesmo sentido, confiram-se os seguintes julgados: MS 23639-DF, Rel. Min.

Alargando ainda mais os limites da porção de jurisdição que é concedida às CPIs, acentuou o Ministro CELSO DE MELLO, no voto exarado no Mandado de Segurança em referência, que ela se restringe "... ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais". Por conseguinte, não pode esse órgão estatal fazer uso do poder geral de cautela conferido ao juiz, de modo que não possui poder para decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes aos investigados nem muito menos punir ou decretar a prisão, salvo em caso de flagrante delito[864].

Tem-se, assim, que, ao conferir às Comissões Parlamentares de Inquérito *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, a Constituição, em verdade, estabeleceu limites a essa atribuição dada ao órgão do Legislativo, deixando expresso que, para todos os efeitos, a parcela de jurisdição a ela confiada deve conter-se apenas ao campo investigatório, daí por que não lhe é dado, para ficar no exemplo fornecido pelo Ministro CELSO DE MELLO, decretar a indisponibilidade de bens[865]. A despeito de a atuação jurisdicional das citadas Comissões se comprimir naquilo que for inerente ao papel investigatório, mesmo assim não podem elas decidir sobre flexibilização das normas constitucionais que asseguram a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, assim como quanto à que assegura o direito de liberdade, pois, a respeito desses direitos fundamentais, o constituinte, expressamente, impôs *cláusulas específicas de reserva de jurisdição.* Sendo assim, chega-se à conclusão de que há, de um lado, (1) uma *cláusula geral* de reserva de jurisdição*,* plasmada no art. 58, § 3º, da Constituição, na medida em que somente permite à CPI decidir sobre aquilo que é próprio e pertinente à atividade investigatória, e, de outro, (2) *cláusulas específicas* de reserva de jurisdição, escritas nos incisos XI, XII e LXI do art. 5º da Constituição.

CELSO de MELLO, j. em 16.11.2000; MS 23452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 16.09.1999; HC 75232-RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 7.5.97. (Ibid.)

[864] Op. cit. No mesmo sentido, STF, Rel. Min. PAULO BROSSARD, RDA 1999/205.

[865] Com isso não se quer dizer, evidentemente, que a Comissão Parlamentar de Inquérito não pode determinar a apreensão de um bem. Veja-se que é comum ser necessário, para fins de viabilizar a investigação, determinar-se a apreensão deste. O que não se mostra adequado é a CPI impor a indisponibilidade de bens, que é uma medida cautelar cuja finalidade é assegurar que a pessoa não se desfaça de seu patrimônio para evitar a sua perda por ser produto ou proveito da ação ilícita investigada.

7.2.3.1.3- Flexibilização dos direitos fundamentais em decorrência do exercício do poder de polícia, sem a prévia autorização judicial.

Não se há de olvidar que a principal função do Estado é garantir a *segurança* das pessoas e bens. A segurança, nesse sentido, como pronuncia CRETELLA JÚNIOR, com amparo no ensinamento de LORENZO STEIN, constitui-se em "elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana."[866] Para desincumbir-se desse significante dever, o Estado exerce aquilo que se convencionou denominar, na doutrina, *poder de polícia*. Em linha de rigor, o *objeto* dessa atividade policial compreende todo tipo de relação que se refere ao convívio dos integrantes do grupo social, assim como se ocupa de patrulhar toda espécie de atos que venham a ameaçar ou a transgredir a ordem na sociedade[867].

Com o que tem de ser dito, nota-se que essa atividade de polícia do Estado, que vai além da questão afeta propriamente à segurança pública, que é uma de suas modalidades, tem duas dimensões: (1) uma relativa às pessoas, na medida em que concede tutela à vida, à honra, à liberdade e ao patrimônio, bem como aos direitos e interesses valorados pelo sistema jurídico, pertencentes ao ser humano não apenas em razão dessa condição, mas também tendo em consideração a vida da pessoa em sociedade. Sob outra perspectiva, (2) o poder de polícia leva em consideração a figura do Estado, dimensão na qual esse atributo estatal presta "... tutela a livre função dos órgãos públicos, a honra, o patrimônio e todos os demais direitos e interêsses respeitáveis, ao mesmo tempo que garante, principalmente, a própria existência do Estado e de sua forma de govêrno."[868]

Esse poder de polícia, tradicionalmente, distingue-se em duas espécies bem precisas: polícia administrativa e polícia judiciária[869]. A primeira, igualmente denominada *polícia preventiva*, possui como escopo impedir as transgressões às normas jurídicas e manter a ordem pública, mediante a intervenção imediata nas relações, com a finalidade de evitar ou sustar a ocorrência de ilícitos. A segunda, impropriamente conhecida como *polícia*

---

[866] *Tratado de direito administrativo*: polícia administrativa. Rio-São Paulo: Forense, 1968. v. 5. p. 14.
[867] Ibid., p. 16.
[868] CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*: polícia administrativa. p. 16. Em definição jurídica de polícia lapidar, o autor em destaque arremata: "Conjunto de podêres coercitivos exercidos pelo Estado sôbre atividades dos administrados, através de medidas impostas a essas atividades, a fim de assegurar a ordem pública" (Ibid., p. 31).

judiciária[870], ocupa-se em investigar os crimes que escaparam do patrulhamento *preventivo e interventivo* da polícia administrativa.

Entendida a *polícia administrativa* como a atividade com a qual o Estado não apenas procura impedir a prática dos delitos e manter a ordem pública, como também, por meio de ações educativas e de comando da convivência em sociedade, trata de orientar e emitir ordens e determinações para serem cumpridas por todos, tem-se que ela é executada pelos mais diversos órgãos públicos. A Constituição de 1988, porém, ao preceituar as normas afetas à *segurança pública*, cuidou de especificar que essa atividade se trata de *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*, e é *exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*, mediante os órgãos que ela especifica (art. 144, caput).

Na ótica reducionista empregada pelo constituinte, por segurança pública devem ser compreendidas as ações desenvolvidas pelos órgãos públicos na proteção aos direitos que se referem às pessoas em si, aí se incluindo aqueles inerentes à vida, à intimidade e à honra, e aos que dizem respeito ao seu patrimônio[871]. De todo modo, veja-se que a Constituição de 1988, no capítulo que trata da segurança pública, teve o cuidado de extremar as duas faces dessa função: aquela que é prévia e mesmo exercida para sustar a ação delituosa de um lado e, de outro, a investigativa ou de apuração dos ilícitos praticados. Na qualidade de órgão policial, cuja ocupação se concentra na apuração das infrações, ou melhor, de *polícia judiciária*, o constituinte elegeu a polícia federal[872] e as civis. Para o exercício da *função de polícia administrativa*, ou seja, para encetar as ações *preventivas* e *repressivas* quanto à prática dos crimes, o constituinte concebeu de ordinário a *polícia militar* e, para casos específicos, as polícias rodoviária e ferroviária federais, além dos corpos de bombeiros e mesmo das guardas municipais[873].

---

[869] Há outras classificações dessa função de polícia, porém a mais clássica é a que faz a divisão entre polícia administrativa e judiciária.

[870] A terminologia é imprópria porque causa a falsa impressão de que se trata de um tipo de poder de polícia exercido por um órgão constituído dentro da estrutura administrativa do Poder Judiciário.

[871] Na interpretação da norma, deve-se perceber que a expressão *pessoa* abrange as físicas e jurídicas e, em relação a estas, as públicas e privadas.

[872] Atipicamente, a polícia federal recebeu também a competência para *prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho* e para *exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras* (art. 144, II e III, da Constituição). Portanto, além da função de polícia judiciária, a polícia federal exerce, em alguns casos, a função de polícia administrativa, isto é, *preventiva e repressiva.*

[873] Às polícias rodoviária e ferroviária federais coube o *patrulhamento ostensivo*, respectivamente, das rodovias e ferrovias federais, ao passo que aos corpos de bombeiros, a execução de *atividades de defesa civil*, além de

Quanto à segurança pública – que não é propriamente um *poder*, mas um *dever* do Estado, até porque se trata de um *direito* assegurado a todos os cidadãos – , impõe-se distinguir essas duas atividades: (1) a *ostensiva e de preservação da ordem pública*, levadas a efeito, de ordinário, pela polícia militar, cuja missão é (1a) *prevenir* para evitar a prática dos crimes que podem ou estão na iminência de serem executados e (1b) *reprimir*, no sentido de intervir para sustar o delito que está ocorrendo; (2) a *investigatória*, exercida pela *polícia judiciária* – leia-se polícia federal ou civil –, que atua de regra após a ocorrência do crime, tendo em vista apurar os elementos probatórios pertinentes à materialidade e indícios da autoria e, assim, municiar a ação a ser ofertada pelo Ministério Público perante o Judiciário.

A distinção possui fundamental importância para o exame da questão, uma vez que se o Estado se encontra no exercício da função de *polícia judiciária*, qualquer que seja o órgão incumbido da tarefa, caso a investigação precise flexibilizar um direito fundamental, a autoridade responsável terá, necessariamente, de solicitar autorização ao Judiciário. O mesmo, porém, nas mais das vezes, não se pode dizer quando a atuação estatal se faz por meio da *polícia administrativa*, ou seja, quando ela é *ostensiva* ou se presta à *preservação da ordem pública*. Na atuação *preventiva* e *repressiva* a ação estatal é marcada pela *prerrogativa da auto-executoriedade*.

A *auto-executoriedade* 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 administrativo, o Estado, sem o *correspondente título do judiciário*, interfira nas relações dos particulares, mesmo que isso implique restrição de direitos e interesses conferidos aos cidadãos[874]. Sobre o assunto, CRETELLA JÚNIOR[875], seguindo as pegadas de DUEZ e DEBEYRE, esclarece: "A necessidade de manter a ordem pública exige, às vêzes, medidas materiais de execução rápida, que não se compadecem com a morosidade do processo judiciário, como, por

---

outras que lhe sejam atribuídas por lei, e às guardas municipais, a proteção dos bens, serviços e instalações dos Municípios (art. 144, §§ 2º, 3º e 5º, da Constituição).

[874] CRETELLA JÚNIOR, José.Op. Cit. v. 10. p. 61.

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 auto-executoriedade, o que não se verifica no caso da polícia judiciária[876].

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 *auto-executoriedade*, 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 qual seria ela permitida para que o agente da polícia militar, no exercício da função preventiva e repressiva, possa flexibilizar um direito fundamental, sem a prévia licença do Judiciário.

---

[875] Ibid., p. 62.

[876] CRETELLA JÚNIOR finaliza: "No vasto do campo do poder de polícia, explicitado nos diversos ramos em que se desdobra a polícia administrativa, a auto-executoriedade aparece com tôda sua fôrça, legitimando as providências rápidas do poder Executivo, quando edita atos administrativos e imediatamente os faz atuar, no mundo jurídico". (Op. Cit. p. 63.)

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 idéia de que os direitos fundamentais na seara criminal são garantias que limitam o exercício do direito-dever 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*, 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 *auto-executoriedade* 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 é 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 prescinde de 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, não se exige 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 situação na qual, para empreender perseguição a alguém que esteja praticando ou tenha acabado de praticar um crime, a autoridade policial necessite 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 primeira, levou em conta a existência *de flagrante delito* ou *desastre*, ou a *necessidade de prestação de socorro*; para o segundo, a constatação de *iminente perigo público* e, para o último, novamente a ocorrência de *flagrante delito*. Em síntese, em alguns casos elege-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, é 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 do assunto permite validar a assertiva de que, em princípio, qualquer que seja o direito fundamental pode ser flexibilizado no 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, que se admite a flexibilização de direito fundamental pela polícia ostensiva e de preservação da ordem.

Cumpre 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 matar*. Essa faculdade do Estado, de até mesmo retirar a vida de quem é flagrado no momento em que está praticando crime, está implicitamente regulada na Constituição e, expressamente, no Código Penal, ao incluir, dentre as causas de justificação, o *estrito cumprimento de dever legal.* O mesmo se diga no plano das relações interpessoais (direitos da personalidade), em razão dos institutos da legítima defesa e do estado de necessidade. FERNANDO BARCELLOS[877], com esteio nessas considerações, chega a admitir não apenas a existência do *direito de matar*, como ocorre nos casos de legítima defesa, mas igualmente o *dever de matar*, "quando há guerra e o indivíduo se torna soldado e assume a obrigação de matar o

[877] *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 63.

inimigo, sob pena de ser penalizado, às vezes até mesmo com a pena de morte, pelo chamado crime de traição à pátria ou de covardia diante do inimigo."

Adequando o pensamento de FERNANDO BARCELLOS ao que aqui se tem sustentado, chega-se à conclusão de que, quanto às relações entre os particulares, melhor dizendo, aos direitos da personalidade, em contraposição ao direito à vida, existe o *direito de matar*, que é conferido a alguém como medida extrema de defender um direito fundamental. Assim, para preservar o seu direito à vida, a pessoa pode, até mesmo, matar outrem, sendo essa conduta considerada, para todos os efeitos, como lícita. Nas tratativas do poder público com o cidadão, na seara, por conseguinte, dos direitos fundamentais propriamente ditos, satisfeitas as condições exigidas, o agente incumbido da manutenção da ordem não só pode, mas deve, como medida extrema, até mesmo matar. Ou seja, aquilo que para o particular se traduz em um *direito de matar*, para o poder público, observadas as circunstâncias que justificam o uso da força extrema, apresenta-se como *dever de matar.*

A existência de um tal dever de matar, revelado do exercício do poder de polícia, mostra-se em toda a sua evidência, quando se analisa o teor da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Nesse diploma legal, mas precisamente no art. 303, § 2º – redação determinada pela Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998 – , está dito que a aeronave em situação irregular no espaço aéreo brasileiro, esgotados os meios coercitivos legalmente previstos[878], será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada[879]. Quando a lei permite a destruição da aeronave, ela flexiona, por mais dura que seja a afirmativa, que se mate quem está dentro dela. Do mesmo modo, quando a lei diz que essa medida de destruição da aeronave e, por conseqüência, da vida humana que está dentro dela só será procedida após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada, ela não apenas

---

[878] De acordo com o Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, a aeronave caracterizada como hostil submeter-se-á a medidas coercitivas de *averiguação, intervenção e persuasão*, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, as quais têm como objetivo fazer com que a aeronave sob suspeita proceda a pouso no local indicado pela autoridade. Delas todas, a mais contundente é a de persuasão, que consiste "... no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas." (Art. 303, § 3º).

[879] Essa ação está restrita aos casos de aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins (Art. 5º do Decreto nº 5.144, de 2004) e "... consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra" (art. 5º do Decreto nº 5.144, de 2004).

expressa o poder de autorizar a destruição da aeronave, como igualmente o de autorizar que se mate quem está a bordo, como se extrai da leitura da última parte do art. 5º do Decreto nº 5.144, de 2004[880].

Na imprensa surgiram vozes contra os termos do referido decreto, taxando-a pejorativamente de *Lei do Abate* e que a sua edição revela uma opção *utilitarista*, em detrimento de princípios político-constitucionais sufragados nos direitos fundamentais, que se esteiam na valorização da vida humana. No entanto, a crítica não procede, até porque se trata de uma lei antiga que estava pendente de regulamentação e, ademais, essa possibilidade de o exercício do poder de polícia pela força ostensiva resultar em perdas humanas faz parte, infelizmente, da natureza das coisas. A idéia de que o mais razoável seria que a medida mais contundente se restringisse à perseguição da aeronave com disparos de advertência até o seu pouso e, aí, proceder-se à apreensão do que estivesse sendo transportado ilicitamente e a prisão dos tripulantes, não seduz. Até porque essas aeronaves são de pequeno porte e conseguem pousar em pistas muito precárias, no meio da selva, a quilômetros das cidades, em que não há condições de pouso de uma aeronave militar brasileira e o acesso de agentes da polícia encontra-se muito dificultoso.

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 crime. Veja-se: na suposição aqui aventada a correspondência é utilizada como o próprio instrumento hábil para a prática do delito, de modo que não se confunde com os casos em que ela serve para fazer a comunicação entre as pessoas envolvidas na trama criminosa. Nesta, a carta em si não possui potencialidade lesiva, ao contrário da hipótese em que ela é, em verdade, a arma com a qual se perpetra o crime, justificando, diante não só da situação de perigo como de flagrante delito,

[880] Essa autorização de destruição estava pendente de regulamentação, o que somente veio a ocorrer em julho do ano passado, no Governo de Luiz Inácio Lula da Silva. Quando da edição do Decreto nº 5.144/2004, surgiram na imprensa diversas críticas a que se convencionou chamar de *Lei do Abate*.

que se faça a sua apreensão pelo agente da polícia, independentemente de prévia autorização judicial.

Pode-se socorrer, 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, 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.

7.2.3.1.3.4- 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 manutenível 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. Todavia, como regra geral, ocorrido o crime, o assunto passa a ser da alçada de outro órgão policial, no caso, a polícia federal, em se tratando de crime da competência da justiça federal[881], ou a 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.

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,

[881] 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

nesse sentido, é correto dizer que ele seja 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 lhe é 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 garantidos, caso o órgão ao qual confiada a tarefa de decidir sobre a sua flexibilização não seja um dos contendores. Essa particularidade foi percucientemente esmiuçada pelo Ministro CARLOS VELLOSO[882] 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 irrespondível, 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 imparcialidade 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?[883]

---

inciso II da mesma norma, atuar nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente de haver, ou não, conexão internacional.

[882] 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.

[883] 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

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. Advertem CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO e ANTÔNIO TOMÁS BENTIVOGLIO[884] 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*.

No sistema brasileiro, 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 conseqüência mesmo do princípio da *ponderação*, apenas se justifica nos casos de crimes de maior gravidade.

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*

---

intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido." (Ibid.)

judiciária? Se não há, o que motivou o constituinte a fazer essa distinção? 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 expressa 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, 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 todo o caso, 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, 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?

---

[884] *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.

Isso implica estabelecer que, a despeito da forma como o constituinte redigiu as cláusulas nas quais estão escritas a declaração dos 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 ou por Comissão Parlamentar de Inquérito, deve estar apoiada em decisão fundamentada, na qual haja a indicação concreta da causa provável idônea, sob pena de nulidade. Em uma dessas oportunidades, no exame do MS 23.851-DF, relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO[885], 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, é imprescindível que a determinação, além de embasada em decisão fundamentada, seja tomada por um juiz que não esteja vinculado à investigação e que ela tenha sido exarada antes da realização da diligência.

---

885 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/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

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 não 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 freqüência, 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 judicam 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 prévia[886]. 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

[886] 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*.

prévia e não tomada no *calor* de uma diligência, 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 ou mesmo posteriormente. Pelo menos quanto à fundamentação posterior, elaborada com o fito de conferir validade jurídica à determinação que se ressente 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 da flexibilização do direito fundamental. Naquele mesmo Mandado de Segurança de registro cronológico 23.851-DF, o Ministro CELSO DE MELLO[887], 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 ele havia ordenado, teve a preocupação de externar os motivos pelos quais havia decretado a flexibilização do direito fundamental, tendo assim se pronunciado:

> 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 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 considerada como exarada *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 juízes, 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 idade[888].

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 analisar 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, no futuro ou atual processo penal.

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 no observar-se que, em alguns países nos quais se adota o juízo de instrução, a exemplo da Espanha e da Argentina, o juiz que aprecia o processo para fins de julgamento é diferente daquele que intervém na atividade investigatória.

No exame procedido quando do julgamento da ADI 1517, a tese de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, cujo vício de constitucionalidade apontado reside na circunstância de a norma atribuir ao juiz a função de participar da

---

[887] Ibid.

diligência de coleta de provas, foi acolhida, dentre outros fundamentos, sob o argumento de que essa previsão vulnera o *princípio da imparcialidade* do juiz. Segundo o entendimento sufragado 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 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*[889]. 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.[890]

---

[888] 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.

[889] 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.

[890] Ibid.

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 art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, ao impor ao juiz que ele, sempre que houver a possibilidade de comprometer sigilo constitucional, realize a diligência de coleta das provas.

Diante de tudo o que foi expendido, apresenta-se manifesta a inconstitucionalidade do comando normativo plasmado no art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, na medida em que o referido dispositivo faz recair sobre o juiz a tarefa de realizar, pessoalmente, a diligência concernente à quebra de sigilo protegido por norma constitucional[891]. Em trabalho sobre o assunto, intitulado *Crime organizado:* a nova lei, elaborado logo após a edição do diploma legal em destaque, WALTER NUNES JÚNIOR[892] defendeu, com veemência, a inconstitucionalidade de vários dos seus dispositivos, notadamente do art. 3º. Como esclarece o autor citado, 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, sempre que 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 deverá ser realizada pelo juiz, pessoalmente, dentro do mais rigoroso segredo de justiça. Ora, tal previsão normativa não é correta, pois em nosso sistema não se admite esse tipo de atividade investigatória com a participação do juiz, porquanto isso não se coaduna com o princípio acusatório encartado em nosso sistema jurídico.

---

[891] 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."

[892] Cf. Revista Forense, v. 333, 1996. No texto em referência, faz-se uma crítica azeda à lei, chegando mesmo a afirmar-se que a real intenção do legislador foi menos de criar mecanismo eficaz de combate à criminalidade do que propriamente restringir a atuação policial e do Ministério Público na investigação de fatos ilícitos praticados pelas organizações criminosas, exigindo a participação indevida do juiz, o que, estreme de dúvidas, além da inconstitucionalidade sentida, acarretaria, desenganadamente, por diversos fatores, entraves à persecução criminal. Nas conclusões do artigo em foco, WALTER NUNES JÚNIOR arrematou: "O melhor seria que não existisse, mas já que foi editada, para expungir os malefícios dela dimanados, de duas uma: ação direta de

Pelo que restou estampado na norma em destaque, nada obstante a regra seja a de que as diligências sejam realizadas pela autoridade policial, *ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei*, esse procedimento terá de ser dirigido pessoalmente pelo magistrado. Com inteira razão, defende WALTER NUNES[893] que a previsão normativa sob apreciação instaura, entre nós, o juízo de instrução, deixando ao 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 denúncia. Em outras palavras, ao fundamento de preservar o sigilo estampado na Constituição ou na lei, a norma questionada transfigura a função que é inerente ao juiz, para transformá-lo em colaborador do Ministério Público.

Essa proposição normativa examinada não se coaduna 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. Em alguns casos essa provocação pode partir até de outrem que não o Ministério Público, como são as hipóteses em que a autoridade policial detém legitimidade para pedir a providência jurisdicional, como são os casos de prisão preventiva, invasão de domicílio e quebra de sigilo em geral, além de outras mais.

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*[894] e *julgar* os processos judiciais. O que ele pode, até porque se insere como conseqüência do poder de gerenciamento do processo, é dar o impulso oficial, com amplo poder inquisitivo dentro da relação processual que tenha sido instaurada, no afã de perquirir a verdade real.

---

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."

[893] Ibid.

[894] Prefere-se a expressão *gerenciar* em detrimento da palavra *dirigir*, pois parece refletir melhor a idéia de que o juiz deve conduzir o processo de forma inteligente, com a atenção voltada para a sua simplificação e efetividade.

Certamente seria possível argumentar-se, como agrega WALTER NUNES JÚNIOR, que o conteúdo do art. 3º da Lei nº 9.034/95 não dá origem, propriamente, a um juízo de instrução, pois o que ele atribui ao juiz é a missão de conceder medidas acautelatórias. Mas, à evidência que não se trata disso, pois a intervenção judicial disciplinada na norma não é 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 modo, "observe-se que essa assertiva não merece prosperar, pois se assim fosse, suficiente seria que o Judiciário fizesse a intervenção apenas no sentido de se pronunciar determinando a requisição das diligências, e não o próprio juiz realizar a *diligência investigativa***."**[895]

O pensamento esposado por WALTER NUNES no artigo *Crime organizado:* a nova lei, em que pese o tempo passado, findou sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1517, ocorrido em 12/02/2004, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, cujo relator foi o Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Com a decisão da Excelsa Corte, determinou-se a suspensão da eficácia do art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, sendo invocado o argumento de que o seu comando normativo não se coaduna com o princípio acusatório adotado em nosso sistema jurídico, porquanto ali se transferiu para o juiz a possibilidade de sair da posição de julgador e cair em campo em busca das provas necessárias para comprovar a ocorrência de fato ilícito que será por ele mesmo decidido. Transcrevendo doutrina expendida por WALTER NUNES JÚNIOR, no seu voto, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA pontuou: "Nesse passo, entendo que o art. 3º da Lei nº 9.034 /95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República."[896]

---

[895] Ibid.

[896] 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.

7.2.4- Colisão de direitos e critério da ponderação como parâmetro para a decisão pela flexibilização de direito fundamental.

Nenhuma regra jurídica existe isoladamente, porém o Direito, antes de tudo, é sistema, devendo os preceitos constitucionais ser interpretados de modo que seja levada em consideração a unidade do ordenamento jurídico. A norma, ainda que editada isoladamente em uma lei específica, não tem vida própria, antes de tudo ela pertence ao sistema jurídico e em consonância com ele, o que implica relacionamento com as demais normas, há de ser interpretada e aplicada, tendo em conta a sua compreensão harmônica. O legislador, ainda que se trate do constituinte, ao elaborar o sistema, concebe normas, especialmente as de caráter principiológico, que, quando incidentes a um só tempo sobre um determinado caso, entram em rota de colisão entre si, cabendo ao juiz ou operador jurídico debruçar-se sobre a melhor forma de equacionar o problema que se lhe apresenta. Por conseguinte, embora a Constituição e aí, evidentemente, incluída a declaração de direitos sob a forma de direitos fundamentais, tenha como característica a sua unidade, a relação sistêmica entre as cláusulas nela encartadas leva, não raro, à colisão de direitos fundamentais.

A visão do constituinte, ao elaborar os direitos fundamentais, muito embora trate de direitos que se autolimitam mutuamente, como é o exemplo dos direitos de liberdade de pensamento e da vida privada, é preconcebida de acordo com a concepção garantística, sem preocupar-se em dizer como deverá o intérprete, no caso concreto, solucionar eventuais antinomias entre esses preceitos[897]. Nesses casos de colisão entre direitos fundamentais, o que se quer dizer é que o verdadeiro alcance de uma norma não está de pronto revelado com o seu enunciado, mas sim quando se examina a extensão com que ela deve ser interpretada, tendo em conta o sopesar do aparente conflito entre normas dentro de um determinado contexto fático.

Os direitos fundamentais são muitos e convivem em inter-relação entre eles, de modo que essa coexistência sistêmica implica, no final das contas, que eles se

[897] Cabe ao exegeta enxergar o direito como um 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 pacificação social, que ordena o desenvolvimento e as

autolimitam. Dessa forma, os direitos fundamentais possuem autolimitações que são imanentes ao sistema jurídico por eles criado[898]. Daí que é certo dizer-se que a relatividade desses direitos essenciais sobressai, naturalmente, da autolimitação por eles mesmos imposta. Assim, o direito à intimidade de *A*, em certa medida, impõe restrições ao direito de defesa (produzir prova) de *B* e assim sucessivamente. Tal ocorre, até mesmo, em relação a direitos fundamentais de mesma espécie, pois o mesmo direito de liberdade de um cidadão, em contranota, serve para limitar o que é conferido a outro. Nesses casos, o que se verifica é o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, o que é mais freqüente do que se imagina. Aliás, esse é um dos temas mais instigantes que gravita sobre a órbita dos direitos essenciais. São os *hard cases* dos quais tanto fala DWORKIN[899], para quem mesmo em situações dessa natureza, são mais raras do que se supõe "... as ocasiões em que uma questão não tem uma resposta correta em nosso sistema jurídico", chegando mesmo a asseverar que "No caso de algumas teorias referentes aos direitos individuais será problemático saber se existe até mesmo a possibilidade teórica de nenhuma resposta correta"[900].

A doutrina tem se debruçado na tarefa de demonstrar a distinção ontológica entre *conflito ou colisão de regras* e *conflito ou colisão de princípios*, a fim de demarcar as diferenças ínsitas às regras e aos princípios. A esse respeito, ao cuidar de acentuar a diferença entre princípios e regras jurídicas, DWORKIN[901], como aqui já foi lembrado, disse que ela era apenas de *natureza lógica*, pois as regras são válidas à maneira do *tudo-ou-nada*, de modo que ela é válida ou não, ou seja, quando duas regras entram em conflito*, uma delas não pode ser válida*[902]. Nesse caso, dá-se o que se chama de *antinomias jurídicas próprias*, em que o confronto entre normas se resolve pela conclusão de que uma, a considerada válida, afasta do campo de aplicação a outra, excluindo-a do sistema[903].

De outro lado, para DWORKIN[904], quando ocorre conflito entre dois princípios, pelo fato de eles terem a peculiaridade de possuir o que professor de Oxford chama de *dimensão de peso ou importância*, a solução do problema tem de ser encontrada de

---

realizações das necessidades humanas dentro dos valores colimados pelo grupo social, de modo que nunca conduz ao absurdo, a não ser que o operador jurídico trilhe o caminho errado.

[898] Cf. item 5.7, supra.

[899] *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.176.

[900] Ibid., p. 214.

[901] *Levando os direitos a sério*. p. 49.

[902] Ibid., p. 43

[903] Cf. ESPÍNOLA, Ruy Samuel. Op. cit., p. 69.

[904] *Levando os direitos a sério*. p. 42-43.

acordo com a premissa de que cada um deles detém *força relativa*, de modo que, ao final do processo interpretativo, não se tem como resultado a validade de um em detrimento do outro, mas sim em consonância com o balanceamento de suas proposições. Aqui se dá o fenômeno jurídico cunhado por RUY ESPÍNOLA[905] como *antinomias jurídicas impróprias*, uma vez que, em verdade, o conflito é apenas aparente. Em outras palavras, a colisão entre princípios não se resolve com a conseqüente exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes[906]. O caso é de *incompatibilidade* no caso concreto, e não de *exclusão*.

ALEXY[907], doutrinador alemão que é referência obrigatória no trato dos direitos fundamentais, ao elaborar consistente teoria sobre essa espécie de direitos, com desenganada inteligência, deduz as bases científicas para a solução da colisão entre eles. Certo de que a aplicação independente de duas regras fundamentais conduzem o intérprete a resultados incompatíveis, [...] *es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios,* ensina o festejado jurista que, quando há o atrito entre dois princípios fundamentais, como no caso em que um encerra uma permissão e o outro uma proibição, o deslinde da questão não enseja a escolha de eficácia de um com a conseqüente conclusão de que o outro é inválido, como ocorre na colisão de normas jurídicas, mas sim que, diante das circunstâncias que permeiam o caso concreto, um deles tem de ceder diante do outro[908]. Com suporte na análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão em um caso no qual se discutia a colisão entre o direito à instrução do processo penal e o direito à integridade física do acusado, ALEXY[909], em concordância com a decisão alvitrada pela Corte, arremata:

> *Tomados em sí mismos, los dos principios conducen a una contradicción. Pero, esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del outro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo em cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una* ***relación de precedencia condicionada****. La determinación de la precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las* ***condiciones*** *bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.*

---

[905] Op. cit., p. 69.
[906] Ibid. p. 69.
[907] ALEXY. Op. Cit. p. 87.
[908] Ibid., p. 89.
[909] Ibid., p. 91-92.

Embasado nessas considerações, ALEXY[910] assevera, mais adiante, que os direitos fundamentais, ainda que tais, estão sujeitos a restrições, de modo que podem ser delimitados ou limitados, encontrando-se superada a doutrina defendida por KLEIN, segundo a qual, de acordo com a lógica pura, isso não seria possível. A esse respeito, ressalta ALEXY que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em casos de colisão de direitos fundamentais, adota a *teoria da ponderação*, concebendo a possibilidade de haver a restrição de princípios[911].

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã, forte na dogmática da proporcionalidade, adota a *ponderação de interesses* como orientação hermenêutica nos seus pronunciamentos, certa de que, na correta compreensão do sistema *"... 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."*[912]

Em exame do *leading case* julgado em 21 de fevereiro de 1964 pela Suprema Corte Constitucional Alemã, conhecido como *o caso do diário*, MANUEL ANDRADE[913] informa que ali ficou assentado 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

> *[...] à semelhança do que acontece para as escutas telefónicas, 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, 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 próprio do Estado de Direito, o legislador ordinário tem ampla liberdade de prever para os crimes mais graves a possibilidade de restrição das garantias fundamentais. De

---

[910] ALEXY. Op. Cit. p. 268.
[911] *Ibidem*, p. 269.
[912] ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 28.

todo modo, a Carta alemã estabelece como dogma, no art. 19, 2, a doutrina segundo a qual, conquanto seja admissível a sua limitação, "Em caso algum poderá ser afectado o conteúdo essencial de um direito fundamental." Essa doutrina também foi agasalhada expressamente nos textos das Cartas Constitucionais espanhola e portuguesa[914]. Esse é um aspecto importante a ser homenageado pelo exegeta, toda vez que se defrontar com situação em que houver a colisão de direitos fundamentais. É verdade que a Constituição brasileira se descurou de contemplar, dentre a declaração de direitos, esse princípio da *proteção do núcleo essencial dos dirietos fundamentais*, porém, como bem expõe SUZANA TOLEDO[915], "... não há dificuldade técnica em hauri-lo da própria natureza destes direitos, uma vez que não faria sentido uma intervenção do legislador no âmbito de um direito fundamental para destruí-lo". Acrescente-se que, assim como não é dado ao legislador ordinário, a pretexto de estabelecer uma restrição legal ao exercício de um direito fundamental, elaborar a norma infraconstitucional a ponto de atingir o núcleo essencial de um direito fundamental, o mesmo se diga em relação ao intérprete, aí especialmente o juiz, quando tem sob a mesa caso dessa natureza para decidir.

Em consistente trabalho sobre o assunto, EDILSON PEREIRA DE FARIAS[916] observa que, em regra, a solução do conflito de direitos fundamentais possui duas vertentes. Em uma delas, quando o próprio texto constitucional comete à lei a função de restringir o direito fundamental, a tarefa é confiada ao legislador, devendo, nesse caso, ter em conta o princípio da reserva do *núcleo essencial dos direitos fundamentais* sopesados na feitura da norma. Na outra ponta, quando se trata da solução de colisão entre direitos fundamentais que não estão sujeitos à reserva da lei, a solução recai sobre os juízes[917]. Em verdade, até em razão da cláusula constitucional do amplo acesso à justiça, em todos os casos, a análise da colisão de direitos fundamentais, quando há litígio, passa pelo crivo do Judiciário, cabendo a este dar a última palavra interpretativa sobre a matéria, missão que, embora desempenhada por todos os juízes, em última instância, por envolver assunto de ordem constitucional,

---

[913] *Ibidem.* p. 31.
[914] SUZANA TOLEDO chama a atenção que, assim como a Constituição alemã, a portuguesa "... refere-se à garantia do núcleo essencial em seu art. 18.3, segundo o qual 'as leis restritivas de direitos, liberdade e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do *conteúdo essencial* dos preceitos constitucionais'" (Op. cit., p. 98), enquanto a espanhola, no art. 53.1, seguindo o mesmo passo, preceitua que os direitos fundamentais, cuja restrição depende de lei, deve, em todos os casos, ter respeitado o seu *conteúdo essencial* (Ibid.)
[915] Op. cit., p. 99.
[916] Op. cit., p. 118-119.
[917] Ibid., p. 119.

pertence especialmente ao Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em obra que já se tornou clássica em nossa doutrina, SUZANA TOLEDO[918] faz percuciente incursão dogmática sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, chamando a atenção para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse respeito que, embora a passos lentos, vem mostrando-se favorável à aplicação desse princípio.

Apesar de termos uma Constituição nova que contempla diversos direitos fundamentais que antes, a despeito de nossa história constitucional marcada pela declaração de direitos prevista desde a primeira Carta Política, nunca tinham sido escritos como tais em nosso sistema, ao lado de outros tantos que, embora já tradicionais em nosso meio, passaram a ser concebidos dentro de um novo modelo de Estado – Estado Democrático-Constitucional –, como se verá no capítulo 9, verifica-se a existência de uma ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, que sofreu sensível evolução a partir dos primeiros debates, conforme se observa das impressões iniciais vazadas em dois julgamentos emblemáticos, um envolvendo o ex-Ministro da Previdência Social Rogério Magri e o outro o ex-Presidente da República Fernando Collor de Melo, os quais serão comentados mais adiante.

É possível, com base na análise crítica dos pronunciamentos da Excelsa Corte brasileira, procurar identificar a orientação da Colenda Corte quanto ao trato dos direitos fundamentais, especialmente em relação à colisão de direitos fundamentais e à validade das normas infraconstitucionais restritivas de direito fundamental, contempladas muitas delas no Código de Processo Penal. Ademais, tal fato permite notar como a Suprema Corte, seguida de perto pelo Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o princípio da proporcionalidade na solução desses casos[919].

---

[918] Op. cit., p. 102-128.

[919] A aplicação do princípio da proporcionalidade ganha especial destaque na discussão sobre a admissibilidade da prova oriunda de gravação clandestina. Para o Supremo Tribunal, após algumas decisões entendendo que esse tipo de produção de prova era reprovável apenas no campo ético, e não no jurídico, mudou sua orientação, para dizer que ela somente tem validade na hipótese em que é levada a efeito por um dos interlocutores ou a seu pedido com a finalidade de defender-se, pois, nesse caso, a cláusula da ampla defesa deve preponderar em relação àquela que garante o direito à intimidade (STF HC-7474/SP, DJ 15.8.97 e STJ, RHC, RSTJ 109/268.).

7.2.5- Os direitos fundamentais, declarados em forma de princípios constitucionais do processo criminal, na qualidade de normas que ocupam a posição hegemônica no sistema jurídico.

No modelo de Estado Democrático-Constitucional, desenhado pela Constituição de 1988, o sistema jurídico é criado em torno da teoria dos direitos fundamentais, de modo que a orientação principiológica deles emanada, além de possuir força normativa, é o instrumento interpretativo de todo o ordenamento infraconstitucional, que deve ser criado à sua imagem e semelhança. Sob o paradigma dessa forma de organização os princípios não apenas são normas, como deixam de ocupar a posição subalterna de complementação de eventuais lacunas ou espaços vazios do ordenamento jurídico, a fim de ocupar posição hegemônica em todo o sistema.

Certo dessa concepção e adotando essa orientação na abordagem do Direito, no instigante estudo *Constitucionalização do Direito Civil*, o Professor PAULO LOBO NETTO, com bastante acuidade, centrando a sua atenção para o fenômeno jurídico que ocorreu no âmbito do Direito Civil nos últimos anos, demonstra que o movimento constitucionalista instaurado no Brasil, fez com que aquele ramo do Direito perdesse a sua condição de *Direito Comum a todos os Direitos*, cedendo espaço para que a Constituição ocupasse a posição hegemônica no sistema jurídico[920].

Procede a assertiva do ilustre professor, visto que o exame mais atento do ordenamento jurídico brasileiro revela que, paulatinamente, os princípios saíram dos códigos para encontrar morada nas Constituições, de modo que eles escaparam da categoria subalterna dos enunciados legais e deixaram de servir de instrumento de integração das eventuais lacunas das normas jurídicas positivadas no ordenamento infraconstitucional, a fim de alcançar a classe de normas de domínio. Na feliz expressão de RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, *"os princípios saltaram dos códigos para as Constituições"*[921] e hoje possuem hegemonia no ordenamento jurídico. São normas de primeira categoria, que ocupam posição de destaque no sistema jurídico, principalmente no nosso, no qual a Constituição, como ressalta PAULO

[920] Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 141, jan/mar, 1999. p. 100.
[921] *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 60.

BONAVIDES, é eminentemente principiológica, forjada na feição de uma Carta de Princípios[922].

Não mais guardando posição servil em relação à lei, passaram os preceitos constitucionais a exercer função *fundamentadora, interpretativa e supletiva* do sistema jurídico em si. Constituindo-se em normas de primeira categoria, que ocupam posição de destaque no sistema jurídico, isso imprimiu substancial mudança de paradigma para o exegeta, uma vez que, doravante, as regras expostas no ordenamento infraconstitucional devem ser lidas a partir da Constituição, e não esta com suporte naquelas, como se alvitrava anteriormente[923].

Ressaltando a distinção entre *publicização do Direito Civil e constitucionalização do Direito Civil*, aponta PAULO LOBO – em lição que se presta para corroborar a supremacia dos princípios constitucionais no nosso sistema – que a primeira expressão corresponde à progressiva ingerência do Estado, por meio da elaboração de normas de cunho protetivo, nos negócios jurídicos de índole civil, processo que não se restringiu a alterações do Código Civil, pois ocasionou até mesmo a supressão da disciplina deste de diversos institutos, conferindo origem a ramos autônomos como o Direito do Trabalho, o Agrário, o das águas, o direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos autorais e o Direito do Consumidor[924]. Essa publicização do Direito Civil foi o reflexo lógico da mudança do Estado Liberal para o Social, pois este, diferentemente daquele, teve como nota marcante a intervenção nos setores da vida, no desiderato de evitar que os desequilíbrios econômicos e sociais servissem para privilegiar determinada categoria de pessoas.

Em compasso com a lição de PAULO LOBO, o novo paradigma de Estado, o denominado Estado Democrático-Constitucional, imprimiu a marcha constitucionalista do Direito Civil, com o condão de submeter a validade das normas subconstitucionais a sua adequação à Lei Fundamental, o que não era assim, uma vez que

---

[922] *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

[923] Mais adiante, em outra parte do texto, o autor ressalta, com apoio em posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que os princípios constitucionais são auto-executáveis e que as normas infraconstitucionais em contrário se encontram revogadas.

> Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito.[925]

Por conseguinte, os preceitos constitucionais, deduzidos em forma de princípios, que alicerçam e anunciam os direitos fundamentais, para todos os efeitos, são normas jurídicas, possuem força normativa de categoria especial, posto que ostentam posição hegemônica no sistema jurídico, pondo sob a sua subordinação todas as demais regras jurídicas.

7.2.6 – Incidência das declarações internacionais entre as garantias constitucionais mínimas.

Consoante foi visto anteriormente, a característica ínsita à declaração de direitos do homem, gérmem dos denominados direitos fundamentais, diz respeito a sua universalidade[926]. Com efeito, a nota distintiva entre a declaração de direitos francesa da americana residiu, exatamente, na circunstância de a primeira ter sido enunciada não apenas para o povo francês, mas para o homem em geral, independentemente de sua nacionalidade ou local onde habite. De todo modo, mercê do processo de normatização da declaração de direitos, cada Constituição passou a conter a sua declaração de direitos fundamentais, daí fazendo grassar o entendimento quanto à inaceitação sob essa qualificação de outros direitos que, embora catalogados em diplomas internacionais ratificados pelo país, não constam do seu texto constitucional. Contudo, esse modo de ser passou por mutação, especialmente com a concepção de novos Estados no Leste Europeu, que foram levados a aderir aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas[927].

---

[924] Podemos incluir, ainda, a regulamentação dos contratos de previdência privada, de seguro e de consórcio, os quais contam com a necessária intervenção estatal.

[925] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *In:* Boletim da Faculdade de Direito Estudia Jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000, n. 48. p. 326. Vale lembrar, nesse passo, que o Código Civil de 1916 foi elaborado por Clóvis Bevilaqua em 1889, fortemente influenciado pelas *doutrinas individualista e voluntarista* então consagradas no Código de Napoleão. Note-se, ainda, que a sua concepção se deu sob a batuta da *Escola da Exegese*, que, como esclarece Gustavo Tepedino, nutria um verdadeiro *fetichismo à lei*, "... e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil para as relações do Direito privado" (Idem, p. 325).

[926] Cf. item 5.6, supra.

[927] TRINDADE. Op. Cit. p. 404.

Esse processo de transformação, segundo CANÇADO TRINDADE[928], forjou um novo constitucionalismo e, de permeio, fomentou a *abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos*. Essa tendência, porém, já se fazia notar em Constituições européias, como são os casos das Cartas alemã e portuguesa, na medida em que a primeira estabelece a integração com supremacia ao direito federal das normas gerais do Direito Internacional Público (art. 16, 1 e 2) e a segunda, a necessidade de que as cláusulas pertinentes aos direitos fundamentais sejam *interpretadas e integradas* em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 25).

A Constituição de 1988 seguiu essa tendência. Até então, as Cartas Nacionais, tradicionalmente, deixavam consignado que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. A de 1988 não só manteve a nossa tradição constitucional e repetiu a redação da Constituição de 1967, ao fazer o referido esclarecimento, na primeira parte do § 2º do seu art. 5º, como ainda inovou na matéria, ao cuidar de acrescentar que não somente os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados no texto principal inserem-se entre os direitos essenciais, como também aqueles provenientes dos "...tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Como se isso não fosse suficiente, antes, ao tratar dos princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais, o constituinte deixou consignado que a conduta do Estado nacional deve possuir como norte a *prevalência dos direitos humanos*, *autodeterminação dos povos*, o *repúdio ao terrorismo e ao racismo* e a *cooperação entre os povos para a progresso da humanidade* (art. 4º, incisos II, III, VIII e IX). Comentando essa postura normativa, FLÁVIA PIOVESAN[929] assegura que "Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnando para a ordem internacional", a bem da verdade, "... invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos", não apenas no sentido de determinar o engajamento do país no processo legislativo de produção das normas relativas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois "... implica na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira."

---

[928] Ibid. p. 404.
[929] *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 61.

Consagrou-se, assim, a incorporação, em nosso ordenamento, como direitos fundamentais, revestidos pelo manto protetor da Constituição, outros direitos e garantias declarados em documentos internacionais dos quais o Brasil seja parceiro. Esse sentimento é compartilhado por CANÇADO TRINDADE que revela ter sido ele o autor da proposta de inserir a segunda parte do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, regra que "... se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados", de modo que, a partir de então, não há mais necessidade de intermediação do Poder Legislativo para que passem a viger no plano do ordenamento jurídico interno, desde que tenha havido a adesão do Brasil, os direitos fundamentais que estejam previstos em tratados de proteção internacional dos direitos humanos.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal, chamado para se pronunciar sobre a matéria, não sufragou a tese da incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, na medida em que entendeu ser necessária a manifestação do Legislativo a fim de que, então, a norma passe a ter validade no plano interno[930]. E não foi somente isso, porquanto a Suprema Corte, em outra oportunidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 253071/GO, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES[931], através da Primeira Turma, à unanimidade, deixou consignado "... que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional."

Essa posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal fez com que, na propagada reforma do Judiciário, obra realizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, fosse enxertado o § 3º ao art. 5º da Constituição, de modo a preceituar que "Os tratados e

---

[930] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC - Processo: 79785, UF: RJ, TRIBUNAL PLENO, un. Data da decisão: 29/03/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

[931] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL. Data da decisão: 29/05/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 1 ago. 2005.

convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." Essa disciplina merece aplauso de um lado, pois põe fim à discussão a respeito da natureza de direito fundamental interno dos tratados e convenções sobre direitos humanos, mas, de outro, reforça a tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal em relação à ausência de efetividade interna dessas normas, enquanto elas não forem convalidadas pelo Legislativo.

Por conseguinte, para todos os efeitos, as declarações de direitos insertas em tratados e convenções somente passam a ostentar a categoria de direitos fundamentais no ambiente interno na medida em que forem aprovadas, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, por três quintos dos componentes das respectivas casas. Isso, porém, não impede que se defenda a necessidade de o intérprete, ao buscar o alcance efetivo dos direitos fundamentais catalogados na Constituição, socorra-se dos enunciados internacionais e da doutrina e jurisprudência estrangeiras formadas a seu respeito, mesmo que o tratado ou convenção, conquanto tenha sido ratificado pelo Brasil, não tenha ainda sido aprovado pelo Parlamento.

Duas questões, porém, avultam: a primeira é quanto a saber se as declarações de direitos constantes de tratados ou convenções, em caso de atrito inconciliável com preceitos de mesma hierarquia previstos na Constituição de 1988, devem prevalecer ou se, nessas hipóteses, em nome da soberania nacional, elas devem ser relegadas a segundo plano. Note-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 253071/GO acima mencionado, ao discutir a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil e chancelado pelo Legislativo, naquilo em que ele veda a possibilidade de prisão civil, entendeu que tal norma não se mostra válida no plano interno, pois a Constituição contém regra diametralmente oposta, porquanto admite, expressamente, que essa medida seja adotada[932].

Acredita-se que agora, diante da nova norma vinda a lume com o § 3º do art. 5º da Constituição, a solução do assunto comporte maior complexidade. De fato, para todos os efeitos, os tratados ou convenções aprovados pelo *quorum* qualificado das duas Casas do

---

[932] Ibid.

Parlamento adotam não só o processo legislativo pertinente às emendas constitucionais como são a elas equiparados, daí por que eventual confronto inconciliável com outra norma constitucional deverá ser resolvido pela sua prevalência, sob a qualidade de norma nova que dispõe em sentido contrário à anterior.

Outra indagação que se impõe é quanto à situação dos outros tratados e convenções já aprovados pelo Parlamento. O ideal era que o constituinte derivado tivesse previsto uma norma de transição em relação a eles, a fim de permitir que fossem submetidos a nova apreciação pelo Legislativo para, com isso, conferir a oportunidade de que viessem a ser aprovados, ou não, perante o Legislativo com o *quorum* qualificado. Como infelizmente assim não procedeu o constituinte, persiste a *vexata quaestio*. Uma idéia a ser defendida seria a de que, de todo modo, os tratados e convenções já aprovados pelo Legislativo deveriam ser recepcionados com o *quorum* qualificado, assim como se deu em relação a alguns diplomas normativos que, editados como lei ordinária, em razão de os assuntos por eles tratados ter sido alterados pela Constituição para disciplinamento por meio de lei complementar, passaram a ser considerados como recepcionados sob a natureza desta última, a exemplo do que ocorreu com o Código Tributário Nacional.

Todavia, a situação referente aos tratados e convenções é bem diferente daquela vivenciada pelo Código Tributário Nacional, pois não se requer o *quorum* qualificado para que haja a aprovação pelo Legislativo de um tratado ou convenção ratificado pelo Brasil, mas sim que, para adquirir a qualidade de emenda constitucional, ele há de ser chancelado pelo processo legislativo reclamado para a revisão constitucional[933]. Para todos os efeitos, com a nova regra do § 3º do art. 5º da Constituição os tratados e convenções já aprovados pelo Legislativo continuam válidos, porém como normas infraconstitucionais, de hierarquia equivalente à da legislação ordinária, permanecendo inalterada a situação.

[933] Note-se a diferença. Os tratados e convenções, até então firmados pelo Brasil, caso não aceita a idéia da recepção com foros de emenda constitucional nos termos da redação do art. 5º, § 3º, da Constituição, ainda assim, permanecerão vigentes como normas infraconstitucionais vigentes. No caso do Código Tribunal, não: ou a lei ordinária nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, era recepcionada como lei complementar ou, então, ele não mais estaria em vigor.

8. PREMISSAS INTERPRETATIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Na primeira parte deste trabalho, restou esclarecido que os direitos fundamentais são a versão moderna das declarações de direitos que se encontram normatizados em um determinado sistema jurídico, mediante a sua positivação em forma de enunciados de raiz principiológica, enxertados no próprio texto constitucional. Foram germinados dos chamados direitos naturais e, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, possuem características universais, de modo que eles não são apenas aqueles que estão expressamente declarados na Constituição, mas igualmente aqueles outros "... decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..."[934]. Por conseguinte, guardando similitude com a teoria constitucional americana, os textos políticos brasileiros têm, ao longo dos tempos, deixado expresso que os direitos fundamentais amparados pela Constituição não são apenas aqueles que figuram no rol da declaração de direitos, pois contempla outros que se exprimem como corolário lógico do *arcabouço constitucional* que informa o regime e o *sistema principiológico* adotado pela Constituição.

Com isso se quer dizer que, ao lado dos direitos fundamentais explícitos, há os implícitos[935], deduzidos do tipo de regime do Estado e dos demais princípios dele decorrentes e encampados ao longo do texto constitucional, inseridos em outros dispositivos constitucionais. Porém, não é só. O dispositivo constitucional revigorado na primeira parte do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 anima o exegeta a ter em conta que o regime de Estado e os demais princípios constitucionais referentes a sua estrutura servem de guia para, em uma visão sistêmica, firmar o alcance dos direitos fundamentais declarados.

---

[934] Essa ressalva de que outros direitos, além dos expressos, decorrentes do *regime e dos princípios* adotados pela Carta Constitucional, estavam presentes nas Constituições anteriores, inclusive na de 1967. Em verdade, a despeito do silêncio da Constituição Imperial de 1824, já na Constituição Republicana de 1891, seguindo o modelo americano (Nona Emenda), o constituinte brasileiro deixou claro que os direitos fundamentais expressamente declarados não eram os únicos reconhecidos aos homens, posto que a eles se juntavam os direitos e garantias decorrentes da principiologia adotada no texto da Carta Política (art. 72, § 22). A Constituição de 1934, no art. 114, incorporou aos direitos fundamentais outros que, embora não declarados expressamente, são decorrência lógica da estrutura principiológica da Constituição, tradição constitucional que restou consagrada também nos textos constitucionais de 1946 e de 1967.

[935] O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, expressou o entendimento de que, a par dos direitos fundamentais explícitos, há os direitos implícitos, argumento que serviu para fundamentar a existência de princípios como os da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer, dando guarida, assim, à tese de que a pessoa não pode ser obrigada, em investigação de paternidade, a ser submetida ao exame de DNA (HC 71.373-RS, in DJ de 22.11.96).

O que o texto constitucional brasileiro deixa claro é algo que, embora não seja despiciendo, evidencia-se por si só. Ora, naturalmente que o princípio da igualdade, por exemplo, em uma Constituição democrática como a de 1988, possui um alcance bem mais elástico do que aquele que se observava sob a batuta da Constituição de 1937, a despeito de guardar a mesma dicção normativa[936]. O arcabouço democrático confere, desenganadamente, maior magnitude e amplitude à declaração dos direitos fundamentais, dando ensejo, no mínimo, a uma interpretação mais extensiva, sob o viés liberal de maior envergadura.

Forte na doutrina de JORGE MIRANDA, para quem os princípios possuem *função ordenadora*, de modo que servem de critério de *interpretação e integração* no desiderato de conferir *coerência geral* ao sistema jurídico, JOSÉ AFONSO DA SILVA[937] ressalta, com apoio nas lições de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que é preciso ter em conta que alguns princípios devem ser considerados *normas-síntese ou normas-matriz*, "cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas que são súmula, ou que as desenvolvem, mas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que contêm princípio da soberania popular e da separação de poderes (arts. 1º., parágrafo único, e 2º)"[938]. Seguindo essa orientação metodológica, JOSÉ AFONSO[939] assoma que a

> A afirmativa de que a "República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito" não é uma mera promessa de organizar esse tipo de Estado, mas a proclamação de que a Constituição está fundando um novo tipo de Estado, e, para que não se atenha a isso apenas em sentido formal, indicam-se-lhe objetivos concretos, embora programáticos, que mais valem por explicitar conteúdos que tal tipo de Estado já contém ...

A par dessas considerações, a compreensão dos direitos fundamentais exige, necessariamente, que se tenha em conta as premissas interpretativas que são fornecidas pela própria estrutura constitucional, manifestada, sobretudo, com a declaração solene de que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Dessome-se, dessa assertiva constitucional, que os direitos fundamentais devem ser contextualizados na perspectiva de um Estado Democrático-Constitucional. No caso brasileiro, a tarefa do

---

[936] Isso sem levar em consideração, ainda, a pertinente doutrina de BOBBIO quanto à historicidade dos direitos fundamentais, o que faz com que o alcance de alguns preceitos sejam limitados pela conjuntura social e política de um determinado momento, ao passo que outros, em épocas anteriores não fossem, sequer, possíveis de serem imaginados, depois se tornem por demais evidentes e mesmo imprescindíveis.
[937] *Curso de direito constitucional positivo.* 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 85.
[938] Idem. p. 85.
[939] Idem. p. 85.

exegeta, de certa forma, torna-se facilitada, porquanto embora polissêmica e vaga a expressão *Estado Democrático de Direito*, o constituinte cuidou de estabelecer sobre quais fundamentos (art. 1º, I a V e parágrafo único) e objetivos (art. 3º, I a IV) se desenham as linhas mestras da política a ser desenvolvida pelo ente estatal para se adequar à nomenclatura em foco.

Por conseguinte, não só o sistema democrático serve para orientar o intérprete dos direitos fundamentais, como igualmente os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro se prestam para tal. Contribuem ainda para a temática em foco os princípios estampados no art. 4º da Constituição, na medida em que, no seu inciso II, ficou promulgado que, nas relações internacionais, dar-se-á a *prevalência dos direitos humanos*, preceito que, obviamente, não o compromete nesse sentido apenas no trato de ordem internacional, mas, outrossim, nas questões internas, principalmente quando se percebe que esse dispositivo, em sua essência, confunde-se com o respeito à dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da nossa República Federativa.

Se a teoria constitucional do processo penal é informada pela efetiva compreensão dos direitos fundamentais, ao exegeta é imprescindível estabelecer as premissas interpretativas dessa categoria de direitos, o que passa, necessariamente, pelo exame do arcabouço constitucional informador do ordenamento jurídico brasileiro.

8.1 - Sistema Democrático-Constitucional.

O sistema orientador da interpretação dos direitos fundamentais é o democrático-constitucional, método que forja um Estado obediente aos preceitos constitucionais e concebe o ordenamento como instrumento de defesa dos reais valores históricos, culturais, sociais e políticos do povo que, a despeito do poder de direção dos órgãos públicos, possui espaços políticos próprios para a ampla participação popular. Com efeito, a expressão Estado Democrático de Direito significa que se trata de uma organização política que privilegia a soberania popular, ou seja, a participação do povo, representada ou direta, quanto à escolha dos governantes, e definição dos planos de governo e o respeito aos preceitos jurídicos, com especial destaque para aqueles estampados na Constituição, que exercem uma função hegemônica em todo o sistema nacional. Na procedente análise de

PINTO FERREIRA[940], o enunciado em foco "Significa o Estado subordinado ou submetido à legalidade constitucional, ao regime constitucional." Não se compromete apenas com a *legalidade*, senão com algo mais, a *legitimidade*, porquanto democracia quer dizer autoridade exercida em razão da aceitação das decisões tomadas pelo poder. Em percuciente enfoque, RAIMUNDO FAORO[941] esclarece que, sob o viés democrático, "A autoridade existe não porque emita ordens peremptórias, mas porque é aceita. As decisões dos dirigentes são válidas e eficazes unicamente pelo fato de os destinatários as aceitarem".

A democracia direta, com a qual o poder político seria exercido pelo próprio povo, conquanto seja o ideal, não é possível de materializar-se e mesmo não seria desejável, principalmente em relação à tomada de decisões que precisam ser vistas, embora sem perder a noção política, sob o prisma técnico. Ainda que querida a participação direta do povo na formulação de todas as decisões, isso somente seria possível em comunidades pequenas e sob condições sociais simples[942] e, mesmo assim, quando não houvesse urgência maior para a resolução do problema[943]. Sequer nas democracias diretas registradas na história mercê das experiências vividas pelas tribos germânicas e pela Grécia antiga, a participação popular nas deliberações feitas por meio das assembléias contemplava todos os integrantes da coletividade, conquanto excluídas as crianças e mulheres e até mesmo os escravos[944].

Inviabilizada - como regra - a democracia direta, resta a materialização da autodeterminação política do povo por meio da representação, sistema com o qual se escolhe pessoas capacitadas para, em seu nome, comandar o Estado na defesa de seus interesses. A chamada democracia representativa ou indireta importa, assim, em um sistema no qual o povo tem a possibilidade de eleger as pessoas para ocupar os cargos políticos, importa em dizer que, uma vez investidas no mandato, os escolhidos devem exercer a função de acordo com os verdadeiros interesses sociais, sempre tendo em mente a realização da justiça. O Estado democrático, na esfera legislativa, executiva e judiciária, não age em nome próprio, mas como

---

[940] *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 32.
[941] *Assembléia constituinte e legitimidade democrática*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 52.
[942] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1990. p. 282.
[943] Não levando em consideração que determinadas decisões políticas, principalmente as econômicas, não podem ser debatidas antes de propriamente formatadas e implementadas, sob pena de perderem a eficácia ou estimular sobressaltos nas mais diversas áreas produtivas, a exemplo do que se verifica no Brasil, com as meras especulações quanto à possibilidade de alteração no plano de ação do governo em relação à política de juros.
[944] KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado.* p. 282.

representante do povo, tendo como escopo prover o bem comum. Por conseguinte, quem está na titularidade de um desses poderes atua para o, e em nome, do povo.

Sob esse viés político, o processo penal, mais do que um conjunto ordenado de normas com as quais se tem em mira estabelecer a verdade com a conseqüente absolvição ou punição do acusado, é um instrumento que serve à dedução, em um caso concreto, do pensamento criminal. Por meio da ação penal, mais do que a mera dedução do direito de punir, o Ministério Público, em nome da sociedade, coloca em ação – com o perdão do pleonasmo – a política criminal do Estado. Do mesmo modo, mais do que a simples apreciação do caso concreto, o juiz, ao apreciar a pretensão acusatória, guia os seus passos de acordo com a política criminal que deve ser seguida[945].

O Processo Penal a par de ser visto como uma garantia dos direitos fundamentais, única forma de legitimar o uso da força do Estado na pretensão punitiva, deve ser construído, igualmente, de acordo com o sistema democrático-constitucional. Até porque, conforme foi visto anteriormente, se o nosso sistema é o democrático-constitucional, a própria política criminal, na qual se insere ação legislativa a respeito da elaboração do Código de Processo Penal, deve fazer homenagem a essa orientação.

Por outro lado, a relação processual instaurada com a pretensão punitiva do Estado não é apenas o instrumento que coordena a ação política deste, uma vez que se caracteriza igualmente como uma forma de participação política do cidadão, servindo de espaço para a dedução, de um lado, do direito de ver imposta a responsabilidade penal pela prática da conduta lesiva aos interesses da coletividade e, de outro, o respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais sobreleva, a despeito de não ser o único, o direito de liberdade.

O Ministério Público age em nome da sociedade, fazendo com que, mediante a persecução penal, o agente que tenha malferido o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra ou ao patrimônio de outrem seja responsabilizado pelos seus atos, porém com o amplo respeito aos direitos fundamentais. O processo penal, assim, é uma forma de

---

[945] WALTER NUNES JÚNIOR anota que, no sistema democrático, a judicatura é um cargo político também representativo, de modo que o juiz, no exercício de sua função, atua em nome do povo. Adverte o autor que "... se o poder é do povo, e em seu nome é exercido por meio de representantes, tem-se que a *função jurisdicional*, embora desempenhada pelo juiz, *pertence ao povo*, e em atenção a ele deve ser executada. O juiz é apenas o

atuação política cujo esteio é a cidadania, seja sob a visão de *garantia* dos direitos fundamentais, seja quanto ao *locus* legítimo para a participação do indivíduo na formação da vontade funcional do poder jurisdicional[946].

Com o que vem de ser dito, não se pense que as manifestações do Ministério Público e do Judiciário, dentro da relação processual, como representantes da vontade do povo, devam sempre ser escoradas naquilo que expressa a maioria, até porque democracia não implica apenas preservação dos interesses do maior grupo social. Em mensagem precisa de ARISTÓTELES, em que pese não seja difícil a definição do que venha a ser democracia, o problema reside na materialização e conservação de sua essência, uma vez que, embasada na idéia da maioria, tem como postulados fundamentais a *igualdade e a liberdade*[947], daí por que, avisa FREIDRICH, "... a democracia constitucional tem como peculiaridade a circunstância de não conferir todo o poder à maioria, justamente porque o governo democrático não pode obstar a manifestação das facções minoritárias, principalmente quanto àquilo que for de primordial importância para a sua subsistência."[948].

Por isso mesmo, a circunstância de, as mais das vezes, a decisão judicial se desapartar do *sentimento jurídico do povo*[949], não se contrapõe à característica representativa do exercício da magistratura, pois, como visto, a decisão política, em qualquer uma das esferas do poder, nem sempre deve representar a vontade da maioria do povo[950]. Como exemplo de pronunciamento judicial contrário à expressa vontade da maioria, mas nem assim desfocada da essência da democracia representativa, imagine-se a hipótese da aprovação, em consulta plebiscitária, da pena de morte em nosso sistema jurídico. Fatalmente o Judiciário seria provocado para debater a constitucionalidade da norma editada em consonância como resultado do plebiscito e, em razão da flagrante ofensa à cláusula pétrea da Constituição de

---

representante do povo, pois que, afora na hipótese do Tribunal do Júri, é ele quem exerce o poder jurisdicional." (*Poder judiciário democrático-constitucional*. p. 71).

[946] Por *vontade funcional*, entenda-se o livre-arbítrio do juiz quanto a sua decisão, pautada nos parâmetros estabelecidos na Constituição.

[947] *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995. p. 236.

[948] Apud SILVA JÚNIOR. *Poder democrático-constitucional*. p. 42.

[949] O povo leigo, principalmente em país com um nível educacional excessivamente desqualificado, não possui propriamente um *pensamento jurídico*, mas uma *opinião* fomentada pelos meios de comunicação, facilmente manipulada com o uso da retórica passionalista, o que faz com que a população somente enxergue o problema como se vítima da ação criminosa praticada pelo agente fosse. Para ter-se uma razoável compreensão do papel desempenhado pelos meios de comunicação na formação da opinião pública no Brasil, cf. as seguintes obras: CONTI, Mário Sérgio. *Notícias do planalto*: a imprensa e fernando collor. São Paulo: Companhia das Letras, 1999; MORAIS, Fernando. *Chatô*: o rei do brasil, a vida de assis chateubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994; HERZ, Daniel. *A história secreta da rede globo*. 14. ed. Porto Alegre: Editor Ortiz S/A, 1991.

1988, decidiria pela sua invalidade. Em tal situação, o Judiciário, sem embargo da opinião da maioria do povo[951], estaria cumprindo a sua missão de preservar os postulados da justiça[952].

8.2 - Fundamentos do sistema Democrático-Constitucional.

Na raiz do Estado Democrático-Constitucional subjaz a idéia de que *o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social,* e não de *mera conformação* do *status quo*. O constitucionalista cearense PAULO BONAVIDES[953], esgarçando a diferença básica entre o Estado de Direito, que se caracterizou pela preocupação em realçar a separação entre os poderes, e o Estado Democrático de Direito, que ele chama de *novo Estado de Direito*, agrega que este "pertence aos direitos fundamentais e primacialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica." O sistema democrático-constitucional, assim, é aquele que se embasa na legitimidade e que ostenta como bem jurídico maior tutelado os direitos fundamentais. Nesse panorama, a essência do Estado de direito não se comprime na idéia do cumprimento dos princípios formais da legalidade e da independência e equilíbrio entre os poderes constituídos, mas, antes de tudo, em um Estado que pauta o seu agir político com esteio no reconhecimento e proteção do exercício dos direitos fundamentais, que se constituem, em uma palavra, em direitos das liberdades[954].

De todo modo, o constituinte, no desiderato de estabelecer os pontos auxiliares ao desenho do perfil democrático-constitucional do Estado brasileiro, cuidou de esmiuçar, na própria Constituição, os fundamentos desse sistema jurídico. Nessa intenção, foram pinçados como princípios fundamentais do nosso sistema democrático-constitucional a soberania, a

---

[950] SILVA JÚNIOR. Ibid., p. 72.

[951] Em importante esclarecimento, LUIZ FLÁVIO GOMES adiciona que "A legitimação democrática do juiz não tem comprometimentos com a maioria." (*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. p. 35.).

[952] Sob outra perspectiva, pode-se agregar, outrossim, que a garantia contra a pena de morte – como foi visto na história da normatização dos direitos fundamentais – é uma conquista histórica do povo em geral, que não conhece fronteiras e não pertence apenas à geral atual o direito de dispor sobre ela. (Cf. SILVA JÚNIOR. *Poder Judiciário democrático-constitucional.* p. 72.)

[953] *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

[954] RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 47.

cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da iniciativa, o pluralismo político e a regra da representatividade (art. 1º, parágr. único).

Se a premissa maior para o enquadramento dos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico é a consideração de que eles devem ser entendidos como inseridos na perspectiva de um sistema democrático-constitucional, tem-se como evidente a importância de esquadrinhar o alcance desses *princípios fundamentais* da nossa democracia, tal como restou preceituado na Constituição, dentro da seara do Direito Processual Penal. Assim, impõe-se necessário contextualizar dogmaticamente os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do sistema democrático-representativo como institutos jurídico-constitucionais do processo penal, a fim de que sejam compreendidos como normas dirigentes da compreensão hermenêutica do alcance dos próprios direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988.

8.2.1 – Soberania como princípio que determina a extensão da atividade jurisdicional.

O conceito clássico de soberania, como autodeterminação do Estado, nos tempos de hoje, devido à globalização ou mundialização das relações, mostra-se com certas alterações, sem, contudo, perder-se de vista a idéia central do que ela expressa[955]. Particularmente no que se refere ao aspecto criminal, devido aos crimes supranacionais, a soberania sempre foi proclamada em harmonia com a responsabilidade penal internacional.

Trazendo a questão para o plano interno do Direito Processual Penal, a soberania quer dizer, por um lado, quanto aos limites da aplicação da lei brasileira e, de outro,

---

[955] A relativização do conceito de soberania tem sido sustentada até mesmo no que diz respeito ao dogma da *imunidade de jurisdição* de que gozam os Estados estrangeiros. Sobre o assunto, conferir GARCIA, Márcio; MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. (Coords). *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*. Brasília: CEDI, 2002. Merece destaque a doutrina denominada *teoria da fundamentação autônoma*, difundida por ANTENOR MADRUGA FILHO, assim sumariada: "Propomos que a submissão ao poder jurisdicional (leia-se ao Poder Judiciário independente) de outro Estado, isoladamente considerada, não contraria a norma *par in parem non habet imperium* e não pode, por essa razão, ser compreendida como um ato de violação de soberania. Não descartamos a possibilidade de que a submissão de um Estado soberano ao poder jurisdicional de outro Estado se configure em violação de sua soberania, mas para que essa violação ocorra é preciso agregar outros elementos, como a não-independência do órgão julgador ou o desrespeito a outros direito e prerrogativas reconhecidos pelo direito internacional." (Teoria da fundamentação autônoma. In: *A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro*,.p. 257.).

ao poder-dever do exercício da jurisdição no território nacional. Aqui, o que interessa primeiro abordar é o poder-dever de o Estado brasileiro aplicar a lei penal aos crimes que, de conformidade com a nossa legislação, estão sob a jurisdição nacional, independentemente de o agente que praticou e/ou sofreu a ação ser nacional ou estrangeiro. Esse princípio fundamental do sistema democrático-constitucional brasileiro implica uma garantia de que o agente, tendo praticado crime sujeito à incidência da lei brasileira, salvo a hipótese da extradição de estrangeiro, aqui será julgado e cumprirá a pena.

Nessa visão, não é admissível que o Brasil, mediante tratado ou convenção internacional, abra a exceção para o exercício de sua jurisdição quanto a determinados crimes, em favor de um órgão internacional ou de outro Estado, como se tem proposto que ocorra em relação aos delitos transnacionais, a exemplo do tráfico internacional de entorpecentes. Há precedente na ordem internacional de acordo dessa natureza, como foi o caso do tratado assinado entre os Estados Unidos e a Colômbia, o que permitiu a extradição de Pablo Escobar, então maior traficante que tinha o comando do Cartel de Medellín. Na hipótese, a Colômbia renunciou, em nome dos Estados Unidos, a prisão do seu nacional, fato que não poderia, de toda sorte, ocorrer sob a regência do sistema constitucional brasileiro.

Note-se que, no recente episódio envolvendo o traficante conhecido como *Fernandinho Beira-mar*, quando nenhum Estado brasileiro queria que ele ficasse, para fins de cumprimento da prisão que lhe foi decretada, sob a sua custódia, chegou-se a sugerir o seu envio para outro país, especialmente para os Estados Unidos, cujo interesse na repressão a esse tipo de criminalidade é notório.

Porém, em consonância com o princípio da *irrenunciabilidade ou inderrogabilidade da jurisdição*, assim como o juiz não pode transferir o seu dever de processar e julgar para outro magistrado, por mais razões ainda não pode o Estado transferir para outro a sua autoridade de exercer a jurisdição, pois sendo esta um poder, ao mesmo tempo traduz-se em um dever essencial do Estado, que não pode ser delegado a outrem, pois se reveste, outrossim, em garantia do cidadão.

Além disso, se o poder pertence ao povo, e em seu nome deve ser exercido, não pode a jurisdição, da competência exclusiva de um dos poderes do Estado, ser renunciada com a entrega de seu exercício para outro país. Isso se mostra por demais óbvio, quando se

faz a análise sob o prisma do sistema representativo democrático. O poder, que é outorgado para o agente político – seja ele do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário –, não pertence a ele, mas sim ao povo, não sendo quer legítimo quer legal a sua sub-rogação em nome de outrem.

Por fim, resta agregar que a jurisdição é uma expressão da soberania do Estado e, por isso mesmo, o seu exercício de conformidade com a extensão que lhe foi estabelecida pela lei, apresenta-se, antes de tudo, como princípio adotado tendo em mira proteger o cidadão para que ele não seja obrigado a submeter-se a processo e julgamento no estrangeiro, quando deveria estar sujeito às leis e tribunais de seu próprio país[956].

Todavia, há de distinguir-se a proibição da extradição e a inderrogabilidade da jurisdição, que fazem parte, aquela explícita e esta implícita, do texto constitucional, do *instituto da transferência de processo* – que pressupõe o consentimento do acusado –, uma vez que este tem como norte justamente possibilitar à pessoa o direito de pedir ou aceitar ser julgado ou ter a execução de sua pena no país no qual lhe é mais conveniente, seja porque nele, a despeito de ser nacional de outro país, resida ou tenha as suas ocupações habituais, ou seja porque nele esteja estabelecida a sua família. O caso de transferência de processo é hipótese de cooperação jurídica internacional com a qual, em razão da existência de tratado ou de compromisso de reciprocidade, um Estado estrangeiro aceita, a pedido do acusado ou com a anuência deste, que o processo criminal de conhecimento ou de execução seja transferido para a sua jurisdição, nada obstante o crime tenha sido praticado fora de seu território[957]. Essa forma de cooperação jurídica internacional está prevista no art. 21 da Convenção de Palermo. De acordo com a previsão ali contida, como forma de cooperação jurídica, os Estados-Partes podem efetuar a transferência mútua de processos referentes a infrações que estejam indicadas na referida Convenção, naqueles casos que essa medida se mostre necessária para a boa administração da justiça e mesmo para centralizar a instrução dos processos, desde que haja, naturalmente, prévio consentimento do acusado[958].

---

[956] Conquanto SALVATORE SATA reconheça que essa não seja a razão única do princípio da inderrogabilidade da jurisdição, ele ressalta que esse é um interesse evidente da cláusula (*Direito processual civil*. 7. ed. Tradução Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973. p. 70).

[957] Essa medida é sobremaneira importante, especialmente nas zonas de fronteira, porquanto, não raro, o acusado, embora tenha praticado o crime em um determinado território, seja porque é alienígena, seja em virtude de ter residência no exterior, prefere submeter-se à jurisdição de outro país.

[958] Conforme o art. 57 do anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional elaborado pelo Ministério da Justiça, dentre os requisitos para a transferência de processo ou da execução da pena, devem constar as seguintes

8.2.1.1 – Natureza jurídica da norma que estabelece os limites da soberania jurisdicional.

Na tradição brasileira, o legislador ordinário, com a sensibilidade aguçada pelos princípios da *conveniência* e *efetividade*, por meio de lei infraconstitucional, define quais são os crimes sujeitos à jurisdição nacional, ainda quando praticados fora de nossa extensão territorial. Com efeito, do art. 5º ao 7º do Código Penal estão delimitados quais os ilícitos penais que devem ser julgados pelos órgãos brasileiros. O primeiro aspecto a chamar a atenção é o fato de a matéria encontrar-se disciplinada no Código Penal, quando na verdade se trata de assunto referente aos limites da jurisdição, que diz mais respeito ao processo.

O que anima pensar que se trata de norma de Direito Penal material é o fato de o assunto ter sido inserido em um título que fala da aplicação da lei penal. Ou seja, o legislador, com acuidade, fez crer que a questão era afeta à aplicação da lei penal, quando, na verdade, refere-se à delimitação do exercício da jurisdição nacional. Qual a justificativa para o legislador utilizar esse ardil e, assim, tratar da matéria no âmbito do Código Penal? Lembre-se que, até 1934, não havia a unidade processual, uma vez que, sob a idéia do sistema federativo americano, cada Estado-membro, a partir da Constituição Republicana de 1891, passou a ter competência legislativa nessa área. Por isso mesmo, para assegurar que a questão seria tratada de modo uniforme em todo território nacional, o Código Penal de 1830 cuidou de disciplinar a matéria.

Quando houve a reunificação do Direito Processual Penal, o legislador, sem atentar para a razão que levou à normatização do assunto no Código Penal ou porque quis prevenir-se quanto ao possível retorno ao dualismo processual, findou mantendo a tradição de estabelecer os limites da jurisdição nacional no Código Penal. Essa é a mesma explicação que

---

informações por parte do Estado requerente: I - nome, data e local de nascimento da pessoa acusada ou condenada; II - natureza, duração e data do início do cumprimento da condenação que lhe foi imposta; III - relatório dos fatos sobre os quais se baseou a denúncia ou a sentença; IV - cópias da denúncia, do texto das disposições legais aplicadas e, se for o caso, da sentença; V - pedido da pessoa acusada ou condenada ou declaração de seu consentimento, para que se faça o envio do processo ou de cópia integral do processo, acompanhado das provas materiais indispensáveis para o julgamento; VI - declaração relativa ao tempo já cumprido da condenação, incluindo informação sobre prisão preventiva, redução da pena e sobre qualquer outro ato relativo à execução da sentença, bem como sobre a duração da pena a cumprir; VII - caso necessário, relatório médico ou social da pessoa acusada ou condenada, informação sobre tratamento no Estado Requerente ou qualquer recomendação relativa à continuação do tratamento; VIII - se necessário, prova de que a pessoa acusada ou condenada é brasileira ou sua família reside ou possui o centro de sua atividade econômica no Brasil.

justifica o fato de o Código Penal em vigor, mesmo com a unificação do Direito Processual Penal por meio da Constituição de 1934, ter continuado a dispor sobre o tipo de ação penal que os crimes desafiam – pública ou privada. Uma terceira explicação pode ser emprestada ao assunto, na medida em que o Código Penal italiano de 1930, fonte inspiradora do nosso, dispunha sobre a matéria[959].

É verdade que alguns doutrinadores defendem que os enunciados do art. 5º ao 7º são de Direito Penal internacional, porquanto possuem a natureza de uma declaração unilateral endereçada notadamente aos países estrangeiros[960]. Ainda que assim seja, não se pode negar que a natureza da norma é processual, nunca de direito material. Deveria, por conseguinte, estar catalogada no Código de Processo Penal, não no Código Penal.

O então Ministro do Supremo Tribunal Federal NELSON HUNGRIA[961], em seus comentários ao Código Penal, reconhece que o princípio da territorialidade, adotado para solucionar o relevante problema da *eficácia da lei penal no espaço*, justifica-se sob tríplice ponto de vista que, nas suas palavras, seriam *processual, repressivo e internacional*. No *plano internacional*, segundo o professor citado, a territorialidade como regra para a definição do espaço jurisdicional tem a ver com a soberania. Quanto ao *aspecto processual*, o comando retor é o "... interesse da boa administração da justiça que um crime seja julgado na jurisdição onde foi praticado, não só pela maior facilidade na obtenção das provas, como pela maior simplicidade do processo e julgamento"[962]. Por fim, na *visão repressiva*, a orientação é no sentido de que "... a punição do crime por uma justiça que funciona em lugar diverso e distante do de sua prática não atende a uma das finalidades da pena, qual seja, a da intimidação."[963] Como se vê, os dois últimos fundamentos são de natureza eminentemente

---

[959] O penalista italiano GIULIO BATTAGLINI informa que o Estatuto Penal daquele país, em seu art. 3º, caput, consagra o princípio da territorialidade (*Direito penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 1. p. 91.). Da leitura da norma do Código Penal da Itália, vê-se que o enfoque ali foi mais quanto à aplicação da lei penal do que do exercício da jurisdição penal, da mesma forma como se deu na legislação brasileira.

[960] BATTAGLINI assim se pronuncia, tendo em conta que a denominação D*ireito Penal internacional* corresponde ao "... conjunto de normas de direito penal interno, visando a tutela de interesses que não são exclusivos de um único país (Ibid., p. 90).

[961] *Comentário ao código penal*. vol. 1, p. 147.

[962] Ibid. p. 147.

[963] Ibid. p. 147.

processual, utilizados justamente para orientar o legislador infraconstitucional quando trata da distribuição da competência entre os órgãos jurisdicionais[964].

8.2.1.2 – (Ir) renunciabilidade ao exercício da jurisdição brasileira.

O princípio comum adotado pelos países, em relação à incidência da jurisdição, é no sentido de que cabe ao Estado julgar os crimes ocorridos dentro do seu território, segundo as leis por ele adotadas. O princípio da territorialidade, como bem acentua NELSON HUNGRIA[965], é um primado do direito interno, que corresponde ao *monopólio da ordem jurídica* pelo Estado, como expressão de sua soberania. Conquanto a regra básica da soberania jurisdicional brasileira se paute na territorialidade, no art. 5º do Código Penal, como exceção a ela, está insculpido que *convenções, tratados e regras de direito internacional* podem dispor em sentido contrário, com o objetivo de eleger outro país para se dar o julgamento.

Consoante a redação do art. 5º do Código Penal, o Brasil pode renunciar ao exercício de sua jurisdição sobre determinadas pessoas ou mesmo reconhecer privilégios que tragam como conseqüência a derrogação, ainda que parcial, do princípio da territorialidade, em virtude de estipulações expendidas em convenções, tratados ou regras costumeiras internacionais.

O que a norma processual penal permite não é que o governo brasileiro, tendo em conta a natureza do crime ou o fato de ele ser de repercussão internacional, renuncie a sua jurisdição e delegue essa missão a outro país ou a algum organismo internacional. O que se admite é que, em determinadas circunstâncias, por questão de *conveniência e de efetividade*, seja deliberado, em atenção à previsão preceituada em tratado, convenção ou regra internacional, ou mesmo por meio de norma subconstitucional específica, o processamento e julgamento do caso em outro país. Tome-se como exemplo a questão do crime praticado por meio da internet. A permanecer a regra do art. 6º, uma pessoa sediada em Nova Iorque, nos Estados Unidos, mediante a exposição de fotos pornográficas envolvendo crianças e

[964] Com efeito, o legislador ordinário, ao estabelecer como regra geral da competência o *forum delicti comissi* (arts. 70 e 71 do CPP), tem em conta não só a melhor prestação da atividade jurisdicional, devido ao local onde ocorreu o crime possibilitar maior proximidade do órgão julgador das provas, mas também o fato de ser lá que a sociedade exige de forma mais direta a ação da justiça.

adolescentes, com ampla veiculação nos equipamentos de informática em operação no território nacional, pratica um crime que deve ser processado e julgado por um dos órgãos jurisdicionais brasileiros. Todavia, é muito mais razoável que, sem embargo de a ação ilícita ter aqui repercutido, por questão de conveniência e de efetividade, a apuração e julgamento do fato ilícito se dê no Estado americano. Nesse caso, atendendo a esses princípios de conveniência e efetividade, é aceitável que o assunto seja tratado pelo país mais próximo do local em que a atividade ilícita teve maior foco. Esse é o temperamento do rigor do princípio que veda a renúncia da jurisdição e se coaduna, no mínimo, com a *lógica do razoável*.

Em exame do assunto, NELSON HUNGRIA[966] verifica que, de acordo com a interpretação a contrário senso do art. 5º, § 2º, do Código Penal, em se tratando de crime praticado a bordo de aeronave ou embarcações estrangeiras públicas, não se aplica a legislação brasileira, a menos que o fato criminoso tenha sido cometido em terra. De todo modo, em exegese elástica da norma em foco, tem-se entendido que, caso o tripulante tenha descido do navio ou aeronave público a serviço de seu país, ele não deve responder perante a jurisdição brasileira. Relata ainda o citado jurista que, *por uma questão de cortesia diplomática*, o Brasil, na época da guerra, renunciava "... à punição de delitos sem gravidade praticados por gente da tripulação de navios de guerra, ainda que tenham vindo à terra simplesmente a passeio." Aprofundando a discussão sobre o assunto, o ínclito jurista defende que, em uma interpretação combinada do dispositivo em destaque do Código Penal com o Decreto nº 855, de 8 de novembro de 1851[967], conclui-se que, mesmo no caso em que o navio se encontra surto em porto nacional, a jurisdição brasileira somente deve ser exercida, para o fim de processar e julgar o fato, se o delito for grave e a sua prática, de qualquer forma, tiver *perturbado a tranqüilidade pública ou particularmente atingido qualquer habitante do país*[968].

Com esteio nessa lição, TOURINHO FILHO[969] sustenta que, na hipótese de navio ou aeronave privado, ocorrido o ilícito no interior de um navio ou aeronave, desde que os meios de locomoção tenham se limitado apenas a cruzar as águas territoriais ou o espaço

---

[965] Ibid.
[966] Ibid., p. 171.
[967] Esse decreto, dentre outras coisas, regulava a isenção de atribuições dos agentes consulares estrangeiros no Império e o modo por que se há de haver na arrecadação e administração das heranças de súditos de suas nações, dado o caso de reciprocidade.
[968] Ibid., p. 171.
[969] *Processo penal*. v. 1. p. 107.

aéreo nacional, não há plausibilidade para que aqui seja exercida a jurisdição. No mesmo sentido, a despeito de reconhecer que as embarcações e aeronaves mercantis quando não estão no cumprimento de missão oficial, na hipótese de acharem-se em águas ou território de outro Estado, sujeitam-se à lei do país no qual se encontram, BATTAGLINI adverte que, na prática, não é o que ocorre, pois a "... maioria dos países acolhe o conceito de que a embarcação privada somente se submete à lei do Estado em cujas águas territoriais se encontre, na hipótese de o delito se relacionar com pessoas estranhas à tripulação, provocando perturbação da paz pública daquele Estado"[970].

Em verdade, essa praxe, de certa forma, veio a ser consagrada na Convenção de Genebra, de abril de 1958, ao ficar ressaltado, no seu art. 19, § 1º, que a jurisdição penal do Estado no qual ocorreu a infração, em relação aos crimes cometidos a bordo de navios estrangeiros privados que se encontram apenas de passagem pelas águas territoriais, somente deve exercer-se desde que satisfeitas determinadas condições, assim sumariadas por TOURINHO FILHO[971]: a) as conseqüências da infração se estenderem ao Estado em cujas águas territoriais foi ela cometida; b) a infração perturbar a paz pública do país ou a boa ordem no mar territorial; c) a assistência das autoridades locais tiver sido solicitada pelo capitão do navio ou pelo cônsul do Estado cuja bandeira o navio ostenta; d) as medidas forem necessárias para a repressão de tráfico de entorpecentes.

Sobressai-se, assim, que, em determinadas circunstâncias, ainda que pelo princípio da ubiqüidade fosse o caso de aplicar-se a jurisdição brasileira, por medida de conveniência e mesmo de efetividade, nada impede que a legislação brasileira coloque restrições ao alcance do conceito de soberania. Essa medida não afronta a Constituição, até porque ela encontra justificativa plausível. Ademais, como se disse acima, não se tem dúvidas de que essa questão deverá ser bem analisada pelo legislador brasileiro, no momento em que se ocupar de delimitar a competência dos órgãos jurisdicionais brasileiros quanto ao processo e julgamento dos crimes transnacionais praticados pela internet, especialmente no que atine aos delitos de pedofilia.

---

[970] Op. cit., p. 92.
[971] Ibidem. p. 107.

Por outro lado, não se confunde com renúncia da jurisdição a hipótese de cooperação jurídica internacional que consiste na transferência de processos criminais, tal como ficou anotado no item 8.2.1.

8.2.1.3 – Tribunal Penal Internacional.

Conforme exposto, o conceito de soberania sempre se teve em harmonia com o costume internacional de cooperação na persecução de crimes transnacionais, a exemplo dos delitos de pirataria[972]. Alguns países, em ação unilateral, responsabilizavam-se na persecução criminal dos delitos de Direito internacional, circunstância que não trazia maiores problemas, até porque poucos eram os crimes dessa natureza[973].

Com o aparecimento de novos ilícitos internacionais, principalmente com os crimes contra a humanidade praticados durante a Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade de institucionalizar o combate a esse tipo de criminalidade e, de outro modo, modificar o perfil da responsabilidade penal. Até então, um Estado somente poderia processar e julgar alguém quando a conduta fosse considerada crime no território em que ela tivesse sido praticada. Com os graves delitos de guerra praticados pelos nazistas e facistas, mediante o Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, para não deixar impunes os crimes tidos como praticados contra os direitos humanos, criou-se o Tribunal Militar de Nuremberg, com a missão de julgar atos considerados bárbaros e desumanos, ainda que cometidos sob o manto protetor da legislação de um determinado País[974].

Mediante Resoluções da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, os princípios que nortearam o processo de Nuremberg foram consagrados como cláusulas do Direito Penal Internacional, esclarecendo-se que os *crimes contra a humanidade*

---

[972] Essa tradição se revela por meio do Tratado de Westphalia do Século XVII, que tipificava os fatos ilícitos e traçava as regras para o combate à pirataria marítima – foi ratificado pela Convenção de Genebra sobre o alto-mar e, mais recentemente, pela Convenção do Mar de Montego Bay, de 1989. (RAMOS, André de Carvalho. *O estatuto do tribunal penal internacional e a constituição brasileira*. In: Tribunal Penal Internacional. Org. Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 248.

[973] Cite-se como exemplo a Convenção Internacional de Combate ao Tráfico de Escravos, assinada em 1926.

[974] O Tribunal de Nuremberg, por muitos considerado um *tribunal de exceção*, criado após os fatos criminosos, como já havia sido salientado, com a qualificação de crimes contra a humanidade, contribuiu para o *reumanização do Direito Penal*, criando o espaço propício ao surgimento da *Escola da Nova Defesa Social*. A par disso, redirecionou, igualmente, o Direito Penal Internacional.

seriam passíveis de punição, ainda que as condutas fossem praticadas em consonância com permissibilidade albergada em legislação nacional. Nessa fase embrionária, nos termos da Resolução 3.074 (XXVIII), de 3 de dezembro de 1973, da Assembléia Geral da ONU, cada Estado podia punir os *crimes de guerra* e *contra a humanidade*, desde que efetuasse a detenção do acusado ou então, mediante acordo, podia extraditar para outro país interessado em assumir a responsabilidade em exercer a jurisdição sobre o caso.

A falta de um Tribunal Penal Internacional, entretanto, passou a gerar alguns inconvenientes, com sérios problemas diplomáticos entre os países. O mais recente, e que teve ampla repercussão internacional, foi o chamado caso PINOCHET, ocorrido em 1998[975]. Na apreciação da matéria, a *House of Lord*, mais alta corte de justiça do Reino Britânico, mesmo considerando que a imunidade de jurisdição decorre da soberania dos Estados, por maioria dos *Law Lords*, ponderou que ela se mostra imprestável, quando se trata de crime em que se verifica *grave violação de direitos humanos*[976]. A necessidade da evolução institucional do Direito Penal Internacional era patente, a fim de que os julgamentos desses crimes contra a humanidade não ficassem ao jugo dos interesses de determinados Estados e, de outro lado, para que fossem estabelecidos os órgãos da magistratura e do Ministério Público incumbidos do trato do assunto, com a imprescindível neutralidade e imparcialidade. Inaugurando essa nova etapa do Direito Penal Internacional, no ano de 1994, por recomendação assentada quando da 49ª Sessão da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, decidiu-se pela criação dos órgãos da justiça internacional e, pouco tempo após, mais precisamente em 1998, aprovou-se, em Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional[977]. Consolidando o envolvimento internacional do Brasil quanto à preservação dos direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 2005, acrescentou ao art. 5º da

---

[975] Sabendo da estada de AUGUSTO PINOCHET, ditador chileno, em solo inglês, o magistrado espanhol Garzón expediu , em 16 de outubro de 1998, um pedido de detenção daquele, com o seu conseqüente envio para a Espanha, a fim de que ele respondesse pela prática dos *crimes contra a humanidade* de seqüestro, tortura e homicídio, praticados com o aparato estatal por motivação meramente política, que teve como vítimas espanhóis que viviam no Chile. Houve muita discussão a respeito da legitimidade da Espanha em pretender a responsabilidade penal de um ex-Chefe de Estado, que gozava de imunidade. Cf. RAMOS, André de Carvalho. O caso pinochet*:* passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 25, jan.-mar./99. p. 106-114.

[976] GARCIA, Márcio. *Imunidade do estado:* quem disse que o rei não erra? In: A imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro. p. 84-86.

[977] No primeiro momento, apesar do boicote dos Estados Unidos, 120 países ratificaram o Estatuto e se submeteram à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Sete países, dentre eles os Estados Unidos e a China, votaram contra. O Brasil recalcitrou em se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, devido à cláusula que exige a entrega de nacionais para o julgamento que, em primeira análise, conflitaria com a regra encartada em nossa declaração de direitos, que veda a extradição de brasileiros.

Constituição o § 4º, a fim de consignar que, em caso de manifesta adesão, o nosso país se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional - TPI[978].

O TPI, organismo interncional pensado e criado como instância complementar de tutela aos bens jurídicos mais caros da humanidade, reforça a idéia central desse estudo de que o sistema criminal tem como esteio a proteção aos direitos humanos e que a teoria do processo penal, em particular, deve ser vazada em consonância com a principiologia dimanada da ampla compreensão da declaração de direitos plasmada sob a imagem dos direitos fundamentais encartados na Constituição e nos diplomas internacionais.

8.2.1.3.1- Organização, composição e competência do Tribunal Penal Internacional.

Na dicção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, esse órgão judicante é uma instituição permanente, vinculada às Nações Unidas, com sede na cidade de Haia, com competência específica para julgar "os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto", assim entendidos os delitos de genocídio, contra a humanidade[979], de guerra[980] e de agressão[981]. Adotou-se o princípio do *específico vínculo jurisdicional*, de modo que apenas se exerce a jurisdição do TPI se o Estado territorial do suspeito é Estado-parte ou então quando o Estado, em um caso determinado, aceita submeter-se à jurisdição *ad hoc*, sendo abandonada a idéia da *jurisdição universal*[982]. Ainda em limitação da jurisdição do TPI, preferiu-se acolher o postulado da *complementaridade*, de modo que o TPI somente admitirá um caso quando o Estado no qual praticado o crime "... não

---

[978] De acordo com a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão" (art. 5º, § 4º). O Brasil reconhece e se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e, inclusive, tem uma representante no referido órgão, a Juiz SILVIA STEINER.

[979] O elenco dos crimes contra a humanidade é extenso. Compreende o homicídio; o extermínio; a escravidão; deportação ou transferência de populações; o encarceramento ou outra privação da liberdade física, em violação às normas fundamentais do Direito Internacional; a tortura; o estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outros abusos sexuais de gravidade comparável; a perseguição de um grupo ou coletividade; o desaparecimento forçado de pessoas; o *apartheid*; outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física. Como elementar do tipo, exige-se que a ação seja praticada "... como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque".

[980] Em relação aos crimes de guerra, pelo menos pelo prazo de sete anos, o Estado signatário pode optar pela cláusula *op-in*, que significa a não-sujeição, quanto a esse tipo de crime, ao Tribunal Penal Internacional.

[981] Art. 5, 1, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

[982] CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 8-9. Os autores salientam que a proposta da jurisdição universal era da Alemanha, mas findou preponderando a sugestão intermediária, ofertada pela Coréia do Sul.

seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo" (art. 17 do Estatuto).

O Tribunal Penal Internacional, em compasso com o art. 34 do Estatuto, tem como órgãos a Presidência, uma Seção de Apelações, uma Seção de Primeira Instância, uma Seção de Questões Preliminares, a Promotoria e a Secretaria e tem como membros dezoito juízes[983], eleitos em regime de dedicação exclusiva, para um mandato de nove anos, não se admitindo a reeleição (art. 36, 9, do Estatuto). Qualquer Estado-membro pode indicar uma pessoa[984] para ser membro do TPI, devendo o candidato ser fluente em um dos idiomas de trabalho do Tribunal[985], possuir notório conhecimento teórico de Direito Penal e Processual Penal ou de ramos pertinentes do Direito Internacional, a exemplo do Direito Internacional humanitário e Direito Internacional dos direitos humanos, e a respectiva experiência em causas dessa natureza, adquirida no exercício da magistratura, da promotoria, da advocacia ou de atividade similar (art. 36, 3, b, i e ii., do Estatuto). Reclama-se, ainda, que o candidato goze de alta consideração moral, imparcialidade e integridade, e reúna os requisitos exigidos para o desempenho das mais altas funções judiciárias em seus respectivos países. A escolha, feita pelo método da eleição, será feita de forma secreta em uma sessão da Assembléia dos Estados-partes convocada justamente para esse fim, considerando-se eleitos os 18 candidatos que conseguirem a maior votação e uma maioria de dois terços dos Estados-partes presentes e votantes.

Em busca de uma composição geopolítica do Tribunal, determina-se que, na escolha dos juízes, os Estados-partes levem em consideração os seguintes critérios: a) representação dos principais sistemas jurídicos do mundo; b) representação geográfica eqüitativa e c) representação equilibrada de juízes mulheres e homens.

A promotoria, como se viu, é um dos órgãos do Tribunal, porém autônomo, com ampla independência para receber as denúncias e informações fundamentadas sobre crimes da alçada da jurisdição internacional. Além disso, o Promotor possui plenos poderes investigatórios, podendo, para tanto, não só instaurar de ofício uma investigação, como

---

[983] Esse número, de acordo com o volume de serviço, pode ser acrescentado, mediante proposta da Presidência (art. 35, 3, do Estatuto).
[984] Não se impõe que ele seja natural do Estado que faz a indicação.
[985] Embora os *idiomas oficiais* do Tribunal sejam o árabe, o chinês, o espanhol, o francês, o inglês e o russo, os *idiomas de trabalho* são tão-somente o francês e o inglês (art. 50, 1 e 2, do Estatuto).

solicitar diretamente informações a Estados, órgãos das Nações Unidas, organizações intergovernamentais ou não governamentais, e mesmo colher testemunhos escritos ou orais, sem a prévia intervenção do TPI[986]. Para o desempenho de suas funções, a Promotoria tem dois departamentos, sendo um de investigação criminal – *Investigation Division* – e outro processual – *Prosecution Division*[987]. Chefiada pelo Promotor, este terá o auxílio de um ou mais Promotores Adjuntos, exigindo-se deles, em rigor, os mesmos predicados previstos para os juízes. Eles serão eleitos pela maioria absoluta dos membros da Assembléia dos Estados-partes, sendo que os Promotores Adjuntos serão recrutados de uma lista de até três nomes, apresentada pelo Promotor.

8.2.1.3.2- Cooperação jurídica internacional por meio dos órgãos jurisdicionais internos.

Importa insistir que a estruturação do Tribunal Penal Internacional descortina um passo decisivo no sentido de dar proteção aos direitos humanos universais. Da leitura do preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional nota-se que a preocupação dos Estados-membros foi a de conceber um instrumento eficiente de cooperação internacional no combate aos crimes contra os direitos humanos, delitos de extrema gravidade que comprometem o patrimônio comum inerente a todos os povos, que se traduz na paz, na segurança e no bem-estar da humanidade, postulados representados pela essência dos direitos fundamentais.

Todavia, conquanto a criação do Tribunal Penal Internacional represente um importante avanço para a melhoria da cooperação internacional, impõe-se que os Estados não se descurem quanto à definição de uma política específica para essa área de atuação, mediante

---

[986] Esses poderes investigatórios confiados ao Ministério Público revelam a tendência internacional nesse sentido. Cf. item 9.3.2.2.2,

[987] Na página eletrônica do TPI, www.icc-cpi.int , registra-se que as atribuições da Promotoria compreendem a investigação, de modo que é "*... responsible for preliminary examinations and the conduct of investigations [suc as collecting and examining evidence, questioning persons being investigated as well as victims and witnesses). In this respect, the Statute requires the office to extend the investigation to cover both incriminating and exonerating facts, recognising the responsibiliity to strive to estabilish the truth in every case. The Prosecution Division has a role in the investigative process, but wil have principal responsibility for the litigation of cases before the various Chambers of the Court*." (responsável pela investigação preliminar e pela condução das investigações [tais como a coleta e exame das provas, inquirição das pessoas investigadas como também das vítimas e testemunhas. A esse respeito, o Estatuto impõe que a Procuradoria estenda a investigação para incriminar quanto para exonerar a responsabilidade penal, reconhecendo-a para empenhar-se em estabelecer a verdade em muitos casos. A divisão processual possui um papel no processo investigativo, mas terá como principal responsabilidade submeter os casos litigiosos aos vários Juízes da Corte) (Tradução livre).

a elaboração de legislação adequada que esmiuce os procedimentos pertinentes para facilitar e incrementar o auxílio internacional, quanto ao combate à criminalidade.

Até porque, da leitura acurada do art. 4º, inciso IX, da Constituição[988], extrai-se a inteligência de que o sistema jurídico brasileiro tem como princípio a *cooperação jurídica internacional*, razão pela qual, se não por outros motivos, já se mostra em mora o legislador nacional, porquanto não cuidou este, ainda, de trazer a lume diploma legal específico e sistemático disciplinando a matéria[989]. Até agora, a legislação brasileira tem previsão consistente apenas quanto à cooperação internacional que é feita de forma concentrada por parte do Supremo Tribunal Federal, processada em pedidos de carta rogatória, homologação de sentença estrangeira e extradição[990].

Contudo, essa forma de cooperação internacional prestada pelo Estado brasileiro tem se mostrado ineficiente, a partir mesmo da jurisprudência firmada pelo

---

[988] A dicção normativa do art. 4º, inciso IX, da Constituição está assim vazada: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: ... IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade". Na medida em que se reconhece que a declaração dos direitos fundamentais, ao lado da garantia da tripartição dos poderes, representa o núcleo das constituições democráticas contemporâneas, não se há de olvidar que essa declaração normativa de que o Estado brasileiro tem o compromisso, perante a ordem internacional, de cooperação para o progresso da humanidade, alcança, com especial destaque, a proteção das declarações universais dos direitos humanos, sejam aqueles previstos nos documentos internos, sejam os que constam de documentos internacionais ratificados, com a conseqüente prestação de auxílio no combate à criminalidade.

[989] Tendo em mira suprir essa omissão, o Governo Federal, por via de Portaria nº 2.199, de 10 de agosto de 2004, emanada do Ministério da Justiça e assinada pelo Ministro MÁRCIO THOMAS BASTOS (publicada no Diário Oficial da União de 11 de agosto de 2004), criou comissão para a elaboração de anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional, composta das seguintes pessoas: CLÁUDIA MARIA DE FREITAS CHAGAS (Presidente), ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO (Coordenador), ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, CARMEM TIBÚRCIO, EDSON OLIVEIRA ALMEIDA, Ministro GILSON DIPP, JORGE FONTOURA, MANOEL ANTONIO DA FONSECA, MÁRCIO GARCIA, MARIA ROSA GUIMARÃES LOULA, MILTON NUNES TOLEDO JÚNIOR, NÁDIA DE ARAÚJO e WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR. Os trabalhos foram finalizados, encontrando-se o anteprojeto, ainda, na fase de consultas e audiências públicas. Existem o Projeto de Lei do Senado nº.38/2005 e Projeto de Lei da Câmara nº.1982/2003, que tratam de alguns pontos da cooperação jurídica internacional em matéria penal. Nada obstante, sente-se a necessidade de que seja editada uma lei de cooperação jurídica internacional geral, pois, os mais relevantes casos de cooperação têm sido efetivados com base em promessa de reciprocidade ou em conformidade com acordos bilaterais, muitos defasados e imprecisos, que não abrangem todos os temas necessários da cooperação. É verdade que, nos últimos tempos, o Brasil tem intensificados os acordos bilaterais de cooperação jurídica, porém, ainda assim, inúmeros são os Estados com os quais não temos nada previamente acordado. Ademais, a legislação nacional interna não possui o instrumental adequado para satisfazer os anseios do Estado brasileiro no combate à criminalidade internacionalmente, com o respeito aos direitos humanos. O anteprojeto foi elaborado tendo em conta dois anteprojetos de lei de cooperação jurídica internacional em matéria penal: o realizado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE e o realizado pelo Ministério Público Federal. O projeto segue exemplos estrangeiros como os da Suíça, Argentina e Portugal, que possuem legislação de cooperação jurídica internacional.

Supremo Tribunal Federal em não admitir a cooperação quando o pedido do Estado estrangeiro, feito por meio de carta rogatória, alberga medida de *caráter executório*. Assim, pedidos de arrestos, penhoras, busca e apreensão e quebra de sigilo bancário, medidas cautelares imprescindíveis para que o Estado estrangeiro possa instruir o processo que corre em seu território, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não podem ser admitidas, uma vez que, por revistirem *caráter executório*, somente devem ser acolhidas caso haja antes a homologação da sentença estrangeira transitada em julgado[991]. A respeito de pedidos de informações bancárias, NÁDIA ARAÚJO[992] faz menção à Carta Rogatória nº 8.622, julgada em 24 de setembro de 1999, relatada pelo Ministro CELSO DE MELLO, denegada sob o argumento de que, no Brasil, a cooperação internacional consistente na concessão de informação de recursos custodiados em instituições financeiras implica quebra de sigilo bancário, o que exige autorização judicial fundamental, cujo cumprimento se reveste de natureza executória.

A posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido de restringir a cooperação internacional passiva por meio de carta rogatória aos casos em que o pedido não contempla medida de caráter executório, dá a impressão de que no Brasil o princípio retor seja o da *não-cooperação*, circunstância que nos qualifica, perante os demais países, no mínimo como *poucos cooperativos*, porquanto essa postura tem prejudicado, como adverte NÁDIA ARAÚJO[993], "... as investigações que envolvem expressivo número de pessoas relacionadas ao tráfico internacional de drogas, a despeito da vigência da Convenção de Viena contra essa modalidade criminosa." Observe-se, por exemplo, a decisão exarada, à unanimidade, pela Corte Suprema na Carta Rogatória nº 8622/IT, com a qual o Governo

---

[990] Com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a competência para homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passou para o Superior Tribunal de Justiça (art. 205, I, *i*, da Constituição).

[991] Sobre o assunto, Cf. ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado:* teoria e prática brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 261-266. Em seu estudo, NÁDIA ARAÚJO informa que a origem dessa jurisprudência tem reminiscência no Aviso nº 1, de 1847, que foi ratificado pela Lei nº 221, de 1894. Conquanto posteriormente essa lei tenha sido revogada, esclarece a autora que o Supremo Tribunal Federal persistiu seguindo essa orientação, invocando, para tanto, ofensa à *ordem pública*, nos casos em que pedido feito por meio de carta rogatória contém caráter executório (Ibid., p. 261.).

[992] Ibid., p. 264. Do acórdão lavrado pelo Supremo Tribunal Federal, a Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo – USP destaca a seguinte parte: "Quanto à diligência que pretende a investigação de contas bancárias, o pedido também não comporta deferimento. É que a quebra do sigilo bancário depende, no Brasil, de ordem judicial que a decrete, inexistente, no caso, pois o pedido partiu do Ministério Público no Tribunal de Roma, na linha do que ficou decidido na Carta Rogatória nº 7.126-4 – República Italiana (DJ 20.03.96, p. 7.875). 5. Portanto, a diligência acima referida não poderia ser executada sem que antes se procedesse à homologação, pela Justiça Brasileira, de eventual sentença estrangeira que a tivesse determinado" (Ibid, p. 264).

[993] Ibid., p. 265.

italiano, além de informações sobre determinada empresa e os seus respectivos sócios, solicitou a cooperação brasileira no sentido de que fosse feita a quebra do sigilo bancário e seqüestrados os valores depositados em nome deles. No voto lavrado pelo relator, Ministro CELSO DE MELLO[994], ressaltou-se que o cumprimento da cooperação somente poderia ser aceito quanto à pressão de *simples informações* sobre a empresa e os sócios, excluindo-se, por conseguinte, a possibilidade de atender-se o pedido de seqüestro e de quebra de sigilo bancário, tendo em conta que tal *implica ofensa à ordem pública e à soberania*.

Sem embargo da imagem negativa que a falta de cooperação suscita na ordem internacional, o tratamento que o Brasil tem recebido de países estrangeiros vem sendo em direção diametralmente oposta. Lembre-se do famigerado caso dos fraudadores da previdência social, em que os Estados Unidos efetuaram, a pedido do Governo brasileiro, a repatriação dos recursos depositados em instituições bancárias americanas pelos fraudadores da previdência social. Recorda NÁDIA ARAÚJO[995], ainda, do caso do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, no qual os Estados Unidos prestaram cooperação ao Estado brasileiro, no sentido de repassar informações bancárias relativas ao ex-Senador Luiz Estevão e ao ex-juiz do Trabalho Nicolau dos Santos Neto.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado no sentido de avançar o seu entendimento sobre o assunto. Com efeito, ultimamente, conforme registra NÁDIA DE ARAÚJO[996], a Suprema Corte passou a admitir o cumprimento de carta rogatória revestida de caráter executório, desde que o Estado requerente seja signatário, junto com o Brasil, de acordo multilateral ou bilateral, conforme restou consignado no pedido de busca e apreensão de menor, formulado pelo Governo argentino, agitado com base em permissão convencional[997]. Isso porém, ainda não é o suficiente. O ideal seria que essa posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o cumprimento de carta rogatória em que há pedido de que seja adotada medida de caráter executório fosse alterada. Espera-se que o

---

[994] A ementa do acórdão em referência contém a seguinte redação: "CARTA ROGATÓRIA – DILIGÊNCIAS - INFORMAÇÕES SOBRE EMPRESA E SÓCIOS. O deferimento de execução de carta rogatória, com exclusão de seqüestro - medida executória - e de quebra de sigilo bancário, para obter-se simples informações, não implica ofensa à ordem pública e à soberania nacional." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 26/21/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 out. 2005.

[995] Ibid., p. 265. Pode-se agregar, também, o episódio envolvendo o ex-Governador de São Paulo Paulo Maluf.

[996] Op. cit., p. 263.

[997] À vista disso, afora os muitos acordos multilaterais e bilaterais que o Governo brasileiro está negociando, o site do Ministério da Justiça (www.mj.gov.br) revela a existência de vários acordos dessa natureza, o que serve para dar lastro à prestação de cooperação por meio de carta rogatória, mesmo quando o pedido contém medida de natureza executória.

Superior Tribunal de Justiça, órgão judicante ao qual, com a reforma judiciária implementada com a Emenda Constituição nº 45, de 2005, foi atribuída a missão de apreciar a cooperação jurídica internacional perquirida pelo país estrangeiro sob essa forma, mostre-se sensível à necessidade de modificação da jurisprudência em torno do assunto.

8.2.1.3.2.1- Cooperação jurídica internacional por assistência direta.

A par da cooperação jurídica internacional com a qual um país pede que o outro, tendo em conta decisão dada pela sua justiça, acate e determine o cumprimento do que nela restou determinado, no âmbito internacional tem-se admitido o que se convencionou chamar de *cooperação direta*, hipótese em que o país, tendo interesse na realização de uma diligência ou que seja determinada uma medida coercitiva em território alheio, solicita que o país estrangeiro faça o patrocínio dessa pretensão perante os órgãos jurisdicionais nacionais[998]. A diferença é que na assistência direta, ao invés de o Estado requerente solicitar que seja cumprida, no território alheio, a decisão dada pela sua justiça, ele pede que o Governo do Estado requerido patrocine, em seu nome, perante o seu Poder Judiciário, que este determine a realização da audiência ou a medida almejada.

Nesse caso, a cooperação jurídica internacional se faz perante a jurisdição de primeira instância, apresentando-se, assim, como forma difusa e descentralizada de enfrentar

---

[998] O anteprojeto de cooperação jurídica internacional, elaborado pelo Ministério da Justiça, em consonância com a doutrina de Direito Internacional Penal, prevê a existência de três níveis de cooperação, classificados em função do bem jurídico que a medida solicitada tem em mira obter. No primeiro nível da cooperação, estão as medidas de assistência *leve e simples*, entendidas como aquelas consideradas de mero trâmite ou instrutórias, que se dirigem à averiguação ou à obtenção de provas e que não afetam significativamente nem o direito patrimonial nem direitos e liberdades individuais. No segundo nível, estão as medidas processuais que podem causar gravame de ordem patrimonial, tais como embargos, seqüestros e arrestos. E, no último e terceiro nível, cuida-se da cooperação que trata da cooperação que possui por objeto o direito de ir e vir e o direito à liberdade, como são os casos de pedido de transferência de apenados e a extradição. Sem embargo dessa distinção, o anteprojeto trata, ainda, da chamada cooperação jurídica, assim denominada porque, nesse caso, o pedido de cooperação é encaminhado *diretamente* para a autoridade central, dispensando-se o trâmite pela via diplomática. De acordo com o anteprojeto elaborado pela comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, nesse caso, para fins de uniformizar a nomenclatura com o sistema português, a cooperação jurídica é chamada de auxílio direto. No termos do art. 33 do mencionado anteprojeto, "O pedido de auxílio terá por objeto, entre outros: I - produção de provas; II - busca e apreensão; III - identificação, localização e custódia de objetos e pessoas, decretação de indisponibilidade, seqüestro, arresto, apreensão ou confisco de bens, direitos e valores; IV - proteção de réus, vítimas e testemunhas; V - prestação de qualquer outra forma de cooperação jurídica internacional não proibida pela lei brasileira."

a questão[999]. Essa é uma prática cada vez mais usual entre os países, amplamente utilizada pelo Brasil, e que vem sendo regulamentada em acordos multilaterais e bilaterais. Contudo, a falta de legislação específica sobre a cooperação internacional tem feito com que o Brasil encontre dificuldades nos acordos sobre cooperação jurídica internacional[1000], além de ocasionar conflitos internos de atribuições entre as várias autoridades nacionais que se acreditam competentes para manter contatos diretamente com as autoridades estrangeiras, o que contribui para o nosso descrédito perante a ordem internacional[1001].

Mostra-se urgente a necessidade de normatização das hipóteses em que a cooperação jurídica internacional pode ser dada pelo Estado brasileiro de forma direta, seja por meio da autoridade central administrativa, quando não houver a necessidade de prévia decisão judicial, ou mediante intervenção do Poder Judiciário, nos casos em que o atendimento do que foi solicitado prescindir da submissão do pleito à prestação jurisdicional[1002]. A mora do legislador, na feitura de diploma legal cuidando de preceituar as nuances do processo de cooperação, tem feito com que o assunto seja debatido e decidido de forma empírica e assistemática, com evidente comprometimento da eficiência e qualidade dessa tarefa. Denota-se a necessidade premente da elaboração de diploma legal que venha a

---

[999] No art. 4º, inciso III, do anteprojeto de cooperação jurídica internacional, está previsto como meio de cooperação o auxílio direto, como gênero da cooperação jurídica internacional. É instrumento com o qual se pode prestar a cooperação para aqueles atos que prescindam do *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, hipótese em que os juízes nacionais passam a ter inteira liberdade de apreciação. O auxílio direto só é possível quando a parte no exterior provoca a Autoridade Central brasileira para que esta, valendo-se do Ministério Público Federal, encaminhe ao juiz nacional a análise total do cabimento/mérito/admissibilidade do ato, não servindo, por conseguinte, para executar uma ordem judicial, pois, se assim fosse, estar-se-ia usurpando a competência constitucional deferida ao Superior Tribunal de Justiça.

[1000] Nas negociações de acordos bilaterais e multilaterais com países estrangeiros, a inexistência de lei nacional sobre cooperação jurídica internacional fragiliza a posição do Governo brasileiro, além de exigir, no desiderato de espancar discussões quanto a omissões, que questões secundárias sejam explicitadas entre as cláusulas ajustadas.

[1001] No recente episódio envolvendo o ex-Governador de São Paulo PAULO MALUF, houve certo desconforto entre o Brasil e a Suíça, posto que este país estrangeiro reclamou que lhe foram solicitados, duas vezes, por representantes de órgãos brasileiros diferentes, os mesmos documentos referentes a movimentações financeiras operadas em instituições bancárias suíças.

[1002] Não raro, o que o país estrangeiro quer é apenas a informação sobre o andamento de um processo ou sobre a legislação brasileira. Nesses casos, não só a autoridade central como as autoridades diplomáticas ou consulares brasileiras podem prestar a cooperação jurídica internacional, independentemente da manifestação do órgão jurisdicional. Por outro lado, em se tratando de informação sobre andamento processual, parece razoável que haja previsão quanto à possibilidade de o juiz, sem a intermediação da autoridade central, prestar a informação. Para esses casos, o anteprojeto aqui mencionado prevê a possibilidade de a autoridade central, independentemente de autorização judicial, prestar a cooperação solicitada. No art. 20 do referido anteprojeto, está dito que "A Autoridade Central ou o juiz competente poderão fornecer informação sobre andamento de processo no país.", acrescentando, ainda, o art. 36, que "O auxílio para a prática de atos, que segundo a lei brasileira não necessitem de prestação jurisdicional, pode ser efetuado diretamente pela Autoridade Central".

disciplinar a matéria, especialmente quanto ao processo criminal de cooperação internacional, uma vez que, cada vez mais, aumenta o número de casos em que o Brasil é chamado para dar a sua colaboração aos países estrangeiros e, igualmente, de hipóteses em que o Estado brasileiro precisa da cooperação internacional a fim de poder atuar com eficiência na luta contra a criminalidade, até porque os crimes de base organizativa, notadamente os que dizem respeito ao tráfico internacional de drogas, à lavagem de dinheiro e corrupção em geral, possuem como característica não conhecer fronteiras, posto que os seus tentáculos se ramificam por vários países e mesmo continentes[1003].

Note-se que a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que trata dos crimes de "lavagem de dinheiro" ensaiou normatizar a cooperação jurídica internacional direta, ao dispor, no art. 8º, caput, que "O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos no art. 1º, praticados no estrangeiro." Aqui, o legislador, de forma clara e insofismável, disciplinou, ainda que de forma capenga, hipótese em que, ao contrário de pedir o auxílio pela via diplomática quanto ao cumprimento de uma decisão judicial de seu órgão jurisdicional, o Estado estrangeiro pede diretamente ao juiz brasileiro que ele, tendo em conta os argumentos apresentados, dê uma decisão em tutela de seu interesse[1004]. Com melhor técnica e de modo mais exauriente, a Lei nº 9.603, de 12 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes contra o meio ambiente e dá outras providências, no Capítulo VII denominado "Da cooperação internacional para a preservação do meio ambiente", estabelece que, por meio de solicitação dirigida ao Ministério da Justiça, ao qual incumbe atendê-la ou, se for o caso, encaminhá-la para o órgão judiciário competente, o Governo brasileiro deverá prestar *a necessária cooperação a outro país*, que pode ser em forma de (1) produção de prova; (2) exame de objetos e lugares; (3) informações sobre pessoas e coisas; (4) presença temporária da pessoa presa, cujas declarações tenham

---

[1003] LUCAS FIGUEIREDO, em livro que se ocupa de desvendar os fatos que ficaram mais conhecidos pela imprensa nacional como "Caso PC Farias", relata o fluxo entre vários países e continentes do dinheiro proveniente da rede de corrupção comandada por Paulo César Farias. No livro, o autor mostra a dificuldade de rastrear as contas abertas nas instituições bancárias estrangeiras. (*Morcegos negros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000).

[1004] Os doutrinadores que se dedicaram em comentar a Lei de Lavagem de Dinheiro, infelizmente, não deram a devida atenção a esse tipo de cooperação jurídica internacional. O diploma legal em foco ainda esclareceu a possibilidade, mesmo diante da inexistência de tratado ou convenção, de a cooperação jurídica ser prestada mediante *promessa de reciprocidade* (art. 8º, § 1º). Por fim, tratou do destino dos bens, direitos ou valores apreendidos ou seqüestrados com a cooperação prestada que, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé e o que estiver, se for o caso, plasmado em tratado ou convenção, deverá ser repartido na proporção de metade entre o Brasil e o Estado requerente (art. 8º, § 2º).

relevância; e (5) outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor ou pelos tratados de que o Brasil seja parte (art. 77, incisos I a V)[1005].

Essa regulamentação fragmentária e incompleta denota, ainda mais, a necessidade de que venha a lume, o mais rápido, uma lei interna geral sobre a cooperação internacional, deixando para leis especiais, diante das peculiaridades que permeiam o assunto nelas tratado, o disciplinamento de regras específicas para a cooperação jurídica que tenha por objeto determinados crimes.

Nessa lei geral, antes de mais, deverá ser definido quem será, no Brasil, a autoridade central, órgão ao qual deve ser apresentado, perante a ordem internacional, como o responsável para receber [1006]e encaminhar os expedientes para os países estrangeiros, naqueles casos em que a competência para o exame da matéria não esteja afeto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.

A esse respeito, na tradição dos acordos internacionais bilaterais e unilaterais firmados pelo Governo brasileiro, à míngua de legislação específica definindo a matéria, tem-se elegido o Ministério da Justiça como o órgão legitimado, perante o país estrangeiro, para cuidar de receber os expedientes, na cooperação passiva, e de solicitar as medidas de interesse do Brasil, na cooperação ativa[1007]. Assim também ficou definido no art. 77, § 1º, da Lei nº 9.605, de 1998. O assunto, todavia, não é pacífico, porquanto alguns, notadamente os integrantes do Ministério Público, defendem que essa missão, no pertinente à seara criminal, deve recair no âmbito das atribuições do Procurador-Geral da República, à semelhança do que ocorre em alguns países estrangeiros.

[1005] No § 2º do art. 77 da Lei nº 9.605, de 1998, está previsto o que deve conter no pedido de cooperação assinado pelo país estrangeiro, a saber: (1) o nome e a qualificação da autoridade solicitante; (2) o objeto e o motivo de sua formulação; (3) a descrição sumária do procedimento em curso no país solicitante; (4) a especificação da assistência solicitada; e (5) a documentação indispensável ao seu esclarecimento, quando for o caso.

[1006] A autoridade central, na assistência direta passiva, nos casos em que a intervenção judicial é necessária, conquanto não deva ser apenas uma espécie de órgão distribuidor, ao receber a solicitação do país estrangeiro, deve proceder ao exame de admissibilidade e a sua adequação formal, a fim de, em seguida, encaminhá-la para o órgão competente, a fim de que este, legitimado para tanto, oferte a ação perante o Judiciário.

[1007] No art. 6º do anteprojeto da lei de cooperação jurídica internacional está previsto que "O Ministério da Justiça é Autoridade Central para os pedidos de cooperação jurídica internacional de qualquer natureza, mesmo na ausência de tratado."

De qualquer forma, a divergência em foco não possui muita razão de ser. Os países estrangeiros que elegem o Procurador-Geral do Ministério Público para executar a função de autoridade central, assim o fazem mais porque ele é, ao mesmo tempo, também o Ministro da Justiça, ou então porque o órgão ministerial integra a organização interna do Poder Executivo, o que não é a nossa hipótese. De fato, no nosso sistema, uma vez que o Ministério Público, conquanto integrante do Poder Executivo, não faz parte da estrutura funcional deste, não parece razoável que a ele seja cometida essa prerrogativa.

Até porque, nas negociações internacionais, consubstanciadas em acordos bilaterais e multilaterais, o Governo brasileiro assume alguns compromissos que devem ser honrados pela autoridade central, o que não se coaduna, mercê do que está inserto no art. 127, § 2º, da Constituição de 1988, com a categoria de unidade autônoma, ostentada pelo Ministério Público. A circunstância de o Ministério Público, na estrutura do nosso sistema, não ser um representante do Governo, mas sim da sociedade, descredencia-o perante a ordem internacional para ser apresentado como a instituição responsável pelo cumprimento da cooperação jurídica ajustada.

Reina ainda, em nosso meio, algumas controvérsias quanto ao órgão que deve, uma vez admitida a cooperação jurídica internacional pela autoridade central, representar os interesses do Estado estrangeiro. Essa querela advém de a praxe nacional adotar a Advocacia da União como o órgão legitimado para deduzir, perante o Judiciário, o pedido de assistência direta, naquelas hipóteses em que a medida requerida, para o seu atendimento, reclama pronunciamento judicial. Estreme de dúvidas que a questão há de ser dirimida com a prévia definição da natureza jurídica do processo judicial de assistência direta.

Para tanto, basta perquirir da causa do pedido do Estado estrangeiro, de modo que se o fato de origem é criminal e a solicitação é para subsidiar a persecução penal, a conclusão inelutável é de que a cooperação jurídica é de natureza penal. Assim, o pedido veiculado, em atendimento ao requerimento do Estado alienígena, pelo órgão brasileiro ao qual conferida a *legitimatio ad causam*, insere-se no âmbito da ciência criminal. Em verdade, trata-se de uma ação penal, daí por que, diante do que prescreve o art. 129, inciso I, da

Constituição, o *dominus litis* é o Ministério Público[1008]. Qualquer solução diferente importa em afronta ao preceito constitucional acima identificado.

8.2.1.3.2.2- Competência e recursos no processo criminal de cooperação jurídica internacional.

Matéria da qual não se haverá de descurar o legislador é quanto ao órgão jurisdicional competente para exercer, internamente, a competência nos processos de cooperação direta passiva, matéria que, assim como outras, não foi levada em consideração pelos legisladores das Leis nºs 9.605 e 9.613, ambas de 1998. Parece claro que a cooperação jurídica com pleito formulado por país estrangeiro é assunto que consulta os mais altos interesses da República Federativa do Brasil, pois, sem embargo de outras considerações, diz respeito às relações diplomáticas que são mantidas na ordem internacional.

Desde que se tenha presente que a cooperação internacional prescinde de acordo bilateral ou multilateral ou, à sua falta, de sujeição do país requerente ao compromisso de reciprocidade, e que só o Presidente da República, na qualidade de autoridade máxima da República Federativa do Brasil, pode relacionar-se com a ordem internacional e assumir compromissos desse jaez, tem-se, por conclusão óbvia, que a competência jurisdicional, não sendo caso de atribuição específica a um tribunal superior – Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça -, deve recair sobre a Justiça Federal. Com extrema lucidez, VALDIMIR SOUZA[1009], ao tratar em obra reverenciada da competência da Justiça Federal,

---

[1008] De todo modo, parece de todo evidente que o Governo brasileiro, mesmo em se tratando de matéria criminal, deve figurar na relação processual por meio de um de seus órgãos, até como uma forma de cortesia e de demonstração de seu efetivo empenho em prestar a assistência solicitada pelo Estado estrangeiro. Para remediar a situação, basta o legislador, ao normatizar o processo criminal de cooperação internacional, a despeito da titularidade confiada ao Ministério Público para o ajuizamento da ação, reservar à Advocacia da União a prerrogativa de ofertar, em caso de inércia, a ação penal subsidiária e, ainda, de autuar, na qualidade de assistente, no processo, no sentido de coadjuvar o trabalho ministerial. Levando em consideração esses aspectos, no anteprojeto de cooperação jurídica internacional, no art. 37, § 1º, ficou sublinhado que, em se tratando de matéria criminal, a autoridade central, após receber o pedido de cooperação encaminhado pelo Estado estrangeiro, deverá encaminhá-lo ao Ministério Público, a fim de que este faça a postulação perante o Judiciário. De toda forma, no § 2º do mesmo dispositivo, ressaltou-se que "Se o Ministério Público Federal, no prazo de trinta dias, não formular o pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal, a Advocacia-Geral da União passará a ter legitimidade subsidiária."

[1009] Cf. CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 429. Trata-se da obra mais densa sobre a competência da Justiça Federal na doutrina brasileira, de consulta obrigatória sobre a matéria. Ciente da lacuna doutrinária a respeito do tema, posto que os operadores do Direito Constitucional e os processualistas penais, mesmo os mais louvados, descuraram-se em imiscuírem-se nas

assevera: “Pertence à União a competência, aliás exclusiva, de manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções, art. 21, I. Lógico, como ocorre nas demais matérias ligadas ao Direito Internacional, que a competência jurisdicional seja reservada à Justiça Federal, pela sua característica de justiça especializada.”

Sobre essa questão, não se pode deixar de observar que a competência da Justiça Federal é firmada tendo em conta as nuances de ordem política interna e internacional. Pelo fato mesmo de o Brasil ser uma República Federativa, isso implica o dualismo judicial, com a coexistência de órgãos jurisdicionais federais e estaduais. A competência federal tem como critério não apenas os interesses da União como pessoa jurídica de direito público interno, na qualidade de uma das entidades políticas que compõem e formam a federação brasileira, mas igualmente os interesses da República Federativa do Brasil, perante a ordem internacional[1010].

Por isso mesmo, a Constituição, ao definir que à Justiça Federal compete processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de *serviços, bens ou interesse* da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, definindo, assim, a competência geral, de outra banda, ressalta que também se insere na alçada desse segmento do Judiciário a apreciação de ilícitos previstos em *tratado ou convenção internacional*, desde que praticados em conexão com Estado estrangeiro. Em todos os casos em que o Brasil se compromete, perante a ordem internacional, a combater determinado crime, a hipótese deve recair no rol dos casos que estão afetos à jurisdição da Justiça Federal, pois essa é a forma de o Estado organizado sob o modelo federativo – como é o caso do Estado brasileiro – deixar claro que efetivamente irá, no plano interno, envidar os esforços necessários para honrar o compromisso assumido no estrangeiro.

Isso porque os Estados organizados sob a forma de federação têm como característica basilar as autonomias política e administrativa das entidades que os compõem, razão pela qual não só os poderes Legislativo e Executivo, como igualmente o Judiciário, expressam independência em relação à União, de modo que, pelo menos em tese, há a

---

muitas e intrincadas indagações suscitadas para a compreensão e explicação da competência da Justiça Federal, o autor aborda com talento e perspecácia as dimensões interna e internacional da jurisdição desse segmento da magistratura nacional.

[1010] A existência da justiça federal decorre do sistema federativo, pelo que, em regra, a sua competência é definida pelo interesse jurídico demonstrado por entidade federal da administração direta e indireta na responsabilidade penal do agente que praticou o delito e também em razão de comprometimento perante a ordem internacional, no sentido de coibir determinados crimes que têm repercussão além das nossas fronteiras.

possibilidade de que cada Estado-membro esboce o seu programa e eleja as suas prioridades de governo. Por isso mesmo, para mostrar que aquele compromisso assumido diante dos países estrangeiros será uma das prioridades políticas do Brasil e que não ficará na dependência de negociações internas com os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros no sentido de sensibilizá-los quanto à necessidade de se engajarem na matéria, a apreciação desses casos se insere na esfera de competência da Justiça Federal, que é órgão jurisdicional pertencente à União Federal. Nessas hipóteses, a jurisdição da Justiça Federal, ao invés de ser exercida em nome da União Federal, como entidade federativa interna, é-lo como órgão jurisdicional da República Federal do Brasil.

Observe-se que na organização judiciária brasileira, seguindo o modelo inerente à forma federativa, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais superiores são órgãos jurisdicionais da República Federativa do Brasil. Ou seja, são órgãos jurisdicionais da própria federação. O Judiciário federal e o estadual, respectivamente, são órgãos da União e dos Estados-membros, como expressões das autonomias políticas dessas entidades federativas no plano interno. A despeito disso, a Justiça Federal detém competência em matéria de interesse da federação brasileira, daí por que, nesses casos, age em nome da própria federação, e não apenas da União, como é a regra[1011]. Observe-se, assim, que, se de ordinário a competência da Justiça Federal se justifica na circunstância de esta ser o órgão jurisdicional que se ocupa das causas que dizem respeito a bens, serviços e interesses da União, de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais, extraordinariamente esse segmento judicial tem como missão dirimir questões que são de interesse da República Federativa do Brasil, como são os casos de cooperação jurídica internacional passiva[1012].

Sendo da competência da Justiça Federal o trâmite de processos nos quais se aprecia requerimento de cooperação jurídica internacional formulado por país estrangeiro, não

---

[1011] Note-se que, consoante a organização política do Estado brasileiro, a República Federativa do Brasil não pode ser confundida com a União, porque "A República Federativa do Brasil é o todo, é quem possui personalidade jurídica perante a ordem externa e detém a *soberania*." (*Poder judiciário democrático-constitucional.* p. 32), ao passo que a União é uma das unidades federativas dententora de personalidade jurídica de Direito Público interno. Observe-se que, no plano do Executivo, de regra, o Presidente da República age como chefe do Estado brasileiro e, em muitas oportunidades, como chefe do poder executivo da União. Em certa medida, isso também se verifica com o Congresso Nacional, posto que, em determinados momentos, este legisla para a federação, como por exemplo quando cuida de editar normas sobre o processo penal e em outros, para a União, nas oportunidades em que escreve leis para os servidores públicos federais.

[1012] Atento para esse aspecto, o anteprojeto da lei de cooperação jurídica internacional, no caput do art. 37, pontua que "Compete ao juiz federal, do local em que deva ser executada a medida ou obtida a prova solicitada, apreciar os pedidos de auxílio direto que demandem prestação jurisdicional."

resta dúvidas de que quem deve assumir, na seara criminal, a titularidade da ação é o Ministério Público Federal[1013]. Claro, portanto, que o Ministério Público Estadual, na cooperação jurídica passiva, não tem legitimidade ativa para o ajuizamento da ação em nome do país estrangeiro. Ele pode, até, na assistência ativa, pedir à autoridade central que faça o requerimento da providência necessária para o desenvolvimento de um processo criminal que está sob o seu comando.

Ainda a respeito da competência, resta considerar que o processo de assistência direta, em obséquio às boas relações diplomáticas com os países estrangeiros e ao princípio constitucional da *cooperação*, precisa ser concebido dentro de uma sistemática recursal mais razoável do que aquela prevista para o ordenamento processual em geral, de modo a afastar as barreiras formais que impedem a resposta judicial em lapso temporal aceitável. A demora do processo traduz a falsa impressão de *negativa* ou pelo menos *má vontade* quanto à cooperação.

Por essa razão, mostra-se pertinente que se fixe o princípio da *irrecorribilidade das decisões interlocutórias*[1014], ademais de prever-se que, da decisão definitiva, caberá, consoante prescreve o art. 105, II, alínea *c*, da Constituição, na hipótese em que o assunto tratado for de natureza infraconstitucional, recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça ou, quando versar sobre matéria constitucional, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal[1015]. Verifique-se que, na cooperação jurídica internacional por meio de auxílio direto, embora a pretensão seja ajuizada por intermédio do Ministério Público Federal, em verdade, ele está representando os interesses do Estado requerente (ou da sociedade estrangeira), razão pela qual se mostra aplicável o contido no art. 105, II, alínea *c*, da

---

[1013] Quando a cooperação internacional tem como causa a prática de um ilícito e a assistência solicitada se presta a subsidiar a persecução criminal do país estrangeiro, fica patente que a relação processual instaurada é de natureza criminal, de modo que a postulação do Ministério Público Federal se faz por meio de ação penal. A esse respeito, note-se que ação penal não é apenas aquela que pede a condenação de alguém. A denúncia ou a queixa é apenas uma das espécies de ação penal. Atente-se para o fato de que o habeas corpus, a revisão criminal e as ações cautelares criminais em geral, conquanto sejam ações penais, não são inseridas no rol das *ações condenatórias*, que são aquelas com as quais a tutela jurisdicional perquirida é de natureza condenatória.

[1014] Principalmente no campo do processo penal, não se enxerga problema com essa escolha política, pois aquele que tiver pelo menos ameaçado o seu direito de liberdade ou se sentir constrangido em virtude de decisão interlocutória, poderá, sempre, lançar mão do habeas corpus, instrumento hábil para exercer o controle judicial por meio da revisão do julgado. Nessa linha de entendimento, o parágrafo único do art. 37 do anteprojeto da lei de cooperação internacional prevê: "As decisões interlocutórias são irrecorríveis."

[1015] O anteprojeto de cooperação jurídica internacional, no art. 41, propõe que "Da decisão do juiz cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, previsto no art. 105, II, c da Constituição Federal, ou, se for o caso, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal."

Constituição, que prevê a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar, em recurso ordinário, "as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País"[1016].

Assim, das decisões da primeira instância federal seria cabível, dependendo do caso, recurso ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça, ou recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, eliminando-se, dessa forma, a discussão em instância intermediária, que comprometeria a celeridade processual na cooperação jurídica internacional por assistência direta, o que findaria tornando-a tão ou mais burocrática do que a indireta, feita por meio da via diplomática.

8.2.2 – Cidadania como princípio retor do processo penal.

Após longo período de império do regime antidemocrático[1017], em que o país foi governado, com mão de ferro, por cinco militares, que não tergiversaram em utilizar órgãos civis e militares na repressão às manifestações de liberdade, o discurso político e jurídico da cidadania no Brasil desperta para uma nova realidade. Sem embargo de ser assente, dentro dessa nova perspectiva, que a cidadania é um direito substancial do cidadão, indispensável para a plena participação deste na vida em sociedade, observa-se que o discurso jurídico ainda contém o mau vezo de identificar a cidadania como uma espécie de nacionalidade qualificada, que representa apenas a possibilidade de a pessoa participar da vida política do Estado, no que diz respeito ao processo eleitoral, na condição de eleitor e de candidato[1018]. Todavia, no modelo de Estado que se alicerça em um sistema democrático, o qual prega não apenas a representatividade como forma de exercício do poder, mas também a

---

[1016] É verdade que, em alguns casos, a pessoa contra a qual se requer a medida não é domiciliada nem reside propriamente no Brasil. Ela pode, apenas, manter conta bancária em instituição financeira brasileira ou ter comprado bem móvel ou imóvel em nosso território. De toda forma, mesmo residindo no exterior, tendo o estrangeiro algum bem no território nacional, deve-se considerar, para fins de processo no qual há discussão sobre ele, que o alienígena aqui tem residência.

[1017] De 1964 até 1985.

[1018] A doutrina tradicional formadora da atual geração da classe jurídica nacional ainda persiste com uma visão impregnada de conteúdo exegético positivo-normativo, manifestando-se pertinente a investigação científica preocupada em estabelecer tanto uma linguagem quanto uma abordagem do tema inserido no contexto paradigmático de um Estado democrático. O estudo aqui desenvolvido se justifica, por conseguinte, não apenas pela expressão lingüística desapartada das influências negativas do pensamento normativo herdado da cultura jurídica clássica como pelo conteúdo que se procura adequar à idéia principiológica-jusnaturalista da Constituição de 1988.

atuação direta do povo nos casos determinados na Constituição (art. 1º, parágr. único da Constituição), a expressão *cidadania* se apresenta como uma garantia de espaço para a manifestação da soberania popular.

No pensamento *dogmático-jurídico-nacional* ainda é comum associar-se a cidadania à nacionalidade, identificando-a com a habilitação da pessoa a participar do processo político de votação, na condição ativa e/ou passiva. Essa herança cultural provém do tratamento normativo reservado ao tema ao longo de nossa história constitucional, aliada à concepção jurídico-positiva sob a qual foram formatadas as gerações jurídicas antes da segunda metade da década de oitenta, mais precisamente antes da disseminação das idéias principiológico-jusnaturalistas encartadas na Constituição de 1988. Da análise das Constituições brasileiras, nota-se que, com exceção da atual, a expressão *cidadania* se confunde com a de nacionalidade, até mesmo porque aquela era tratada como um adereço desta.

Conferindo destaque a essa nuance, VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE chama a atenção de que já na Constituição Imperial de 1824, a cidadania era tida como um atributo jurídico da nacionalidade, restringindo-se a qualidade de cidadão à pessoa considerada brasileira que gozasse dos direitos políticos[1019]. A Carta de 1891 seguiu a idéia anterior, de modo que manteve a mesma disciplina. Muito embora na Constituição de 1934 tenha-se deixado de fazer expressa menção à cidadania e à nacionalidade, utilizou-se a nomenclatura brasileiros para designar os nacionais, com distinção daqueles que detinham o direito de votar e de ser votado. Na Constituição de 1937, por fim, restou sobremaneira explícito o tratamento amalgamado dos dois institutos, ao reproduzir-se a disciplina normativa revogada sob o título *Da nacionalidade e da Cidadania*. Mantendo a mesma orientação, a Constituição de 1946 apenas deslocou a epígrafe *Da nacionalidade e da cidadania* da categoria de título para a de capítulo do título da *Da declaração de direitos*. Diferente não foi o cuidado dispensado à matéria pela Constituição de 1967, que no capítulo denominado *Da nacionalidade*, inserto no título *Da declaração de direitos*, igualmente não fez distinção entre nacionalidade e cidadania, sendo esta uma qualificação daquela.

[1019] *Cidadania:* do direito aos direitos humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 43.

O *discurso jurídico-positivista*, de cunho conformista, que facilitava a sustentação e legalização do Estado ditatorial militar ilegítimo, enxergava o assunto apenas sob a ótica *constitucional-normativa*, daí por que, até a primeira metade dos anos oitenta, a cidadania era vista somente como a nacionalidade qualificada com o direito de exercício dos direitos políticos que, em rigor, resumiam-se *nos direitos de votar e de ser votado.*

Em sua interessante dissertação de mestrado, VERA REGINA[1020] mostra que, ainda no período de 1985 a 1987, época em que foi concebido e escrito o seu estudo, a teoria jurídica dominante em nosso meio sobre a cidadania encontrava-se esposada no pensamento extraído de obras de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado, nas quais os autores concebiam a cidadania apenas como um aspecto prático da nacionalidade, consistente no gozo dos direitos políticos de votar e de ser votado[1021].

No entanto, a Constituição de 1988, com seu cunho democrático, instaurou uma nova realidade normativa e, a par de formalizar a modificação de paradigma do sistema jurídico nacional para adequá-lo ao modelo de Estado democrático-constitucional, cuidou de conferir à cidadania uma nova dimensão, a partir mesmo do instante em que já no art. 1º deixou consignado que a cidadania constitui fundamento basilar do Estado Democrático brasileiro[1022]. A cidadania, como instituto distinto da nacionalidade, mereceu disciplinamento nos arts. 1º, II (fundamento do Estado Democrático de Direito), 5º, LXXVI (gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania) e 22, XIII (competência legislativa privativa da União sobre cidadania), da Constituição.

[1020] *Ibidem, p. 43.*

[1021] Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania:* do direito aos direitos humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 18-29.
, p. 18-29. A autora mostra que doutrinadores da estirpe de DALMO DE ABREU DALLARI, CELSO RIBEIRO BASTOS, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, SAHID MALUF, AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, PEDRO SALVETTI NETTO E MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO espelham essa visão positivista da cidadania. Segundo a autora, até mesmo Paulo Bonavides, na obra intitulada *Ciência Política*, na qual ele aborda o conceito de povo sob os prismas político e sociológico, quando fala da cidadania, apresenta a sua noção comprimida pela idéia jurídico-positiva.

[1022] A esse respeito, cabe ressaltar que, ao enumerar os fundamentos do Estado democrático de direito, o constituinte colocou, em primeiro lugar, a soberania e, em segundo, a cidadania para, então, em seguida, mencionar a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Se é certo que não se pode falar em cidadania sem o respeito à dignidade da pessoa humana, tão pouco se concebe esta sem aquela, pelo que a precedência da cidadania estimula pensar-se que o constituinte teve sensível preocupação em assegurar a materialização de uma democracia participativa, na qual a cidadania ativa não se identifica apenas com o reconhecimento do direito de votar nas eleições para os cargos eletivos.

Com o novo paradigma concebido pela Constituição em vigor, impõe-se observar que a cidadania não se pode confundir com a nacionalidade e a sua definição deve levar em consideração a natureza principiológica e as várias dimensões do direito de cidadania. T. H. MARSHALL, em obra escrita nos anos cinqüenta[1023], adverte que, no sentido dogmático, pode-se vislumbrar três partes ou elementos da cidadania, a saber: civil, política e social. A dimensão civil da cidadania, segundo MARSHALL, foi a primeira que se manifestou, já no Século XVIII, sendo incluída, em seu processo formativo, a adoção do habeas corpus e a abolição da censura. Teve início antes da Revolução Francesa e desenvolveu-se, com mais intensidade, após ela, pontificando o desenvolvimento do direito de liberdade com a imposição de limites à intervenção na esfera individual por meio de garantias estabelecidas em normas jurídicas.

Posteriormente, quando os direitos civis já tinham sedimentado a idéia do direito de cidadania, no Século XIX, ela alcançou sua expressão política, muito embora, no primeiro momento, o direito de voto fosse restrito à classe econômica mais favorecida. A vida constitucional brasileira, iniciada no Século XIX, dispensou à cidadania apenas uma das dimensões de seu aspecto político, restrito ao direito de votar e de ser votado, prática que se estendeu até a entrada em vigor da atual Constituição. Finalmente, no Século XX, sobreveio a dimensão social do direito de cidadania, que se identifica com o direito à escola, à saúde, à habitação e a outros direitos coletivos.

O direito de cidadania, por conseguinte, não se confunde com o de nacionalidade, nem muito menos se comprime na idéia do direito de votar e de ser votado. Vai muito mais além, está intimamente ligado à idéia de democracia, que pressupõe não apenas a existência de limites ao exercício do poder político pelo Estado, mas também a reserva de espaço para a manifestação ativa da sociedade em questões políticas e de interesse social, sem a descaracterização da personalidade individual, a despeito da exigência de ações positivas do Estado em áreas de satisfação coletiva. O direito de cidadania, nessa nova perspectiva, não começa e pertence apenas àquele que, a partir dos dezesseis anos de idade, de posse do título de eleitor, tem o direito de votar nas eleições, porquanto compreende todos os direitos básicos e necessários para um nível mínimo aceitável de qualidade e respeito da vida

[1023] MARSHALL Y BOTTOMORE, T. H. e Tom. *Cidadanía y clase social*. Trad. Pepal Linares. Madrid: Alianza Editorial, Parte I 1950 e Parte II 1992. O livro escrito pelos dois renomados autores ingleses está dividido em duas partes, sendo a confiada a primeira a MARSHALL e a segunda a BOTTMORE.

humana em sociedade. Detentor dos direitos de cidadania é toda e qualquer pessoa, sem distinção de qualquer natureza, manifestando-se a qualidade de eleitor como mais um de seus elementos essenciais, reconhecido àquele que satisfaça as condições estabelecidas no ordenamento jurídico.

Em uma dimensão, a cidadania como princípio básico do Estado implica o respeito aos direitos fundamentais. No campo do processo penal, isso impõe que o acusado, sem embargo da espécie de crime praticado, tenha a garantia da sua condição de cidadania, ou seja, receba o tratamento de cidadão, pessoa humana portadora de direitos que lhe são inerentes, decorrentes de sua própria natureza[1024].

A cidadania, catalogada como um dos princípios fundamentais do sistema democrático-constitucional do Brasil, pressupõe estabelecer, na seara criminal, o processo como um *locus* para a participação direta ou por meio de representação nessa complexa relação jurídica . O processo, que é o meio de buscar-se a aplicação da responsabilidade penal, deve ser visto como um dos espaços de participação política dos interessados na solução da lide. Não só o exercício do poder-dever de punir expressa uma atuação política do Estado, como igualmente a ampla defesa assegurada ao acusado dimana dessa mesma raiz.

A participação da sociedade na busca da solução adequada para tratar da ação delituosa é garantida por meio da outorga ao Ministério Público da titularidade da ação penal. À primeira vista, poderia supor-se que a entrega da legitimidade para a propositura da ação penal ao Ministério Público contrapõe-se à idéia da cidadania, porquanto retira da vítima e de seus familiares a possibilidade de ter acesso direto ao Judiciário[1025]. Porém, em verdade, a concessão dessa titularidade ao Ministério Público é uma forma de fazer com que não apenas o interesse da vítima e de seus familiares, mais também de toda a sociedade, seja defendido no processo penal. Isso porque, como a pretensão punitiva é um interesse coletivo, e não apenas individual de quem praticou o ilícito, a ação deve ser movida por quem tenha legitimidade para representar todos, como é o caso do Ministério Público.

[1024] O Ministro do Superior Tribunal de Justiça JOSÉ AUGUSTO DELGADO, em palestras sobre o processo moderno, tem recriminado, nos dias atuais, a utilização da nomenclatura autor e réu. Para o ministro, em uma visão humanística do processo, deve-se ter em consideração que, de um lado e outro da relação processual há cidadãos que merecem ser tratados como tal, o que finda sendo esquecido, quando do uso das terminologias autor e réu.

[1025] Não se esquecer que, embora a titularidade da ação penal pública seja confiada ao Ministério Público, a vítima ou a sua família tem a possibilidade de participar do processo, na condição de *assistente*.

Atente-se para o detalhe de que, quando se diz que a pretensão punitiva pertence ao Estado, em rigor, na ótica democrática da soberania popular, quer-se dizer que o direito de punir não é propriamente do ente estatal, mas sim do povo, uma vez que é este o lídimo dono do poder, sendo os seus agentes apenas os seus representantes, como é da característica do sistema representativo. Assim, o Ministério Público, conquanto seja um órgão afeto ao Executivo, com a independência que lhe é assegurada pela Constituição, ao deduzir a pretensão punitiva, em rigor, não defende um interesse do Estado, mas o da sociedade. O mais correto a dizer, portanto, é que o Ministério Público, mesmo na seara criminal, ao ajuizar a ação penal, está preocupado em tutelar o interesse difuso da coletividade em coibir as ações que põem em risco ou comprometem a segurança pública[1026]. Quando se fala em direito de punir do Estado, leia-se, como se fosse a mesma coisa, persecução criminal em defesa do direito da coletividade à segurança pública.

Percebe-se, assim, sem esforço, que a ação penal, levada a efeito pelo Ministério Público, é uma ação coletiva, muito provavelmente o primeiro tipo de *class action*, não cabendo, por conseguinte, atribuir-se ao processo civil a primazia na concepção dessa espécie de tutela processual. Com ela, tem-se em mira defender o interesse da sociedade, assegurando-se, assim, a sua participação na resolução do problema. Caso a titularidade da ação fosse afeta apenas à vítima ou a seus familiares, o interesse da coletividade quanto à segurança pública não seria representado no processo, o que importaria restrição à participação do grupo social na resolução de problema fundamental do Estado.

A ação penal patrocinada pelo Ministério Público, por conseguinte, é uma das formas – seguramente a mais efetiva – de assegurar não só a participação da coletividade na persecução criminal, como a defesa de seus interesses, que lhe pertence e deve, em um sistema democrático, ser exercida em seu nome. Nessa dimensão, percebe-se que o processo penal presta uma tutela coletiva, pois serve para a dedução de pretensão que consulta o interesse de toda a sociedade, não apenas da vítima e de seus familiares.

Mas a valoração da cidadania na esfera processual penal não se resume à tutela do direito de punir. Transborda, por outro lado, para o resguardo do bem jurídico mais

[1026] A segurança pública é um bem jurídico da coletividade. Por isso mesmo, a infração criminal, que é a ofensa a esse direito à segurança, não atinge apenas a vítima e a seus familiares, mas todo o grupo social.

evidente em um sistema democrático, que é a garantia da liberdade. O direito de liberdade, ao contrário do que a primeira impressão dá a entender, não consulta o interesse pessoal de alguém, mas é um interesse coletivo pertencente ao patrimônio do grupo social, como aliás, em última análise, são todos os direitos fundamentais afetos ao ser humano. Isso explica por que o habeas corpus é um tipo de ação penal que, inserido na mais ampla idéia democrática, pode ser manejado por qualquer pessoa em nome de outrem, ainda que este não queira lutar pelo seu direito de liberdade ou mesmo aceite sujeitar-se à malferição a seu direito de ir, vir e ficar.

Por isso mesmo, pode-se dizer que o direito de defesa, na ciência processual penal, não pode ser encarado como algo que pertence à esfera individual do acusado, porquanto, em sua essência, é um interesse pertencente a toda a sociedade. Dessa forma, merece crédito a afirmativa de que o direito de defesa é mais do que um direito individual, transcende à esfera individual do acusado, até porque em uma de suas perspectivas – anota MORENO CATENA – procura atender o interesse geral de que o processo seja decidido corretamente, além de legitimar a pretensão punitiva e a sanção eventualmente aplicada[1027]. Nessa linha de visão, a defesa se constitui, confirma DENTI[1028], "... *una garanzia, como esigenza di un corretto svolgimento del processo, per un interesse publico generale que trascende l'interesse del'imputato (o della parte).*"

Em outro enfoque, a cidadania, como participação política no exercício do poder, encontra guarida no processo penal também no que se refere à administração da justiça. Tenha-se presente que o júri popular, mecanismo defendido por MONTESQUIEU e BECCARIA, foi adotado dentre os direitos fundamentais da Constituição americana e da Revolução Francesa, como forma de separar o *Estado acusador* do *Estado julgador*. O tribunal do júri, nessa perspectiva, ao passo que seja uma forma de garantir um julgamento imparcial, realizado pelos próprios pares do acusado, que com ele cultivam os mesmos valores culturais, manifesta-se como um espaço aberto para a participação popular na administração da justiça. Ou seja, é uma das hipóteses de democracia direta, em que o próprio povo, em uma dimensão reduzida, administra a justiça, assumindo a responsabilidade

[1027] Apud PÉREZ, Alex Carocca. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998. p. 22.
[1028] Ibid. p. 22.

quanto ao julgamento [1029]. A valoração da cidadania, nessa perspectiva, importa na concessão de espaço político para que o exercício da atividade jurisdicional seja levada a efeito pelo próprio povo, e não por intermédio de um representante – o juiz[1030].

8.2.3 – Dignidade da pessoa humana.

A história da humanidade não é contada sem que se faça referência às barbaridades praticadas contra o homem, como forma de demonstrar a evolução da vida em sociedade[1031]. No estágio atual da civilização, é desnecessário ressaltar-se na Constituição como princípio fundamental do Estado democrático-constitucional a *dignidade da pessoa humana*, pois a idéia da dignidade como um valor a ser cultivado na sociedade parece ser mais do que evidente. Mas é importante essa consagração no texto fundamental, porque uma Constituição é escrita tendo como meta estabelecer princípios permanentes, valores que devem ser homenageados independentemente do momento sociopolítico, muito embora se reconheça que, com o passar do tempo, eles possam variar quanto ao alcance, mas não em relação à essência.

O próprio exame da evolução das correntes filosóficas na formação do Direito Criminal, realizado na primeira parte deste estudo, revela que o respeito à dignidade da pessoa humana não é uma idéia que nasceu impregnada na mente das pessoas. Foi uma conquista pela humanidade por meio da luta para a afirmação do respeito aos direitos do homem, de modo que este fosse colocado como *fim das coisas* – como acentuava a filosofia kantiana – ,e não o mero *meio* para a consecução de objetivos. A dignidade humana não representa apenas uma *ideologia*, pois tem um fundamento específico, ainda que seja difícil a filosofia identificá-lo com precisão. De fato, adverte RABENHORST[1032], ao problematizar a idéia da

---

[1029] Certamente não é toda a coletividade que é chamada para julgar a causa, mas apenas uma parcela dela. Enquanto nos sistemas inglês e americano são doze as pessoas do povo que são chamadas para exercer a jurisdição, no brasileiro são apenas sete. Mesmo assim, não se pode dizer que não seja um aspecto da soberania popular, pois, de qualquer forma, é o próprio povo que diz se o agente é culpado ou inocente.

[1030] Não é por outro motivo que o tribunal do júri, desde a Constituição Imperial, em nosso ordenamento, está catalogado dentre os direitos fundamentais. É uma herança do sistema americano, embora sem a amplitude com que a garantia é estabelecida nos Estados Unidos da América.

[1031] Sobre o tema, conferir o ótimo trabalho de autoria de EDUARDO RAMALHO RABENHORST, intitulado *Dignidade humana e moralidade democrática*, Brasília: Brasília Jurídica, 2001. No seu estudo, o Doutor em Filosofia pela Universidade de Estrasburgo II faz um bosquejo histórico da declaração de direitos do homem para, daí, extrair a idéia do princípio da dignidade humana e relacioná-la com a moralidade democrática. O doutrinador expõe, com acerto, que a dignidade humana não se revela como um mero conceito descritivo, porém como o próprio *ethos da moralidade democrática* (Ibid., p. 49).

[1032] Ibidem, p. 40.

dignidade humana, que sobrevive discussão acesa entre os filósofos acerca da definição desse valor. A problemática reside em justificar a afirmação de que todos os homens possuem um valor de dignidade humana único. Em outras palavras, cabe indagar-se se todos os homens, independentemente de suas qualidades, são dignos ou merecem ser tratados com a mesma dignidade. Assim, resta saber se aquele que pratica um crime deve merecer a mesma consideração, em relação aos seus direitos, devida ao homem honesto. Em outras palavras, nos domínios do processo penal parece inquietante perquirir validade da presunção de que todos os homens são dignos, que todos eles são constituídos de uma dignidade comum e, por conseguinte, se é ético e jurídico dar proteção a quem se mostra, mediante condutas as mais torpes possíveis, refratário aos valores sociais cultuados por meio das normas de convivência.

A filosofia antiga, professada por expoentes como ARISTÓTELES e PLATÃO, por exemplo, conquanto falassem em democracia e no tratamento digno ao homem, acreditavam em uma sociedade hierarquizada em consonância com as qualidades dos indivíduos. Por isso mesmo, a democracia ateniense era aristocrática, na medida em que o gozo das liberdades e o exercício da cidadania somente eram reconhecidos às pessoas do sexo masculino, filhos de atenienses, não usufruindo desses direitos as mulheres, escravos e estrangeiros. Se é certo, como aqui já foi dito, que a declaração universal dos direitos do homem tem como germe o direito natural pinçado na filosofia grega, não menos correto é afirmar que este só foi visto como um valor igualitário entre os homens com as teorias *jusnaturalistas modernas*, iniciadas com os estudos de HUGO GRÓCIO[1033].

Na explicação religiosa, verberada na doutrina cristã, a dignidade do homem repousava na consideração de que ele tinha sido criado à imagem e semelhança de Deus[1034]. Com a secularização do pensamento humanístico, os catedráticos passaram a defender que a dignidade humana promana da própria natureza humana e é dela indissociável. Não é *sobrenatural* como algo posto pela vontade de Deus, mas *sobrenatural* como imposição da *pura razão humana*. Complementando essa concepção, justifica-se a dignidade humana como um direito inerente a todas as pessoas, porém sem com isso passar a idéia de que o

[1033] A teoria política de LOCKE, que tanto influenciou BECCARIA, tendo como ponto de partida a doutrina de GRÓCIO, defendia uma reserva de espaço individual, inerente a todo ser humano, como espécie de direito natural.

[1034] Essa explicação teológica não satisfaz aos céticos, ademais de encontrar dificuldades diante do pluralismo dogmático das muitas religiões (cristianismo, islamismo, budismo etc).

igualitarismo de sua manifestação se dê em função de sua categoria ontológica, mas sob a perspectiva de uma conquista histórica das sociedades democráticas.

Sob essa consideração, a igualdade da dignidade humana entre os homens não se sustenta em uma paridade ontológica dos membros da espécie humana que compõem o grupo social, mas sim em termos sociológicos e históricos[1035]. Acrescenta HABENHORST[1036] que "Nesta perspectiva, os homens fariam parte de uma mesma comunidade moral e gozariam dos direitos dela resultantes simplesmente porque assim decidimos (ou conseguimos) que fosse." Em outras palavras, seria resultante do próprio pacto social, assim como é o seu núcleo, que compreende a própria declaração de direitos. Forte nessa compreensão, o citado autor deduz que a dignidade humana constitui o fundamento da moralidade democrática[1037], o que permite concluir que se, mesmo dentro de uma comunidade moral e democrática, existem e convivem *patifes e parias,* eles devem ser respeitados no espaço que diz respeito a sua dignidade humana, mesmo que eles não reconheçam o valor dos outros indivíduos, pois "... isso não nos autoriza a negar-lhes este mesmo valor."[1038] O máximo que se pode fazer, quando alguém pratica um crime, por mais hediondo que ele seja, como sublinha HABENRHORST, é puni-lo de acordo com as regras e em respeito à dignidade humana.

Sendo um valor inerente ao homem, todas as pessoas possuem o mesmo direito de defender os seus bens jurídicos e de ser tratadas com idêntica consideração e respeito, como forma de preservação de sua dignidade humana. Naturalmente que não há precisão quanto a essa dimensão igualitária da dignidade humana entre todos os homens, até porque não há exatidão sequer quanto ao conteúdo ontológico desse preceito. Essa característica é intrínseca aos princípios, posto que eles são polissêmicos, com um núcleo que sofre variações

---

[1035] HABENHORST. Op. cit., p. 44.
[1036] Ibid., p. 45.
[1037] Ibid. p. 45.
[1038] Ibid., p. 41. Nessa parte, HABENHORST se impressiona com o fato de as pessoas do povo, fomentadas por aquilo que ele chama de *visão taliônica da punição*, professarem a idéia de que quem foi cruel deve merecer a mesma sorte de tratamento. Isso se explica como uma forma natural de defesa. Quem tem notícia de algum crime, geralmente raciocina como se fosse a própria vítima da ocorrência. Por isso, é procedente a advertência para que as questões criminais sejam analisadas mais com a inteligência do exegeta voltada para a possibilidade de ele ter sido o autor da ação do que na condição de vítima. Note-se que o caráter protetivo da Escola Clássica decorreu da circunstância de BECCARIA ter formulado a sua doutrina tendo em conta os absurdos praticados pelo Estado na persecução criminal, enquanto a característica repressiva da Escola Positiva foi guiada pela idéia de que aquele estava perdendo a "guerra" contra o "delinqüente", no combate ao crime.

de acordo com o campo em que eles são chamados para interagir e mesmo das peculiaridades de uma situação concreta[1039].

A impossibilidade de identificar-se no princípio da dignidade humana um núcleo ontológico denso lança a falsa aparência de sua pouca imperatividade, porquanto, em verdade, resulta das múltiplas questões filosóficas que permeiam a sua fundamentação e que permitem, por isso mesmo, nas mais variadas situações da vida, determinadas pelas circunstâncias políticas, históricas, culturais e sociais, um leque abrangente de opções para que seja sopesado o alcance do seu conteúdo[1040].

Conquanto se aceite, e mesmo se reconheça, que a dignidade humana seja antes uma realidade sentida do que demonstrável[1041], consigne-se que essa cláusula, matriz da moralidade democrática – como quer HABENHORST –, projeta-se por meio da declaração dos direitos humanos, no plano normativo interno plasmada nas Constituições na qualidade de direitos fundamentais e, na seara internacional, por meio das convenções internacionais.

8.2.3.1- Dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado.

Se hodiernamente, como se disse, o respeito à dignidade humana é algo que se mostra indissociável à idéia de democracia, esta mesma nem sempre foi vista como o melhor regime de governo e sequer era mencionada na Constituição de 1967. Ademais, no instante em que explicitamente se coloca a dignidade humana como um princípio fundamental da democracia brasileira, esse preceito serve para afastar qualquer discurso jurídico tendente a justificar um tratamento mais rigoroso, desfocado dos valores imanentes a esse enunciado[1042], a quem pratica o crime, ainda que se queira, com isso, fazer acreditar que seja a única forma

---

[1039] HABENHORST, refletindo sobre o alcance da igualdade como instrumento de reconhecimento da aplicação do princípio da dignidade humana a todas as pessoas, menos aos *párias* e *patifes*, reconhece que aquele não possui um conteúdo preciso, mas deve ser entendido como uma espécie de *regra de prudência*. (Op. cit., p. 45).

[1040] Registre-se, com apoio na lição de HABENHORST, que a "dignidade humana não é uma propriedade observável e que, como tal, não pode ser provada ou negada sobre bases meramente fáticas." (Ibid., p. 46).

[1041] Assim é com muitas categorias jurídicas. A justiça, por exemplo, é algo que faz mais parte do sentimento do que da demonstração. Merece recordação que a expressão *sentença* vem do latim *sentire*. Isso tem razão de ser, pois o juiz, ao contrário do que se pode imaginar, não elabora o seu raciocínio de forma cartesiana, de modo a isolar o fato, compreendê-lo e, daí, sopesá-lo com a norma e, enfim, formar a sua convicção.

[1042] Muito embora o preceito constitucional que ressalta como um dos fundamentos do sistema democrático-constitucional do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana, não raro, principalmente nas classes política e

possível de descobrir a verdade ou mesmo de punir o agente com a sanção adequada à conduta anti-social.

Na primeira parte deste trabalho, mas precisamente quando se tratou da evolução das correntes de pensamento criminal, ressaltou-se que a Escola Clássica, a primeira doutrina penal, surgiu como uma filosofia-política a ser observada no exercício da persecução criminal, no desiderato de que o ser humano fosse tratado de uma forma digna, com o respeito aos seus direitos essenciais. O Estado Democrático estruturado, tendo como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, reforça a idéia de que o exercício do poder político tem como parâmetro os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado brasileiro espraia-se em diversos direitos fundamentais, a exemplo daquele que estabelece a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); exige tratamento condigno àquele que está respondendo a inquérito ou a processo penal e, enfim, torna defesa a exposição do agente a situações vexatórias. Antes de acusado pela prática de um crime, o agente, no contexto do Estado que tem como princípio fundamental a dignidade humana, é visto como um cidadão, que deve ser tratado com humanidade. Até porque, como salienta CARNELUTTI em *As misérias do processo penal*[1043], é imperioso ter presente que quem comete o crime é um homem e a pena que deve lhe ser aplicada incidirá sobre a sua pessoa, que é constituída de carne e osso, além de sentimentos, e que o coração é a parte mais sensível e adequada para orientar a cabeça.

Por isso mesmo, a preocupação humanística é a tônica de todo e qualquer processo penal instaurado sob a batuta de um Estado Democrático-Constitucional e não se encerra com o reconhecimento da culpa do agente. Mesmo após a condenação, ainda assim, por mais hediondo que tenha sido o crime praticado, o condenado há de ser tratado de forma civilizada, com respeito a direitos que fazem parte da sua condição humana[1044]. Os organismos internacionais de há muito não se têm contentado em traçar normas de respeito à

---

jurídica, emergem discursos fortes clamando pela adoção de medidas mais contundentes no combate à criminalidade, muitas das quais não se confortam com a essência do preceito em destaque.

[1043] Tradução José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995.

[1044] Observe-se que essas preocupações quanto ao tratamento carcerário estavam presentes já no pensamento de BECCARIA e mereceram esboço doutrinário mais denso com a obra de JEREMY BENTHAM, mais especificamente na sua *Teoria das penas legais*, sem esquecer que a fundamentação maior do *penitenciarismo*

dignidade humana apenas no sentido de proteger os que não são nem podem ser, à falta do trânsito em julgado de uma sentença criminal condenatória, considerados culpados[1045]. Mesmo condenado, por mais vil que tenha sido o crime, a pessoa não perde a sua condição humana, nem mesmo a de cidadão[1046].

A primeira manifestação mais contundente da ONU, no afã de conferir ao preso a aplicação dos preceitos imanentes à cláusula da dignidade humana, surgiu com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966[1047], ao deixar expresso, no art. 10, item 1, que "Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana" e que o objetivo principal do regime penitenciário deve ser "... a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros." (item 3 do mesmo artigo).

Nessa primeira orientação, a ONU mostrou inquietação apenas com a forma de execução das penas privativas de liberdade, realizada em condições indignas do ser humano, com utilização de métodos cruéis e degradantes. Não considerou ilegítima, cruel ou degradante a pena de prisão em si[1048], mas apenas a sua execução sem o atendimento ao princípio da dignidade humana[1049]. A legislação subconstitucional brasileira[1050], afinada com

---

veio a lume com as ainda atuais propostas de JOHN HOWARD, formuladas em seu livro *The State of Prisions in England and Wales*, escrito no ano de 1776.

[1045] A comunidade internacional, preocupada em fazer aplicar as premissas dos direitos humanos aos presos, já em 1929, por meio da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, propôs várias regras que estatuam as normas básicas no tratamento dispensado nos cárceres. Revistas as sugestões, em 1934, a Liga das Nações Unidas as aprovou. Finalmente, em 1954, logo após a Segunda Guerra, sob o influxo da reumanização do Direito Criminal, a ONU, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado em Genebra, ratificou as propostas, intitulando-as de *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*.

[1046] Nos termos da Constituição de 1988 (art. 15, I) – repete uma tradição de nosso constitucionalismo –, o condenado tem os seus direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação. Sob uma determinada perspectiva, essa é uma escolha política que merece crítica, pois suprime a capacidade de aquele participar ativamente do processo democrático, perdendo o direito de voz na sociedade, não tendo, por conseguinte, como agir por si na defesa dos direitos que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico. O mais correto é dizer que o condenado – não o preso – não perde a sua condição de cidadão, pois ele tem apenas suspensos os seus direitos políticos, aqui entendidos somente quanto ao direito de votar e de ser votado. Para todos os efeitos, ele continua cidadão e, como tal, há de ser tratado.

[1047] Esse Pacto, sobremaneira importante diante de outras regras nele estabelecidas, infelizmente, só foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de dezembro de 1992.

[1048] Até porque sequer a pena de morte assim foi considerada no Pacto em referência. Nos termos deste, a pena de morte, desde que prevista para os casos de *crimes mais graves* e atendidas as suas demais disposições firmadas a respeito, pode ser aplicada (Art. 6º, item 2).

[1049] COMPARATO. Op. cit., p. 272. No art. 30.1 das Regras Mínimas da ONU, explicitou-se: "Castigo cruel, reclusão em cela escura e todas as formas cruéis, inumanas e degradantes de punição devem ser inteiramente proibidas como castigo por infrações disciplinares."

[1050] A identidade da Lei de Execução Penal com o respeito à dignidade humana consubstanciada nas normas internacionais fez com que muitas críticas fossem lançadas, ao fundamento de que elas eram utópicas para o

as normas internacionais então vigentes, assegurou expressamente ao preso e ao egresso o direito à saúde, à assistência material, jurídica, educacional, social e religiosa (art. 10 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)[1051].

Dessa forma, na execução da pena privativa de liberdade, sem embargo da assistência jurídica que há de ser prestada a quem dela necessite, o Estado tem o dever de fornecer ao preso não apenas a alimentação, o vestuário e as instalações higiênicas do estabelecimento penal[1052], como prover o local de instalações e serviços que o atendam nas suas necessidades pessoais, com disponibilização, até mesmo, de espaço para a venda de produtos e objetos que, embora não proibidos, não são fornecidos pela administração carcerária (arts. 12 e 13 da Lei nº 7.210, de 1984). A par da assistência material, ao preso resta assegurado o serviço de saúde preventivo e curativo, para pronto atendimento médico, farmacêutico e odontológico no próprio estabelecimento ou em outro local (art. 14, caput e § 2º, da Lei nº 7.210, de 1984)[1053].

Brasil. Veja-se que a Lei é de 1984, época em que o país ainda passava pelas turbulências da *Dinastia Militar*, muito embora já tivesse se iniciado o processo de *abertura política*. A (re)democratização do Brasil, historicamente, é demarcada a partir da segunda metade dos anos oitenta, ou seja, a partir de 1985. Merece transcrição o editorial do Jornal do Brasil, edição de 21 de janeiro de 1985: "Em países de populações carcerárias pouco numerosas e eficientes serviços de vigilância, prisão albergue, prisão domiciliar e penas alternativas – como prestação de serviços a hospitais e escolas, em fins de semana, são medidas de clara dimensão humanizadora, educativas e reintegradoras do criminoso à sociedade. Em um clima de criminalidade exacerbada como a que se registra no Brasil, hoje tais liberdades em muitos casos significam pura e simplesmente a devolução de pessoas de alta periculosidade às ruas e a imediata retomada do crime. Legislou-se, pois, sobre uma ficção: a existência de um sistema penitenciário aberto e um mecanismo de acompanhamento do condenado em regime de liberdade vigiada, tendo em vista a sua recuperação. Sem esses pressupostos, a humanização da pena cai na irrealidade, ou ao passar para a lei torna-se apenas um meio não declarado de esvaziar os presídios, à falta de recursos para melhorá-los" (Apud SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986. p. 14).

[1051] Sobre a Lei de Execução Penal, cf.: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*: comentários à Lei nº 7.210, de 11-07-84. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1990. ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995; SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1986; CASTILHO, Ela Wiecko v. de; *Controle da legalidade na execução penal* (reflexões em torno da jurisdicionalização). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

[1052] O art. 10 das Regras Mínimas da ONU estabelece: "Todas as acomodações destinadas ao uso dos presos, em particular as acomodações de repouso noturno, deverão satisfazer todas as exigências de saúde devidamente consideradas as condições de clima e principalmente a capacidade cúbica de circulação de ar, espaço mínimo de piso, iluminação, aquecimento e ventilação." Em atenção a essa norma, a Lei de Execução Penal, além de assegurar ao condenado o direito a alojamento em cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, dispõe, ainda, que a unidade celular deve ser um ambiente salubre, com aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, cuja área mínima deve ser de seis metros quadrados (art. 88, caput e parágrafo único).

[1053] De acordo com as Regras Mínimas estabelecidas pela ONU, "O serviço médico ou psiquiátrico das instituições penais deverá providenciar o tratamento psiquiátrico de todos os presos que precisem desse tipo de tratamento." Nesse aspecto, a lei interna do Brasil foi mais além, ao definir como direito fundamental do preso

No sentido de efetivamente buscar a recuperação do preso dentro de um sistema de respeito à dignidade da pessoa humana, a este é assegurada a assistência educacional, que compreende a sua instrução escolar e a sua formação profissional[1054], sendo obrigatório para ele o ensino de primeiro grau, podendo a administração carcerária firmar convênio com entidades públicas ou particulares para o cumprimento dessa garantia (arts. 17 a 20 da Lei nº 7.210, de 1984). A despeito dos cursos educacionais, o estabelecimento penal deve dispor de biblioteca contendo livros instrutivos, recreativos e didáticos, para consulta de todas as categorias de reclusos (art. 21 da Lei nº 7.210, de 1984)[1055]. Em complementação ao trabalho de recuperação do preso, assegura-se-lhe a assistência social[1056], durante todo o tempo em que permanecer na instituição prisional, a fim de que ele seja preparado para o retorno à liberdade, serviço esse extensivo à sua família (arts. 22 e 23 da Lei nº 7.210, de 1984)[1057].

Com essa normatização, o nosso sistema jurídico tem em mira observar os limites constitucionais à execução da pena, escritos nos direitos fundamentais, e atender às *Regras Mínimas para Tratamento dos Presos*, editadas pela Organização das Nações Unidas – ONU, por meio da Resolução nº 2.858, de 20 de dezembro de 1971, que acatou a deliberação feita no IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado em Kioto, no Japão. Na Resolução, aceita pelo Governo brasileiro, recomendou-se que os Estados-membros implementassem as medidas nela previstas, no desiderato de conceder um tratamento mais digno ao apenado e reduzir ao mínimo possível o sofrimento no cárcere. Da análise da Resolução em foco, observa-se que as regras ali previstas foram incorporadas a nossa legislação infraconstitucional, como aliás se

---

não só o atendimento médico em geral (não apenas o psiquiátrico), mas também o farmacêutico e o odontológico.

[1054] O art. 19, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, denotando uma cultura própria da época dos anos oitenta, quando a mulher ainda não tinha ingressado no mercado de trabalho para desempenhar funções que anteriormente eram quase exclusivamente ocupadas pelos homens, ressaltava que o ensino fundamental dela seria voltado para atender a condição feminina. Hoje, tal disposição somente se concebe caso ela seja interpretada no sentido de que sejam previstos cursos profissionalizantes gerais e outros que são específicos às mulheres, como é o caso do curso de corte e costura, por exemplo.

[1055] Esse dispositivo foi inspirado no art. 40 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, adotadas pela ONU, cujo art. 40 determina que "Toda instituição prisional deverá ter uma biblioteca para uso de todas as categorias de presos, adequadamente provida de livros instrutivos e de recreação, devendo os presos ser estimulados a dela fazer uso."

[1056] Em respeito ao direito fundamental à liberdade de culto, ao preso é permitido o acesso à assistência religiosa, assim como a posse de livros de instrução religiosa (art. 24 da Lei nº 7.210, de 1984).

[1057] No art. 61 das Regras Mínimas está previsto que o tratamento do preso deve priorizar a continuidade de sua interação no meio social, com o recrutamento de entidades comunitárias para cooperarem na sua recuperação.

deu em relação aos demais países que ratificaram a recomendação da ONU. Informa CÉSAR BARROS LEAL[1058] que as Regras Mínimas estabelecidas na Resolução da ONU

> ... guardam notável identidade com as propostas de John Howard, em seu livro The State of Prisons in England and Wales, editado nos idos de 1776, (e) constituem, na opinião unânime dos estudiosos, uma espécie de estatuto universal dos direitos do preso comum, um documento-tipo, um repertório referencial de princípios que visam fundamentalmente à proteção de sua dignidade, de sua integridade física e moral, bem como à sua reintegração social, opondo-se a toda vexação abusiva, a qualquer privação que não esteja ínsita na lei ou na sentença.

Assim como ocorre no processo civil, a execução penal, por razões mais fortes, deve ser processada da forma menos traumática para o condenado, circunscrevendo-se rigorosamente aos termos da sanção imposta, não podendo atingir outros direitos que não foram objeto de restrição, principalmente porque a *dignidade humana constitui o limite absoluto das restrições*[1059].

Por fim, cabe acrescentar que a Constituição, no art. 5º, X, como um dos aspectos da preservação da intimidade, assegura a inviolabilidade da honra. Esse direito à integridade moral ou à reputação tem como escopo resguardar a pessoa de vexames, humilhações e constrangimentos[1060]. Tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa ostenta na sociedade, assim como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal[1061], sendo esta corresponde não apenas em relação à consideração alheia, mas quanto ao sentimento da própria pessoa[1062]. Com a imposição do respeito à honra alheia, tem-se a pretensão de estabelecer um nível ético elevado nas relações sociais, no desiderato de tornar defesa a proliferação da malquerença no interior da sociedade[1063].

[1058] O tratamento dos presos no brasil e as regras mínimas da onu. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. v. 1. n. 1(1993-). Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994. p. 66.
[1059] LEAL. Op. cit., 66.
[1060] O direito à intimidade será tratado no item 9.4.
[1061] COSTA JÚNIOR. Paulo José da. *O direito de estar só*: tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 39.
[1062] Ibid. p. 39.
[1063] No plano das relações interpessoais, o Código Penal tem por irrelevante a circunstância de a pessoa merecer ou não as palavras assacadas contra ela, no instante em que se preocupou em estabelecer como conduta ilícita o comportamento de quem lança palavras contra outrem com a finalidade de injuriá-la. Nesse caso, para a caracterização do crime, não é necessário que as afirmações sejam falsas, sendo suficiente a vontade deliberada em injuriar, diferentemente do tratamento dispensado aos crimes de calúnia e difamação, para os quais – em relação ao segundo apenas em algumas hipóteses –, admite-se a exceção da verdade.

No ambiente do processo criminal, o direito à honra solidifica a idéia de que o acusado, por mais hediondo ou torpe que tenha sido o crime praticado, deve ser tratado com a dignidade inerente à condição humana, razão pela qual não se admite tratamento pejorativo ou que, de alguma forma, venha a constrangê-lo.

8.2.3.2 – Medidas alternativas como tratamento mais digno ao condenado.

O Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo como foco a dignidade humana proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em essência se traduz no respeito e compromisso com os direitos à liberdade, à justiça e à paz, ensaiaram expandir as experiências das Nações Unidas quanto à implantação, execução e fiscalização de medidas alternativas à pena privativa de liberdade. Tempos depois, em 1968, o Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, apresentou os primeiros trabalhos nessa área, com a elaboração das Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade. Essa política foi sufragada no Oitavo Congresso da ONU, ocorrido em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução 45/110[1064].

A idéia central dessa política era evidenciar não apenas a subsidiariedade do Direito Criminal, porém propriamente a pena de prisão. Note-se que, no movimento de humanização do pensamento criminal, conduzido pela Escola Clássica com fulcro na doutrina de BECCARIA, a pena de prisão se apresentou como uma forma de garantir tratamento mais digno seja ao acusado, seja ao condenado, uma vez que foi imaginada para substituir os açoites, a tortura, as mutilações e, primacialmente, a pena de morte. Agora, na visão moderna e democrática, se o Direito Criminal em si é um ramo do direito de exceção, a pena privativa de liberdade passa a ser a *exceção dessa exceção*, ou seja, ela somente deve ser aplicada quando não for possível a sua substituição por outras medidas tidas como alternativas.

Ainda que se aponte a crise nas prisões como o móvel para pensar-se em alternativas a ela, em verdade, essa nova política iniciada no âmbito das Nações Unidas mostra uma reorientação da política criminal, com ênfase na preservação da dignidade

[1064] Essas Regras Mínimas foram denominadas *Regras de Tóquio*.

humana quanto à execução da pena, agora norteada pela máxima de que, tanto quanto possível, o condenado não deve ser encarcerado, somente devendo ser adotada essa solução quando esgotadas todas as medidas alternativas disponíveis[1065].

É interessante notar que as primeiras explicações para a grande propagação da pena de prisão foi a necessidade de mão-de-obra gerada com a Revolução Industrial. Era economicamente mais viável prender e utilizar os presos em atividades laborativas, sem a devida remuneração, do que açoitá-los, mutilá-los ou mesmo matá-los. Porém, nos dias atuais, tem-se que, economicamente, o custo/benefício do presídio não compensa o encarceramento[1066]. JASON ALBERGARIA relata que, de conformidade com levantamentos feitos, os custos com a prisão são mais altos do que com a educação universitária[1067].

De todo modo, cabe expor que não foi a questão econômico-financeira dos presídios o fundamento primeiro para a reorientação política das Nações Unidas a respeito da execução da pena. A razão primeira para a nova visão do problema exsurgiu da constatação da contradição da prisão com a ambiência necessária para o pleno desenvolvimento da dimensão humana. A par disso, as penas alternativas se servem para diminuir a população carcerária, manifestam-se como as técnicas mais expeditas para a recuperação do preso, ao tempo em que propiciam a ele a oportunidade de interagir junto à sociedade mediante a prestação de serviço ou a contribuição para uma entidade filantrópica, como se fosse um trabalho voluntariado. Ensejam a recuperação do apenado por meio do desenvolvimento de ações sociais, fazendo com que ele sinta e cumpra a responsabilidade penal que lhe foi imposta lidando com os efetivos valores da sociedade. Essa prática diminui consideravelmente a reincidência e presta-se, igualmente, para evitar que o condenado seja *contaminado* com os males dos presídios.

[1065] A leitura do art. 44, caput, do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, pela imperatividade da redação ali emprestada, conduz à conclusão de que, satisfeitas as condições subjetivas e objetivas insertas nos incisos e parágrafos do dispositivo em destaque, a aplicação da pena restritiva de direito, em substituição à privativa de liberdade, é uma imposição ao juiz, pois se trata de um direito do apenado.

[1066] HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, apud CEZAR BITTENCOURT, já há algum tempo, dizia que "... a prisão representa equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução."

[1067] *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 67. Em acréscimo, o autor, com respaldo em afirmação de DANIEL GASER, diz que o custo com o preso supera o que se gasta com um aluno matriculado na melhor universidade (ibid. p. 67.).

Infelizmente, essa recomendação da ONU, conquanto adotada pelo legislador infraconstitucional, não é política corrente entre os aplicadores do Direito[1068]. Dados do Ministério da Justiça dizem que a população carcerária nacional é extremamente alta – por volta de trezentos mil detentos[1069] –, mas que poderia ser sensivelmente reduzida, caso fosse aplicada a política das medidas alternativas. Ainda segundo as revelações do Ministério da Justiça, mais de vinte por cento do presos – algo em torno de sessenta mil – poderiam estar cumprindo pena alternativa. Ademais, enquanto no Brasil tem-se o registro de apenas trinta mil pessoas com cumprimento de pena alternativa, o que significa apenas dez por cento, no Reino Unido esse percentual alcança o impressionante percentual de oitenta por cento dos casos de condenação.

8.2.3.3 – Linguagem jurídico-penal.

Se o universo jurídico *deve ser compreendido como um universo lingüístico*, como assinala com propriedade LENIO STRECK, nota-se que o discurso jurídico precisa afinar-se com essa dimensão humanística provocada pela Constituição[1070]. Essa necessidade de modificação substancial da linguagem jurídica traz conseqüência mais premente na seara criminal[1071], certamente o espaço jurídico em que a prática forense e a jurisprudencial mais se revelam impregnadas de preconceitos. Expressões tão ao gosto de alguns policiais, e mesmo

---

[1068] O Ministério da Justiça, tendo em consideração a necessidade de fomentar o estabelecimento de programas de execução de penas e medidas alternativas previstas no Plano Nacional de Segurança Pública, por meio da Portaria nº 153, de 27 de fevereiro de 2002, instituiu, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça, o Programa de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas. Os objetivos básicos do programa são *estimular* a aplicação das penas e medidas alternativas, com a demonstração de suas vantagens e desenvolver um modelo nacional de gerenciamento na aplicação e fiscalização do cumprimento desse modelo de resolução dos processos criminais. Em razão disso, segundo dados do Ministério da Justiça, existem 37 Centrais de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, concentradas em 25 estados conveniados (Disponível em: http://www.mj.gov.br/depen/defaut.htm . Acesso em 15 jul. 2004). Ainda de acordo com relatório do Ministério da Justiça, há cinco Varas Especializadas em Penas Alternativas: Fortaleza, Recife, Porto Alegre, Salvador e Belém.

[1069] Disponível em: http://www.mj.gov.br/depen/defaut.htm . Acesso em 15 jul. 2004. Precisamente, de acordo com dados estatísticos atualizados até dezembro de 2003, o total da população carcerária no Brasil é de 308.304 pessoas.

[1070] *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma abordagem hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63. CASTANHEIRA NEVES, apud STRECK, reclama por que os juristas não se dão conta de que "o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é – numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações lingüísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é." (Ibid., p. 62)

[1071] A identificação de um sistema jurídico democrático começa, em primeiro lugar, com a leitura do Direito Penal e Processual Penal. Se estes ramos são rígidos e possuem a marca da repressão, sem valoração maior aos direitos fundamentais, o sistema criminal estará em descompasso com um ambiente democrático.

de alguns integrantes do Ministério Público e da magistratura, como "elemento" e "meliante" por exemplo, são pejorativas e não se coadunam com o preceito constitucional.

A ciência processual penal custodiada pelo respeito à dignidade da pessoa humana, sem embargo de orientar-se ao estabelecimento de uma essência humanística desse ramo do Direito, exige a alteração profunda da lingüística, diante da necessidade de sua adequação a esse princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro. LUIS ALBERTO WARAT[1072] leciona que o homem, ao emitir uma mensagem, além dos seus propósitos, reproduz, igualmente, uma concepção do mundo, daí por que se identifica, na linguagem, uma *função dominadora*, "destinada a refletir sobre os propósitos sociais da linguagem, sobre o poder dos discursos."[1073]

Certamente os juristas e filósofos, estrangeiros e nacionais, sempre se ocuparam em afirmar a íntima relação entre Direito e linguagem, colocando o tema como um dos pontos principais da doutrina jurígena[1074]. Todavia, a análise lingüística – observa MARCELO NAVARRO[1075] –, que antes se continha nas investigações sintática e semântica, alargou-se, com a evolução da *Semiótica*, para uma terceira dimensão, a *pragmática*, que é a parte que trata "... dos efeitos comportamentais da comunicação, isto é, as relações entre os signos e seus intérpretes ou usuários, bem como do discurso e seus agentes, o meio onde ocorre, as possíveis interferências que à vista disso podem sofrer, etc."

O discurso jurídico na seara criminal, mais do que em qualquer outra área do Direito, descortina o perfil ideológico do agente e do sistema jurídico em si[1076] e sente-se que, embora nos últimos tempos tenha havido alinhamento maior da linguagem com a doutrina humanística, ainda há muito a se avançar com vistas a estabelecer uma coerente relação daquela com um sistema jurídico que tem como esteio a dignidade da pessoa humana, o que

---

[1072] *O direito e a sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 67.
[1073] Ibid. p. 67.
[1074] STRECK confirma que a questão da linguagem sempre ocupou a mente dos filósofos, podendo ser atribuída ao escrito Crátilo, de Platão, no ano de 388 a.C, a primeira obra de filosofia nessa área. (*Hermenêutica jurídica e(m) crise*., p. 111).
[1075] *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 39. Esse assunto será retomado mais adiante.
[1076] Em notável estudo sobre o tema, LUIS ALBERTO WARAT ensina, após fazer as distinções pertinentes à linguagem do positivismo lógico kelseniano e a filosofia da linguagem ordinária, que os signos lingüísticos sofrem mutação no *processo de conhecimento* e que toda expressão utilizada, para a sua plena compreensão, precisa ser examinada não só tendo em conta o *dito*, mas também o *calado* (Op. cit., p. 65). Isso se dá porque, alerta o autor, "A mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas." (ibid.)

implica uma revisitação mais aprofundada quanto à nomenclatura de diversos institutos do processo penal a partir mesmo da própria denominação escolhida para significar esse ramo do saber[1077].

Em suma, a dignidade da pessoa humana, como regra hermenêutica que serve para orientar a investigação da inteligência dos direitos fundamentais, quer dizer, na seara processual criminal, que o acusado é um sujeito de direitos, não sendo apenas um objeto de investigação, ao qual se reconhece o interesse legítimo de contrapor-se à pretensão acusatória ou condenatória do Estado que, conquanto necessária e indispensável para o (r)estabelecimento da segurança pública, não pode ser exercida sem que essa gama de direitos essenciais seja respeitada, até mesmo quanto ao tratamento lingüístico.

Aqui, essa postura democrática da linguagem jurídico-penal se aproxima de uma das variantes do *movimento abolicionista*, naquilo em que propõe uma nova *maneira de olhar para a justiça criminal*, a partir mesmo da modificação da *linguagem criminológica*, que precisa adequar-se aos valores emanados do preceito da dignidade humana[1078].

8.2.4 – Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ao estabelecer os valores sociais do trabalho como um dos pilares do sistema constitucional brasileiro, o constituinte ressaltou a dimensão axiológica do trabalho nas suas perspectivas individual e coletiva. Com esteio na dicção constitucional, pode-se estabelecer que, se o trabalho, por um lado, é um acontecimento importante para o desenvolvimento social, de outro, ele se constitui em um bem jurídico inerente à condição humana, que deve ser assegurado como forma não apenas de permitir a exteriorização da personalidade por meio da realização profissional, mas também como meio legítimo de a pessoa obter remuneração

---

[1077] A expressão Processo Penal evidencia uma idéia repressiva desse ramo do Direito, cuja preocupação maior é com a pena. Processo criminal, por outro lado, revela uma ciência que se ocupa em servir de instrumento à resolução do problema social decorrente do crime, expressão, por conseguinte, mais consentânea com a idéia de um sistema democrático.

[1078] A linguagem escrita e falada criminal, não raro, é muito pejorativa. As entrevistas na televisão dos agentes oficiais que lidam com a matéria – notadamente policiais e membros do Ministério Público – revelam essa realidade. Ademais, infelizmente, ainda é prática comum, nos debates levados a efeito no tribunal do júri, observar-se os excessos verbais contra a pessoa do acusado, dispensando-se a este o tratamento mais vil possível, a fim de, assim, conseguir suscitar a ira contra ele por parte do corpo de jurados. Essa é uma técnica recorrente.

pertinente para a satisfação das suas necessidades e interesses materiais. Essa exegese constitucional orienta-se pelas dicções normativas constitucionais, que elegem o trabalho como um direito fundamental do preso, umas das formas mais importantes na preservação da dignidade humana.

O respeito aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa como um dos fundamentos da democracia brasileira, em sua repercussão para o âmbito do Direito Processual Penal, garante ao acusado, e mesmo ao condenado, o direito de exercer, dentro do possível, atividade profissional que lhe propicie cooperar com o sustento de sua família ou mesmo a formação de um pequeno fundo monetário a ser utilizado para satisfazer suas necessidades futuras, principalmente para uso após a saída da prisão, em razão do cumprimento da pena ou da concessão de livramento condicional.

Com isso se quer dizer que o preso, no sistema jurídico brasileiro, tem o direito de trabalhar e, por consectário, de estudar e mesmo de aprender um ofício[1079]. Até porque, há de convir-se que, em um sistema criminal cuja finalidade maior é voltada para a recuperação daquele inserido na delinqüência, o mecanismo eficiente a ser adotado na (res) socialização, ao lado da educação, é justamente o trabalho.

Em harmonia com a dicção constitucional, a legislação processual penal anterior à Carta de 1988 já contemplava o trabalho como um direito do preso, independentemente do tipo de crime ou do regime de cumprimento da pena. Com efeito, a Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, norma de regência do cumprimento de pena dos condenados pela justiça, que compreende normas de Direito Processual Penal e de Direito Penitenciário, inspirada na concepção moderna de que a pena conquanto deva prestar-se a punir, deve ser executada no sentido de prevenir o crime, além de ter em mira orientar o acusado no retorno à convivência em sociedade, mediante assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, deixa expresso que se constitui direito do preso o *exercício das atividades profissionais* (art. 41, VI). Sente-se a influência na legislação em destaque da doutrina esposada na teoria da Nova Defesa Social, de MARC ANCEL, de acordo com a qual a pena tem como escopo proporcionar a (re)adaptação do condenado ao

[1079] A assistência educacional é um dos direitos do preso, compreendendo não só a instrução escolar como a formação profissional, conforme está expresso no art. 17 da Lei nº 7.210, de 1984.

meio social, única forma efetiva de defender a sociedade da potencialidade delinqüente externada com a conduta ilícita que ensejou a sanção criminal.

Conquanto se admita que, em determinados crimes, sejam aplicadas restrições do direito ao desempenho de específicas atividades laborativas, o direito ao trabalho, na qualidade de atributo da própria condição humana, não pode ser negado, por mais hediondo que tenha sido o crime praticado, até porque não se concebe outra forma de se tentar a ressocialização do condenado do que o método consistente na sua paulatina inserção no mercado de trabalho. Sentindo essa verdade, o legislador da Lei de Execução Penal eregiu o trabalho à categoria de dever social e condição de dignidade humana do condenado, com finalidade não apenas educativa, mas também produtiva (art. 28, caput). Ou seja, o trabalho, para o preso, é um dever social e uma das medidas empregadas pela administração carcerária na tentativa de atingir a finalidade da pena, que é a reeducação[1080], daí por que, na dicção do art. 31 da Lei em referência, "O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade."

O preso, assim, não só tem o direito, como o dever mesmo de trabalhar[1081], o que, visto sobre outra ótica, impõe o reconhecimento de que o Estado, por meio do estabelecimento carcerário, tem a obrigação de oferecer oportunidades adequadas para que

---

[1080] Em consonância com a lei de regência, o trabalho do preso, nada obstante não esteja sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, deve ser remunerado, não podendo a contraprestação ser inferior a três quartos do salário mínimo. Qualquer que seja a remuneração, o seu produto, ainda de acordo com a intenção do legislador, deve ser, desde que determinado judicialmente, suficiente para a indenização dos danos causados pelo crime, à assistência à família, a pequenas despesas pessoais e ao ressarcimento ao Estado das despesas com a manutenção do condenado (art. 29, § 1º, a/d, da Lei nº 7.210, de 1984), devendo o que sobejar ser depositado em caderneta de poupança para constituição de pecúlio, a ser entregue ao condenado quando readquirir o direito à liberdade.

[1081] A orientação das Regras Mínimas é no sentido de que o preso não julgado tem o direito ao trabalho remunerado, com a vedação de que isso fosse imposto contra a sua vontade (art. 89) O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tratou com mais detalhe do assunto, ao coibir, apenas, os trabalhos forçados ou obrigatórios e esclarecer que, dentre outros, assim não é entendido "qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais." (art. 8º, 3, c, IV). Vê-se, assim, que não há descompasso com as normas internacionais, o preceito interno brasileiro que impõe a obrigatoriedade do trabalho, até porque a atividade laboral é uma das formas de tratamento em busca da reabilitação do preso e, conquanto seja assegurada a remuneração adequada, isso assegura o respeito à dignidade humana. O que não parece em sintonia com a cláusula constitucional é o fato de a legislação infraconstitucional permitir que a remuneração do preso seja fixada em valor de até três quartos do salário mínimo (29, caput, da Lei nº 7.210/84). Pelo valor do salário mínimo, é difícil imaginar que uma remuneração inferior a ele respeite o conteúdo do princípio da dignidade humana. Tendo isso em consideração, a Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, em convênio com a Secretaria de Defesa Social do Estado, tem um programa de trabalho para o preso, ao qual é assegurada a percepção de um salário mínimo.

ele desempenhe atividade laborativa, independentemente do tipo de crime praticado[1082]. Para fomentar a atividade laboral dos presidiários, a lei permite que fundação ou empresa pública gerencie o trabalho, tendo como finalidade precípua a formação profissional do condenado, além de promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, cuidando de providenciar a comercialização e suportar as despesas operacionais, aí incluída a remuneração adequada ao preso que presta o serviço[1083].

8.3 - Objetivos fundamentais do sistema Democrático-Constitucional.

Na determinação do alcance dos direitos fundamentais plasmados na Constituição, os *objetivos fundamentais* do sistema Democrático-Constitucional, assim como os *princípios fundamentais* deste sistema pinçados acima, servem de norte a guiar o exegeta. Eles também se prestam para apresentar o arcabouço constitucional dentro do qual os direitos essenciais devem ser valorados, permitindo, assim, que se tenha uma compreensão mais exata do real sentido do *Bill of Rights,* estampada nos incisos do art. 5º da Carta Magna de 1988.

Na parte que interessa à teoria constitucional do Processo Penal, convém destacar os objetivos fundamentais que comprometem o Estado brasileiro com o formato de uma *sociedade livre, justa e solidária*, que deve tem como meta inadiável *erradicar a marginalização* e *promover o bem de todos*, sem qualquer espécie de preconceito. Merece análise cada um desses aspectos.

[1082] O direito ao trabalho pode ser interno ou externo, sendo aquele próprio para os com cumprimento de pena em regime fechado, enquanto este para os que se encontram em regime aberto ou semi-aberto. De qualquer modo, mesmo o preso em regime fechado pode desempenhar trabalho externo, quando recrutado para serviço ou obra pública realizada por órgãos da administração direta ou indireta ou entidades privadas, desde que tomadas as providências necessárias para evitar a fuga e manter a disciplina.

[1083] O Estado, por sua vez, deve empreender campanha de conscientização para incentivar o debate do assunto perante a sociedade, a fim de conseguir sensibilizar a todos da necessidade da formação de parcerias, ainda que não seja para a implementação do pleno emprego nos presídios, pelo menos para fazer com que se compreenda a importância da abertura do mercado de trabalho para os condenados, como instrumento de ressocialização e medida preventiva na área de segurança pública.

8.3.1 – Construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A proclamação de que o regime jurídico brasileiro consagra uma *sociedade livre* conduz à concepção de que a liberdade, em seus mais variados quadrantes, é um paradigma que se deve fazer presente na mente do jurista. Na seara criminal, isso quer dizer que a regra é a preservação do direito de liberdade do cidadão, somente sendo pertinente escoimá-la em situações extremas, quando a medida coercitiva mostrar-se necessária. O processo penal, de acordo com essa premissa, como instrumento de implementação da política criminal em um caso concreto, deve ser comandado no sentido de preservar, na medida do possível, a materialização do primado da *sociedade livre*. Isso tem implicação não apenas quando o juiz se debruça sobre o pedido de uma medida extrema, como é a decretação da prisão processual, mas igualmente em outras não menos drásticas, como aquelas que se referem à permissão de invasão de domicílio e quebra do sigilo de comunicação telefônica, por exemplo. Essa regra, alçada à categoria de objetivo fundamental do Estado brasileiro, a par de reforçar o direito de liberdade como regra, denota que as medidas judiciais tomadas como exceções a ela devem ser plenamente justificáveis, sob pena de não se conformarem com o ideário constitucional.

A cláusula da *sociedade justa* realça o entendimento de que, por mais legítima que seja a pretensão punitiva do Estado, ela deve ser pautada dentro da ética constitucional, com pleno respeito aos direitos fundamentais do homem. Os fins, em uma sociedade justa, não justificam os meios, de modo que, conquanto os direitos fundamentais não sejam absolutos, o respeito a eles é imprescindível para a legitimidade e legalidade do exercício do direito de punir do Estado.

A solidariedade penal é corroborada pelo que dispõe o art. 144, caput, da Constituição de 1988, na medida em que, de um lado, preceitua que a segurança pública é um dever do Estado e, de outro, informa que ela é uma responsabilidade de todos. Longe de com isso se sustentar na *privatização da segurança pública*, a *sociedade solidária*, na seara do processo penal, significa que não só o Estado deve atuar no trato da criminalidade, pois as pessoas jurídicas e físicas devem ser co-partícipes nessa questão, com necessária participação, especialmente na implementação de medidas ressocializadoras e descriminalizadoras.

Na execução da pena, por exemplo, a despeito das fundações e empresas públicas, os órgãos da administração direta e indireta em geral, do mesmo modo como as entidades semelhantes à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, sindicatos, entidades de classes, conselhos comunitários e as empresas comerciais e industriais, devem dar a sua contribuição em proporcionar mercado de trabalho para os condenados, atuando, assim, de forma decisiva na recuperação dos presos[1084]. É o primado da sociedade solidária na seara criminal, que emana dos pactos internacionais. Com efeito, nos termos do art. 61 das *Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos*, na execução da pena, mesmo quando ela for da categoria de privação do direito de liberdade, o tratamento *deve enfatizar não a exclusão do preso da comunidade mas a continuação de sua participação no meio social*, devendo, para tanto, recrutarem-se entidades comunitárias para *dar assistência ao pessoal do estabelecimento penal na tarefa de reabilitação social dos presos*.

Não apenas a oportunidade de emprego a presos e egressos, como também a formalização de convênios com os órgãos jurisdicionais para aumentar o leque de opções quanto à aplicação de penas restritivas de direitos são formas de materialização da programação constitucional em destaque. Quanto às penas restritivas de direitos, a parceria com entidades públicas e privadas é imprescindível para que haja mais alternativas quanto à aplicação de sanções socioeducativas que servem, de um lado, para tentar conscientizar o agente infrator em relação aos deveres da vida em sociedade e, de outro, para que ele participe ativamente na solução de problemas sociais dos mais variados matizes, suscitando nele o despertar do sentimento de solidariedade humana.

O que se está a defender é que a cláusula da solidariedade inserida em um sistema processual penal democrático-constitucional significa não só a elaboração de legislação que estimule a participação da sociedade no combate à criminalidade e na (res)socialização do agente infrator, como igualmente a participação de todos no projeto social amplo voltado a minorar a crescente criminalidade.

[1084] É o que parece ser bem mais conveniente do que a privatização dos estabelecimentos penais.

8.3.2- Erradicação da pobreza e da marginalização e reduzição das desigualdades sociais.

A declaração constante no art. 3º da Carta Magna de que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é *erradicar a pobreza e a marginalização*, consagra o princípio da não-incriminação, de modo que só devem ingressar no campo penal as condutas que não encontrem sanção suficiente pelos demais ramos do Direito. É o embrião do princípio da intervenção mínima, que ressalta o caráter subsidiário do Direito Penal. A conduta anti-social somente interessa à ciência criminal se e quando os demais ramos do Direito não contemplarem resposta suficiente para sancionar o agir desconforme aos valores sociais encartados no ordenamento jurídico posto[1085].

Essa idéia veio a ser conhecida a partir da obra de BECCARIA que, em linha de rigor, desenvolveu, na seara criminal, a doutrina *utilitarista* de HOBBES[1086]. 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. 179[1087], que *nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública*[1088].

[1085] Sobre o assunto, ROGÉRIO GRECO, após asseverar que "O Direito Penal só deve preocupar-se com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade" (*Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 50.), acentua que "O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal." (Ibid, p. 50). Nesse processo de escolha, o legislador é orientado pelo *princípio da intervenção mínima* que "... é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização." (Ibid., p. 50). CLAUS ROXIN, apud ROGÉRIO GRECO, do alto de sua autoridade, arremata: "O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso, se denomina a pena como a 'ultima ratio da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos." (Ibid., p. 51).

[1086] Cf. item 1.3.1., supra.

[1087] 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.

[1088] 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

Transpondo essa assertiva para os dias de hoje, impõe-se considerar que o sistema criminal em si, ele 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 linguagem[1089]. 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 idéia 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, 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, bem como 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* 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

---

quantidade de ações indiferentes não é prevenir os delitos que daí possam nascer, mas é criar novos..." (op. cit., p. 110).

[1089] Cf. item 1.3.10. supra.

substanciais, notadamente com os institutos da *transação* e da *suspensão condicional do processo*, estampados na Lei nº 9.099, de 1995[1090].

Em rigor dogmático, pode-se dizer que há as *medidas alternativas em gênero*, que se dividem nas *medidas alternativas propriamente ditas* e nas *penas alternativas*[1091]. *Penas alternativas* são aquelas em que, reconhecida a culpa do acusado e aplicada, em conseqüência, a pena privativa de liberdade, substituem a prisão. Já as *medidas alternativas propriamente ditas* 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 especiais[1092]. 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 idéia 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

---

[1090] Cf. os itens 9.1.2.1 e 9.1.3.2, infra.
[1091] Cf. item 9.1.3.1.1, infra.
[1092] 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.

todas as exigências[1093], há 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 idéia subjaz em relação à suspensão condicional do processo, igualmente uma *medida alternativa propriamente dita.* 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 de 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.

8.3.3- Promoção do bem de todos, sem preconceitos.

Esse princípio reforça a identidade do sistema democrático-constitucional com a idéia 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 delinqüido. 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 de 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

[1093] Ainda que, como condição para a transação, o juiz estabeleça algumas penas restritivas, nesse caso, elas não são propriamente *penas*, mas sim *medidas alternativas*.

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 recalcitra 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 juízes[1094].

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 conseqüência 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. 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, para não falsear a verdade, não se constitui propriamente uma visão nova sobre o assunto. De fato, conforme foi exposto aqui nos itens 1.3.3, 1.3.3.1, 1.3.3.2, 1.3.3.3 e 1.3.3.4, supra, o processo foi pensado como instrumento necessário para impor limites ao exercício do direito-dever 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, cujo autoridade não estava sujeita a contestações nem muito menos podia-se invocar algum direito contra ele. O Estado existia para ser servido, e não servir. A pessoa tinha deveres para com o Estado, mas nenhum direito contra ele. No plano eminentemente político, sob o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, os iluministas defendiam o respeito pelo

[1094] Cf. item 1.3.10 e 8.2.3.3, supra.

Estado dos direitos essenciais da pessoa humana e que estes ditavam os limites dos poderes a ele outorgados e reconhecidos. Nessa perspectiva, a autoridade, para gozar de *legitimidade*, carecia de conter-se nos parâmetros traçados pelos direitos ínsitos à própria condição humana.

Envolvido e encantado com o pensamento iluminista, BECCARIA teve a sensibilidade de observar que o campo no qual mais se mostrava ilimitados os poderes do Estado residia, exatamente, no exercício do direito de punir. 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 obedecidas 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.

Sem um conjunto de regras delimitando sua ação, 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, ela 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 ela 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 Penal[1095]. Isso porque ele identificou na falta de regras para o julgamento, como 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, levaram BECCARIA a concentrar as suas preocupações quanto ao estabelecimento de regras para disciplinar a jurisdição.

As idéias de BECCARIA influenciaram não apenas a Declaração de Direitos do Homem da Revolução Francesa, como igualmente as declarações americanas[1096]. 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 idéias 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 incorporado 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 Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, mais adiante, incorporados aos textos constitucionais. Ou seja, a teoria do processo penal esboçada por BECCARIA foi declarada como alguns dos principais direitos do homem pelos franceses e americanos 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 algo novo, vem desde os primeiros instantes de seu surgimento, muito embora o positivismo normativo, ainda impregnado na cultura brasileira e que enaltece

[1095] Este assunto foi explorado com profundidade no item 1.3.3.2, supra.
[1096] Cf. itens 3.2 e 3.3, supra

a observação do sistema jurídico, tendo como centro de atenção o ordenamento infraconstitucional, coloque barreiras a essa compreensão.

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 poder-dever de buscar a responsabilidade de quem foi o seu autor, necessitando, para tanto, após reunir as provas quanto à materialidade e autoria do *eventus sceleris*, 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. 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. Outra, o Executivo, incumbida de envidar os esforços no desiderato de pleitear a aplicação, no caso concreto, da sanção ou medida prevista na lei. E, por fim, 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 Executivo, aquele não está vinculado a este, visto que possui independência e zela para que a pretensão invocada se paute 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 destas 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 poder do Estado."[1097]

[1097] 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 PENAIS, EXARCERBAÇÃO DA PENA, DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA, LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO, PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. Relator Ministro Celso de Mello, Classe: HC - Processo: 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).

Note-se que a *persecução penal* é uma atividade *fundamentalmente administrativa* que, antes da concepção do princípio do devido processo legal, gozava da característica da *auto-executoriedade*[1098]. 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, dar-se aquilo que FREDERICO MARQUES[1099] 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 julgar. Não havia propriamente processo judicial, mas um ritual ou mero procedimento mais voltado para *simplificar* a aplicação da pena[1100]. 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 punitivo. A fórmula encontrada foi justamente o processo penal, como instrumento inibitório à opressão judicial, 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 fundamentais[1101].

A origem do processo penal como *limitação constitucional ao poder executório do Estado*[1102] advém da Carta Magna de 1215[1103]. O processo penal foi erigido a

---

[1098] 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 .

[1099] *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1977. v. 1, p. 28.

[1100] 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.)

[1101] Ibid. p. 28.

[1102] No voto dado no HC 73.338-RJ, 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).

essa categoria de direito fundamental do cidadão contra o absolutismo do poder de punir por meio da cláusula do *due process of* law, cujo embrião radica no *Bill of Rights* dos ingleses. Conforme aqui foi exposto, a monarquia inglesa, naquele tempo, experimentava acentuada instabilidade interna, diante da insatisfação dos barões com os abusos do governo. Como se não bastassem os problemas internos, o governo monárquico britânico ainda se ressentia de graves problemas financeiros, devido aos gastos com os conflitos armados contra países estrangeiros. Fragilizado, JOÃO SEM TERRA, para conseguir arrecadar mais dinheiro por meio do aumento dos impostos, negociou com a nobreza o reconhecimento formal de seus direitos. Foi nessa situação de crise e de fragilidade do Estado que os burgueses conseguiram impor ao Rei a assinatura da Magna Carta de 1215, com a qual, por meio da declaração de direitos nela inserida, os poderes estatais passaram a conhecer limitações, especialmente aqueles referentes às punições criminais.

No *Bill of Rights* inglês, como garantia contra os abusos praticados sob o manto do exercício do poder de punir, constou do 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."[1104] Considerada por COMPARATO o coração da Magna Carta[1105], 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). Conforme conta CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, 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*[1106].

[1103] Cf. item 3.1, supra. Diz-se que a cláusula do *due processo 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.

[1104] 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 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).

[1105] Cf. item 3.1, supra.

[1106] 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.*

Muito embora essa garantia tenha sido acolhida na Constituição da Virgínia com a mesma nomenclatura adotada na Carta Magna de 1215, nas declarações de direitos enxertadas 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 legal*[1107].

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 obedecido 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 freqüência e acentuada intensidade naquela época[1108].

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,

---

[1107] 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.*"

[1108] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. p. 34. Salienta CARLO ROBERTO que depois, com o avanço do instituto, "Foi natural conseqüência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o *jus libertatis* dos acusado 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 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, 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 fundamental mínimo. Como ao lado do devido processo legal vários outros valores foram adicionadas ao rol dos direitos fundamentais do cidadão americano, esse princípio, ditado de forma extremamente vaga, 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*, 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 direito-dever 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 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 convencionou 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 penal[1109]. 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."[1110]

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 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 no *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 penal[1111]. 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 dos poderes estatais. Nessa concepção, o

---

[1109] AFRANIO SILVA JARDIM, dando o destaque devido a essa origem do processo criminal, anota 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).

[1110] 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.

preceito do devido processo penal se confunde com a observância de todos os preceitos constitucionais explícitos e implícitos que estreitam os limites do direito de punir[1112].

Curiosamente, sem embargo de na história das constituições brasileiras, desde a imperial de 1824[1113], todas elas tenham se ocupado de declarar os direitos fundamentais, na maioria delas referentes ao processo penal nunca havia sido proclamada, expressamente, a cláusula do *devido processo legal*. Desde a 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 idéia 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 judicio*[1114].

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

---

[1111] 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).

[1112] 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.

[1113] 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.

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 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 desnecessária a instauração do processo criminal, para fins de aplicação da norma penal ao caso concreto. De toda e qualquer maneira, para aplicar uma medida alternativa ou 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 garantida a ampla defesa, inválida a eventual medida alternativa ou 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 de medida alternativa ou de 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

---

[1114] 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 judicio, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário." (Op. cit. p. 83).

fundamental plasmado na Constituição. Quando isso ocorre, para que a autoridade dirigente da apuração possa ter acesso à prova, ela precisa pedir a autorização judicial, consoante foi exaustivamente exposto no item 7.2.3.1. Salvo quando se trate de investigação levada a efeito por Comissão Parlamentar de Inquérito[1115] e que não haja a *reserva de jurisdição*[1116], ou quando seja o caso de atuação da polícia ostensiva e de proteção à ordem social feita em situação *de flagrante delito*[1117], 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 ser válido e adequado 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. Ora, nesse caso, embora se trate de um processo criminal, o princípio da presunção de não-culpabilidade é inaplicável, até porque, para todos os efeitos, ele já é condenado por uma 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 conotação, como de regra, possui sempre que a prestação jurisdicional criminal solicitada não é de natureza condenatória.

[1115] Cf. item 7.2.3.1.1, supra.
[1116] Cf. item 7.2.3.1.2, supra.
[1117] Cf. itens 7.2.3.1.3, 7.2.3.1.3.1 e 7.2.3.1.3.2, supra.

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 deferidos, pelas próprias características introduzidas à providência jurisdicional pleiteada por quem detenha legitimidade para fazê-la, sem que, com isso, tenha-se 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 de 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, contemplando 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 e este, ao receber o auto de prisão em flagrante, há de verificar se existe motivo ou motivos determinantes para que o agente, durante o curso do processo, 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 inocência*[1118], 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 conseqüência, a pessoa não poderia ser

[1118] Mais adiante, será defendido que o princípio adotado em nosso sistema não é o da *presunção de inocência*, mas sim o da *presunção de não-culpabilidade*.

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 pessoa. Por conseguinte, como a prisão preventiva tem natureza acautelatória, sem acarretar em condenação, o devido processo legal relativo a ela, não se compreende a *presunção de não-culpabilidade*. As hipóteses aqui observadas serão aprofundadas quando cada um desses direitos fundamentais forem abordados 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.

9.1.3- Devido processo legal no Estado democrático-constitucional como forma de encontrar alternativas para a resposta à criminalidade.

No item 8.2.3.2 deste trabalho, 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 até mesmo *consensuadas* e que não impliquem, necessariamente, a prisão do agente. O erro histórico da pena de prisão 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 liberdade[1119]. Seguindo essa posição, o Governo Federal, ao editar o Plano Nacional de Segurança Pública, instituiu o Programa de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, tendo como principal objetivo estimular a aplicação das penas e medidas alternativas[1120]. Coerente com essa política criminal de cunho democrático, o devido processo legal deve ser compreendido com a idéia da existência de institutos processuais que permitam uma solução do problema criminal 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 poder-dever de punir do Estado, que assegura o respeito aos direitos fundamentais pertinentes ao processo criminal, e assume, igualmente,

---

[1119] Cf. item 8.2.3.2, supra**.**
[1120] Ibid.

outra função política não menos nobre, a saber, que é a de evitar, tanto quanto possível, a imposição da pena de prisão, extinguindo, por via de conseqüência, a punibilidade da conduta do agente.

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* e tem as penas alternativas como a regra.

Ao lado das *penas alternativas*, o devido processo legal democrático agrega outro instituto, o das *medidas alternativas*. Um não se mistura 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, 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 seguir[1121].

9.1.3.1- Juizado Especial como função política despenalizante da conduta ilícita, no caso concreto.

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[1122], assim definidos em lei ordinária, a competência para

[1121] A questão da delação premial, que pode importar na despenalização, será estudada na parte do princípio da ampla defesa, mas especificamente no item 9.5.2.5, supra.

[1122] De acordo com a Lei nº 9.099, de 1995, crime de menor potencial ofensivo é aquele cuja pena abstrata máxima não é superior a um ano. Posteriormente, ao criar o juizado especial federal, a Lei nº 10.259, 2001, considerou crime de menor potencial ofensivo o que tem pena abstrata máxima de 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 FÉLIZ 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

a conciliação, julgamento e execução será do Juizado Especial, composto de juízes togados, ou togados e leigos, com a adoção do procedimento sumariíssimo, no qual se permite a transação e o julgamento de recursos por meio de turma composta de juízes de primeiro grau[1123].

Os Juizados Especiais não são 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, os Juizados Especiais devem servir de *estudo empírico* para imiscuir paulatinamente suas idéias 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 poderão servir de *embrião* aos avanços a serem experimentados no tratamento das demais questões submetidas ao Judiciário, para as quais ainda haverá de tergiversar-se a celeridade em nome da segurança jurídica. Esses órgãos jurisdicionais poderão desempenhar papel de fundamental importância no desenvolvimento de *técnicas de simplificação* do processo, tendo em mira 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 deve ser encarado como o *germe de uma nova forma de fazer justiça*: atividade judicante mais célere e efetiva e, principalmente, mais

---

conceito de infração de menor potencial ofensivo, aplicável, igualmente, ao juizado especial estadual, até porque *nenhum texto legal ordinário pode, sem justo motivo, descriminar 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.

[1123] Como será visto no item seguinte, o próprio constituinte cuidou de estatuir garantias ínsitas ao devido processo legal referente ao juizado especial.

democrática, com a simplificação da atuação do Judiciário e a sua aproximação dos consumidores da Justiça. Uma *tentativa de revolução*, portanto, na forma de fazer justiça, propugnando, com a *reengenharia do processo*, a própria *modificação estrutural e funcional do Judiciário* em si. 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, a 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 cível[1124]. 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 ilícita[1125].

Instaura-se com o juizado especial, repita-se, "... um novo modelo ('novo paradigma') de Justiça Criminal, fundado no consenso e que tem em mira resolver os

[1124] Note-se que, embora nem todo ilícito cível seja crime, todo ilícito penal acarreta o direito de indenização por parte da vítima. O crime pressupõe, sempre, a agressão, ainda que sob a forma de ameaça, a um direito alheio.
[1125] 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.

problemas criminal e cível gerados pela ação ilícita."[1126] Constitui-se em mais um segmento do Judiciário, composto de duas instâncias: os juízes de primeira instância e as turmas recursais. Além do mais, o juizado especial estadual, porquanto inadmissível recurso de apelação para o Tribunal de Justiça e mesmo o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, detém a última palavra interpretativa das normas infraconstitucionais, o que nem mesmo as Supremas Cortes estaduais e os Tribunais Regionais Federais possuem[1127].

O juizado especial federal, diante da possibilidade de incidente de uniformização 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 soberana[1128]. Como se vê, o juizado especial não é um mero procedimento instaurado no âmbito do juízo comum[1129], 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* e, de soslaio, transforma o processo judicial em instrumento hábil para descriminalizar, no caso concreto, a conduta considerada como ilícito criminal na lei. 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*[1130]. 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

---

[1126] 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.

[1127] 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.

[1128] Os incidentes de uniformização previstos unicamente para as decisões do Juizado Especial Federal, somente 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 a súmula ou jurisprudência dominante do STJ; e c) decisão da Turma de Uniformização em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ.

[1129] 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).

[1130] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *Juizados especiais criminais:* comentários à lei 9.099, de 26.09.1999. p. 32.

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, 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.

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*. Nessa dimensão, ele não tem como função apenas regrar 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* ou então, não sendo isto possível, a aplicação de pena que não seja privativa de liberdade[1131]. 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*

[1131] ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCE 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.

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 conflito[1132].

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 judicio*. As críticas mais contundentes, estreme de dúvidas, partiram de MIGUEL REALE JÚNIOR[1133], ao apontar vício de constitucionalidade por ofensa aos princípios da *inocência* e do dogma da *nulla poena sine judicio*, 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 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 e pena alternativa*[1134]. Para fins dogmáticos pode-se dizer que a medida alternativa é o gênero, do qual são espécies a *medida alternativa propriamente dita 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 cumprir as condições estabelecidas pelo juiz. Assim, na solução do problema criminal, o juiz

---

[1132] Ibid., p. 33.
[1133] Pena sem processo. In: *Juizados especiais criminais e juizados especiais criminais:* interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 27-28.

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 alternativa*. 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 alternativas* 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 alternativa *despenaliza* a conduta e impõe o encerramento do processo sem aplicação de pena. 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, seis características fundamentais distinguem um instituto do outro. Eis as características essenciais da medida alternativa: (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 *despenalizar a* conduta ilícita; (5) o juiz a aplica por meio de *sentença homologatória*[1135] *ou declaratória constitutiva* do direito à despenalização[1136]; e (6) não gera efeitos 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). A pena alternativa, por sua vez, tem como características próprias: (1) constitui-se em 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

---

[1134] Cf. item 8.3.2, supra.

[1135] O Supremo Tribunal Federal tem posição de que a sentença judicial na transação tem 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 GALLOTI, 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. 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. GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al., op. cit., p. 87.

[1136] 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). Nesse trabalho, distingue-se a natureza jurídica da sentença dada na audiência preliminar em homologatória, quando o juiz referente à transação feita pelas partes, e declaratória constitutiva, quando o magistrado, a pedido da parte autora, reconhece o direito dele à descriminalização da conduta.

privativa de liberdade; (5) o juiz a aplica por meio de sentença condenatória; e (6) gera efeitos criminais e cíveis, importando em reincidência e 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 alternativa*. Da forma como foram redigidos os dispositivos, 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 em 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 ela seja identificada por meio do processo, no qual seja 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 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 legal[1137]. 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

[1137] 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 tenha como pressuposto a declaração de sua culpabilidade.

consentimento do autor do fato para que lhe fosse aplicada logo, sem o devido processo legal, a pena prevista para o crime[1138], 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 referência[1139].

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 pelo Ministério Público e pelo 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 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 constitui-se apenas em condição estabelecida na sentença para ser cumprida pelo autor do fato, a fim de que o processo seja encerrado[1140].

[1138] No sistema do Código Penal, de regra, os crimes de menor potencial ofensivo são passíveis de punição por meio das penas alternativas.

[1139] 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 par 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.

[1140] Pelo caráter das medidas inerentes à interdição temporária de direitos, mostra-se incompatível a sua aplicação sob a qualidade de medida alternativa. Todavia, dependendo do caso, a interdição temporária de

A despeito dessas considerações, alguns doutrinadores defendem que, caso não cumprido o que 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 GALVÃO[1141], em votação unânime da Primeira Turma, tratou de dirimir a dúvida, sendo 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 direito-dever de punir por meio da garantia dos direitos fundamentais, cumpre outra importante função política, qual seja, a de servir de instrumento para *descriminalizar*, 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

---

direitos pode muito bem ser prescrita, sob a forma de *"proibição de freqüentar determinados lugares"* ou mesmo de "suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo." (art. 47, III e IV, do Código Penal).

[1141] 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.)

restritiva de direitos, como defendem vários autores[1142], 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 inocência*. Se 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, à evidência que não há malferição às cláusulas do devido processo legal e da presunção de inocência ou de não-culpabilidade[1143].

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 dos Juizados Especiais é *constitucional* e (2) o critério escolhido para definir a competência foi a *natureza da causa*, ou seja, a infração penal[1144] considerada de menor potencial lesivo. Nesse sentido, TOURINHO NETO[1145]

[1142] Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial:* aspectos práticos da lei 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996. p. 53. GRINOVER, Ada Pelegrini. et. Al. Op. cit., p. 88.

[1143] 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 descriminalizante da conduta ilícita vista no caso concreto.

[1144] O constituinte, quando emprega a expressão *infração*, deve-se compreender que se está referindo não apenas aos crimes, como também às contravenções. Neste trabalho, salvo quando vier a ser feita a distinção, de regra, as palavras *crime, ilícito e delito* compreendem as contravenções.

confirma que "A competência do Juizado é determinada, primeiramente, pela matéria, pela natureza da infração (CPP, art. 74)." Naturalmente que 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 ordinário[1146].

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 derrogada 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 1995, porquanto se passou a defender que a competência desse segmento da magistratura era relativa[1147]. O fato de na Lei nº 10.259, de 2001, o legislador ter deixado expressa a competência absoluta do Juizado Especial Federal

---

[1145] *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.

[1146] 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).

[1147] 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.

apenas para a matéria cível, não se pode animar o intérprete a pensar que quanto ao aspecto criminal ela é apenas relativa[1148], seja em relação à jurisdição federal, seja à estadual.

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 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, mediante a transação. 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 multas, 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 conseqüente 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 lei[1149]. Por outro lado, se a transação for considerada um direito subjetivo do autor, 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.

[1148] Nesse sentido, cf. TOURINHO NETO. Op. cit., p. 503.

[1149] 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."

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 conseqüente 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. Em razão da transação, o Ministério Público não está obrigado a oferecer a denúncia, podendo, observadas as condições estabelecidas em lei, propor a solução consensuada do processo. Embora não esteja obrigado 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 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)*[1150].

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.

[1150]Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p. 85.

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 num direito subjetivo do autor do fato. Ou seja, se a situação deste não se encaixa em nenhuma das hipóteses que impedem a transação, elencadas no art. 76, § 2º, 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. Por isso mesmo, caso o Ministério Público se negue a propor 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 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 *premial*, 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, observe-se que ainda no ano de 1986, portanto, há quase vinte anos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 63.557-RJ, tendo funcionado como Relator o então Ministro FRANCISCO REZEK, 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"[1151].

[1151] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 'HABEAS CORPUS'. 'SURSIS'. DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO. CÓDIGO PENAL DE 1940, Relator Ministro FRANCISCO RESEK, Classe: HC - Processo:

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[1152]. A posição jurisprudencial desses dois tribunais superiores foi firmada ao abordar a questão referente à suspensão do processo, considerada igualmente como uma transação na seara criminal, até porque a transação propriamente dita é instituto afeto ao Juizado Especial, seara na qual a última palavra, exceto quando se trata de matéria constitucional, é dada pela turma recursal. 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 subjetivo[1153]. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no afã de consolidar o seu entendimento sobre o assunto, de modo até certo ponto contraditório, estabeleceu que a suspensão do processo – uma das formas de transação criminal – não se trata de direito subjetivo. Todavia, acrescenta a Terceira Seção do STJ, 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-la[1154]. Adotando a mesma linha de

---

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. dai resulta que a periculosidade do individuo há de ser flagrante e bem demonstrada para desautorizar o benefício; da mesma forma que deve estar apoiado em indícios validos a presunção de futura reincidência. A razão para indeferir o 'sursis' devera ser sempre grave. Ordem concedida." (Ibid.)

[1152] É preciso fazer a distinção entre a transação e solução descriminalizante sem transação.

[1153] 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, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Classe: HC - Processo: 83.250, UF: SP, PRIMEIRA TURMA, mv. Data da decisão: 25/11/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp.. Acesso em: 9 fev. 2005. No caso, porém, como ressaltou o relator, "... o Ministério Público expressa e motivadamente deixa(ou) de oferecer a suspensão condicional do processo, e o juiz homologa(ou) essa manifestação..." (Ibid.) 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.

[1154] 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.

pensamento, 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 remeter, por analogia, 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 aos princípios da obrigatoriedade do aforamento da denúncia e do princípio acusatório, que veda ao juiz iniciar o processo sem a provocação de quem detém a legitimidade para tanto. 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 princípio acusatório, 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 descriminalização 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 descriminalizada ou, para ser mais claro, que ele tem o *direito* subjetivo à despenalização de sua ação considerada ilícita.

9.1.3.1.5- Possibilidade de o juiz deferir o pedido do autor do fato de despenalinalização 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, ainda que pela via do art. 28 do Código de Processo Criminal, 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 dispositivo em foco.

Porém, a discussão é sobre assunto que não diz respeito diretamente à Constituição, razão pela qual, em princípio, não cabe, sequer, recurso extraordinário. Por conseguinte, 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 habeas corpus seja para o Supremo Tribunal Federal[1155], para o Superior Tribunal de Justiça ou mesmo para os Tribunais Regionais Federais ou de Justiça.

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

[1155] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. INCOMPETÊNCIA DO STF PARA PROCESSAR E JULGAR HC DE DECISÃO ORIUNDA DE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. Relator Ministro NELSON JOBIM, Classe: HC - Processo: 82.718 UF: MG, TERCEIRA TURMA, um. Data da decisão: 03/06/2003, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp.. Acesso em: 9 fev. 2005.

processo pelo caminho do consenso[1156]. Portanto, na prática, o que freqüentemente acontece, quando o Ministério Público não faz a proposta da transação, é o autor do fato sinalizar para o juiz, na audiência preliminar, que ele tem o desejo de solucionar o problema penal com base no seu direito à descriminalização 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 feito ao juiz, na hipótese de indeferimento, em tese, comporta 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, ele 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 alvitrada 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)[1157].

[1156] Por questão de ordem lógica, quando o juiz discorda da negativa da proposta de transação pelo Ministério Público e opta em adotar a solução do art. 28 do CPP, ele antes consulta 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 inócuo e contribuiria, apenas, para a demora do processo, em razão da criação de incidente desnecessário.

[1157] 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". Na continuidade desse trabalho, esse assunto será examinado com mais detalhe.

Conseqüentemente, se o Ministério Público entende que não deve oferecer a denúncia, tenha havido ou não o incidente do art. 28 do CPP, a vítima e, na sua falta, os seus familiares mais diretos, nada pode fazer, pois, como se disse, ela 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 descriminalizada. 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 idéia 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. Certamente alinhada a esse pensamento, a Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura, 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."[1158] As críticas lançadas a essa posição têm basicamente dois grandes argumentos: (1) é um contra-senso 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, faça a sua concessão, isso caracterizaria instauração do processo criminal *ex officio*. Vamos examinar esses dois aspectos da questão com mais vagar.

[1158] Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit., p. 132.

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 nela. Com razão a segunda corrente, até porque uma verdade é inescondível: 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 antagônicas de uma relação jurídica, na qual ambas cedem, a fim de encontrar uma solução consensuada. Todavia, o deslinde da questão perpassa por um olhar mais aprofundado da questão.

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 a 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 de Lavagem de Dinheiro), 9.807, de 13 de julho de 1995 (Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha), e 10.409, de 10 de janeiro de 2002 (Lei de Prevenção ao Tráfico Ilícito de Substâncias ou Drogas Ilícitas). 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, uma vez que o Ministério Público não concorda, mesmo assim o autor do fato permanece com o direito de postular ao juiz que seja a sua conduta despenalizada, o que deverá ser acolhido por este, desde que ele entenda que estejam 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 seria necessário que houvesse o 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. A não ser que se defendesse,

aqui, uma espécie de *transação imperativa*, o que não se crê ser necessário, pois há justificativa mais plausível para defender no caso. Portanto, não há propriamente um direito subjetivo do autor do fato à transação. Todavia, há sim, como já foi dito acima, desde que preenchidas as condições previamente estabelecidas na legislação, o direito do autor de que o processo seja solucionado com a despenalização de sua conduta, independentemente da transação. Se esta existe, tanto quanto melhor, pois a solução do processo é consensuada. 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 alternativa.

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. 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, desde que ele atenda os 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 do autor do fato de ter a sua conduta despenalizada, a despeito de não ter ocorrido a transação.

9.1.3.1.5.2- Natureza judicial 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 consensuada da questão criminal. A outra, de cunho contencioso, que somente tem lugar caso seja 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 judicial[1159]. Chega-se a defender que a audiência preliminar, uma vez realizada antes da formulação da acusação, tem natureza

[1159] Ibid. p. 87.

extraprocessual, porém, uma vez homologada a transação pelo juiz, essa decisão adquire eficácia de título judicial[1160].

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 conseqüente solução consensuada 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 isso ocorre, evidentemente, no exercício da atividade jurisdicional.

Por medida de economia processual e até mesmo para não criar dificuldade para a solução consensuada, 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 consensuada 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 acirravam os ânimos. 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 judex 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

[1160] Ibid. p. 87-88.

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 idéia 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 aquela 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 escuta 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.

Por conseguinte, a audiência preliminar é realizada, dentro do processo criminal, momento em que impera a simplificação, a ponto de nada haver escrito, senão o próprio termo de audiência. Até porque, se a audiência preliminar não fosse considerada um ato processual, qual seria a natureza jurídica da sentença quando ela encerra o caso? Dizer que a sentença homologatória da transação ou a que reconhece o direito ao autor do fato de ter a sua conduta despenalizada, dada na audiência preliminar, tem natureza processual, mas negar o *status* de ato processual a essa audiência, *data venia*, não parece ser coerente[1161]. Para todos os efeitos, a audiência preliminar ocorre na primeira fase dos processos da competência do Juizado Especial, que somente se tem por iniciada caso o autor do fato e o representante do Ministério Público estejam presentes. Caso um dos dois não esteja presente ou o ato processual não tenha podido ser realizado, essa audiência preliminar passa para a segunda etapa, quando lá, embora já instaurada a fase contenciosa, o caso poderá ser solucionado com a despenalização da conduta.

9.1.3.2- Suspensão condicional do processo como medida descriminalizante.

Outra inovação da mais significativa importância introduzida em nosso sistema jurídico, que está em consonância com o Estado Democrático-Constitucional, foi a suspensão condicional do processo, prevista pela Lei nº 9.099, de 1995, para todos os crimes cuja pena mínima não seja superior a dois anos, a qual posteriormente, em virtude do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo dado pela Lei nº 10.259, de 2001, foi aumentada para a pena abstrata mínima de dois anos[1162]. Tudo o que aqui foi dito sobre a transação criminal, com as ressalvas devidas, aplica-se igualmente à suspensão condicional do processo.

[1161] ADA PELLEGRINI e outros defendem que a audiência preliminar não é processo, mas admitem que, homologada a transação pelo juiz, esse pronunciamento se apresenta como título judicial (Op. cit., p. 87-88). Esse pensamento, porém, conforme aqui exposto, não parece correto.

[1162] Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. LIMITE DE 01 (UM) ANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO) LEI Nº 10.259/01. LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. SÚMULA 243/STJ, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: RHC - Processo: 12.033, UF: MS, QUINTA TURMA, Data da decisão: 13/09/2002 Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005. Em sentido contrário: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. LEI 10.259/2001. NÃO-ALTERAÇÃO. TRANSAÇÃO. PREVISÃO DE PENA DE MULTA ALTERNATIVA OU CUMULATIVAMENTE. IRRELEVÂNCIA, Relator Ministro PAULO MEDINA, Classe: HC - Processo: 200301661588, UF: SP, SEXTA TURMA, um. Data da decisão: 19/10/2004 Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA EM ABSTRATO NÃO EXCEDENTE A DOIS ANOS. CONCEITO DE DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AMPLIADO PELA LEI Nº 10.259/2001.

A suspensão condicional do processo é, também, uma forma de despenalização da conduta ilícita no caso concreto, inserindo-se, assim, como um dos instrumentos processuais voltados a contribuir para *erradicar* a *marginalização*, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Assim como ocorre em relação ao Juizado Especial, a despenalização por meio da suspensão condicional do processo é um direito subjetivo do acusado, de modo que pode ser negociada – e aqui se assemelha à transação –, ou então deferida pelo juiz, como reconhecimento de que ele tem o direito de ver isenta de pena a sua conduta, desde que se satisfaçam, além do requisito objetivo, os requisitos subjetivos estampados na lei.

A diferença substancial em relação ao Juizado Especial é que a suspensão condicional do processo somente pode ocorrer depois do oferecimento da denúncia, sendo um dos requisitos desta. De fato, se a pena mínima abstrata não é superior ao que prevê a lei, o Ministério Público, necessariamente, tem de dizer, na denúncia, se oferece, ou não, a suspensão condicional do processo, dando os motivos da posição adotada. O pronunciamento sobre a suspensão condicional do processo, portanto, desde que satisfeito o requisito objetivo para a sua concessão, erige-se como requisito formal da denúncia, de modo que a omissão a respeito acarreta a sua inépcia, devendo o juiz devolver os autos ao Ministério Público, a fim de que ele proceda à devida correção. Todavia, como medida de economia processual, se o Ministério Público é daqueles que acertadamente comparecem às audiências marcadas para a suspensão condicional do processo ou interrogatório, o juiz pode deixar para apontar a omissão nesse momento, com conseqüente oferecimento de oportunidade para que ela seja suprida mesmo oralmente, no referido momento processual.

Caso o Ministério Público não venha a suprir a omissão ou quando ele negar a proposta de suspensão condicional do processo, o magistrado, assim como na audiência

---

RECURSO PROVIDO, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, Classe: HC - Processo: 200201349739, UF: SP, SEXTA TURMA, um. Data da decisão: 19/08/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, depois, no HC 200302165345 modificou a sua posição, passando a adotar a orientação da Sexta Turma quanto à inexistência de alteração na pena mínima para a suspensão condicional, inclusive com concordância do Ministro FELIX FISCHER, que participou do julgamento. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - FURTO QUALIFICADO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - LEI 9.099/95 - ADVENTO DA LEI 10.259/01 - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, Classe: HC - Processo: 200302165345, UF: RJ, QUINTA TURMA, Data da decisão: 06/05/2004 Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005.

preliminar do Juizado Especial, pode, a pedido do incriminado, deferir a pretensão de que o processo seja encerrado com a despenalização de sua conduta. Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 696, firmou posição de que ante a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo ao juiz, caso entenda reunidos os pressupostos legais permissivos à aplicação do instituto, resta apenas aplicar, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal[1163]. A crítica a essa posição já foi feita neste estudo, quando se tratou da transação, aplicável, em sua inteireza, à hipótese da suspensão condicional do processo. Basta reafirmar, uma vez mais, que se a suspensão condicional não se trata propriamente de um benefício, mas de um direito subjetivo do acusado, não se mostra razoável dizer que o juiz não pode apreciá-la quando, ante a negativa do Ministério Público, o acusado manifesta pretensão nesse sentido, até porque, como já foi aqui evidenciado, tal malfere o princípio do acesso à justiça[1164].

Na disciplina da transação penal (art. 89, § 1º a 7º, da Lei nº 9.099, de 1995), o legislador foi mais feliz, pois deixa claro que com a suspensão condicional do processo não há aplicação de pena, porém apenas de condições sob as quais ficará subordinada a suspensão. Aqui fica evidenciada a natureza de medida alternativa da suspensão condicional do processo, com o condão de, ao final, desde que cumpridas as exigências estabelecidas, tornar isenta de pena a conduta, em razão da extinção de punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099, de 1995).

Pelo fato de a suspensão condicional não se tratar de pena, a doutrina diverge quanto à possibilidade de aplicar-se, como outras condições além daquelas expressamente previstas nos incisos do § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, uma das medidas restritivas de direitos. Os doutrinadores que se filiam à corrente que rejeita essa possibilidade partem do pressuposto de que, com a suspensão condicional do processo, o juiz não pode aplicar pena. Acontece que aquelas mesmas penas restritivas de direito podem, sem nenhum problema, ser aplicadas como medidas alternativas. Ou seja, em consonância com o § 2º do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, o juiz pode especificar, sob a modalidade de outras condições a que fica subordinada a suspensão do processo, *medidas restritivas de direitos* que expressam o mesmo conteúdo das *penas restritivas de direitos*.

[1163] Para não repetir os argumentos ali invocados, veja-se o que ficou assentado naquela parte do estudo (cf. itens 9.1.3.1.4 e 9.1.3.1.5, supra).

[1164] Na prática, o juiz, do mesmo modo como ocorre quando o Ministério Público faz a proposta, informa ao acusado que ele, em tese, tem o direito à suspensão condicional do processo.

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.

O devido processo legal, na seara criminal, tem como objeto o crime. A função maior do processo é servir de instrumento à aplicação da política criminal no caso concreto, tendo como cerne o crime imputado na peça acusatória. O processo gerencia a crise social gerada pela ação ilícita, com a preocupação de no final ter como resposta a solução mais adequada para manter e/ou restaurar a ordem social, solapada às vezes de forma severa, em virtude da hediondez do crime praticado. Sendo o objeto do processo criminal o delito com o escopo voltado à manutenção e/ou restauração da segurança da vida em sociedade, parece óbvio que ele, mais até do que o processo civil, precisa ser elaborado tendo como orientação a rápida solução do problema levado a julgamento pelo Judiciário. Não é despropositado sublinhar que a *eficiência* na administração da justiça criminal passa, necessariamente, pela rapidez com que tramitam os processos. Se de um lado a demora do processo causa na sociedade a falsa impressão de impunidade, por outro, o decurso de excessivo espaço de tempo entre a ocorrência do fato e o julgamento definitivo do acusado torna ineficiente ou mesmo contraproducente a execução do que for determinado na sentença definitiva.

Isso porque, na medida em que se acredita que a solução criminal, qualquer que seja a situação do caso concreto, deve ser alvitrada no propósito de buscar, na medida do possível, a recuperação do agente autor da ação ilícita, tem-se que a resposta criminal exige celeridade. A rapidez se impõe uma vez que, enquanto não for adotada a medida adequada para a recuperação do agente, ele, de regra, continuará no convívio com a sociedade, podendo, a todo e qualquer momento, exteriorizar a sua propensão ao delito ainda não tratada devidamente. Sem embargo disso, passado lapso temporal considerável após a ocorrência do delito, não só parece ineficiente, como indevido mesmo, submeter a pessoa ao cumprimento de uma medida ou sanção penal – principalmente esta –, quando ao longo desse período ele tenha demonstrado a sua plena recuperação. Se o acusado, ao longo do tempo posterior à prática do ilícito em apuração no processo, manteve-se comportado, convivendo normalmente com o grupo social, e mesmo com a demonstração de que as agruras do processo criminal fizeram com que ele se (re)orientasse na vida, não parece razoável que ele venha a ser

compelido a cumprir uma sanção cujo escopo seja buscar uma recuperação que já ocorreu. Nesse caso, a pena seria meramente retributiva, o que não se mostra em sintonia com um sistema criminal de cunho democrático.

Justamente por causa disso, observe-se que os prazos no processo criminal, até mesmo os referentes à defesa propriamente dita e aos eventuais recursos, sem embargo de encontrar-se em risco o fundamental direito de liberdade e mesmo a honra do acusado, são menores do que no processo civil, sem que isso represente, propriamente, nenhuma contradição. Do mesmo modo, observe-se que os prazos no processo criminal não têm início com a juntada do mandado de intimação, mas sim a partir da data em que foi realizada a diligência[1165]. Isso conduz à percepção de que, em tese, o processo criminal detém preferência em relação ao processo cível, devendo o juiz, quando possui competência cumulativa, dar maior atenção para o trâmite célere daquele, independentemente da existência de acusado preso, ou não.

A celeridade, sem medo de errar, é *conditio sine qua* não há de falar-se em eficiência no processo criminal. Mas ao lado dessa visão, agregue-se uma outra. O processo criminal, diferentemente do civil, possui, ele mesmo, caráter punitivo, na medida em que se presta a estigmatizar o acusado perante a sociedade, em nada modificando essa situação a sua eventual absolvição. O mestre CARNELUTTI[1166], com a costumeira clarividência, adverte que "O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras" e ele, "... a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos."

O sempre lembrado BECCARIA impressionou-se com a desonra que acompanhava por toda a vida as pessoas que tinham sido sujeitas à prisão, o que ele atribuiu ao fato de a pessoa ser submetida, no processo, a toda sorte de arbitrariedade e mesmo porque ele recebia o mesmo tratamento dispensado a quem era culpado[1167]. Daquele tempo para cá, é verdade, muita coisa mudou: o acusado é mais respeitado, até mesmo com o direito de não

---

[1165] Cf. STJ, HC 32355-RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro PAULO MEDINA, un., j. em 04/05/2004, DJ DE 07/06/2004, p. 285.
[1166] *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan Editora, 1995. p. 46.
[1167] (Op. cit., p. 45). BECCARIA se admirava que, ao contrário do que ocorria com os romanos absolvidos de delitos gravíssimos, no sistema criminal de sua época, o homem acusado de cometer um crime, mesmo absolvido, carregava consigo *a marca da desonra* (Ibid.).

ser considerado culpado a não ser depois de sentença condenatória transitada em julgado[1168]. Porém, ainda, assim, o estigma gerado pelo processo criminal permanece e o acusado, mesmo sendo absolvido, carrega consigo a mancha que lhe foi atirada com a persecução penal[1169].

Nesse cenário, a demora do processo criminal é tormentosa igualmente para o acusado, não só pelos problemas sociais que isso acarreta, mas também pelos malefícios de ordem psicológica daí advindos, campo fértil para a proliferação de doenças psicossomáticas[1170]. Sensível para esse aspecto, alguns países inserem, dentre os direitos fundamentais, o direito do acusado de ser julgado dentro de um prazo razoável, como uma conseqüência direta do devido processo legal. A Constituição de Portugal, v. g., no art. 32º, 2, de forma expressa, garante ao acusado não só a presunção de inocência, como igualmente o de "... ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa." Comentando o sistema jurídico português, JOSÉ DA COSTA PIMENTA[1171] salienta "... que a celeridade é também reclamada pela consideração dos interesses do próprio argüido, não devendo levar-se a crédito do acaso o facto de a Constituição sob influência da Convenção Européia dos Direitos do Homem, lhe ter conferido o estatuto de um autêntico direito fundamental.", daí por que deve ser reduzido "... ao mínimo a duração de um processo que implica sempre a compressão da esfera jurídica de uma pessoa que pode ser – e tem de presumir-se – inocente."[1172], até como forma de "... prevenir os perigos duma estigmatização e adulteração irreversível da identidade do argüido, que pode culminar no compromisso com uma carreira delinqüente."[1173]

Sem registro na tradição constitucional nacional, a Constituição de 1988, conquanto tenha incorporado, ao lado do devido processo legal, outras garantias no rol dos

---

[1168] Ao comentar sobre o princípio da presunção de não-culpabilidade, assegurado na Constituição italiana, disse CARNELUTTI: "A Constituição italiana proclamou solenemente a necessidade de tal respeito declarando que o acusado não deve ser considerado culpado até que não seja condenado com uma sentença definitiva. Esta é, porém, uma daquelas normas, as quais servem somente a demonstrar a boa-fé daqueles que a elaboraram" (Ibid., p. 45).

[1169] Com razão, CARNELUTTI identifica na absolvição o ponto máximo das misérias do processo penal, momento em que há a mais sublime confissão do erro judiciário, pois submeteu um inocente a uma situação vexatória, muitas vezes arruinando-o perante a opinião pública (Ibid., p. 63).

[1170] Em um rumoroso caso de homicídio ocorrido em Município do interior do Rio Grande do Norte, diante da repercussão negativa do crime, ninguém queria defender o acusado. Em razão disso, o processo, à falta de advogado que aceitasse a causa, ficou um tempo paralisado. O acusado, impaciente, mesmo solto, procurou o juiz para pedir que ele fosse, de uma vez por todas, julgado, sendo, no final, absolvido pelo tribunal do júri. Esse não foi um caso isolado que já pude vivenciar na atividade forense, havendo outros casos similares.

[1171] PIMENTA, José da Costa. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19--?). p. 20.

[1172] Ibid. p. 20.

[1173] Ibid. p. 20.

direitos fundamentais, na sua redação primeira, não trouxe nenhuma cláusula expressa quanto à celeridade do processo criminal na qualidade de direito afeto ao acusado, independentemente de ele se encontrar preso, ou não[1174]. De todo modo, a cultura jurídica brasileira, sedimentada na doutrina e acompanhada na jurisprudência, construiu o entendimento de que, estando o acusado preso, os prazos processuais têm de ser rigorosamente cumpridos, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal, sanável por meio da interposição de habeas corpus, a não ser que a demora para a conclusão decorra de fato imputável à defesa[1175]. Indo mais além, o Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose), a qual, no art. 8º, nº 1, ao garantir *a toda pessoa o direito de ser ouvida, com todas as garantias e dentro de um prazo razoável, na apuração de qualquer acusação penal*, dá ensanchas para que se conclua a assunção de compromisso do Brasil perante a ordem internacional quanto à celeridade dos processos criminais, independentemente de o acusado encontrar-se encarcerado ou solto.

Sufragando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que o direito do acusado ao julgamento em prazo razoável está implícito em nosso sistema constitucional e, ademais, que ele está garantido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, nºs. 5 e 6), ratificada pelo Brasil. Essa posição da Suprema Corte é pinçada da leitura da ementa do acórdão proferido no HC 80379-São Paulo, no qual atuou como Relator o Ministro CELSO DE MELLO[1176]. Eis a redação da parte da ementa que interessa:

> O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do "due process of law". O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade - tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a

[1174] A Sexta Emenda à Constituição americana, em sua primeira parte, diz que "Em todo processo criminal, o acusado terá direito a um julgamento célere..."

[1175] Essa é a inteligência que se extrai das Súmulas 21, 52 e 64 do Superior Tribunal de Justiça.

[1176] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: HC - Processo: 80379, UF: SP, SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 18/12/2000, Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 14 fev. 2005.

> qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.

Como se vê, de acordo com o entendimento da Excelsa Corte, deflui do princípio do devido processo legal que "O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas." Portanto, naquele julgado ficou ressaltado que o direito de ser julgado dentro de prazo razoável, embora especialmente direcionado ao acusado preso, não é um direito subjetivo apenas a quem se encontre nessa condição. No vácuo desse precedente, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, no Habeas Corpus nº 5284, cujo Relator foi o Ministro EDSON VIDIGAL, reafirmou que o sistema jurídico brasileiro, por força do Pacto de San Jose, adota o princípio da celeridade do processo criminal. Em determinada passagem de seu voto, o referido Ministro asseverou:

> Nunca é demais enfatizar que vigora no nosso sistema legal, por força e compromisso internacional a que o Brasil está obrigado a cumprir, o mandamento segundo o qual todo acusado tem o direito de obter, num prazo razoável, pronunciamento judicial que defina sua situação perante a lei.[1177]

Por incrível que pareça, o princípio da celeridade foi objeto da genialidade do grande BECCARIA[1178], já naquele tempo em que nem mesmo direito de defesa era assegurado ao acusado. O que mais chama a atenção, todavia, é que o fundador da Escola Clássica imaginou esse princípio nas duas dimensões aqui abordadas. Escrevendo no ano de 1764 como se fosse para os dias de hoje, BECCARIA[1179] vaticinou que o processo criminal precisava ser rápido, sem que isso prejudicasse o direito de defesa do acusado, pois só a aplicação instantânea da pena serve para inibir a prática de outros delitos e, por outro lado, para pôr a salvo o acusado dos "inúteis e cruéis tormentos da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza"[1180].

[1177] FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Coords.) *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. v. 1, p. 15.
[1178] Cf. também item 1.3.2, supra.
[1179] Op. cit., p. 60. Ele defendia que "O processo deve findar o mais breve tempo possível", pois é "... de suma importância a proximidade do delito com a pena" (Ibid., p. 77).
[1180] Ibid. p. 76.

No desiderato de contornar a omissão sentida na Constituição de 1988, o constituinte derivado, ao tratar da Reforma do Judiciário na Emenda Constitucional nº 45, de 2004, teve a preocupação de aumentar o rol dos direitos fundamentais, acrescentando ao art. 5º o inciso LXXVIII, de modo a deixar claro que "a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". A celeridade, que estava implícita na seara constitucional e explícita no âmbito infraconstitucional em decorrência da prescrição inserta no Pacto de San José da Costa Rica, agora restou estampada na Constituição dentre os direitos fundamentais, garantia que, conquanto tenha sido prevista tanto para o processo criminal quanto para o cível – ao contrário do que se deu na Constituição portuguesa, que só fez referência ao princípio em relação ao primeiro –, naquele haverá de merecer atenção especial, no sentido de estimular a conscientização de que o trâmite rápido do feito no qual se trata da responsabilidade penal é de fundamental importância para abreviar a angústia de quem fica no aguardo da definição de seu futuro.

9.1.5- A publicação dos atos processuais e a motivação das decisões judiciais.

Anteriormente à judicialização e conseqüente processualização do direito de punir do Estado, quando ainda não se tinha vislumbrado a necessidade do estabelecimento de regras garantidoras dos direitos do homem frente à persecução criminal, a punição do agente era um mero ritual. A despeito de não ser assegurado o direito de defesa, as acusações e os julgamentos eram secretos, justamente para que o acusado não *atrapalhasse* o trabalho investigatório desenvolvido no sentido de descobrir a verdade dos fatos. Como aqui ficou ressaltado, BECCARIA, ao elaborar o famoso livro *Dos delitos e das penas*, não deixou de perceber que o mecanismo eficiente para coibir os abusos praticados pelo Estado, a pretexto de realizar a justiça criminal, seria a previsão da *publicidade* dos julgamentos. O inolvidável marquês achava, e estava certo, que a possibilidade do acompanhamento dos julgamentos pela *opinião pública* era instrumento eficiente no controle de abusos do poder público, sob o fundamento de que aquela "... é talvez a única fortaleza da sociedade, (que) imponha freio à força e às paixões"[1181]. Com o seu pensamento liberal, o mestre italiano cunhou o que mais tarde passou a ser denominado *princípio da publicidade*[1182].

[1181] Op. cit., p. 47.
[1182] Cf. item 3.3.2, supra.

Malgrado esse princípio tenha sido adotado em nosso meio logo nos primeiros instantes em que foram elaboradas as normas processuais sob o influxo das idéias liberais, até o advento da Constituição de 1988, nenhuma Carta brasileira havia elevado esse princípio à categoria de direito fundamental. Coube, por conseguinte, ao texto constitucional em vigor estabelecer, no art. 5º, LX, que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem", consolidando, assim, o que já era previsto no art. 791 do Código de Processo Penal. Desse modo, como adverte ANTÔNIO SCARANCE[1183], mesmo antes da edição da Constituição de 1988, esse princípio se encontrava *incorporado à cultura do processo brasileiro*.

Conquanto já fizesse parte da nossa cultura, a previsão da publicidade como garantia fundamental tem o condão de dar-lhe maior amplitude, como se observa, por exemplo, em relação a sua incidência no processo penal militar, pois lá a regra vigente era o julgamento em sigilo, sem falar no aspecto referente à maior amplitude com que a cláusula em destaque merece ser observada, na medida em que transcende o interesse das partes em ter conhecimento e participar dos atos processuais, para albergar o direito da comunidade em acompanhar, mais de perto, a atividade jurisdicional. Com essa permissibilidade, confere-se transparência mais acentuada ao exercício do ofício judicante e, com isso, transfere-se-lhe maior legitimidade.

O acompanhamento da distribuição da justiça pela sociedade, tal como vaticinava BECCARIA, não há dúvidas, tem o condão de inibir excessos e arbitrariedades, que encontram campo fértil quando os atos são acobertados pelo campo escuro do segredo[1184]. Diante do avanço tecnológico, hoje se pode ter o acompanhamento das audiências e julgamentos por meio da transmissão não apenas por radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão), como também pela via eletrônica (internet). Reina, porém, controvérsias a respeito do alcance do princípio em relação a esse aspecto, sob o argumento de que isso pode contribuir para o sensacionalismo e exposição indevida tanto do acusado quanto da vítima e das testemunhas.

[1183] *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 62.
[1184] Ibid., p. 63.

Sobre o assunto, ANTONIO SCARANCE[1185] alerta que a publicidade propiciada pela transmissão de julgamentos por rádio ou televisão é *desnecessária e sensacionalista*, servindo para causar *constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas*. *Modus in rebus*. Nem sempre é assim. Tome-se como exemplo a experiência bem sucedida da transmissão, via TV Justiça, das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal[1186], que têm servido não apenas para aproximar do jurisdicionado o mais alto tribunal do país, fazendo com que ele fique mais conhecido e respeitado pela seriedade e profundidade como são discutidas e decididas as questões, como também para complementar o conhecimento jurídico de quantos tenham interesse em aprender questões que suscitam intrincadas indagações[1187].

Não se há de negar que, em alguns casos, é importante que não se tenha divulgação maior do processo, até para que não ocorra uma exposição indevida. Para esses casos, a própria forma como redigido o princípio se encarrega de dar a solução, ao dizer que a publicidade será restringida, quando a *defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*. Pode ser, no entanto, que a ampla publicidade com a transmissão da audiência ou julgamento se preste para atender a interesses legítimos de pessoas interessadas e envolvidas no episódio[1188]. A bem da verdade, a ressalva constitucional quanto à publicidade, de forma a restringi-la apenas às partes envolvidas no processo, feita ante a consideração de que, às mais das vezes, ela pode acarretar às pessoas envolvidas sérios prejuízos pessoais, familiares e

---

[1185] Ibid., p. 64.

[1186] A experiência tem se revelado tão importante que se espera dos demais tribunais a tomada de mesma posição. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem sido instigado para proceder de igual modo. Os tribunais de justiça poderiam servir-se do sistema de TV a cabo local para, do mesmo modo, fazerem as transmissões de suas sessões.

[1187] O recente episódio da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para apurar atos de corrupção praticados por agentes do governo e políticos, caso chamado de "Mensalão", em razão da transmissão ao vivo pela televisão, foi acompanhado de perto pela população, o que é salutar não apenas para que se tenha conhecimento do desempenho dos parlamentares, como também para permitir que o assunto tenha uma dimensão maior.

[1188] Às vezes, a publicidade pode até ser benéfica para a vítima. Recordo-me de um processo (Processo nº 97.0005596-5, tramitou na Segunda Vara da Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Norte) de roubo à mão armada de malotes dos correios, ocorrido no Rio Grande do Norte e que foi julgado por mim, em que, antes, os agentes roubaram, também armados, o carro de uma estudante de Direito, a fim de utilizá-lo, no dia seguinte, no outro crime. Na oportunidade, a estudante, ao ter o seu carro roubado, foi levada pelos agentes, somente sendo liberada em um local ermo, tendo ocorrido, inclusive, uma tentativa de estupro, que não se consumou devido à intervenção de um dos envolvidos na empresa criminosa, por não concordar com aquele tipo de crime. Pois bem, como os rumores na cidade eram de que a estudante havia sido estuprada – pessoa muito conhecida na cidade e filha de pessoas da alta sociedade norte-rio-grandense –, ela, ao ser ouvida como declarante, lamentou o fato de os interrogatórios dos acusados não terem sido acompanhados pela sociedade, a fim de desfazer a verdade que ficou consolidada, devida à repercussão na imprensa de que ela havia sido violentada sexualmente, situação que a deixou muito desconfortável perante boa parte das pessoas, sendo alvo da maledicência humana, a ponto de surgir o boato de que teria contraído AIDS.

sociais (sensacionalismo, convulsão social, etc.), está vazada com suporte em dois conceitos polissêmicos – *defesa da intimidade* e preservação do *interesse social* –, de modo que a questão deve ser analisada, como só é de ocorrer em casos tais, no exame aprofundado da situação concreta.

Ademais, observe-se que a garantia da publicidade dos atos processuais está repetida no art. 93, IX, da Constituição, na parte em que são estabelecidas regras específicas para a magistratura. Em sua redação originária, o dispositivo em foco dispunha que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes". De forma mais enfática, no intuito de indicar que o juiz, ao determinar o segredo de justiça a fim de restringir a publicidade, deve fazer uma ponderação de valores com o direito da sociedade à informação, na reforma do Judiciário introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a norma em estudo sofreu alteração em sua dicção normativa, para acrescentar, em sua parte final, que essa medida excepcional somente deve ser adotada "... em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação." Aqui, o constituinte derivado, peremptoriamente, sinaliza que o juiz, ao fazer a ponderação de valores entre a *preservação do direito à intimidade do direito no sigilo* e o *interesse público à informação*, deve privilegiar este, quando ele for *efetivo e consistente* e puder, por isso mesmo, ser prejudicado com a restrinção da publicidade.

Malgrado o que vem de ser dito, há flagrante desapreço ao princípio da publicidade, ainda que na forma mitigada prevista pelo constituinte, diante do que dispõe o art. 3º, § 3º, da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. O dispositivo em foco, para fins de preservação do sigilo constitucional, deixa claro que, em casos de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, finalizada a diligência, o auto respectivo, assim como os documentos a ele anexados, deverá ser conservado fora dos autos do processo, em *lugar seguro*, ou, em outras palavras, em local secreto[1189]. Em verdade, o legislador ordinário criou a figura dos *autos secretos*, o que não se

[1189] Em artigo publicado sobre o assunto, WALTER NUNES JÚNIOR chega a indagar que lugar *seguro* seria esse, posto que, para fins de conservação dos elementos de prova do processo, segundo a norma em referência, não poderia haver a intervenção de cartório ou servidor (*Crime organizado:* a nova lei. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: Editora Jurid Vellenich Ltda., p. 32).

compadece com o princípio da publicidade que, quando muito, nos casos em que a *defesa da intimidade ou o interesse social o* exigirem, poderá ser, apenas, restringido[1190].

Conquanto a previsão normativa em destaque divida o processo em duas partes (uma pública e outra secreta), a lei ainda impede que o advogado do acusado retire os *autos secretos* do cartório, uma vez que somente permite que deles tenha vista no local estabelecido para a sua guarda e, ainda assim, na presença do juiz. Essa restrinção da publicidade chega a ponto de criar embaraço ao exercício da defesa, circunstância que, evidentemente, faz com que se tenha por arranhada a cláusula da ampla defesa[1191].

O mesmo não se diga, porém, em relação à forma pré-traçada pelo legislador ordinário para o julgamento do tribunal do júri, por meio da previsão da reunião em *sala secreta* apenas do escrivão, de dois oficiais de justiça, bem como do Ministério Público, do assistente, se houver, do defensor do acusado e do juiz, tal como plasmado no art. 481, caput, do Código de Processo Penal. Essa modalidade de julgamento, que foi recepcionada pela Constituição, ao conceber como princípio inerente à instituição do tribunal do júri o *sigilo das votações*, longe de afrontar o princípio da publicidade, serve para fornecer os meios necessários para manter a *imparcialidade dos jurados e a soberania dos vereditos*, que se incluem dentre as cláusulas retoras dessa espécie de processo. Não foi por outro motivo que foram anulados os julgamentos feitos pelo tribunal do júri, em que o juiz, a pretexto de aplicar o princípio da publicidade, determinou que, conquanto assegurado o sigilo, os votos dos

---

[1190] Sobre o assunto, assim dissertou WALTER NUNES JÚNIOR: "Evidentemente que, mesmo para a preservação do sigilo, o melhor seria que o auto de diligência e a respectiva documentação ficassem anexados ao processo, passando a tramitar em segredo de justiça, limitando a publicidade apenas às partes legítimas da causa, como o permite a Constituição. Aliás, em processos em que a esfera maior da intimidade da pessoa está em franca discussão, como é o caso de processos de separação judicial por questões de ordem sexual, todas as provas estão concentradas nos autos, impondo-se, apenas, a restrição quanto à publicidade.

Até porque, da forma como tratado na lei, cria-se um procedimento secreto, o que é abominável nos tempos de hoje, parecendo idéia de antanho. O processo, nesses casos, teria duas partes: uma pública e outra secreta. Acrescente-se, nesse particular, que a norma é inconstitucional, pois a restrição à publicidade dos atos processuais, preconizada como exceção na Constituição, não chega ao exagero com que laborou o legislador, mas apenas aos contornos então disciplinados a respeito dos processos que tramitam em *segredo de justiça*." (Ibid., p. 33)

[1191] Com a mesma incongruência, preceitua-se, no § 5º do art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, que, "Em caso de recurso, o auto de diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado para o juízo competente para a revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça."

jurados fossem colhidos em plenário, sem que providenciado o recolhimento à sala secreta[1192].

A despeito dessa consideração, tenha-se presente que o princípio da publicidade não se pode confundir com a exigência de que a decisão seja feita na presença das partes ou às portas abertas, sob o olhar e a vigilância de quantos tenham o interesse em estar presente. Tome-se, por exemplo, o que ocorre com os julgamentos monocráticos, elaborados pelo juiz togado. Este, ao proferir decisão interlocutória ou a sentença, salvo quando o faz na própria audiência – o que não é o procedimento ordinário – , trabalha sozinho, em seu gabinete. A publicidade é cumprida com a entrega da decisão ou sentença em cartório, quando, aí sim, todos podem ter o pleno acesso aos fundamentos utilizados para a sua conclusão a respeito do assunto por ele dirimido. Do mesmo modo, a despeito de a votação ser dada na sala secreta e lá ser elaborada a sentença pelo juiz togado – que é quem, afinal, dá forma ao que foi decidido pelo corpo de jurados e faz, se for o caso, a dosagem da pena –, tem-se por cumprida a cláusula da publicidade com a leitura da sentença em plenário. Aliás, no caso da votação pelos jurados, feita na sala secreta, há mais publicidade do que nos casos em que a sentença é monocrática, pois, como se percebe, naquela, ao contrário do que ocorre nesta, acompanhando a decisão estão presentes na sala, além das outras pessoas mencionadas, as duas partes do processo – o Ministério Público e o defensor do acusado.

Sob outro prisma, cabe agregar que, sem embargo de outras considerações, a decantada *lei da mordaça***,** com a qual se tem a pretensão de impor restrições aos pronunciamentos de juízes, representantes do Ministério Público e de delegados de polícia sobre processos em andamento, pode ser considerada inconstitucional, diante de sua inadequação em relação ao princípio da publicidade. Deve-se ter em mente que eventuais excessos devem ser coibidos, pois muitas manifestações feitas na imprensa são precipitadas, exorbitam do dever de prestar as informações devidas ao público em geral e expõem

---

[1192] Sobre o tema, eis decisão unânime da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao examinar o Recurso Extraordinário 140975/RJ, em acórdão relatado pelo Ministro PAULO BROSSARD: "TRIBUNAL DO JÚRI. Sigilo das votações (art. 5º, XXXVIII, CF) e publicidade dos julgamentos (art. 93, IX, CF). Conflito aparente de normas. Distinção entre julgamento do Tribunal do Júri e decisão do Conselho de Jurados. Manutenção pelo sistema constitucional vigente do sigilo das votações, através de disposição específica. DEFENSOR PÚBLICO. Intimação pessoal (Lei 7.871/89). Aplicação restrita às instâncias ordinárias. AGRAVO REGIMENTAL. Interposição por meio de fac-símile (fax). Impossibilidade ante a ausência de autenticidade exigida pela norma processual (art. 374 do CPC.)" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 23/06/1992. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 29 set. 2005.

desnecessariamente as pessoas envolvidas, muitas vezes comprometendo severa e irreversivelmente os envolvidos na relação processual,o que não há dúvidas. Porém, no instante em que se torne defesa aos juízes e aos membros do Ministério Público a possibilidade de prestar informações sobre o processo, parece evidente que se tem por comprometido o princípio da publicidade, que, em uma de suas vertentes, tem o condão de permitir à sociedade o patrulhamento e acompanhamento de assunto do interesse da sociedade, que, em visão mais alentada, constitui-se na vítima, ainda que indireta, do delito. Esse entendimento ganha fôlego com a nova redação emprestada ao art. 93, IX, da Constituição, ao realçar que o segredo de justiça, para fins de preservação do direito à intimidade da parte, não deve ser observado quando tal *prejudique o interesse público à informação*.

Por fim, saliente-se que, como decorrência lógica do princípio da publicidade, há a necessidade de que as decisões judiciais sejam, sempre, devidamente motivadas, exigência que, embora dispensável diante dos contornos da publicidade, encontra-se inserta no art. 93, IX, da Constituição. Na primeira parte da norma constitucional em exame, está dito que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*[1193]. Com isso se quer dizer que a publicidade dos pronunciamentos judiciais não se tem por cumprida apenas com a cientificação desse tipo de ato judicial às partes, com possibilidade de a ele ter acesso as demais pessoas interessadas, mas igualmente com a exposição dos motivos que levaram o juiz a decidir de uma determinada forma. Com efeito, é consectário natural da publicidade que as decisões judiciais, para tornarem-se do efetivo conhecimento dos interessados e do público em geral, sejam regiamente motivadas. A fundamentação das decisões torna efetiva a publicidade do processo, no que se refere a essa espécie de ato, além de ser indispensável para a preservação do princípio da ampla defesa, uma vez que, sem a exposição dos motivos que conduziram o juiz a se pronunciar em um determinado sentido, resta comprometida a possibilidade de sua impugnação por meio da interposição do recurso cabível.

Ademais, toda e qualquer decisão resulta de um pensamento que contém uma delicada operação lógica, a merecer explicação por escrito, para ser possível o efetivo controle

[1193] Os dois princípios, da publicidade do processo e da motivação das decisões, possuem justificação política, que é a *legitimação da função jurisdicional*.

no pertinente ao acerto ou desacerto da conclusão nela inserta[1194]. Como exceção a esse princípio da motivação das decisões judiciais, constam os pronunciamentos dos membros do conselho de sentença, nos julgamentos levados a efeito pelo tribunal do júri. A peculiaridade de o julgamento ser feito por leigos é justificativa para essa ressalva, que se complementa com a regra da soberania dos vereditos, catalogada na Constituição como princípio inerente ao devido processo legal imaginado para o tribunal do júri.

9.1.6.- A nulidade das provas obtidas por meio ilícito como conseqüência do devido processo legal.

Toda decisão judicial supõe, necessariamente, salvo em se tratando de questão puramente de direito, a determinação prévia da existência ou não de um fato, bem assim de suas circunstâncias. Cada um dos litigantes oferece ao juiz suas variantes sobre o fato, o que faz com que o julgador tenha de optar por uma das duas versões apresentadas (às vezes uma parte apresenta mais de uma) ou mesmo de construir uma terceira. Não é por outro motivo que a primeira preocupação do juiz, ao se debruçar para decidir um caso, principalmente aquele em que a prova é complexa – como é o caso dos processos criminais –, é quanto à descoberta da verdade fática, para só então se ocupar das conseqüências jurídicas daí decorrentes (aspectos legais)[1195]. Segundo MITTERMAYER[1196], "em toda sentença dada

---

[1194] Em rigor, o ato judicial com o qual se dá o recebimento da ação penal pelo juiz reveste-se da categoria de decisão interlocutória. De fato, o juiz, ao analisar a petição inicial, examina não apenas o cumprimento das condições da ação – legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido, incluindo-se, a justa causa, que se traduz no binômio materialidade do crime e indícios suficientes de autoria –, como ainda se estão preenchidos os pressupostos processuais. Por isso mesmo, há divergência, na doutrina, quanto à necessidade de fundamentação do despacho que recebe a denúncia, porém o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm manifestado posicionamento no sentido de que não há necessidade de fundamentação (STF, 2ª T., HC j. 28.11.95, RTJ 160/299 e STJ, 5ª T., HC j. 16.12.97, RT 753/554), salvo quando o procedimento prevê, antes do pronunciamento do juiz, a notificação do acusado para, querendo, impugnar o recebimento, hipótese em que a decisão tem de ser motivada. Essa posição, conquanto se reconheça que seja ditada mais pelo pragmatismo, não se mostra correta. Contudo, caso seja levada a efeito a reforma do Código de Processo Penal, tal como consta da proposta encaminhada pelo Executivo, essa questão estará resolvida, pois nela consta que, em todos os casos, antes da decisão quanto ao recebimento, ou não, da ação penal, o acusado deverá ter a oportunidade de se manifestar a respeito. Espera-se que assim seja, pois essa medida dará mais substância ao ato de recebimento, evitando-se, assim, que ações criminais temerárias, à míngua da exigência de decisão fundamentada, venham a ser admitidas.

[1195] No processo criminal, além de o juiz ter como missão precisar os elementos objetivos pertinentes ao fato criminoso e às suas circunstâncias, ele ainda tem de imiscuir-se nos elementos subjetivos da conduta, a fim de definir, em muitos casos, que a ação foi praticada com dolo, e não a título de culpa. Sem embargo disso, conquanto em muitos casos seja fácil se perceber que a ação delituosa, por meio mesmo de dados objetivos, foi praticada com dolo, não raro, há dificuldade extrema em se definir qual era a verdadeira intenção do agente. Observe-se a distinção, sempre tormentosa, em se definir se o agente queria praticar lesão corporal ou o crime de homicídio, quando da agressão resulta a morte da vítima. Nesse caso, o meio empregado ou a forma e

sobre a culpabilidade de um acusado há uma parte essencial que decide se foi cometido o delito, se o foi pelo acusado, e que circunstâncias de fato determinam a penalidade", questões que somente são elucidadas por meio da produção das provas. Por isso mesmo, conforme ensina MALATESTA[1197], "... o fim supremo do processo judicial penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva".

Pode-se asseverar que a prova é o elo essencial entre um acontecimento jurídico e a realização da justiça, escopo fundamental do Direito. A norma jurídica, em sua essência, existe de modo latente, somente passando a fluir os seus mandamentos a partir da ocorrência de um fato jurígeno. Por conseguinte, para dizer o Direito é preciso, antes de tudo, ter presente o acontecimento social que impulsionou os efeitos plasmados na norma jurídica. O decano do Colégio de Advogados de Madrid, no prólogo da obra *La prueba ilícita penal:* estudio jurisprudencial, em citação de GUASP, arremata:

> De outras instituciones podería decirse metafóricamente que son la médula, el cerebro o el corazón del derecho procesal, de la prueba habría que decir ir entonces, siguiendo la metáfora, que encierra su sistema respiratorio: un buen régimen de prueba es lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda, con el conjunto de verdades que de un modo u otro han de ser recogidas por el proceso para que éste desempeñe eficazmente su misón.

Observe-se que a missão investigadora do juiz, no exame das provas, assemelha-se à do historiador. Assim como este, o juiz, para revelar a verdade, sob nomes diferentes, utiliza-se dos rastros, vestígios ou sinais deixados pelo acontecimento. Evidentemente que as coisas, fatos ou seres existentes ou que já existiram, em certo sentido, são únicos, sendo impossível a reprodução em idênticas condições de tempo, lugar e outras circunstâncias. De todo modo, podem ser repetíveis em condições às vezes idênticas às anteriores, exceto quanto às circunstâncias de tempo e lugar, ou, ainda, em condições quase idênticas ou com diferenças mínimas e não merecedoras de serem tomadas em consideração[1198]. Parece óbvio asseverar que o juiz não julga os fatos *in natura*, tal como eles

---

circunstâncias da ação criminosa, por si sós, não se prestam para elucidar a dúvida. Por isso mesmo, a prova no processo criminal é reputada como a sua espinha dorsal.

[1196] Apud DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Tradução de Érico Maciel. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 25.

[1197] MALATESTA, Nicola Framarino. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Waleska Girotto Silverberg. São Paulo: CONAN editora Ltda., 1995. v. 2. p. 88.

[1198] DELLEPIANE. Op. cit., p. 29. Em crítica sobre o assunto, diz o renomado doutrinador que a "... percepção é uma alucinação verdadeira" e que "... a história e, conseqüentemente os casos judiciais, são uma ficção, uma fantasia ou novela verdadeiras, em cuja composição ou elaboração desempenha um grande papel a imaginação inventiva" (Ibid., p. 34). Na história, cria-se uma ficção que busca corresponder a uma realidade concreta que se

se verificaram no mundo fenomênico, mas apenas a versão desses fatos[1199], de acordo com a prova carreada aos autos[1200]. Não seria despropositado, assim, asseverar que o magistrado, na verdade ontológica, não julga os fatos, mas o que se conseguiu deles reproduzir na instrução do processo, até porque o fato em si não é colocado dentro dos autos, mas apenas a sua representação operada por meio das provas[1201].

Diante do papel relevante assumido pela prova – notadamente no processo penal –, nos Estados Unidos diz-se que, como decorrência lógica do *due process of law*, as partes possuem o *right to evidence*[1202]. ADA PELLEGRINI, SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES[1203] informam que a Corte Constitucional italiana tem entendimento de que se erige à categoria de restrição do direito de defesa a limitação quanto à produção da prova, ao passo que na Alemanha tem-se posição no sentido de que o direito à prova vai além da mera garantia da *faculdade de produzi-la*, pois alcança o *direito de vê-la admitida*. O que se quer dizer é que de nada vale assegurar o acesso à justiça como forma de possibilitar-se a defesa dos direitos, sem o correspondente reconhecimento do *direito de provar*, ou seja, de utilizar os meios de prova necessários a comprovar, perante o juiz, as alegações feitas por meio da petição[1204]. Isso porque, nos termos da doutrina sustentada por ADA PELLEGRINI, SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES[1205], no quadro do contraditório, a defesa não pode ser concebida apenas no seu sentido negativo – *como oposição ou resistências* –, porém igualmente no seu aspecto positivo, pertinente ao direito à prova em um tipo de relação processual cuja investigação probatória é o momento central, razão pela qual é correto afirmar-se que "O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se apresentar ao juiz a realidade do

---

deu em condições determinadas de tempo e espaço, elaborada em consonância com as evidências (provas). A prova, assim, serve para que se tenha a imagem de um fato acontecido no passado.

[1199] A história contada nos livros, de igual forma, não contém os fatos *in natura*, trata-se apenas da versão a respeito dos acontecimentos. Daí por que tanto mais verossímil é o livro de história quanto mais robustas forem as *evidências*, ou seja, provas de que o que se está dizendo corresponde à realidade dos fatos.

[1200] Tendo em conta essa consideração, MALATESTA leciona que "O objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito..." (Op. cit., p. 88).

[1201] Não se deve perder de vista que a teoria da prova é um capítulo da lógica aplicada (parte da filosofia). Daí por que não pode – nem deve – ser estudada apenas no seu aspecto jurídico e exegético. A prova é uma confrontação ou verificação da verdade, que deve ser desenvolvida mediante um processo lógico e, ainda que se faça o exame isolado de cada uma de suas espécies, é preciso, antes ou depois do estudo, uma avaliação conjunta sobre a prova em geral, formando aquilo que se convencionou chamar prova composta.

[1202] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. p. 66.

[1203] *As nulidades do processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 119.

[1204] Cf. item 9.5, infra, que trata do princípio da ampla defesa, quando se defende que a dicção normativa do inciso LV do art. 5º da Constituição contempla, quando fala em *meios*, na irrestrita possibilidade de a pessoa se utilizar das provas necessárias para dar respaldo a sua defesa.

[1205] Ibid.

fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas."[1206]

Sobre ser direito das partes, no processo criminal, em razão do princípio da verdade real, que impõe ao juiz, na qualidade de dirigente do feito, envidar os esforços de mister para a boa compreensão dos fatos, ainda que, para tal desiderato, em razão da inércia das partes, tenha de determinar *ex officio* a produção de provas indispensáveis para a solução da questão o mais aproximado possível da realidade, esse tema ganha contornos peculiares. Assim, o que para as partes é *direito*, no processo criminal é *dever* que se insere no *impulso oficial*, tal como se depreende da leitura da segunda parte do art. 156 do Código de Processo Penal[1207].

Esse direito das partes, que se apresenta, sob a ótica da missão judicante, dever de *determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante*, sopesado com o princípio *livre apreciação das provas pelo juiz* (art. 157 do CPP) – que possui como corolário lógico a premissa de inocorrência de hierarquia entre as provas coligidas, inadmitindo-se, grosso modo, supremacia de um meio probatório sobre o outro –, outorga ao magistrado o poder-dever de analisar, com a sua consciência, liberto de amarras, fórmulas preconcebidas ou qualquer ingerência outra, a contenda submetida a sua apreciação, a fim de, no cotejar as provas vivificadas nos autos, pronunciar seu pensamento acerca da matéria.

No seu raciocínio lógico, MALATESTA[1208] chama a atenção para a consideração de que, em qualquer que seja o processo criminal, o resultado final, com conseqüente resolução da problemática apresentada ao julgador, sempre apresenta uma condenação ou absolvição, legitimando-se aquela quando o exame dos autos autoriza conclusão quanto à certeza da culpabilidade e esta a mera dúvida ou, em outras palavras, a falta de *conquista da certeza do delito*. Por isso mesmo, para o renomado criminalista, o objetivo essencial perquirido com as investigações levadas a efeito durante o transcurso do processo é o *estudo das provas de certeza*.[1209]

[1206] Ibid.
[1207] O art. 156 do CPP dispõe: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."
[1208] Ibid.

Constituindo-se a espinha dorsal do processo criminal, nem por isso o *direito de provar* é irrestrito. A mesma ordem de idéias que comandou a virada jurídica no sentido de não conferir validade à confissão tomada sob tortura respaldou a concepção de que o processo criminal ditado pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos não se harmoniza com a admissibilidade de provas que, conquanto verdadeiras, tenham sido produzidas com a agressão de regras de proteção, especialmente aquelas que estão catalogadas dentre os direitos fundamentais. A validade da prova se insere no contexto do *devido processo legal* como categoria indispensável à legitimação do exercício da função jurisdicional, pautada em processo justo e legal, "... não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional."[1210]

Sequer o princípio da verdade material, que comanda, em certa medida, o processo criminal, dá azo a que se tergiverse com a necessidade de impor-se limite à atividade probatória desenvolvida antes ou durante a relação processual. Até porque, como aqui já se ressaltou, por mais legítima que seja a pretensão acusatória, em um Estado Democrático-Constitucional, cujas linhas mestras se encontram edificadas na solidez dos direitos fundamentais, ela há de ser concebida dentro dos parâmetros gizados, antes de tudo, pela compreensão principiológica dessa categoria de direitos, que perfaz aquilo que se entende, na sua acepção mais ampla, devido processo legal[1211].

9.1.6.1- Teoria da *exclusionary rule*.

Conforme foi assinalado no capítulo 3, a partir da Carta americana, disseminou-se entre os Estados a idéia de que o poder político haveria de estar assentado em uma Constituição, a qual deveria conter, necessariamente, a declaração de direitos e a separação dos poderes. Com efeito, na Revolução Francesa, quando da Declaração dos

---

[1209] Ibid.
[1210] Ibid., p. 22.
[1211] Ademais, independentemente do ângulo de visão com que seja analisado o direito à prova como decorrência lógica do direito à ampla defesa, aí compreendido o contraditório, não se pode perder de vista que aqui se tem como hermenêutica dessa espécie de direitos a parêmia de que não há direito fundamental absoluto (Cf. itens 5.7 e 7.2.2, supra.) Ora, se o direito à ampla defesa em si não é absoluto, por questão de ordem lógica, a subespécie de princípio daí oriunda não pode assim ser considerada. Fortes nessa consideração, ADA PELLEGRINI, SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES arrematam que "O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório (supra, seção I deste mesmo capítulo), não é absoluto, encontrando limites." (Ibid., p. 127)

Direitos do Homem e do Cidadão, restou consignado que, além da imprescindibilidade de uma Constituição na qual constem os fundamentos dos sistemas político e jurídico do Estado, para a legitimação desse documento, nele há de estar inserto o catálogo dos direitos essenciais da pessoa humana e assegurada a separação dos poderes[1212]. Conquanto essa máxima tenha sido observada, senão pela totalidade dos países, pela sua maioria expressiva, notadamente por aqueles que seguiram a formatação gizada pelo sistema democrático[1213], não foi inserida, na tradição constitucionalista, a idéia de deixar consignada, dentre os direitos do homem – alçados, com o processo de constitucionalização, à categoria de fundamentais –, a regra expressa da invalidade dos atos praticados em detrimento dessa espécie de direitos. Observe-se que, muito embora a maioria dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições dos Estados Unidos, da Alemanha, França, Itália, Portugal e mesmo do Brasil cuidasse de garantias aplicáveis ao processo penal, na qualidade de limitações ao poder-dever de punir do Estado, ainda assim, nos primeiros instantes, não houve a preocupação de incorporar, ao rol dos direitos essenciais, a cláusula da nulidade ou invalidade das provas obtidas mediante a transgressão de qualquer um dos direitos fundamentais.

De fato, as Constituições dos Estados Unidos, da Alemanha, França e Itália, até hoje, não dispõem de norma constitucional expressa para tisnar de nulidade ou invalidade as provas que, na diligência empreendida para a sua obtenção ou produção, tenham malferido um direito consagrado no Texto Maior sob a categoria de fundamental. Essa omissão normativa conferiu azo a que se propagasse, no Direito Comparado, jurisprudência no sentido de que aquilo "... que no estar prohibido por norma alguna, está permitido hacerlo, sin prejuicio de la sanción penal o administrativa al responsable de la infracción a los derechos fundamentales."[1214] Por outro lado, a ausência de normatização constitucional sobre a nulidade das provas deu suporte à tese de que o tema deveria ser analisado em consonância com o regime de nulidades pré-traçadas na legislação de regência, no caso, a lei processual, desfocando o assunto, assim, para o ambiente infraconstitucional. A matéria era tratada, por conseguinte, como questão afeta à legalidade das formas processuais, o que permita que a *vexata quaestio* fosse resolvida com base na idéia de que as formas processuais não possuem um fim em si mesmas e que, mesmo quando rasurado o desenho normativo estabelecido para

---

[1212] Cf. itens 3.3 e 3.5, supra.
[1213] Cf. item 3.5, supra.
[1214] HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC, 2002. p. 25.

a realização do ato, não se há de declarar a nulidade, máxime em se tratando da seara processual criminal, na qual deve preponderar o preceito da *verdade real*[1215].

Em razão mesmo do vácuo constitucional-normativo acerca da *regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos e as que dela são decorrentes*, a construção dessa teoria fez sentir-se por meio da jurisprudência dos tribunais, o que, posteriormente, contaminou a doutrina[1216]. Basicamente, dois grandes sistemas jurídicos – americano e alemão, o primeiro pertencente à família do *common law*, o segundo do *civil law* – tiveram a primazia de fecundar a tese da exclusão das provas obtidas por meios ilícitos, dando origem às teorias das *exclusionary rules*, americana, e das *beweisverbote*, alemã. De toda sorte, a doutrina aponta a jurisprudência americana como a precurssora da teoria da nulidade das provas obtidas por meios ilícitos. De fato, nos Estados Unidos, a despeito da inexistência de norma expressa na Constituição, desde o início do Século XIX, a tese passou a ser sustentada em decisões judiciais, sob o argumento de que a regra das *exclusionary rules* está implícita como forma de proteger os direitos fundamentais declarados na Carta Política[1217].

Acompanhando a evolução do tema na jurisprudência americana, EDUARDO DE URBANO CASTRILLO[1218] observa que, há mais de um século, o assunto vem sendo tratado pela Suprema Corte americana, construção de pensamento que atingiu o apogeu na década de 1960, em que restou sedimentada corrente mais radical no sentido de compreender a *exclusionary rule* como uma regra de proibição absoluta, para, em etapa posterior, ditada

---

[1215] O Doutor e professor do processo penal da Universidade Nacional de Córdoba, o argentino MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN, ao ressaltar que o Tribunal Superior de Justiça de Córdoba adotava essa linha de pensamento, faz referência ao voto vencido de um dos integrantes daquele colegiado, dando destaque acentuado ao seguinte arremate: "La justicia de lãs resoluciones judiciales no está sino en su legalidad y ésta debe ser defendida por encima de la verdad real, porque esta verdad real debe ser antes uma verdad legal. Eso no es tecnicismo jurídico, ni irrealidad, sino la única forma de preservar la República". (Op. Cit. p. 26.)

[1216] HAIRABEDIÁN assinala que "... la doctrina comenzó a dedicarse a la cuestión con posterioridad y como consecuencia del desarrollo jurisprudencial." (Op. cit., p. 33). Acrescenta, ainda, que os estudos sobre o tema na Alemanha tiverem início por volta de 1903, por meio da obra *Las prohibiciones probatórias como limites de la averiguación de la verdad*, editada por BELING. (Ibid.)

[1217] Ibid., p. 39. Conforme registra HAIRABEDIÁN, de conformidade com ensinamentos de doutrinadores americanos (STRONG: *Evidence*, p. 288 y ss.; LA FAVE: *Criminal procedure*, p. 105; AMAR: *The constitution and criminal procedure*, p. 22), a construção jurisprudencial na Suprema Corte teve início a partir da decisão tomada no caso *Boyd v. US*, em 1886. No caso em referência – diz o autor argentino –, "La Corte encontró una 'íntima relación' entre la Cuarta (garantía contra los registros, requisas y secuestros irrazonables) y la Quinta Enmienda (que protege contra la autoincriminación involuntaria), y sostuvo que la aportación compulsiva de libros y papeles privados para ser usados como prueba en contra de quien fue obligado a hacerlo, conculcaba ambas enmiendas citadas". (Ibid., p. 38)

[1218] *La prueba ilícita penal:* estudio jurisprudencial. Madrid: Editorial Aranzadi, 2000. p. 37.

por razões de política criminal, flexibilizá-la mediante a introdução de elementos teóricos que têm a propriedade de diminuir o seu alcance[1219].

No primeiro momento, registrado no julgamento do caso BOYD v. US, em 1886, a Suprema Corte americana passou a exigir, para adotar como razão de decidir a regra de exclusão, que ocorresse a violação, quando da obtenção ou produção da prova, tanto a Quarta (garantia à segurança das pessoas, domicílios, documentos e bens contra buscas e apreensões arbitrárias) quanto a Quinta Emenda (garante o direito do acusado de não produzir prova contra si). Por isso mesmo, no caso ADMS v. NEW YORK, a Corte Suprema americana não invalidou a prova, ao argumento de que, na hipótese, não se detectou ofensa à Quinta Emenda[1220]. Todavia, em 1914, na apreciação do caso WEEKS v US, a Alta Corte norte-americana avançou na matéria, a fim de estabelecer que, mesmo quando violada apenas a Quarta Emenda, a prova deve ser considerada ilícita, ao argumento de que a cláusula de exclusão encontra-se plasmada implicitamente na Constituição Federal como forma de garantir o respeito aos direitos fundamentais nela estabelecidos, premissa que fornece lastro à conclusão de que "si cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de um ciudadano acusado de un delito... la protección de la Cuarta Enmienda declarando el derecho a estar seguros tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor..."[1221].

Mais adiante, precisamente no julgamento do caso SILVERTHONE LUMBER CO. v US, ocorrido em 1920, a Suprema Corte americana incorporou à regra da *exclusionary rule* o princípio da ineficácia não apenas das provas obtidas ilicitamente, como igualmente das *provas derivadas,* entendimento que, no julgamento do caso NARDONE v US, em 1939, foi cunhado da teoria *dos frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisoned tree*)[1222]. Na década de sessenta, além de tornar-se obrigatória a observância da cláusula de exclusão das provas ilícitas não só nos julgamentos dos tribunais federais quanto nos estaduais, passou-se a aplicar essa regra igualmente em outras hipóteses de violação dos direitos fundamentais,

---

[1219] CASTRILLO. Op. cit., p. 37.
[1220] HAIRABENDIÁN. Op. cit., p. 38.
[1221] Ibid., p. 39.
[1222] Ibid. p. 39. De todo modo, entendia-se que a *exclusionary rule* somente se aplicava aos processos federais, razão pela qual se adotou a prática conhecida como *bandeja de plata*, que consistia em os agentes federais, diante da invalidade da prova obtida ilicitamente perante os órgãos jurisdicionais federais, repassá-las para os policiais dos Estados, a fim de que ela fosse apresentada perante os juízes estaduais (Ibid., p. 39). Apenas na década de sessenta foi que a jurisprudência da Suprema Corte estendeu a aplicação obrigatória da *exclusionary rule* a todos os Estados americanos.

atingindo-se o ápice da teoria no famoso julgamento MIRANDA v ARIZONA, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada (1) que tem o direito de não responder, (2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele, e (3) que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado[1223]. Naquela oportunidade, a Suprema Corte americana adotou a posição de que a mera ausência dessa formalidade – cunhada como *Miranda rights* ou *Miranda-warnings* – era o bastante para inquinar de nulidade as declarações da pessoa, especialmente a confissão e as provas conseguidas a partir dela[1224].

9.1.6.1.1- A adoção da teoria da *exclusionary rule* no Direito Comparado.

A teoria da *exclusionary rule*, de berço americano, tem encontrado respaldo no Direito Comparado, com especial destaque para o sistema alemão, que adotou, mesmo ante o silêncio da Constituição germânica, a tese das *Beweisverbote*, embasada no entendimento de que as limitações ou obstáculos à produção das provas, em verdade, são normas processuais impostas como forma de preservar os direitos subjetivos fundamentais encartados no ordenamento jurídico.[1225] Na cultura jurídica germânica, ao contrário da concepção americana, os direitos fundamentais não se prestam a limitar a atuação da autoridade policial, até porque os empecilhos que eles edificam são apenas conseqüências das proibições de provas. Coube a BELING dar início à discussão acadêmica sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, com a edição da famosa obra *Las proibiciones probatórias como limites de la averiguación de la verdad* (*Die beweisverbote als grenzen der wahrheitsforschung im strafprozess*), escrita em 1903[1226], tese que, tempos depois, no 46º Congresso dos Juristas Alemães, realizado em 1966, foi o tema central dos debates por juristas da envergadura de

---

[1223] Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 148. A leitura desses direitos está imortalizada nos filmes policiais americanos, em que a polícia, ao efetuar a prisão de alguém, desde logo, cuida de esclarecer que o detido possui o direito de ficar em silêncio, que tudo o que ele falar poderá ser utilizado contra ele em um tribunal e que ele possui o direito de ter um advogado.

[1224] No referido julgamento, a Suprema Corte americana entendeu que o esclarecimento dos direitos tinha sido insuficiente, muito embora o detido (Miranda) tivesse assinado um documento, no qual dizia estar ciente de seus direitos. Ainda assim, por 5 votos contra 4, os juízes da Colenda Corte dos Estados Unidos argumentaram que a confissão somente seria válida caso tivesse ficado provado que o agente tinha sido informado claramente da sua situação (*kowing and intelligent wiaver*). (Cf. ANDRADE. Op. cit., p. 150.)

[1225] ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 140.

[1226] Cf. HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 26; ANDRADE. Op. cit., p. 20.

ANDENAES, MÜLLER, NUVOLONE, RUPP, PETERS, KLUG, SARSTEDT e JESCHECK[1227].

A pujança da produção doutrinária alemã sobre a matéria se revela na construção de várias teses sobre a questão afeta à abordagem sobre as provas produzidas por meios ilícitos, a ponto de MANUEL DA COSTA[1228] dizer que é tarefa difícil "... identificar questão com relevo doutrinal ou pragmático em matéria de proibições de prova para a qual a dogmática e a jurisprudência alemãs não tenham proposto já (em termos normalmente divergentes) vias de enquadramento teórico e de superação normativa", o que, porém, infelizmente, como reconhece o autor, não se traduz em menor escala de *insegurança e disenso* em torno do assunto. As discussões teóricas na doutrina alemã não residem apenas quanto à compreensão e extensão da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas; imiscuem-se nos modelos de construção dogmática e nas soluções prático-jurídicas para transbordarem, até mesmo, em debates sobre a terminologia a ser empregada, mediante a propugnação, por parte de alguns, da substituição da expressão *proibição de provas* (*beweisverbot*) por *investigação proibida de fatos* (*verbotener sáchverhaltsermittlung*)[1229]. Por isso mesmo, repara ROXIN que a doutrina não logrou, ainda, adotar uma terminologia unificada, o que é complementado por GÖSSEL, ao reconhecer que "... tanto a definição das proibições de prova e dos seus elementos constitutivos como a doutrina da essência e do significado das proibições de prova constituem temas ainda inteiramente controvertidos"[1230].

Ainda que as *beweisverbote* constituam instituto dogmático distinto das *exclusionary rules,* guardam convergência no sentido de que não é a mera transgressão a um delineamento plasmado na StPO que define a ineficácia da prova, pois o mais importante, em consonância com o princípio da proporcionalidade, "... é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado se pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infracção que lhe é imputada."[1231] Em um dos julgamentos célebres, conhecido como *caso do gravador*, julgado em 1960, o Tribunal Federal alemão (*Bundersgrichtshof, BGH*) defendeu a invalidade da gravação clandestina, forte na concepção de que a *palavra falada* faz parte do conteúdo do

[1227] ANDRADE. Op. cit., p. 20.
[1228] Op. cit., p. 21. Várias são as teorias alemãs a respeito da nulidade das provas: (1) da esfera jurídica; (2) dos três graus; (3) da ponderação de interesses; (4) do fim de proteção da norma, além de outras mais, recentemente incorporadas, como a doutrina da *elevação do risco*, da *proibição de regresso* e dos *processos hipotéticos de investigação*. (Ibid., p. 20)
[1229] Ibid., p. 22-23.
[1230] Apud ANDRADE. Op. cit., p. 23.

direito geral de personalidade, o que fere o respeito à dignidade humana[1232]. Contudo, conforme MANUEL DA COSTA[1233], a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, ao fazer a valoração da prova obtida por meio ilícito, enfeixa, em cada um dos pratos da balança, dois argumentos: "o enunciado de direito de personalidade, por um lado, e a invocação da ponderação de interesses como instância de legitimação possível do seu sacrifício, por outro lado."

No Direito espanhol, igualmente, o assunto ainda suscita muito debate. Isso tanto é verdade que, na nota introdutória ao livro *La prueba ilícita penal:* estúdio jurisprudencial, no qual fazem uma ampla investigação científica sobre o entendimento dos tribunais espanhóis acerca das provas ilícitas, especialmente do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo, EDUARDO DE URBANO CASTRILLO e MIGUEL ANGEL TORRES MORATO dizem que podem chegar a duas grandes conclusões:

> *La primeira, que en este momento no existe uma doctrina científica ni jurisprudencial concluyente y de carácter general sobre la ilicitud probatoria, quizá porque se trata de um tema eminentemente casuistico y práctico; y la segunda, que la regla de la indefensión efectiva y material, es la piedra de toque para declarar la ilicitud de un concreto meidio probatorio si bien ele va a depender, en casi todos los casos, de un análisis global de las acutuaciones y, en consecuencia, existe el riesgo de emitir resoluciones puntuales en función del interés que estime prevalente en cada asunto lo que puede hacer chirriar los principios y postulados generales mínimamente existentes.*

EDUARDO DE URBANO faz conhecer que uma das primeiras manifestações do Tribunal Constitucional Espanhol, a respeito do tema, ocorreu no ano de 1982, ao arrematar que o postulado fundamental da presunção de inocência somente pode ser superado desde que as provas sejam produzidas em obséquio às garantias processuais. Em outra oportunidade, isso no ano de 1984, linha de pensamento que veio a ser repetida em 1985, o Tribunal Constitucional da Espanha asseverou que, conquanto seja certo que os interesses particulares devam ceder quando confrontados com o interesse público da busca da verdade processual, tal não ocorre na hipótese em que se trate de direitos fundamentais, pois mesmo nesse caso, "...

[1231] Ibid., p. 140.
[1232] Ibid., p. 140-141.
[1233] Ibid., p. 142.

puede afirmarse la existência prioritária de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatória del proceso."[1234]

Agrega o doutrinador espanhol que o Tribunal Constitucional, em 1984, de forma categórica, demarcou posição no sentido de que as provas seriam destituídas de eficácia, quando, na sua produção ou obtenção, direta ou indiretamente, houvesse ofensa aos direitos ou liberdades fundamentais[1235]. De qualquer maneira, o Tribunal Constitucional espanhol, apoiado na doutrina alemã do *princípio da proporcionalidade*, passou a flexibilizar esse entendimento, a fim de deixar para o juiz a tarefa de, no caso concreto, observar a gravidade do fato, viabilidade da medida, interesses afetados e transcedência da questão, a fim de declarar a ineficácia, ou não, da prova colhida com infringência de direito fundamental.

Esclarece ainda EDUARDO DE URBANO que, no ano de 1986, o Tribunal Constitucional, no desiderato de dar maior segurança ao aspecto que deve prevalecer na ponderação de valores a ser feita quando da apreciação de prova obtida por meio ilícito, estabeleceu que a resolução do problema, em sua essência, está na regra que veda a restrição ao direito de defesa do acusado[1236]. Esse mesmo pensamento foi sufragado pelo Tribunal Supremo, em 1988, ao dizer que somente se tem por ineficaz a prova produzida ilicitamente, na hipótese em que ela acarreta para o acusado uma situação de indefesa[1237]. A premissa estabelecida pelo Tribunal Constitucional e pelo Tribunal Supremo espanhóis é sumariada na doutrina exposta por DE VEGA RUIZ[1238] para quem

> "*... la indefensión viene a ser quizás el último fundamento de todos los derechos fundamentales, porque cualquier alegación que se haga en defensa de la tutela efectiva del proceso, con todas las garantias y las dilalciones indebidas, también en defensa de la presunción de inocencia, busca, rn frginiyibs, <<que el justiciable no se encuentre en situación de indefensión para legítimamente actuar, ante la justicia>>.*"

No sistema italiano, em resposta a pronunciamentos do Tribunal Constitucional sobre a valoração da prova, especialmente em relação à posição adotada no sentido de que o

---

[1234] Op. cit., p. 29. O autor cita, ainda, que no conhecido *Caso Naseiro*, julgado em 1992 pelo Tribunal Supremo, ressaltou-se que não se pode admitir que a verdade real seja obtida a qualquer preço, pois só se pode reputar "*... licito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales.*" (Ibid., 31).
[1235] Ibid., p. 32.
[1236] Ibid., p. 33-34.
[1237] Ibid., p. 34.
[1238] Apud CASTRILLO. Op. cit.

princípio do contraditório devia ser assegurado na *formação da prova*, sob pena de sua invalidade, o Parlamento, ao argumento de que o Judiciário, a pretexto de interpretar os princípios constitucionais, estava legislando sobre a matéria pertinente à prova, tratou de introduzir cinco incisos no art. 111 da Constituição da Itália, para com eles pinçar os cinco princípios cardeais do processo criminal, os quais, reunidos, formam o que se convencionou chamar, entre os doutrinadores daquele país, o *justo processo* (*giusto proceso*), destacando-se, dentre eles, o princípio da reserva legal processual[1239]. A par disso, o legislador infraconstitucional tratou de disciplinar, de forma expressa, as hipóteses nas quais a prova deve ser considerada *inutilizável*, cuidando de dizer os casos em que a sua ineficácia é *absoluta*, de modo que o juiz não pode, com base nela, proferir a sua decisão, e aqueles em que a invalidade é apenas *relativa*, quando a vedação é apenas em relação a um determinado ato ou tipo de decisão.[1240] Tendo em conta o princípio da reserva legal, para o ordenamento jurídico italiano – adverte PAOLO TONINI[1241] – "A prova torna-se inutilizável somente se referida sanção for prevista expressamente pela lei como conseqüência da violação daquela regra de produção."

De todo modo, a guarida dada pelo Direito Comparado à teoria da exclusionary rule não se esgota com a doutrina e com os pronunciamentos jurisprudenciais. Atualmente, algumas Constituições mais recentes não têm deixado passar a oportunidade de estabelecer, dentre os direitos fundamentais, a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, inserindo, assim, essa teoria como mais um princípio afeto ao devido processo legal1242. A Constituição paradigma dessa nova abordagem é a portuguesa, ao escrever, no art. 32, 8, que "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicilio, na correspondência ou nas telecomunicações." Como se vê, o constituinte português, ao invés de inquinar de

---

[1239] TONINI, Paulo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23

[1240] Ibid. p. 23. Em verdade, de acordo com o Código de Processo Penal italiano de 1988, a *inutilizabilidade* da prova tanto é prevista para casos específicos como genericamente, em razão da regra inscrita no art. 1991, inciso I, do CPP, segundo a qual "as provas adquiridas com violação das proibições estabelecidas pela lei não podem ser utilizadas." (*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*) (Ibid. p. 77). Por outro lado, no art. 421 combinado com o 514 e 526, todos do CPP, está dito que a documentação dos atos da investigação, conquanto para que seja idônea para subsidiar a decisão quanto ao envio para justiça, não serve como prova para a decisão na fase dos debates. (Ibid., p. 78.)

[1241] Ibid., p. 78.

[1242] Assim se deu com as Constituições portuguesa, canadense e brasileira (HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 34.)

nulidade as provas ofensivas aos direitos fundamentais, preferiu dizer em quais hipóteses de malferição a essa classe de direitos devem ser consideradas nulas as provas produzidas1243.

9.1.6.1.2- A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no sistema jurídico nacional.

Antes da Constituição de 1988, a questão relativa à valoração das provas obtidas por meio ilícito suscitava acirrado debate em nosso meio. Sobre o tema, são conhecidas três correntes distintas: (1) a independência entre o direito processual e o material faz com que o ato de captação da prova, embora censurável até criminalmente, não contamine a prova produzida; (2) não admite a validade da prova obtida ilicitamente, tendo em conta a unidade do ordenamento jurídico, tese mais radical da *exclusionary rule*; (3) a prova ilícita só não produz efeito quando viola norma constitucional ou um princípio geral da Constituição, ainda assim, deve-se ter em conta o princípio alemão da *proporcionalidade* ou a americana da *razoabilidade*, tese mais flexível da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

A princípio, a doutrina e a jurisprudência nacionais eram complacentes quanto à forma empregada para a produção das provas, privilegiando-se, especialmente, o descobrimento da verdade. Mais valia o que se descobria do que o meio empregado. Paulatinamente, observou-se uma evolução da *admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas*[1244]. Nesse passo, a doutrina dominante passou a sustentar a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, flexibilizando, porém, a rigidez dessa tese mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade[1245]. Na mudança dessa orientação, porém, como destacam ADA PELLEGRINI, SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES, despontaram três decisões do Supremo Tribunal Federal, assim sumariadas:

> A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa

[1243] Como se verá, muito embora não se duvide de que a Constituição de Portugal tenha sido a fonte de inspiração do constituinte brasileiro, este, em melhor técnica, preferiu não dizer em que casos seriam nulas as provas produzidas em dissonância das garantias fundamentais declaradas no texto constitucional, mais sim estabelecer uma regra geral. A escolha do constituinte brasileiro condiz mais com o entendimento de que, a *priori*, não se deve estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais.
[1244] *As nulidades do processo penal*. p. 138.
[1245] Ibid., p. 136.

> telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.06.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva.
> Finalmente, e agora para o processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47).

No âmbito processual criminal, à míngua de disciplinamento em norma de hierarquia superior, o tema era tratado sob a ótica intrincada do sistema das nulidades esmiuçado no Código de Processo Penal. O exame da questão, por conseguinte, dava-se mediante a interpretação do sistema subconstitucional, até porque a questão não continha nenhuma linha de direção apontada pela Norma Maior. A nulidade da prova, assim, era vista sob a perspectiva da disciplina pré-traçada para os atos processuais em geral, de modo que eram plenamente aplicáveis os quatro princípios basilares elencados no ordenamento processual criminal: (1) nenhuma nulidade ocorre se não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa, que é a consagração do brocardo francês *pas de nullité sans grief* (art. 563 do CPP); (2) nenhuma das partes poderá alegar nulidade a que haja dado causa (art. 565 do CPP); (3) não se pode invocar defeito de ato que só interessa à parte contrária (art. 565); e (4) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (art. 566 do CPP). O assunto, como se observa, era debatido apenas no nível do Direito infraconstitucional, o que tirava de foco a discussão relativa às conseqüências jurídicas decorrentes da violação de garantia emoldurada por direito fundamental.

A situação, todavia, mudou de figura a partir da edição da Constituição de 1988, pois, consoante a nova orientação ali consolidada com foros de definitividade, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos." (art. 5º, inciso LVI). Uma primeira colocação, a respeito do tema, impõe-se: o que devem ser consideradas como *provas obtidas por meios ilícitos*, para os fins pretendidos pelo constituinte? Duas posições se credenciam: (a) provas obtidas ilicitamente são todas aquelas para cuja produção ocorre a transgressão de prescrição contida em norma jurídica; (b) ou são as produzidas com malferição a direito fundamental. A primeira é mais abrangente, enquanto a segunda mais restritiva. Uma coisa parece fora de dúvida: o tratamento constitucional dado ao tema é, obviamente, em sentido estrito, ou seja, a nulidade ali prevista, ao tempo em que passa a

integrar a declaração de direitos sufragada pela Constituição, serve de norma-princípio-sanção para quando, na produção da prova, não forem respeitados os direitos fundamentais. Ela é a sanção colocada em forma de princípio pelo constituinte tendo em mira dar a devida garantia de que a falta de atenção aos direitos fundamentais acarreta conseqüência drástica para o *jus persequendi*.

ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO SCARANCE e ANTÔNIO MAGALHÃES[1246] também encaram o assunto sob essa perspectiva, muito embora os doutrinadores em referência cuidem de especificar que esse sentido estrito diz respeito às provas colhidas "... infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade."

A discussão mais densa, no entanto, é quanto ao alcance do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, tendo em consideração os termos como foi inserida e redigida a cláusula na Constituição de 1988. Impõe-se definir qual a corrente adotada pelo constituinte brasileiro, se a mais ou menos radical, qual seja, a que considera, sem tergiversações, a nulidade das provas obtidas por meios ilícitos, ou a outra que permite a utilização de critérios para obviar a ineficácia probatória, desde que observadas determinadas considerações. Evidentemente que investigação científica dessa natureza passa, necessariamente, pelo exame da posição adotada, sobre o tema em destaque, pelo Supremo Tribunal Federal, missão que deve ser desempenhada nesse momento.

A respeito do assunto, note-se que, após a vigência da Constituição de 1988, se demora houve para que o Supremo Tribunal Federal tivesse a primeira oportunidade para abordar o alcance da cláusula constitucional que estabelece a *nulidade das provas obtidas por meio ilícito*, ela não foi acentuada, uma vez que o primeiro contato com a matéria pela mais Alta Corte do país, ocorreu no ano de 1993, no julgamento do processo mais conhecido como *Caso Magri*, no qual a defesa apresentada pelo advogado, para fins de inibir o recebimento da denúncia, era de que a prova, consubstanciada em gravação clandestina de conversa do acusado com outrem, continha eiva de nulidade, por afronta ao princípio da intimidade. Ali, naquele julgado, a Colenda Corte findou não acolhendo a tese de defesa, ao argumento de que

[1246] *Ibidem.* p. 131.

a *gravação clandestina*, a despeito de ser reprovável no campo ético, não o é no jurídico, pois as garantias estabelecidas na Constituição em forma de direitos fundamentais, em princípio, estão previstas como forma de proteção à intervenção de terceiros, de modo que, quando um dos interlocutores cuida de registrar a sua conversa com outrem, ainda que sem o conhecimento deste, não se há de falar em ofensa ao direito à intimidade[1247].

De toda sorte, a posição inicial do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito veio a ocorrer exatamente naquele que foi um dos principais julgamentos de toda a história jurídica brasileira, em processo criminal promovido contra o ex-Presidente da República FERNANDO AFONSO COLLOR DE MELO, em que se adotou, de modo comedido, a cláusula da *exclusionary rule*, na medida em que não se deu guarida à teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*fruits of the poisoned tree*)[1248]. Em seu voto, o Relator Ministro ILMAR GALVÃO, acolhendo preliminar suscitada pela defesa, declarou inadmissíveis o laudo de

---

[1247] STF, Inq. 657-2/DF, Relator Ministro CARLOS VELLOSO. A análise desse acórdão do STF consta do item 9.4, infra, assim como a posterior modificação de entendimento sobre a matéria, que ocorreu logo após, com a evolução jurisprudencial.

[1248] 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. A bem da verdade, anteriormente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal chegou a debater o assunto, todavia a questão não restou suficientemente abordada, como se depreende da mera leitura da ementa do acórdão referente ao HC 69.912, assim redigida pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator do acórdão: "PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQÜENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE."(BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Data da decisão: 16/12/1993. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 set. 2005.

degravação de conversa telefônica e o laudo de degravação da memória dos microcomputadores apreendidos na empresa VERAX[1249], aquele pelo fato de a gravação ter sido clandestina, enquanto este pelo fato de a apreensão não ter sido precedida de autorização judicial (a apreensão havia sido feita por agentes fiscais em diligência realizada com o fim de arrecadar mercadorias importadas de forma irregular), ademais de a polícia federal ter providenciado, ao seu alvedrio, a recuperação da memória dos equipamentos de informática para fins de revelação dos dados ali contidos, o que, no pensar verberado no acórdão, mostrava-se inadmissível, porquanto o sigilo garantido na Constituição a esse aspecto, assim como em relação à correspondência, teria sido ditado pelo constituinte de forma *absoluta*[1250]. Logo após o voto do relator, ao ter a palavra na qualidade de Revisor, o Ministro MOREIRA ALVES[1251], com a lucidez de sempre, sobre a referida preliminar disse que a questão não se esgotava na declaração de invalidade das provas consistentes nas degravações da conversa telefônica e dos dados computadorizados, senão igualmente de fazer abordagem quanto à eventual contaminação das provas colhidas por derivação daquelas.

Naquele caso, o Ministro MOREIRA ALVES, reiterando o que já havia salientado no HC 69.912/RS, afirmou que, para ele, com a dicção normativa empregada pelo constituinte no art. 5º, LVI, da Constituição, claramente se sufragou a tese de que somente devem ser inadmissíveis no processo *as provas ilícitas em si mesmas*, e não aquelas "... a que se chegou por meio daquelas, consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas licitamente."[1252] Em arremate, o então Ministro MOREIRA ALVES acrescentou que, do modo como o assunto foi tratado no texto constitucional, não há margem para que se defenda a presença da *figura retórica dos frutos da árvore venenosa*.[1253] Essa posição, no entanto, embora acatada pelo relator[1254], foi contundentemente rechaçada pelo Ministro CELSO DE MELLO. No início de seu voto, o Ministro CELSO DE MELLO, reafirmando o que já havia asseverado em outros pronunciamentos, disse que "... ninguém pode ser acusado ou condenado com base em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória

---

[1249] A empresa pertencia a Paulo César Farias, o PC, que havia sido o tesoureiro da campanha presidencial de Fernando Collor e era acusado de seu o principal mentor e executor da corrupção que se instalou no Governo.
[1250] Ibid.
[1251] Ibid.
[1252] Ibid.
[1253] Ibid.
[1254] O Ministro ILMAR GALVÃO, diante da observação feita pelo Ministro MOREIRA ALVES de que a preliminar referente à inadmissibilidade das provas ilícitas era mais abrangente, no sentido de incorporar, igualmente, as provas derivadas, pedindo a palavra pela ordem, aditou ao seu voto as considerações feitas pelo então decano da Suprema Corte, acostando-se ao pensamento por ele exposto. (Ibid.)

do poder público, *também nesse domínio*, *está necessariamente* subordinada à *estrita* observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergência de nosso sistema normativo, na *absoluta ineficácia* dos meios probatórios produzidos pelo Estado."[1255] (Os grifos constam do original). De acordo com o Ministro em referência, a hostilidade às provas tanto ilícitas quanto ilegítimas, decorrência do primado do *due process of law*, restou patenteada no texto constitucional que, de forma expressa, previu a *sanção* de inadmissibilidade para elas, complementando, com suporte em doutrina haurida de diversos doutrinadores, dentre eles ADA PELLEGRINI GRINOVER e MAURO CAPPELETTI, que a regra insculpida na Constituição de 1988 consagrou, em nosso meio, a idéia de que a prova obtida por meios ilícitos *deve ser repudiada sempre,* "... por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade."[1256] Nessa linha de pensamento, defendeu o Ministro CELSO DE MELLO que a ilicitude original da prova "... transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que *nela se apóiem*, ou *dela* derivem ou, finalmente, *nela* encontrem o seu fundamento causal."

Apoiado em doutrina esposada por ADA PELLEGRINI[1257], o Ministro CELSO DE MELLO argumentou que a redação empregada pela Constituição a respeito da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito não dá ensejo a que se aplique, diante do caráter absoluto da regra ali inscrita, como exclusão dessa sanção, o princípio da *proporcionalidade* construído pela cultura jurídica alemã, uma vez que nela não há nenhuma previsão nesse sentido, além de agregar que se nota da leitura do texto normativo que a preocupação do constituinte foi "... com o momento de admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos, de introdução e valoração da prova ilícita, de modo que se aplica, no nosso ordenamento jurídico, a doutrina dos *frutos da árvore venenosa*, que consagra, em nosso meio, a tese da ilicitude da prova *por derivação*"[1258]. Essa

---

[1255] Ibid.

[1256] Ibid. Em passagem do voto, o Ministro afirma: "A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra eventuais ações abusivas do poder público – tem, *no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas* uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de *não ser denunciado, de não ser sentenciado e de não ser condenado* com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder instrutório do Estado". (Ibid.)

[1257] *A eficácia dos atos processuais à luz da constituição federal*. In RPGESP, v. 37/46-47, 1992.

[1258] 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

proposição, sustentada pelo Ministro CELSO DE MELLO, que deu caráter absoluto à *exclusionary rule*, foi seguida pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE[1259].

Contudo, o Ministro SYDNEY SANCHES, em que pese tenha reconhecido a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, acostando-se ao pensamento expendido pelo Ministro MOREIRA ALVES, não estendeu a ineficácia às provas derivadas, rejeitando, por conseguinte, a teoria dos *fruits of the poisoned tree*. Em prol de sua posição, o Ministro SYDNEY SANCHES ponderou que a teoria dos *frutos da árvore venenosa* pode conduzir a situação inquietante, citando como exemplo a hipótese em que a polícia, chamada pelo marido para investigar o desaparecimento da mulher que teria, segundo ele, sido seqüestrada, mediante interceptação telefônica sem autorização judicial – por isso mesmo ilícita – vem a descobrir que, em verdade, ela fora assassinada pelo esposo e que o corpo se encontrava enterrado em determinado local.

Nesse caso – argumentou o Ministro SYDNEY SANCHES – não seria razoável que fosse considerada, sob o pálio de ilicitude por derivação, inidônea igualmente a prova de balística que demonstra terem partido da arma do marido os disparos referentes aos projéteis encontrados no corpo da esposa na autópsia, apenas pela circunstância de a polícia, com base naquela informação colhida ilicitamente com a interceptação telefônica, após empreender diligência realizada sob as cautelas legais, haver encontrado e exumado o cadáver, para depois, sempre em consonância com os preceitos normativos, produzir a prova concludente quanto à autoria do delito[1260]. Esse raciocínio desenvolvido pelo Ministro SYDNEY SANCHES seduziu os demais ministros, de modo que foi acatada a tese, inicialmente invocada naquele julgamento pelo Ministro MOREIRA ALVES, de que a

---

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.

[1259] O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que votou em seguida, finalizou, sem maiores considerações, que "Se essa (prova) é ilícita, o que dela advier, não apenas como prova de ilícito fiscal mas como prova eventual de outros ilícitos, estará contaminado. Já aplico, aqui, Sr. Presidente, a tese dos 'frutos da árvore venenosa', suscitada genericamente pela defesa neste processo." (Ibid.)

[1260] Ibid. Em outra parte de seu voto, advertiu o Ministro SYDNEY SANCHES: "Se se entender, em casos como esse, que o ato inicial de interceptação telefônica, pela polícia, praticado inconstitucionalmente, por constituir prova ilícita, inadmissível, por isso mesmo, em Juízo, contamina todos os demais elementos probatórios, obtidos licitamente, inclusive a confissão judicial do réu, em perfeita harmonia com os demais elementos de convicção, então jamais se poderá punir um crime como esse. E a conseqüência será, sempre e sempre, a absolvição do autor do delito, o que, *'data venia'*, me parece um rematado contra-senso". (Ibid.)

cláusula constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, tendo em conta a forma como redigido o art. 5º, LVI, da Constituição, não alberga a teoria originada do sistema americano, denominada *fruits of the poisoned tree*.[1261]

Porém, já no ano de 1996, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando voltou a se pronunciar sobre o assunto, o que ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 73351/SP, por maioria, contrariando a orientação anterior plasmada no famoso *caso* COLLOR, adotou o princípio dos *fruits of the poisoned tree* como razão de decidir, no desiderato de deixar escrito que "... a ilicitude da interceptação telefônica - à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e inviabilizá-la -, contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta."[1262]. Também não demorou para que, em outro caso, agora no Habeas Corpus 72588/PB, relatado pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA[1263], o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 1996, em relação à inadmissibilidade da prova por

---

[1261] Conforme o extrato da ata do julgamento da AP 307-3, quanto à repercussão da prova inadmissível sobre as demais dela decorrentes, restaram vencidos o Ministro CELSO DE MELLO e, em menor extensão, os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e NÉRI DA SILVEIRA. (Ibid.)

[1262] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Data da decisão: 09/05/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp.. Acesso em: 8 set. 2005. Originariamente, a questão foi submetida à apreciação da Primeira Turma, porém esta, à unanimidade, entendeu que se tratava de assunto afeto ao Pleno. Nesse julgamento, estando ocasionalmente ausente o Ministro CELSO DE MELLO – lembre-se que ele, no caso Collor, havia defendido a aplicação da teoria dos *frutos da árvore venenosa* – e impedido o Ministro CARLOS VELLOSO, restaram vencidos os Ministros MOREIRA ALVES, OCTÁVIO GALLOTTI, NÉRY DA SILVEIRA e SYDNEY SANCHES, tendo votado, em consonância com o Relator, Ministro ILMAR GALVÃO, que defendeu a aplicação da teoria da contaminação da prova obtida por derivação, os Ministros FRANCISCO REZEK, MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORRÊA e SEPÚLVEDA PERTENCE, que desempatou, na qualidade de Presidente. Note-se que o Ministro ILMAR GALVÃO, no julgamento do caso Collor, aderiu à tese defendida pelo Ministro MOREIRA ALVES, mas, no entanto, na apreciação do HC 73351/SP, modificou o seu voto, passando a defender a aplicação, em nosso sistema, da teoria dos *fruits of the poisoned tree*. No corpo de seu voto, o Ministro ILMAR GALVÃO, após considerar que a apreensão da droga e conseqüente prisão dos acusados somente foram possíveis em decorrência da interceptação telefônica obtida sem a necessária autorização judicial, arrematou que "... o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos '*fruits of the poisonous tree'*, é que as provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em conseqüência da interceptação ilícita de telefonemas." (Ibid.)

[1263] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. Data da decisão: 12/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005.

derivação, fixasse o entendimento de que "... as provas obtidas por meios ilícitos contaminam", apenas e tão-somente, "... as que são exclusivamente delas decorrentes".

A aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa, mais uma vez, foi acatada por maioria, restando vencidos os Ministros MOREIRA ALVES, OCTÁVIO GALLOTI, NÉRY DA SILVEIRA, SYDNEY SANCHES e CARLOS VELLOSO. Sem embargo de ficar, de uma vez por todas, consolidada a divisão de duas correntes de pensamento no Supremo Tribunal Federal, uma liderada pelo Ministro MOREIRA ALVES, contra a aplicação da teoria dos *fruits of the poisoned tree* e outra, capitaneada pelo Ministro CELSO DE MELLO, no sentido de que o texto constitucional dá guarida a essa cláusula, maioria alcançada por seis votos contra cinco, ficou esboçada a tese de que não se tem como imprestáveis todas as provas derivadas, senão aquelas *derivadas exclusivamente da prova obtida por meio ilícito*.

De qualquer forma, no final do ano de 1996, ao ter sob a mesa o Habeas Corpus 74530/AP, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, lavrado pelo Ministro ILMAR GALVÃO[1264], tendo participado do julgamento, presidido pelo Ministro MOREIRA ALVES, os Ministros OCTÁVIO GALLOTTI, SYDNEY SANCHES e CELSO DE MELLO – portanto três dos Ministros (contando com o Presidente da Turma) que não admitiam a tese dos *frutos da árvore venenosa* –, deixaram esclarecido, em mitigação a essa teoria, que a prova por derivação, a princípio inidônea, pode ser admissível, na hipótese em que seja obtida por meio ilícito – no caso, a interceptação telefônica ocorrida antes da edição da Lei nº 9.296, de 1996 – "... que contamina as demais provas que dela se originam -, não for a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar com as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial." A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal[1265], adotando a tese dos *fruis of the poisoned tree* em sua forma mitigada, por maioria, no Habeas Corpus 76203/SP, ressaltou que a

---

[1264] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. Data da decisão: 12/11/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 set. 2005.

[1265] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Relator p/ acórdão Ministro NELSON JOBIM. Data da decisão: 16/06/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005. No julgamento, ficaram vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO e MAURÍCIO CORRÊA, que defendiam a aplicação abrangente da cláusula dos *frutos da árvore venenosa*.

"Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo", devendo ser emprestada, ao caso, a "Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos."

Vê-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha, inicialmente, expressado entendimento de que a cláusula da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (*exclusionary rule*), nos termos como redigida pelo constituinte, não alcança as provas derivadas, posteriormente, modificou essa orientação, de modo a entender que o vício da prova ilícita contamina, igualmente, por derivação, as demais provas, acolhendo, assim, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisoned tree*), porém, mediante *interpretação restritiva*, pois, em rigor, esta não tem aplicação, ainda segundo a posição adotada pela Excelsa Corte, quando as secundárias não tenham procedência *exclusiva* na originária eivada de ilicitude. Aqui, como será especificado, o Supremo Tribunal Federal acolhe, em nosso meio, a regra de exclusão de ilicitude da prova derivada consubstanciada nas teorias da *fonte independente* (*independent source*) e, em certa medida, do *descobrimento inevitável* (*inevitable discovery*).

9.1.4.2- As exceções às *exclusionary rules*.

Se no Brasil, em razão da interpretação emprestada ao art. 5º, LVI, da Constituição, adotou-se a teoria americana dos *fruits of the poisoned tree* apenas em sua forma mitigada, releva-se ter presente que, depois de empregá-la na sua feição mais radical, a Suprema Corte norte-americana passou a tergiversar sobre o tema. Em verdade, ao mesmo tempo em que a teoria das *exclusionary rules* atingia, nos Estados Unidos, a sua expressão máxima com o entendimento de que ela abrangia, ainda, as provas derivadas, surgia, em contranota, uma forte reação contra a rigidez dessa regra, que ganhou fôlego com as vozes fortes do movimento criminal denominado *law and order*, com o qual se reclamava a adoção de temperamento à tese, com conseqüente redução do seu alcance, especialmente em relação à contaminação das provas por derivação[1266]. Em detalhado estudo do Direito Comparado, com especial destaque para a jurisprudência americana, MAXIMILIANO HAIRBEDIÁN identifica exceções às *exclusionary rules*, as quais mitigam sobremaneira a teoria dos *fruits of the poisoned tree*: (1) a fonte independente; (2) o descobrimento inevitável; (3) a boa-fé (*good*

[1266] ANDRADE. Op. cit., p. 23.

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[1267].

Para melhor compreender a adoção dessas exceções à regra das *exclusionary rules* pela Suprema Corte americana, impõe-se esclarecer que no sistema estadunidense o escopo dos direitos fundamentais é *prevenir* e *reprimir* os abusos praticados pela polícia criminal na apuração dos fatos criminosos, daí por que, esclarece – não sem razão – COSTA ANDRADE[1268] que "A questão verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia". Por isso mesmo, pode-se concluir que, no sistema americano, em primeiro lugar, os direitos fundamentais servem de parâmetros para a atuação da polícia, o que faz sobrelevar o entendimento de que algumas cláusulas de exclusão, como a *good faith*, são adotadas pela jurisprudência como forma de atenuar a rigidez das *exclusionary rules* em prol da atividade policial[1269].

A idéia é de que a ilicitude da prova deve ser reconhecida como forma de *desestimular* ou *inibir* os agentes policiais quanto ao uso de métodos, na atividade investigatória dos crimes, que se contrapõem aos direitos fundamentais[1270]. O mesmo não se dá em outros sistemas jurídicos, como é o caso do Alemão, porquanto a regra expressa do art. 1º, 3, da Constituição germânica exprime que "Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial", preceito que anima ALEXY a dizer que essa previsão estabelecida no

---

[1267] Faz menção, ainda, à regra de exclusão sob a denominação divisão do processo, em que a prova somente é admissível em relação a determinadas fases processuais, o que não se mostra muito afinado com o nosso sistema nem tem muita relevância.
[1268] Op. cit., p. 144.
[1269] Ibid., p. 145.
[1270] Observe-se que JOHN STRONG, apud HAIRBEDIÁN, leciona que uma das hipóteses em que não se aplica a exceção às *exclusionary rules* é quando o reconhecimento da invalidade da prova se mostra "... útil para desanimar determinada conducta ilícita de los funcionários encargados de perseguir el delito" (Op. cit, p. 69), dando como exemplo a hipótese em que "... alguien grabe ilegalmente uma conversación y luego intente testificar sobre el contenido de la misma, no em base a la grabación, sino a lo que recuerda su memoria" (Ibid.), pois, nesse caso, ainda que o testemunho em si tenha uma fonte independente da gravação, o reconhecimento da ineficácia dessa prova seria pertinente para coibir o mal vezo policial de realizar gravações clandestinas, sem autorização judicial, portanto, ilegais, de conversas alheias. O afastamento da ilegalidade, sob o enfoque da produção independente, teria o efeito perverso de estimular esse tipo de conduta por parte da polícia.

Texto Maior confere não apenas força normativa a essa espécie de direitos, aliás, *máxima força normativa*, como rompe com a tradição de normas meramente programáticas identificadas no constitucionalismo do Império e da República de Weimar, e, de permeio, *constitucionaliza* o Direito em sua totalidade, para fins de celebrar a *realização plena dos direitos fundamentais*.[1271] Aqui vale recordar que coube à Constituição da República de Weimar, editada em 1919, a concepção de que os direitos fundamentais, na perspectiva das relações interpessoais, apresentam-se sob a qualidade de *direitos da personalidade*, daí por que as normas deles dimanadas servem tanto para proteger os cidadãos nas suas relações com o Estado como para protegê-los uns dos outros[1272].

Assim como no Direito tedesco, no sistema jurídico brasileiro, os direitos fundamentais são previstos como regras que vinculam não apenas os aparelhos dos órgãos de segurança que se ocupam da atividade investigatória, mas igualmente todos, com isso se dizendo que não se tratam de normas cujas garantias se contentam em inibir o abuso do poder público, até porque eles visam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, que pode ser arranhada não só por aqueles, como igualmente por uma pessoa física. Assim, do mesmo modo que a gravação clandestina, ou seja, produzida sem o conhecimento da pessoa ou autorização judicial, levada a efeito pela autoridade policial, não goza da idoneidade para servir de prova, do mesmo modo não tem valia aquela que vier a ser conseguida por obra de iniciativa de um particular, salvo quando tal se dê para fins de defesa[1273].

9.1.6.2.1- A fonte independente (*independent source*).

A teoria da *fonte independente* (*independent source*) tem sido adotada em vários pronunciamentos da Suprema Corte Americana, que consiste em relevar a nulidade da prova quando, ainda que ilícito o meio empregado na apuração, esta exista por si mesma, podendo ser obtida em conformidade com o ordenamento jurídico. Ela serve para temperar o rigor da teoria dos frutos da árvore envenenada, excepcionando-se "... da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras é tênue ou de modo a não

---

[1271] *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático*. p. 34.
[1272] Cf. 5.8, supra.
[1273] Cf. RE 212081/R0, Primeira Turma, un., Relator Ministro OCTÁVIO GALLOTI. A respeito desse julgamento, cf. item 5.8, infra.

se colocarem as primárias e as secundárias como causa e efeito"[1274]. Essa hipótese denomina-se, no sistema americano, *independent source*[1275]. Nessa linha de pensamento, a despeito da ilegalidade praticada na obtenção da prova (confissão à força, por exemplo), não se tem por contaminada a prova que resulta de procedimento independente, sem conexão direta com a violação constitucional anteriormente praticada na investigação. Conforme HAIRABEDIÁN[1276], a Suprema Corte americana, em relação à exclusão de contaminação da *prova derivada* decorrente da *prova obtida por meio ilícito*, faz notar que a tese da *fonte independente* tem sido fundamentada em dois sentidos: (1) casos em que o Ministério Público, tendo obtido provas de forma legal e ilegal, faz uso apenas da obtida licitamente, que é a *hipótese propriamente dita da fonte independente* (*independent source*) [1277]; (2) ou quando o Ministério Público faz uso em conjunto de todas as provas obtidas na investigação, incluindo as contaminadas, o que enseja a necessidade de que sejam especificadas as provas que, com a supressão hipotética do ato eivado de vício, podem igualmente permitir a mesma conclusão ou substituir a inválida[1278].

Em análise do sistema processual alemão, MANUEL DA COSTA[1279] diz que a vedação se restringe à "... valoração das declarações obtidas pelos métodos proibidos e legalmente descritos, mas já não dos meios de prova que aquelas declarações tornam mediatamente possíveis", porquanto "... a ilicitude que inquina a prova primária, não preclue a possibilidade de acesso, por procedimentos legalmente admissíveis, à prova secundária."[1280] Em citação à lição emanada de GÖSSEL, o doutrinador português diz que

> O § 136 da StPO quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de convicção o material directamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do arguido (v.g. uma confissão obtida mediante tortura); mas já não

[1274] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 136.
[1275] HAIRABEDIÁN faz notar que "Ya em 1920, cuando la Corte extendió la ineficacia probatoria a la prueba derivada de la ilegal en el caso 'Silverthone', el voto de juez Holmes agregaba que la teoría de la extensión no necessariemente implicaba que las pruebas adquiridas en virtude la violación eran de una invalidez 'sagrada', y que si el 'conocimiento de ellas es obtenido de una fuente independiente, pueden servir como prueba como cualquer otra." (Op. cit., p. 68)
[1276] Ibid. p. 68.
[1277] Cf. ADA PELEGRINI, ANTÔNIO SCARANCE e ANTONIO MAGALHÃES (Op. cit., p. 136)
[1278] Como exemplo de julgado com base nessa tese, HAIRABEDIÁN cita o caso em que, feito o reconhecimento do autor do crime por testemunha, sem a prévia cientificação ao defensor, o ato se renova no julgamento. Adverte HAIRABEDIÁN que a jurisprudência norte-americana, em alguns casos, quando surgem dificuldades fáticas para definir o grau de nexo de causalidade entre a ilicitude originária e a última prova derivada, não tem aplicado a cláusula de exclusão das *exclusionary rules*, ressaltando que, nesses casos, tem plena aplicação o princípio do *in dubio pro reo* (Op. cit., p. 69).
[1279] Op. cit., p. 171.
[1280] Ibid. p. 171.

> impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo.

O Tribunal Supremo Espanhol também tem reconhecido a tese da *fonte independente* (*independent source*), ao deixar consignado que a prova derivada não há de ser tida como contaminada, não sendo, por conseguinte, considerada ilícita, na hipótese em que "... es posíble establecer desconexión causal entre lãs que fundan la condena y lãs ilicitamente obtenidas"[1281]. Há registro, até mesmo, da adoção pela Corte Suprema espanhola da tese do descobrimento inevitável hipotético, registrado em caso no qual, em que pese tenha ocorrido interceptação telefônica ilegal, a pessoa já vinha sendo investigada pela polícia, tendo ocorrido anteriormente, inclusive, autorização judicial para que fosse violado o sigilo telefônico, de modo que, "... 'inevitablemente' e y por métodos regulares, ya había cauces em marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo."[1282]

Existem precedentes do Supremo Tribunal Federal em ambos os sentidos com os quais é concebida a teoria da *independent source*. Com efeito, no julgamento do Habeas Corpus 76203/SP, ocorrido perante a Segunda Turma da Excelsa Corte, observou-se que a prova ilícita decorrente da escuta telefônica indevida não ocasiona a contaminação das demais provas, na hipótese em que não é utilizada para *deflagrar a ação penal*, ou seja, o Ministério Público, no momento da propositura da denúncia, não faz uso da prova inadmissível por ofensa a preceito fundamental[1283]. No referido julgado, no corpo da ementa, ressaltou-se que essa linha de entendimento, que na verdade acolhe a teoria da *independent source* propriamente dita, confere uma "Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos."[1284] Essa é aquela hipótese em que o Ministério Público, de posse de provas obtidas de forma lícita e ilícita, ao oferecer a denúncia, escora a pretensão acusatória apenas nas que foram validamente produzidas, de modo que, mesmo estas tendo grau de derivação da que estava contaminada, não se há falar em aplicação da tese dos frutos da árvore venenosa, uma vez que gozam de existência autônoma.

[1281] HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 70. No mesmo sentido, cf. EDUARDO DE URBANO. Op. cit., p. 46-47.
[1282] Ibid., p. 76.
[1283] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Relator p/ acórdão Ministro NELSON JOBIM. Data da decisão: 16/06/1998. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005. Esse julgado também está mencionado no item 9.1.6.1.2, supra.
[1284] Ibid.

Há registro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, igualmente, de acolhida da tese da *força independente* mesmo quando o Ministério Público, a um só tempo, apoia a sua pretensão punitiva em provas carreadas para o processo mediante procedimento lícito e ilícito. Tal se observa da leitura do acórdão redigido no Habeas Corpus 83921/RJ, no qual funcionou como relator o Ministro EROS GRAU[1285], merecendo destaque a parte da ementa em que se diz que não cabe censura a decisão judicial quando, a despeito da existência de ilicitude no procedimento adotado para que fosse colhido o reconhecimento fotográfico, o pronunciamento se escora "em provas autônomas produzidas em juízo." De acordo com essa mesma orientação, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, em votação unânime, tendo como Relator o Ministro FÉLIX FISCHER[1286], atestou que "Não há como acolher a pretensão do recorrente de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (the fruits of the poisonous tree), haja vista que o vergastado acórdão reconheceu a independência entre a prova tida como ilícita e as demais...", tese que igualmente passou a ser defendida em outros julgados[1287].

Essa cláusula de exclusão de contaminação com a sanção de inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito tem sido sufragada pelo Supremo Tribunal Federal de há muito tempo – mas precisamente a partir do julgamento do Habeas Corpus 74530/AP[1288]. Em verdade, note-se que a Excelsa Corte brasileira, a par de ter acolhido a teoria dos frutos da

---

[1285] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. un., Data da decisão: 03/08/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 9 set. 2005.

[1286] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ARTS. 213 E 214 C/C ART. 224, A, E ART. 147, TODOS DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. DEGRAVAÇÃO. PROVA ILÍCITA. ORDEM CONCEDIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO PARA DETERMINAR O DESENTRANHAMENTO DA REFERIDA PROVA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS PROVAS RECONHECIDA PELO E. TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE ACURADO EXAME DO MATERIAL COGNITIVO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA, Data da decisão: 28/06/2005. un. Disponível em: www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia. Acesso em: 9 set. 2005.

[1287] À guisa de exemplo, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, também à unanimidade, no Recurso Especial nº 204080/CE, relatado pelo Ministro FERNANDO GONÇALVES, certificou que, no caso, não merecia censura a decisão de pronúncia prolatada, uma vez que os indícios de materialidade e autoria que lhe deram suporte não foram "... derivados de provas ilícitas (utilização de dados telefônicos sem autorização judicial), mas autônomos, sem a contaminação de que fala a teoria dos frutos da árvore envenenada." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RESP. CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO GENÉRICA DE LEI. PRONÚNCIA. PROVAS ILÍCITAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NÃO-OCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA 7. Data da decisão: 21/08/2001. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 10 set. 2005.)

árvore envenenada, contemporizou os efeitos dela, na medida em que começou a defender que a prova por derivação apenas se tem por inválida quando o seu aparecimento depender *exclusivamente* da prova ilícita. Esse entendimento, como se vê, conforta-se com a tese da *fonte independente*, pois, em rigor, ela quer dizer que, mesmo que a prova derivada guarde relação de dependência com a que foi obtida de forma ilícita, aquela não deve ser ineficaz, porém válida, desde que se verifique que a sua existência não *depende exclusivamente* da que está contaminada por vício de ilegalidade.

A tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal, por conseguinte, é no sentido de que a prova, mesmo derivada de outra que é considerada ineficaz por ter sido obtida por meio ilícito, não deve ser considerada contaminada pelo vício, na medida em que ela tem existência própria, independente da prova colhida de forma ilícita. Essa posição foi defendida, com bastante sagacidade, pelo Ministro SYDNEY SANCHES, no já mencionado julgamento do caso COLLOR[1289]. Com base nessa tese, imagine-se a situação em que, mediante escuta telefônica ilegal, obtém-se a confissão do crime, a qual em si é uma prova que decorre exclusivamente do meio ilegal empregado, ou seja, em outras palavras, não existe senão em razão da ilicitude, não pode ser valorada, mas tal não contamina, por exemplo, a diligência que, feita sob as cautelas legais, porém a partir da informação colhida naquele procedimento, logra encontrar o corpo da vítima.

9.1.6.2.2- O descobrimento inevitável (*inevitable discovery*).

Outra tese que, em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte americana, serve para dar flexibilidade à teoria *dos frutos da árvore envenenada* é a doutrina do *descobrimento inevitável* (*inevitable discovery*). Tal ocorre quando, sem embargo do procedimento ilegal empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita, de modo que esta existe *independentemente* daquela[1290]. Conquanto parecida com a tese da *independent source*, daquela se distingue devido à circunstância de não prescindir de produção probatória independente, senão de que o descobrimento inevitável seja

---

[1288] Cf. item 9.1.6.1.2, supra.
[1289] Cf. item 9.1.6.1.2, supra.
[1290] HAIRABEDIÁN. p. 73.

hipoteticamente fatível[1291]. No caso do *inevitable discovery*, "... as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira"[1292], ou, em outras palavras, "... a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas."[1293] Aqui parece evidente que a tese admite a validade da prova derivada quando ela, suprimida a prova anterior e ilícita, seja possível exsurgir licitamente, o que pressupõe, por conseguinte, a existência concreta dessa prova derivada, não apenas a possibilidade de ela ter sido obtida[1294]. O que se verifica é que essa cláusula de exceção contém acentuado grau de indefinição, daí que merece atenção a advertência feita por um tribunal americano, no sentido de que "La doctrina Del descubrimiento inevitable debe ser usada com restricción para que no se convierta em um vehículo que derogue el derecho de todos los ciudadanos a estar libres de registros y secuestros irazonables."[1295]

EDUARDO DE URBANO[1296] menciona decisão do Tribunal Supremo espanhol, prolatada no ano de 1995, na qual se adotou essa tese, ao argumento de que não se deve ter como ineficaz a prova derivada, "*si es posible estabelecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas; y que esa desconexión siempre existe en la juirisprudencia norte-americana en los caso de 'hallazgo inevitable".*

Em certa medida, o Supremo Tribunal Federal dá guarida à invocação dessa tese, na medida em que acolhe a prova derivada que, conquanto tenha sido originada de

---

[1291] A despeito da distinção, reconhece HAIRABEDIÁN, "... es común la confusión entre uma excepción y outra, dadas las similares características que presentan ambas, o que há llevado a tratarlas em conjunto." (Op. cit. p. 73)

[1292] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 136.

[1293] Ibid. p. 136.

[1294] De todo modo, HAIRABEDIÁN cita caso em que a Suprema Corte entendeu pertinente para dar validade à prova que, embora obtida ilicitamente, seria inevitável a sua produção ou obtenção caso adotada a forma legal (Op. cit., p. 74), tese que, segundo o autor em referência, é sufragada por ROXIN, que crê acertado aplicar-se essa exceção ante um *alto grau de probabilidade do descobrimento inevitável*. Contudo, o mais correto parece ser a exigência de que a prova derivada exista concretamente, pois a validade não é da prova obtida por meio ilícito, mas sim da que dela é derivada, porém, por não depender única e exclusivamente daquela e, por isso mesmo, ser inevitável o seu descobrimento, tem-se por eficaz, como exceção das *exclusionary rules*. Ademais, no caso em que o descobrimento inevitável se sustenta ante uma *probabilidade fatível*, tem-se uma mera presunção de prova derivada lícita, o que não se coaduna com o princípio do *in dubio pro reo*, que dimana do direito fundamental da *presunção de não-culpabilidade*.

[1295] HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 79. Por isso mesmo, além de alguns tribunais, como é o caso da Suprema Corte de Massachussets, exigirem, para aplicar a exceção, a demonstração da certeza do descobrimento inevitável, a boa-fé da polícia e a prova de que não houve violação do domicílio, outros, como já assinalou a Suprema Corte do Arizona, em alguns casos, mesmo quando suprida a exigência do *inevitable discovery*, ainda assim, não fazem uso da excepcionalidade, tendo em conta a intensidade do direito fundamental violado, "... que debe disuadirse aun cuando el descubrimiento de la evidencia secuestrada hubiese sucedido inevitablemente." (Ibid.)

prova obtida ilicitamente, não depende exclusivamente desta[1297]. Expressamente a respeito dessa tese, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em votação unânime, no julgamento do Habeas Corpus 16956/RJ, em que se apresentou como Relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES[1298], expressamente acolheu essa tendência, ao preceituar que "Não se aplica à espécie a doutrina 'dos frutos da árvore envenenada' se a escuta telefônica, malgrado tenha sido realizada sem a observância do devido processo legal, não foi a prova decisiva ou única para o indiciamento do paciente." Vê-se que, nesse caso, para o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo ilícita a prova produzida, deve-se relevar essa irregularidade, e, assim, admiti-la para fins de dar amparo ao juízo de culpabilidade, desde que ela não seja decisiva ou então não seja a única. Note-se que o precedente do Superior Tribunal de Justiça vai além da forma como é concebida no sistema americano a cláusula do *inevitable discovery*, pois ali, para se admitir a exceção à *exclusionary rule*, exige-se que a prova angariada de forma ilícita não seja determinante, enquanto no pronunciamento judicial em comento, para afastar essa regra, afirmou-se que basta, para tanto, não ser ela *a única*.

Se a cláusula do *inevitable discovery*, aplicada sob o argumento de que se deve ter como admissível a prova obtida de forma ilícita quando ela não é *determinante* para a condenação, possuindo, assim, apenas uma força subsidiária, é extremamente perigosa, o que não dizer alargá-la para afirmar que a exceção à *exclusionary rule* deve ocorrer sempre que se verificar a existência de outras provas que autorizam a condenação. Se assim for, praticamente não se aplicará a tese da *inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito*, pois dificilmente em um processo há apenas as que foram angariadas ilicitamente, na medida em que o conjunto probatório, em seu todo, além delas, compreende as que são colhidas de forma lícita. Não se pode perder de vista, no entanto, que o precedente em foco foi dado no

---

[1296] Op. cit., p. 44.
[1297] Cf. item 9.1.6.1.2, supra.
[1298] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO DECIDIDA PELO TRIBUNAL ATACADO. NÃO-CONHECIMENTO. NULIDADE. PROCESSO. INOCORRÊNCIA. ESCUTA TELEFÔNICA. PROVA ILEGÍTIMA, Data da decisão: 13/11/2000. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 10 set. 2005. Esse pensamento foi repetido em votação unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus 5062/RJ, também relatado pelo Ministro FERNANDO GONÇALVES, com ementa vazada nos seguintes termos: ""HABEAS CORPUS". NULIDADE DO PROCESSO. ESCUTA TELEFÔNICA. PROVA ILEGÍTIMA. 1. SE A ACUSAÇÃO RESULTA DE UM CONJUNTO PROBATÓRIO, NO QUAL A ESCUTA TELEFÔNICA, JUDICIALMENTE AUTORIZADA, FOI APENAS UM MEIO PARA SE CHEGAR A VERDADE DOS FATOS, TEM-SE POR EXCLUÍDA A TESE DA ILICITUDE DA PROVA, COM BASE NA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. 2. A INFLUÊNCIA DE UM DESTES MEIOS PROBATÓRIOS NO RESULTADO DO JULGAMENTO DEVERÁ SER PESQUISADA EM SEDE DE APELAÇÃO. 3. PRECEDENTES DO STF (HC 69.912-0/RS) E DO STJ (RHC 45.158/SP). 4. ORDEM DENEGADA." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 10/12/1996. Disponível em: www.stj.gov.br/Jurisprudencia. Acesso em: 19 set. 2005).

ambiente estreito do exame de habeas corpus, com o qual se pretendia a extinção do processo (impropriamente denominado *trancamento da ação penal*). Certamente a tese da *inevitable discovery* não seria recebida dessa forma abrangente, caso a manifestação da Egrégia Corte fosse dada em julgamento quanto ao mérito da demanda.

9.1.6.2.3- A boa-fé (*good faith*).

No sistema americano, ainda se afasta a aplicação das *exclusionary rules* tendo como suporte a boa-fé (*good faith*) dos agentes incumbidos de realizar os atos investigatórios. Esse tema é extremamente delicado, visto que trata de situação em que o agente, em razão de erro de fato, finda malferindo, com o seu agir, um direito fundamental; todavia, em virtude de sua boa-fé, tem-se por afastada a ilegalidade. Para exemplificar a situação, HAIRABEDIÁN imagina caso em que a polícia, ao fazer a ronda de rotina, escuta gritos oriundos do interior de uma residência e, em razão disso, nela ingressa sem autorização judicial, porém, lá verifica que, em verdade, está ocorrendo uma festa, não se tratando, por conseguinte, de pedido de socorro; mas, antes de se retirar, vê a ocorrência de um crime[1299]. Essa tese foi acolhida pela Suprema Corte americana no *leading case* US v LEON, em julgamento verificado no ano de 1984, no qual ficou assentado que deve ter-se por válida a prova obtida com violação a princípios constitucionais, desde que isso não tenha decorrido da intenção de quem procedeu à investigação, mas sim de erro ou ignorância, pois "la Cuarta Enmienda no requiere la exclusión de prueba secuestrada de acuerdo com uma orden aparentemente válida em la que la polcía actuó de buena fe."[1300]

Naquele julgamento, os agentes policiais pediram ao juiz um mandado de busca de arma que estaria em poder de uma pessoa, porém, ao ser feita a diligência, ao contrário da coisa em razão da qual foi dada a autorização, encontrou-se droga. Mais uma vez, a Suprema Corte americana sublinhou que a *exclusionary rule* está prevista como forma de limitar a atuação policial na atividade investigatória, de modo a dissuadir a malferição dos

---

[1299] No caso imaginado por HAIRABEDIÁN, o crime vislumbrado pelos agentes policiais no interior da casa seria relacionado ao porte de drogas. Aliás, em diversas passagens, ele aborda jurisprudência da Suprema Corte em que se tem a ilicitude de invasão domiciliar sem autorização judicial, mesmo quando a finalidade da diligência é a apreensão de drogas. No nosso sistema, diferentemente, em se tratando de tráfico de drogas, crime considerado permanente, como a Constituição prevê que, em caso de flagrante delito, a invasão domiciliar não enseja prévia autorização judicial, o ingresso sem o consentimento do morador não teria o condão de invalidar a prova obtida.

[1300] HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 80.

direitos fundamentais por parte de seus agentes, razão pela qual não se impõe a sua aplicação, nos casos em que a atuação é feita com base em uma ordem dada tendo em consideração uma pressuposição fática, todavia, no momento da sua execução, descobre-se outro fato ilícito[1301].

HAIRABEDIÁN traz a pêlo o caso ARIZONA v. EVANS, em que os policiais, com base em uma informação errônea do sistema informatizado, procedeu à busca de um veículo, na crença de que contra ele havia uma ordem de apreensão, vindo, em conseqüência, a descobrir a ocorrência de um crime.[1302] Tendo como parâmetro o que ficou consignado pela Suprema Corte nos julgamentos US v LEON e US v KRULL, JOHN STRONG[1303] doutrina que, para a aplicação da exceção da boa-fé, faz-se mister que o procedimento adotado pela polícia seja *objetivamente razoável*, não se prestando, para tal fim, uma boa-fé subjetiva, sendo exigido, ainda, que o defeito da ordem ou da lei que ampara a ação não ".. es tan evidente que razonablemente um polícia bien entrenado lo advertiria." A esse respeito, sustenta-se que a vedação da prova obtida por meio ilícito serve para evitar abusos por parte da autoridade policial, daí por que, se a ordem judicial ou a lei não se harmoniza com os direitos fundamentais, não foi o agente encarregado da investigação quem cometeu a ilegalidade[1304].

De toda sorte, muitos tribunais estaduais estadunidenses rechaçam a exceção da boa-fé, como são os casos das cortes de Nova Jersey e do Mississipi, porquanto a razão de ser da exclusão da prova obtida por meio ilícito não se esgota na contenção do agir policial, pois a sua essência tem em mira inibir a afronta aos direitos fundamentais em si, independentemente de quem seja o responsável, especialmente em se tratando de juiz, ao qual é confiada a missão de dar guarida a esse catálogo de direitos[1305].

HAIRABEDIÁN[1306] registra que na Europa Continental a teoria da *boa-fé* (*good faith*) não tem merecido adesão, trazendo à guisa de exemplo posicionamento de doutrinador alemão para quem a licitude ou ilicitude probatória não fica a depender da boa ou

---

[1301] Ibid. p. 80.
[1302] Ibid., p. 81.
[1303] Apud HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 82.
[1304] Essa orientação da Suprema Corte é bastante criticada por boa parte da doutrina americana, sob o argumento de que os *fins de dissuasão* devem ser dirigidos igualmente para o legislador e para o julgador (Ibid. p. 83.)
[1305] Conforme consta em voto de três dos integrantes da Suprema Corte do Mississippi, "... el principal error del caso 'Leon' es que la Corte Suprema falló em reconocer que la responsabilidad de los jueces em allanamientos incorrectamente ordenados 'sugiere uma mayor necessidad de exclusión, no uma menor'" (Ibid., p. 83)
[1306] HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 85.

má-fé do funcionário encarregado da investigação. No ordenamento jurídico brasileiro, assim como no alemão, essa doutrina da *boa-fé* também não merece guarida. Observe-se que, quando se trata de diligência a ser executada em *casa* – aí estando compreendida não apenas a residência ou domicílio no qual a pessoa vive só ou com a sua família, mas também os locais nos quais ela exerce atividade profissional (escritório) ou cultural (escolas, associações)[1307] –, a autorização judicial, que supre a ausência de consentimento do *morador*[1308], formalizada por meio do mandado de busca e apreensão, deve indicar, expressamente, quais os objetos, coisas, documentos ou pessoas que podem ser recolhidos pela autoridade policial, sob pena de invalidade.

Naturalmente que se a polícia, de posse de mandado de busca e apreensão, ao fazer a diligência em uma residência, encontra drogas, tal possui validade em nosso sistema, pois, na hipótese, como se trata de tráfico de entorpecentes, crime classificado sob a categoria de *permanente*, ocorre flagrante delito, daí por que, para esse fim, não seria necessária a autorização judicial para a invasão do domicílio. Seria surreal que, em caso assim, o agente policial tivesse de fazer vista grossa para o crime de tráfico. O que se pode dizer é que, em qualquer que seja a hipótese, a despeito de o ingresso da polícia no local ter sido legitimado por mandado de busca e apreensão, no qual se encontra especificado o que deve ser objeto da diligência, sendo caso de flagrante delito, tem-se por válida a ação do agente do órgão de segurança no sentido de fazer a pronta intervenção. Imagine-se a situação em que, estando no interior de uma residência em cumprimento a determinação judicial no sentido de que seja apreendido determinado documento, o pai, após discutir com o filho, vem a agredi-lo fisicamente ou mesmo a matá-lo. Lógico que, em casos tais, o agente policial não só pode, como deve mesmo atuar para fazer a prisão em flagrante, em que pese a autorização que lhe foi passada para entrar na casa tenha sido para outro fim.

Situação diferente é aquela em que a autoridade policial, de posse de mandado de busca e apreensão de uma arma, na diligência, encontra um bilhete, que é prova do crime. Para evitar que isso venha a ocorrer, os juízes, quando fazem a expedição do mandado de busca e apreensão, geralmente especificam um determinado objeto ou documento a ser arrecadado com a diligência, mas cuidam, por cautela, de colocar uma cláusula aberta de que

---

[1307] Cf. item 9.4.5.2, infra, no qual se empreende estudo acerca dos contornos constitucionais do conceito da expressão *casa*, redigida no inciso XI do art. 5º da Constituição.

sejam apreendidos objetos e documentos que tenham relação direta ou indireta com o ilícito em apuração. Essa previsão, que consta em alguns mandados de busca e apreensão, não malfere a cláusula constitucional que dá abrigo à inviolabilidade do domicílio, nem muito menos ao que está disposto no art. 243 do Código de Processo Penal, pois ali, conquanto se exija a indicação, o mais precisamente possível, da casa e do nome do respectivo proprietário, em relação ao objeto da diligência, estabelece, apenas, que conste *os fins da diligência*.

Acrescente-se, a respeito do tema, que o assunto fez parte da discussão encetada no julgamento do caso COLLOR[1309]. Com efeito, naquela oportunidade, discutiu-se, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a validade da degravação dos dados da memória de computadores que foram apreendidos em uma das empresas de Paulo César Farias. O problema ali sublinhado foi de que os computadores não haviam sido apreendidos em diligência dos agentes policiais acobertados por mandado de busca e apreensão. Em verdade, os equipamentos de informática foram recolhidos por agentes fiscais, sob suspeita de que eles tinha sido importados sem o devido pagamento do Imposto de Importação, o que, em tese, no nosso ordenamento jurídico, caracteriza o crime de descaminho. Essas máquinas, posteriormente, foram encaminhadas pelos agentes fiscais para os policiais federais, o que foi o bastante para se entender que as provas derivadas da recuperação da memória dos equipamentos de informática eram ilícitas, posto que a autoridade policial, para dispor dos microcomputadores que estavam guardados em escritório profissional, teria de ter empreendido, antes, diligência no local com base em mandado de busca e apreensão.

9.1.6.2.4- A doutrina do *purged taint* ou dos vícios sanados.

Outra tese de exceção à regra da *exclusionary rule*, igualmente edificada pela jurisprudência firmada pela Suprema Corte americana, é a doutrina da *mancha purgada* (*purged taint*), dos vícios sanados ou da tinta diluída. É o caso em que, diante da falta de imediatidade, a prova posterior não é considerada contaminada pelo vício embutido em ato antecedente do qual mantém relação de derivação, o que faz com que ocorra a atenuação, diluição ou eliminação da ilicitude primária. Em sintonia com essa cláusula de exceção, não

---

[1308] Cf. itens 9.4.5.3, 9.4.5.3.1 e 9.4.5.3.2, infra, nos quais se aborda a questão referente ao conceito de *morador* para fins constitucionais.

se aplica a teoria dos *fruits of the poisoned tree*, "... si la relación entre la ilegalidad y la prueba actualmente cuestionada es tal que el veneno de la ilicitud fue atenuado al momento en que la evidencia fue obtenida." Conforme exame dos precedentes das Cortes americanas, STRONG[1310] pinça os seguintes elementos que devem estar presentes para a aplicação da cláusula de exceção *purged taint*:

> a) Secuencia de tiempo: Um prolongado lapso temporal entre la ilegalidad primaria y la evidencia cuestionada em último término.
> b) Circusntancias interferentes: La cantidad y naturaleza de los factores lícitos que intervienen entre la ilicitud original y la última prueba, pueden ser tenidos en cuenta para la procedencia de la limitación a la regla de exclusión por disipación del tinte de ilegalidad. Alguns sugeren que si en algunas de las circunstancias interferentes autónomamente legales ha obrado la autoridad judicial, ello también es una base importante para el funcionamiento de la excepción.
> c) Magnitud de la inconducta funcional: El propósito y la intensidad de la primera ilegalidad es relevante para tomar en cuenta la "dosis de veneno que puede transmitir a la evidencia subsecuente. Ello está medido en función de la utilidad de la exclusión para disuadir la mala conducta policial.
> d) Elección voluntaria: Se da cuando la cadena de hechos involucra una decisión voluntaria de alguno de cooperar con la investigación, generalmente en casos de arrestos incorrectos (como en "Wong Sun")[1311]

Na pesquisa levada a efeito em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se observou a existência de pronunciamento com o qual se dê abrigo a essa tese. Esta teoria guarda alguma similitude com a da *independent source*, mas com ela não se confunde, pois o nexo causal entre a prova primária e secundária é atenuado não em razão da circunstância desta possuir existência independente daquela, mas em virtude de o espaço temporal decorrido entre uma e outra, as circunstâncias intervenientes na cadeia pertinente ao conjunto probatório, a menor relevância da ilegalidade ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal atenuam, sobremaneira, o procedimento ilícito inicial. HAIRABEDIÁN[1312] cita decisão do Tribunal Supremo da Espanha que não acolheu essa tese, ao argumento de que, mesmo debilitado o nexo causal

---

[1309] Cf. o item 9.1.6.1.2, supra, no qual consta exame aprofundado do referido julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal.
[1310] Apud HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 87-88.
[1311] No caso WONG SUN v US, a polícia, ilegalmente, obteve a confissão de A, com base na qual se efetuou a apreensão de drogas em posse de B, que, por sua vez, disse tê-la recebido de C. Em razão disso, a Suprema Corte reconheceu a nulidade da confissão, assim como de seu efeito imediato, a apreensão da droga que estava com B, porém não entendeu que a falta de eficácia da prova por derivação ilícita atingisse o que se apurou contra C, ao argumento de sua "*... tenue relación com la ilicitud inicial que disipó el tinte de ilegalidad*." (HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 86.)
[1312] Op. cit., p. 89.

entre a prova primária ilícita e a derivada, ainda assim ele continua a existir, de modo que a contaminação há de ser reconhecida.

As regras de exclusão consubstanciadas nas teses da fonte independente e do descobrimento inevitável, ao que parece, já são o bastante para podar o alcance da teoria dos frutos da árvore envenenada, de modo que não se mostra muito adequado contemporizar ainda mais com a cláusula constitucional que impõe a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, mediante a adoção do *purged taint*.

9.1.6.2.5- A prova benéfica em prol do acusado.

Conforme registra HAIRABEDIÁN, a doutrina de alguns países tem adotado a tese de que a prova produzida de forma ilícita há de ser considerada eficaz, quando ela é utilizada em prol do acusado[1313]. A esse respeito, o doutrinador argentino faz referência à decisão do Tribunal Supremo espanhol, na qual se admite a utilização da prova ilícita em prol do acusado, até porque, se, em razão do princípio da presunção de não-culpabilidade, na dúvida, o juiz deve absolver, não teria sentido que este não desse a devida atenção a uma prova que, conquanto produzida de forma ilícita, demonstra a inculpabilidade do acusado[1314].

Essa tese parece acertada. A partir do momento em que se entenda que a norma constitucional vazada como declaração de direito fundamental representa, antes de mais, uma limitação ao direito de punir do Estado, facilmente se percebe que o juiz pode, com suporte em uma prova obtida ilicitamente, proferir uma sentença absolutória. Isso porque, quando o constituinte diz que é inadmissível a prova ilícita, ele está deixando escrito que o Estado não pode apoiar-se nesse tipo de prova para lograr a obtenção da condenação do acusado. Se assim é, a vedação estampada na Constituição direcionada para o juiz é em relação à prolação de sentença condenatória com suporte em prova angariada com vício, nunca, porém, que ele, com suporte nela, profira sentença absolutória. Até porque, conforme foi ressaltado no item 7.2.1, supra, a garantia constitucional é em relação ao acusado, e não em prol do Ministério Público ou, em outras palavras, os direitos fundamentais enunciam limitações ao direito de punir do Estado.

[1313] Op. cit., p. 90.

Ademais, a forma como estão dispostos e disciplinados, na Constituição de 1988, os princípios da ampla defesa e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, reforça a aplicação dessa tese em nosso meio. Com efeito, no inciso LV do art. 5º da Constituição está previsto o princípio da ampla defesa que, em relação ao processo criminal, diz respeito apenas à defesa, conforme será bem detalhado no item 9.5.1, infra. Por ora, basta dizer que na norma jurídica em foco, enquanto trata da cláusula da ampla defesa na seara cível como garantia inerente ao autor e ao réu, pois fala em *litigantes*, no pertinente ao ambiente criminal, o preceito constitucional está direcionado tão-somente ao acusado, uma vez que utiliza a expressão *acusados*. Ou seja, a ampla defesa no processo criminal está constitucionalmente assegurada apenas para o incriminado, permitindo que se diga que, em nosso sistema constitucional, enquanto a defesa do acusado é ampla, a do autor – quem está em juízo, ainda que na condição de autor, está, em verdade, defendendo um direito – não é, uma vez que sofre limitações.

A limitação mais evidente, em relação ao direito de defesa do autor no processo criminal, está exposta justamente no inciso seguinte, pois lá está dito que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (LVI do art. 5º da Constituição). A análise conjunta dos incisos LV e LVI ambos do art. 5º da Constituição leva à conclusão de que os seus comandos normativos, dentro da idéia de que os direitos fundamentais, no âmbito do processo criminal, expressam limitações ao direito de punir do Estado, estão direcionados para regrar a atuação do Ministério Público, pois tanto a *ampla defesa do acusado* quanto a *inadmissibilidade das provas ilícitas* estão catalogadas dentre os direitos fundamentais como medidas de proteção ao direito de punir.

Por conseguinte, o que se torna defeso é a utilização de uma prova produzida ilicitamente para fins de expedição de decreto judicial condenatório, nunca, contudo, quando ela serve para inculpar. Se esse não for o entendimento, pode-se argumentar, de qualquer modo, que, ficando comprovada, com a prova ilícita, a inocência do acusado, seria o caso de o juiz absolver alegando a insuficiência de provas para a condenação (art. 386, VI, do CPP). O que se apresenta incoerente é um juiz condenar o acusado, sabendo que ele é inocente, consoante ficou exposto de forma irrespondível em decisão da Corte Suprema espanhola.

[1314] Ibid., p. 91.

A tese da admissibilidade da prova ilícita quando ela é produzida em benefício do acusado tem sido acolhida, como revelam ADA PELLEGRINI, ANTONIO FERNANDES e GOMES FILHO[1315], praticamente à unanimidade, com base no princípio da proporcionalidade, mediante a conclusão de que o direito de defesa deve preponderar no confronto com o direito de punir. Sem embargo disso, quando o acusado pratica uma ilegalidade para poder defender-se de modo amplo e efetivamente no processo criminal, verifica-se o fenômeno da exclusão de ilicitude, com base no instituto da legítima defesa, daí por que, em verdade, não se há de falar propriamente em prova obtida de forma ilícita.

Conquanto não se conheça precedente do Supremo Tribunal Federal acolhendo diretamente essa tese, há outras manifestações da Excelsa Corte que sinalizam a sua posição a respeito do tema, que se apresenta, até mesmo, mais avançada. Observe-se que, após o caso MAGRI, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a prova obtida por meio de gravação clandestina, em tese, é considerada ilícita, uma vez que afronta o direito à intimidade, porém, quando feita como forma de defesa, possui plena validade, pois, no caso, este direito fundamental deve prevalecer[1316]. Atente-se que, no caso analisado no RE 212081/RO, a prova não foi produzida com o fim de ser utilizada na defesa do acusado dentro do processo criminal[1317]. De fato, um dos interlocutores, diante da exigência do outro para que lhe fosse concedida propina, resolveu gravar, sem o conhecimento deste, as conversas entre os dois e, depois, apresentou-as como indício de que estava sendo acossado para cobrar o valor indevido. O conteúdo das gravações, embora tenha servido para incriminar um dos interlocutores, somente foi aceito porque, em verdade, serviu para demonstrar a liceidade da conduta de quem efetuou a gravação clandestina. Esse fato foi o bastante para o Supremo Tribunal Federal admitir a prova, postura que vem sendo mantida.

Assim, como se observa, o Supremo Tribunal Federal tem posição mais avançada do que aquela que propõe a admissibilidade da prova ilícita produzida em prol do acusado, pois, consoante o seu posicionamento, não apenas pode ser utilizada para a defesa do agente na fase do inquérito ou do processo judicial, como é idônea, também, para, eventualmente, incriminar outra pessoa.

[1315] *As nulidades do processo penal*. p. 134-135.

[1316] Cf. item 9.4, infra, no qual se mostra a evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

9.1.6.2.6- O princípio da proporcionalidade ou *balancing test*.

Faz parte do Direito judicial americano a cláusula de exceção à regra da *exclusionary rule* identificada como *balancing test*, que corresponde à versão adaptada do *princípio da proporcionalidade* criado no sistema jurídico alemão. Para flexibilizar a rigidez da *exclusionary rule*, tem-se aceitado que o juiz, em cada caso concreto, faça a ponderação de valores assegurados pela Constituição, tendo em consideração a *intensidade e quantidade da violação ao direito fundamental* e o dano que poderá advir caso a prova não seja admitida. Na apreciação do caso US v. PAYNER, em pronunciamento feito no ano de 1980, a Suprema Corte americana assinalou que "La exclusión de la prueba em cada caso de ilegalidad debe ser sopesada frente al considerable dano que pueda surgir de uma aplicación indiscriminada de la regla de exclusión."[1318]

O princípio da proporcionalidade foi construído na doutrina e jurisprudência alemãs, possuindo ampla aceitação no Direito europeu continental. Quanto ao tema da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que na dogmática alemã segue o regime das *Beweisverbote*, o Tribunal Constitucional Federal do referido país, em compasso com anotação de COSTA ANDRADE[1319], adota, em sua linha argumentativa, duas vertentes, pondo, de um lado, o paradigma da preservação dos direitos da personalidade (direitos fundamentais) e, do outro, recorre ao princípio da proporcionalidade, a fim de fazer a *ponderação de interesses* e, com isso, conceber a legitimação da prova, sacrificando, assim, na hipótese, o bem jurídico do acusado. A proibição da valoração da prova adquirida de forma ilícita, sob a batuta do princípio da proporcionalidade, deve ser o resultado de apreciação judicial que tem de levar em consideração (1) o interesse concreto da persecução criminal, (2) a gravidade da lesão à norma, (3) o bem jurídico tutelado pela norma constitucional violada e (4) a carência de tutela do interesse lesado[1320].

[1317] Cf. item 9.4, infra.
[1318] HAIRABEDIÁN. p. 97. Em verdade, essa posição já havia sido defendida, em 1948, em voto do juiz JACKSON, que entendia ser a ineficácia da prova dependente da *gravidade* da ofensa ao direito fundamental (Ibid., p. 97-98). No precedente colhido da Suprema Corte americana no exame do caso SCHMERBER v. CALIFÓRNIA, aceitou-se como válida a prova oriunda "... de uma extracción de sangre al acusado hecha sin orden judicial em virtud de la urgencia para evitar la eliminación de alcohol." (Ibid.)
[1319] Op. cit., p. 142.
[1320] ANDRADE. Op. cit.,p. 143.

Em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se encontrou decisões em que se discuta a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de validar prova conseguida ilicitamente. De todo modo, no julgamento do Habeas Corpus 39052/SP, em acórdão lavrado, à unanimidade, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro ARNALDO ESTEVES[1321], diante da jurisprudência firmada na referida Corte, muito embora tenha ressalvado o seu ponto de vista pessoal, abdicou de sustentar que, com "... base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na busca do bem jurídico maior a ser protegido no caso concreto, de acordo com a vontade do legislador constituinte", seja valorada prova consistente em registros, em inquéritos e processos criminais sem sentença transitada em julgado, para fins de dosimetria da pena na sentença condenatória, à conta de circunstâncias judiciais.

Naquele julgamento do caso COLLOR, examinado em suas minúcias no item 9.1.6.1.2, supra, o Ministro CELSO DE MELLO, em seu voto, categoricamente, refutou a aplicação, em nosso sistema, da teoria da proporcionalidade cunhada pela doutrina e jurisprudência alemãs, ao fundamento de que o constituinte, ao estabelecer a cláusula da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, não fez nenhuma consideração a esse respeito, deixando patente, assim, que a sua preocupação era com o momento de admissibilidade da prova em si, ficando prejudicada, por conseguinte, a possibilidade de sua *introdução* válida no processo e conseqüente *valoração*[1322]. Essa tese voltou a ser reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal[1323], em 2001, por meio de decisão da Primeira Turma, com a qual se julgou o Habeas Corpus 80949/RJ, tendo como Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, o qual asseverou, com força cogente, que

> Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à

[1321] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITA. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Disponível em: www.justicafederal.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 28 set. 2005.

[1322] Cf. item 9.1.6.1.2, supra.

[1323] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Relator Ministro ILMAR GALVÃO, Data da decisão: 30/10/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 28 set. 2005.

> vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.

Como se vê, nesse pronunciamento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma categórica, rechaçou a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de validar a admissibilidade de prova obtida por meio ilícito, pois, em nosso sistema, diferentemente do que ocorre em outros, diante da forma como foi redigida a norma constitucional – inserida dentre os direitos fundamentais -, que veda o seu uso, deve prevalecer, sempre, a garantia estabelecida na Constituição, em detrimento da persecução criminal. Esse mesmo assunto, ainda no mesmo ano, enfim, voltou a ser debatido no Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando então, malgrado mantida a orientação da inaplicação da teoria da proporcionalidade, o pronunciamento se deu de forma mais comedida, pois se admitiu, ainda que excepcionalmente, a possibilidade que ela seja invocada pelo juiz. Com efeito, a ementa daquele julgado mereceu a seguinte redação:

> (...) 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

Note-se pela ementa que, no caso, pretendia-se valorizar, sob o pálio do princípio da proporcionalidade, prova obtida com invasão de domicílio, sem a prévia autorização judicial, o que não foi aceito. De toda sorte, a tese vitoriosa, além de não ter sido à unanimidade, ainda se mostrou mais restrita do que aquela constante do julgamento do Habeas Corpus 80949/RJ, decidido pela Primeira Turma. Isso porque, conquanto se tenha estabelecido que coube ao próprio constituinte proceder à *ponderação de valores* e, no caso, escolher a prevalência da inaceitabilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ressalvou-se que essa regra pode ser excepcionalizada *em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável*.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal admitiu, no último julgamento sobre o assunto, que cabe ao juiz, mesmo que remotamente, aplicar a teoria da proporcionalidade e, assim, dar validade à prova que, em princípio, devido à ilicitude de sua obtenção, não tem validade, desde que a inobservância da regra formal que alberga direito fundamental tenha sido cometida *em caso extremo de necessidade inadiável e incontornável*, situação que deve ser considerada tendo em conta o caso concreto.

9.1.6.2.7- A destruição da mentira do imputado.

Interessante hipótese de exceção ao princípio da *exclusionary rule*, que faz parte da construção jurisprudencial americana, é aquela em que a prova obtida sem a observância das formalidades estabelecidas, e por isso mesmo ilícita, embora não seja idônea para provar a culpabilidade do acusado, pode ser valorada no sentido de demonstrar que o autor do fato criminoso está mentindo. O *leading case* dessa tese se deu no julgamento do caso WALDER v. US, verificado no ano de 1954, em que o acusado (WALDER), ao ser perguntado, em seu interrogatório, se já tinha tido, anteriormente ao fato objeto de julgamento, droga sob sua posse, respondeu negativamente, o que não era verdade, pois, tempos atrás, em uma operação considerada ilícita, a polícia havia apreendido, em sua casa, uma determinada quantidade de heroína. Considerou-se, no julgamento, que foi o próprio acusado quem "... *abrió la puerta al uso de la prueba ilícita*", ademais de esta ser admissível quando se baste para rebater a declaração falsa prestada[1324].

Sem embargo de no julgamento ter ficado consignado que a prova obtida ilicitamente, em se tratando de declarações, não pode ser utilizada para fins de comprovação da culpabilidade, a exceção ao princípio da *exclusionary rule* somente é aceita em relação às afirmações do agente que praticou o crime, não sendo possível dela se fazer uso no desiderato de desacreditar testemunha, conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso

[1324] HAIRABEDIÁN. Op. cit.., p. 99. Em outro julgado significativo, ocorrido no caso HARRIS, decisão dada em 1971, o juiz, a despeito de o agente ter feito declarações à polícia sem que lhe tivessem sido apresentados os *Miranda-warnings*, orientou os jurados para que eles as considerassem apenas para confrontá-las com a versão apresentada em juízo pelo acusado, não como prova da culpabilidade, entendimento que foi confirmado pela Suprema Corte americana sob o argumento de que "'Uma cosa es decir que el Estado no puede utilizar evidencia obtenida ilegalmente', otra muy distinta es que el acusado torne el método ilegal 'em su propia ventaja y se provea de um escudo contra las contradicciones de sus mentiras" (Ibid., p. 99-100).

JAMES v ILLINOIS, em julgamento ocorrido no ano de 1990[1325]. Estreitando ainda mais essa regra de exceção, a Alta Corte americana faz a distinção entre as declarações ou confissões obtidas sem as devidas formalidades legais, a exemplo daquelas que são tomadas sem a especificação dos *Miranda-rights*, na hipótese em que as informações são coligidas com base na força ou tortura, até porque, nesse caso, faltam confiança e segurança quanto ao que foi dito pela pessoa[1326].

Não se sabe de nenhum precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. De toda sorte, a teoria merece ser olhada com atenção, porque os termos como ela vem sendo aceita pela jurisprudência da Suprema Corte americana têm-se contidos em níveis extremamente aceitáveis. A prova ilícita, nesse caso, além de somente poder servir para desmentir declarações contendo versões fáticas do acusado que não dizem respeito propriamente à culpabilidade, não terá validade quando o procedimento adotado para a sua obtenção comprometer a verdade do que nela se contém.

Como se observa, a exclusão da *exclusionary rule,* com esteio na doutrina de que o meio ilícito deve ser ignorado quando a prova daí proveniente puder servir apenas para desdizer uma mentira dita pelo acusado que não importa, propriamente, no reconhecimento de sua culpabilidade, mostra-se pertinente para os casos em que as declarações tomadas não se revestem das formalidades legais. Seria o caso, por exemplo, das gravações clandestinas que, quando são feitas para fins investigatórios, não estritamente como forma de defesa, são consideradas, de forma absoluta, inadmissíveis. Se viesse a ser adotada essa tese originada da inteligência da Suprema Corte dos Estados Unidos, as gravações clandestinas, notadamente as que são feitas pelos órgãos de imprensa, passariam a ter alguma serventia para a apuração de ilícitos. Não se pode esquecer, no entanto, que essa é uma decisão que contém forte componente de ordem política, pois a eventual acolhida a esse pensamento pode fomentar, ainda mais, esse procedimento indevido da imprensa.

[1325] HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 100.

[1326] Ibid., p. 101. Assinala STRONG, apud HAIRABEDIÁN, que muitos tribunais de Estados americanos aceitam apenas limitadamente essa tese, enquanto outros a rechaçam, como é o caso da Corte de Oregon, que defende a ineficácia da prova obtida por meio ilícito, seja para condenar seja para contradizer declarações falsas dadas pelo acusado. (Ibid. p. 102)

9.1.6.2.8- A teoria do risco.

A *teoria do risco* também se apresenta como uma exceção ao postulado da *exclusionary rule*, com base na qual se procura dar sustentação à validade de prova obtida mediante malferição ao direito à intimidade, com a utilização de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas. O argumento é de que a pessoa que faz, espontaneamente, revelações, no que diz respeito a sua participação em eventos ilícitos, assume o risco quanto à documentação do fato por outrem, podendo ser glosado o entendimento na parêmia de que "Si usted no cuida sus garantias, no pretenda que lo haga um juez."[1327] Essa doutrina pretende resolver a questão tendo como parâmetro o dever de sigilo que acompanha algumas profissões, uma vez que quem faz a confissão ou revelações espontâneas de um delito a outrem, que não tem o dever legal de não contar o segredo, assume o risco de que o assunto esteja sendo registrado e que o trato seja descumprido, sendo irrelevante a circunstância de aquele não ter conhecimento concreto de que, no momento, estão sendo tiradas fotografias, procedidas escutas ou filmagens etc. Ainda que haja alguma resistência na doutrina e na jurisprudência, essa tese vem sendo acolhida pelos tribunais americanos, o que é extremamente perigoso.

De toda forma, salienta-se que há algumas decisões judiciais, como a emanada do Nono Tribunal de Circuito dos Estados Unidos, o qual entendeu que, se é certo que quem convida alguém a ingressar em sua casa assume o risco quanto a quem de fato é o visitante, de modo que este pode, ao sair, contar tudo o que viu e escutou, igualmente correto é ponderar que, com esse convite, a pessoa não assume o risco de que tudo o que seja visto e ouvido em sua casa venha a ser registrado por meio de fotografias e/ou gravações sonoras e de imagens[1328].

[1327] Ibid. p. 102.

[1328] HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 112. Há crítica no sentido de que, em contraposição à doutrina do *igual tratamento*, a jurisprudência americana se mostra condescendente quando se trata da aplicação da *teoria* do *risco* nas ações praticadas pela polícia, ao passo que não tem admitido nas hipóteses em que o ato é praticado pela imprensa. Deixando consignada a sua censura a essa distinção, BERTONI argumenta que "los tríbunales demuestran uma gran desprobación a las operaciones secretas desarrollladas por los medios de comunicación en rleación con las que pratican las fuerzas de seguridad, a pesar de la teoría de la igualdad de tratamiento: los tribunales no imponen sanciones a estas fuerzas, mientras sí lo hacen a los periodistas. Los casos más demonstrativos son 'Dietman v. Time Inc.', 'Food Lion Inc. V. Capital Cities/ABC Inc.' Y 'Copeland v. Hubbard Broadcasting Inc.'. Estos casos se contraponen con otros, donde operaciones secretas realizadas por las fuerzas de seguridad fueron consideradas válidas: 'On Lee v. United States', Hoffa v. United States', y United States v. White'.

Não é assim, porém, no sistema alemão, pois o Tribunal Federal, a partir do famoso caso do *gravador*, decidido em 1960, tendo em consideração que a palavra falada faz parte do *direito geral de personalidade*, posicionou-se que uma gravação, sem o seu conhecimento, não se reveste de legalidade[1329]. No mesmo passo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rechaça, categoricamente, a tese americana. Como visto, após alguma tergiversação a respeito, já no caso MAGRI ficou estabelecido que a gravação clandestina, mesmo sendo realizada por um dos interlocutores, ofende o direito à intimidade, a não ser quando é feita para fins de defesa[1330].

Dessa forma, essa doutrina também não é chancelada pelo Supremo Tribunal Federal. A teoria do risco, porém, pode ser invocada em relação às filmagens que são feitas como forma de segurança, e não de investigação, como são os casos das câmeras instaladas em estabelecimentos bancários, supermercados e outros locais, até mesmo em casas residenciais ou quando, fortuitamente, um cinegrafista amador ou profissional flagra alguém na prática de crime em via pública[1331].

9.1.6.2.9- A *plain view doctrine* e os campos abertos.

Invoca-se igualmente como causa de exclusão quanto à aplicação da *exclusionary rule*, a *plain view doctrine* (doutrina da visão aberta), que se reporta, especificamente, às buscas e apreensões realizadas em local protegido pela cláusula constitucional que veda a invasão do domicílio sem ordem judicial. Essa doutrina foi construída nos Estados Unidos porque, no sistema americano, independentemente do consentimento do ofendido, em princípio, uma investigação realizada em locais protegidos pelo princípio da inviolabilidade do domicílio somente tem validade caso esteja amparada por mandado judicial, mesmo que se trate de caso de flagrante delito. Assim, no ordenamento jurídico americano, se a autoridade policial obtém autorização judicial para apreender documentos ou objetos relacionados a um crime, mesmo que seja encontrada, na diligência efetuada em cumprimento à ordem passada pelo juiz, uma grande quantidade de droga, em

[1329] ANDRADE. Op. cit., p. 141.
[1330] Cf. itens 9.1.6.1.2, supra, e 9.4, 9.4.1 e 9.4.2, infra.
[1331] Sobre o assunto, cf. item 9.4, infra.

tese, tal fato não teria validade, pois a circunstância de tratar-se de crime permanente, o que caracteriza o flagrante delito, não inibe a necessidade de prévia ordem do órgão jurisdicional.

Exatamente para expungir esse rigorismo, construiu-se a teoria aqui abordada, que se aplica como uma forma de tornar, com base no princípio da razoabilidade, legítima a apreensão de elementos probatórios do fato investigado ou mesmo de outro crime, quando, a despeito de não se tratar da finalidade gizada no mandado de busca e apreensão, no momento da realização da diligência, o objeto ou documento é encontrado por se encontrar à *plena vista* do agente policial[1332]. Noticia HAIRABEDIÁN[1333] que a teoria em foco tem sido acolhida em diversos pronunciamentos judiciais americanos, pois

> la jurisprudência de la Corte Suprema de los Estados Unidos há admitido la validez de las probanzas adquiridas durante um allanamiento, aunque los efectos no estén enumerados en la orden judicial respectiva, cuando em oportunidad de sua ejecución el funcionário tropieza por accidente com pruebas de um delito, o donde las encuentra a simple vista, ya que em tal caso 'no necesita desviar la mirada e ignorar lo que evidentemente tiente frente a él.

Sem embargo do que foi aqui dito no final do item 9.1.6.2.3, supra, em que se fez, tendo em conta as peculiaridades do nosso sistema jurídico, o exame da exclusão da ilicitude da prova com suporte na teoria da boa-fé (*good faith*), há registro, na jurisprudência americana, de decisões que invalidam a aplicação da tese da *plain view doctrine*, nos casos em que (1) o agente policial já tenha cumprido a diligência que consta do mandado judicial ou (2) faz revista em lugares em que claramente não estaria o documento ou objeto conforme autorizado pelo juiz[1334].

Extremamente assemelhada à cláusula de exceção da *plain view doctrine* é a dos *campos abertos*. Esta também foi construída no Direito judicial americano, a fim de dar validade à busca e apreensão de drogas que, muito embora feita em propriedade privada, ocorre em local ao ar livre. No nosso ordenamento jurídico, especialmente em se tratando de

---

[1332] HAIRABEDIÁN. Op. cit., 116-117.

[1333] Op. cit., p. 117. O autor menciona, ainda, o julgamento do caso UNITED STATES V. CARTY, em que se conferiu validade à busca e apreensão de arma equipada com silenciador, encontrada na casa do acusado, muito embora o documento judicial a ela não fizesse referência.

[1334] HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 118. O doutrinador em destaque relata que o Tribunal Supremo espanhol tem admitido a aplicação dessa tese, quando o que é encontrado pelo agente policial se trata de flagrante delito de outro crime (Ibid., p. 119). No nosso sistema, como já foi dito, isso é plenamente possível, até porque a regra constitucional que assegura a inviolabilidade do domicílio, de forma expressa, faz a ressalva.

substâncias entorpecentes, não há necessidade de recorrer-se a essa teoria, pois, nessa situação, como já se disse, por se tratar de flagrante delito, não seria de mister a exigência de prévia autorização judicial. O assunto pode despertar interesse quando, não se tratando de droga, o objeto ou documento esteja à vista, em um terreno baldio, não habitado. Parece razoável admitir-se, nesse caso, que seja feita a busca e apreensão, independentemente da expedição do mandado judicial, muito embora não seja recomendável que assim proceda a polícia, pois quando a apreensão do documento ou objeto assim ocorre, a prova quanto às circunstâncias em que se desenvolveram a diligência mostra-se fragilizada. Essa cláusula pode ser invocada, ainda, como justificativa para a legalidade das gravações clandestinas feitas em vias públicas[1335].

9.1.6.2.10- A renúncia do interessado.

A tese da renúncia encontra guarida, igualmente, na jurisprudência da Suprema Corte americana. Como no sistema estadunidense, independentemente do consentimento do morador, exige-se, para dar validade à busca e apreensão em local garantido pela inviolabilidade do domicílio, a expedição de autorização judicial, surgiu discussão se o assentimento da pessoa não teria o condão de expungir a eventual nulidade da diligência realizada pela autoridade policial ao arrepio de autorização do juiz. HAIRABEDIÁN[1336] diz que tanto a doutrina quanto a jurisprudência estrangeira têm aceitado essa tese, desde que o consentimento da pessoa seja dado de *forma prévia, expressa, livre, comprovada e indubitável*.

No nosso sistema, em razão da forma como está redigida a cláusula da inviolabilidade do domicílio, a discussão é bizantina[1337], uma vez que a Carta Magna, peremptoriamente, assevera que a garantia constitucional é no sentido de impedir que alguém, sem o consentimento do morador[1338], ingresse indevidamente na casa[1339]. A questão é saber se o consentimento dado é válido, especialmente em relação àquele que pode, legitimamente, dispor da garantia constitucional, assunto tratado, à exaustão, no item 9.4.5.3.

[1335] Cf. item 9.4, infra.
[1336] Op. cit., p. 121.
[1337] Cf. item 9.4.5, infra.
[1338] Sobre o conceito de morador, para os fins constitucionais, cf. item 9.4.5.3, infra.
[1339] Cf. item 9.4.5.2, infra.

A questão ganha interesse, quando se discute a possibilidade de efetuar-se a busca e apreensão do lixo produzido pela pessoa e que é descartado para ser recolhido pelo serviço público de limpeza. Nesse caso, especialmente no sistema norte-americano, discute-se se o que é colocado no lixo não é uma forma de renúncia ao direito à intimidade ou, ao contrário, permanece como extensão da intimidade, até porque, em última análise, basicamente toda atividade humana se converte em resíduo. Não se há de olvidar que o lixo humano pode conter extratos bancários e de cartões de crédito, contas de energia, água e telefone, com revelação das ligações feitas. Ainda nesses casos, em nosso sistema, parece claro que não há necessidade de mandado de busca e apreensão, a não ser que o lixo se encontre dentro da casa, o que é, convenhamos, coisa distinta. Mas se o lixo está disposto na calçada, não se mostra razoável exigir-se, em caso de diligência policial, de prévia expedição de mandado de busca e apreensão, sendo pertinente, aqui, valer-se, se for o caso, igualmente, da *teoria do risco*[1340].

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."[1341]

[1340] Cf. item 9.1.6.2.8, supra.
[1341] Op. cit., p. 140.

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 MELLO[1342], 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*.

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 os funcionais do Judiciário, por exemplo, como as ações de particulares e de autoridades estrangeiras.

Como aqui já foi dito, 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 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

[1342] Cf. item 9.1.6.1.2, supra.

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, um país não pode impor ao outro a sua legislação, ainda que nada impeça que, no pedido de cooperação, diante da divergência entre os sistemas jurídicos, o Estado requerente 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 requerido[1343].

Sobre o tema, no julgamento da Extradição nº 524/DF, requerida pelo Paraguai, em decisão unânime do Pleno, o Supremo Tribunal Federal[1344], conquanto tenha

---

[1343] Em compasso com essa orientação do Direito Internacional, o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional, elaborado pela comissão nomeada pelo Ministério da Justiça, propôs, no caput do art. 27, que "Os procedimentos de cooperação jurídica internacional passiva regem-se pelas disposições desta lei, aplicando-se subsidiariamente a legislação processual civil e penal", ressaltando, 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."

[1344] 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

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 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 Estado alienígena.

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 estrangeira*.

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.

9.2- Princípio da presunção de não-culpabilidade.

Antes de vicejarem as idéias 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 a 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 prisão[1345]. 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."[1346] Por isso mesmo, para ele, só a força, e não o Direito, pode autorizar o juiz a aplicar a pena a um cidadão[1347], "... enquanto ainda se duvida que ele seja réu ou inocente"[1348].

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 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

[1345] Ibid, p. 45.
[1346] Ibid., p. 55. A expressão réu, utilizada por BECCARIA, certamente se confunde com a figura de condenado.
[1347] 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.

levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri..."[1349]. Sem embargo do que sobressai a uma interpretação literal do texto, JOHN R. VILE[1350] 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 *presunção de inocência*, 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 expressão[1351].

Se no cenário internacional o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade é consagrado desde as primeiras declarações dos direitos do homem[1352], 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.

[1348] Ibid. p. 55.

[1349] No original: "No person shall be held to answer for a capital, or other wise infamous crime, unlesson a presentment or 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)

[1350] 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."

[1351] *O processo penal em face da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 70.

[1352] 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.

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 argüido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação..", e a da Itália que "L'imputato no è considerato colpevole sino allá condanna definitiva.[1353]„

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 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 lusitana[1354].

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."[1355] A escolha do constituinte brasileiro merece aplausos, pois

---

[1353] Tradução livre: "O acusado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva."
[1354] Essa origem direta do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 foi logo revelada pelo então juiz WÁLTER FANGANIELLO MAIEROVITCH (Presunção de não-culpabilidade. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.* n. 126, p. 96.
[1355] 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.

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 culpabilidade 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.

MANZINI[1356], apud CARLOS RUBIANES[1357], 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?"[1358] Não há de negar-se que a indagação do processualista italiano é inquietante.

[1356] Cf. 1.3.8, supra.
[1357] *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1985. v 1. p. 77.
[1358] Ibid., p. 77-78.

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.

A presunção de inocência, nesse sentido, entra em rota de colisão com a própria lógica garantística do sistema criminal. VÉLEZ MARICONDE[1359], 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, RUBIANES[1360] 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 uma presunción de culpabilidad, que justifique medidas em su contra." À objeção feita por CLARIÁ OLMEDO quanto à 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, RUBIANES[1361] contrapõe que isso 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 colombiano[1362],

---

[1359] Apud RUBIANES. Op. cit., p. 79.
[1360] Op. cit., p. 79.
[1361] Ibid. p. 79.
[1362] 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 responsabilidadd em setencia ejecutoriada."

LONDOÑO HIMÉNEZ[1363] reconhece que, tal como se há entendido em sua plenitude, "... dicho principio no es fácil que tenga plena eficácia dentro del proceso penal." e admite que "... dados los actos jurídicos que necessariamente 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."[1364]

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 caputra 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 comparecencia en la calidad de procesado a la audiência pública, por el veredicto condenatório, etc".[1365] Meditando sobre o assunto, EUGENIO FLORIÁN[1366] aponta que, em muitas situações, devido à robustez da prova contra o acusado, 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. Aqui la presunción de inocência está ausente, no por razones teóricas sino de hecho, o, por lo menos, tal presunción se vê rápidamente eleminada por elementos adversos."

Em crítica aos que defendem a presença do princípio da inocência como cláusula retora do processo criminal, GIOVANE LEONE[1367] 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, BETTIOL[1368], prestando atenção ao sistema italiano, verifica que, ao contrário da expressão positiva utilizada no art. 6º da Convenção européia 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

---

[1363] *Tratado de derecho procesal penal*. Bogorá: Editorial Temis, 1989. t. 1, p. 17.
[1364] Ibid., p. 18
[1365] Ibid., p. 19
[1366] Apud JIMÉNEZ. Op. cit., p. 19.
[1367] Ibidem, p. 21.
[1368] BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Tradução de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1973. p. 265.

passividade do Ministério Público em produzir as provas suficientes para a condenação, o "juiz debería absolver al imputado porque a favor de este julgaria uma presunción de inocencia."

Na doutrina nacional, a discussão também é acirrada. MIRABETE[1369], 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 CAPEZ[1370], embora sem maior profundidade, fala uma hora em *estado de inocência* e em outra em *presunção de inocência*. Em sentido contrário, TOURINHO FILHO[1371] sustenta que a nossa Constituição consagrou o princípio da inocência encartado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, emitida pela ONU em 1948[1372].

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 técnica[*1373*].

[1369] *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 42.
[1370] *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 37.
[1371] *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 62.
[1372] Art. 11: "Everyone carged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty acoording 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").
[1373] No STF: a) julgados que adotam o princípio da presunção de não-culpabilidade: HC, Primeira Turma, Rel. Ministro CELSO 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.

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 *in dubio pro reo*[1374]. A doutrina e a jurisprudência reconhecem que esse princípio declarado na Constituição tem o condão de estabelecer que as prisões processuais têm natureza cautelar e, como se verá mais adiante, ele também permite 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[1375].

Em outra leitura, o princípio quer dizer que se reclama, para a adoção de providências contrárias ao acusado, que a sua justificativa repouse em uma *verdade material*, e não apenas *formal*, pois, na dúvida, deve-se posicionar em prol do incriminado. Como decorrência desse princípio, para que seja autorizada uma decisão contrária ao acusado, exige-se que o juiz tenha apoio em provas inquebrantáveis, que dissipem 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.

HC 80535 / SC, Primeira Turma, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 12.12.2000, DJ 02.03.2001, p. 03.

[1374]O Ministro CELSO 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)

[1375]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. O Supremo Tribunal Federal, porém, tem precedente quanto à admissibilidade (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).

Note-se que, conquanto se exija um suporte probatório mínimo para que pelo menos seja instaurado um inquérito policial [1376]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 resume-se em não ser 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. 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 in libertatis* – podem ser embasados como *garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*, os requisitos – *fumus boni iuris* – reclamados para que o juiz seja autorizado a determinar a privação do direito de liberdade a quem ainda não foi considerado

[1376] 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 ele precisa

culpado, circunscrevem-se à prova da *existência do crime* e ao *indício suficiente da autoria* (art. 312 do CPP).

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 o 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 autoria[1377]. 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).

A verdade do que aqui vem de ser dita manifesta-se com mais força, quando se examina o que ocorre nos 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 judicante se 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*

---

reunir não apenas provas que de fato o crime ocorreu, como também indícios de que aquela pessoa perpetrou o ilícito.

seu autor (art. 408, caput, 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-culpabilidade. 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. Tendo em conta que o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é o tribunal do júri, 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 material, 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 - ou inimputável – da imputação que lhe é feita, 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.

Na sapiência de SEABRA FAGUNDES, "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, como o seu pronunciamento, 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, quando muito, em relação ao mérito, só lhe é permitido inocentar o acusado, não há de falar-se, aqui, em princípio do *favor rei* ou do *in dubio pro reo*. Essa característica é ínsita 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

---

[1377] Podem ser mencionadas todas as medidas cautelares de ordem criminal, a começar da prisão preventiva (Escuta telefônica, quebra de sigilo etc.)

relação ao habeas corpus, de modo que quando ele visa à 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 evidente*[1378].

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 prova[1379]. O mais apropriado, porém, é fazer-se uma distinção que se apresenta sobremaneira importante, a fim de admitir conclusão no sentido de 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. Essa abordagem merece destaque em item específico, que é o 9.2.5.

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 se 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 CARRARA, 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 tinha apenas a potencialidade de causar um perigo de lesão social[1380].

[1378] STF, RHC 68.525/DF, Segunda Turma, Rel. Ministro Paulo Brossard, j. 13.04.92, DJ de 12.06.92, p. 9.028.

[1379] 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 conseqüência 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.

[1380] CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora LZN, 2002. v. 2. p. 292-293.

Conquanto o alcance do princípio sirva para estruturar o próprio sistema criminal, no sentido de 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. Consectário lógico do princípio da não-culpabilidade é que o juiz, para condenar alguém, deve escorar-se na verdade real ou material, 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 ínsito 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 retor 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 melhor explicada. No processo penal, não raro, a decisão é tomada com base em uma verdade meramente formal e, em alguns casos, esta é até mesmo consensuada, 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 apóia 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 suporte 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 direito-dever de punir e que 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 provas[1381], o que reforça, ainda mais, a tese de que a nomenclatura correta do princípio é *presunção da não-culpabilidade*, pois ele diz respeito ao juízo de culpabilidade, e não de 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 porque 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

[1381] Observar o que foi dito da absolvição sumária. Ali, mais em razão do respeito ao juiz natural, para que o acusado seja absolvido *in limine*, exige-se que a sentença seja lastreada pela verdade material.

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 daquele; 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 perante alunos, 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 recebe 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-se 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.

Ora, o inquérito policial não é instrumento para se obter verdade material, pois o seu fim não 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 pauta 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 é 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 verdade, 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.

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 poder-dever 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 sociedade[1382] 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 liberdade[1383]. Os cidadãos em geral, e não apenas aquele que está respondendo ao processo, ainda que não tenham a atenção despertada para tal, têm o 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

---

[1382] 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.

[1383] A pena restritiva de direitos, muito embora não suprima o direito de liberdade, tem o condão de restringi-lo.

político de um determinado governo ou somente ao agente que está defendendo-se 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 direito-dever 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 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 não deixou de ser para que ele fosse objeto de prova, mas para se defender das 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 pressupõe 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 direito-dever de punir deve prevalecer a primeira[1384]. 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 *i professor*[1385]

[1384] Op. cit., p. 292.
[1385] Ibid., p. 292-293.

> .... 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 BETTIOL[1386], após advertir que o princípio do *favor rei* é um princípio básico de toda legislação processual penal que tem inspiração em sistema jurídico que se embasa 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 iu libertatis del imputado, del outro, la preeminência debe ser atribuída a este último si 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*[1387].

Como foi ressaltado, o fundamento do sistema democrático-constitucional brasileiro se pauta na 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 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 é este somente que conseguirá a condenação do acusado se revelar, sob a marca da verdade real, que ele deve ser considerado culpado.

[1386] Op. cit., p. 262.

[1387] 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, VI) e o princípio da presunção de inocência. Na verdade, porém, a absolvição por insuficiência de provas decorre do princípio da presunção de inocência, que aqui prefere ser chamado de presunção de não-culpabilidade.

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 próprio 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 direito-dever 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 possui, 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[1388], na previsão da revisão criminal em prol apenas da defesa e na mutabilidade permanente da coisa julgada condenatória.

[1388] O STF, no julgamento do HC 80.224-SP, rel. Ministro Maurício Corrêa, expressou entendimento no sentido de que a defesa, mesmo após a interposição do recurso de apelação, pode produzir novas provas das quais somente teve conhecimento posteriormente.

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, o qual foi relator o Ministro ILMAR GALVÃO[1389], tendo assim ficado redigida a ementa, na parte que interessa ao assunto em foco:

> A incorporação do princípio do ne bis in idem ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que 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 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 a 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 ele é culpado ou inocente. Todavia, é possível extrair outro efeito desse princípio. 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 autoria[1390].

[1389] HC 80.263-SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, j. 20.02.2003, DJ de 27.06.2003, p. 30.

[1390] Sobre o assunto, cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. A autora não considera a *justa causa* mais uma das condições da ação, porquanto, para ela, a falta de uma das três condições da ação constitui-se, por si mesmo, em uma das hipóteses de *falta de justa causa* (Ibid., 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., p. 245).

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 indícios que, se não autorizam a conclusão de sua culpa, justificam que ela seja apontada como a possível autora.

Mas por que se precisa de justa causa para se indiciar ou acusar alguém? 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 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 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, essa presunção de inocência impõe uma limitação quanto a essa atuação, na medida em que impõe a necessidade de que a imputação criminosa tenha como lastro uma prévia reunião de elementos probatórios a respeito da materialidade e autoria do delito.

9.3- Princípio acusatório.

Quanto à forma de início do processo criminal são conhecidos três sistemas, decorrendo, de cada um deles, princípios que são lhes são inerentes: o inquisitivo, o misto e o acusatório. O sistema inquisitivo foi o primeiro a ser conhecido e vigorou absoluto por longo tempo, até que foi, paulatinamente, sendo azeitado com idéias do 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*

julgador[1391]. Ele era o sistema da 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. Depois do inquisitivo, veio o sistema misto, o qual, em alguns casos, permite a iniciativa do processo por parte do juiz e atribui a este diversas funções que são atípicas à atividade judicante[1392].

Por fim, veio o sistema acusatório ou acusatório puro, no qual 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 alinham com a eqüidistância que ele deve tomar quanto ao interesses das partes.

BECCARIA, tendo concentrado o seu pensamento na idéia fixa 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 "... julgar que alguém já tenha violado o contrato social"[1393], pois a ele cabe asseverar a violação do contrato contra o acusado que nega essa afirmação, sendo "... necessário, portanto, que um terceiro julgue a verdade do fato."[1394] 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 conseqüência natural do devido processo legal, diante da necessidade de separar aquele que defende a pretensão acusatória do que deve julgar a lide. O sistema acusatório apareceu com o avanço humanitário e conseqüente propagação das declarações de direitos que levaram à

[1391] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73.

[1392] 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)

[1393] Op. cit., p. 40. Como já foi dito, BECCARIA construiu o seu pensamento com base na teoria do contrato social de ROUSSEAU, de modo que para ele o crime era a violação do pacto firmado entre as pessoas que compõem a sociedade.

[1394] Ibid.

processualização da justiça penal[1395]. Ele 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 Emenda[1396], e alguns países, como é o caso de Portugal, ainda hoje consagram, de forma expressa, dentre os direitos fundamentais, que o processo criminal segue o sistema acusatório[1397]. 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 judex 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 culposos[1398]. Assim, nessas hipóteses, o processo podia ter início por provocação do próprio juiz, o que se identificava com o sistema inquisitivo. Com isso, na sistemática do Código de Processo Penal, adotou-se um sistema misto, pois embora como regra geral o processo fosse organizado sob a batuta do sistema acusatório, para alguns casos – contravenções, homicídios e lesões corporais culposos –, o processo podia ter início por portaria do juiz, o que é próprio do sistema inquisitivo.

A Constituição de 1988, embora não tenha adotado expressamente o princípio acusatório, como fez o constituinte português, implicitamente acolheu tal sistema, até porque ele é o único que se pauta em consonância com o modelo de Estado democrático, daí por que

---

[1395] 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.

[1396] 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).

[1397] 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."

[1398] 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).

foram revogadas as hipóteses em que o processo tinha início por meio de portaria editada pelo juiz. Com efeito, a interpretação sistemática da Constituição de 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 pública[1399]. 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 ofício[1400].

Se é verdade dizer que o Código de Processo Penal – elaborado sob a batuta da Constituição de 1937, a mais retrógada 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.

Note-se que a maioria dos doutrinadores, com carradas de razão, prefere falar em *sistema inquisitivo, sistema misto e sistema acusatório*, ao invés de *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 do sistema processual, advindo daí as mais diversas conseqüências.

A sistemática inquisitiva alimentava, por exemplo, a idéia 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

---

[1399] 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 penais públicas 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.

[1400] 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

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 um tratamento sobremaneira atencioso quanto ao direito de liberdade.

O pensamento de que o processo criminal não comporta lide é resquício do sistema inquisitivo, no qual não havia propriamente o devido processo legal, pois não se imaginava poder dizer-se que alguém tinha o direito de colocar resistência ao desempenho de uma atividade necessária e fundamental, como é o exercício do direito-dever de punir aquele que praticou ações ilícitas. No sistema inquisitivo e mesmo no misto, a pretensão acusatória recebia tratamento privilegiado em detrimento do direito de defesa, razão pela qual o Ministério Público detinha posição de destaque no processo criminal, no sentido de receber homenagens como fora uma espécie de magistrado.

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 audiências[1401].

---

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.

[1401] 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).

Em razão de dispositivos da lei orgânica dos Ministérios Públicos federal e estaduais, eles 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 sentado na mesma bancada do juiz[1402]. 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 civil[1403]. Até porque a audiência deve retratar fielmente a figura triangular que representa graficamente a relação processual, de modo que o juiz deve ficar acima e eqüidistante das partes e estas na mesma linha[1404].

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 policial[1405]. 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 por ele poderá ser julgada.

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

---

[1402] Não raro o acusado se impressionar 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.

[1403] Porém, 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.

[1404] Basicamente há duas formas de organização da sala de audiência. Com a bancada em forma de "t" (uma bancada reta no 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 o problema, até porque é o mais correto, já que ele é o autor da ação.

[1405] Dentre outras hipóteses, 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).

ação, como forma de resguardar a neutralidade do órgão julgador[1406]. A tendência do sistema acusatório "... é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória"[1407], de modo que ao juiz não deve ser dado que provoque, mesmo indiretamente, a sua própria jurisdição[1408]. De forma contundente, AFRANIO SILVA JARDIM[1409] 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 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. Tenho que, hodiernamente, em face da adoção do sistema acusatório puro, em que não é admissível existência de processo sem ação penal, seja ela pública ou privada, o art. 28 do CPP encontra-se 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.

[1406] JARDIM. Op. cit., p. 196.
[1407] Ibid. p. 196.
[1408] Ibid., p. 197.
[1409] Ibid. p. 197.

Agora, é hora de avançar o entendimento, para afirmar que, em homenagem ao sistema acusatório puro, essa maneira de o juiz provocar a instauração do processo criminal encontra-se revogada, pois ela não se coaduna com essa forma de organização processual[1410]. Ademais, cabe agregar, em socorro a essa tese, que o antigo projeto de Código de Processo Penal, que chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados, modificava a dicção desse dispositivo, instituindo, no âmbito do próprio Ministério Público, mecanismo de revisão para que, ali mesmo, a questão do oferecimento, ou não, da denúncia venha a ser decidida, sem apreciação do Judiciário, que deve guardar sua inércia, nesse instante, no escopo de preservar sua imparcialidade. Do mesmo modo como ocorre no caso de arquivamento de inquérito civil, basta 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.

Com esse mesmo fundamento, em debates ao anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, elaborado pelo Ministério da Justiça, verificados no Estado de Pernambuco, assim como nas discussões ocorridas no âmbito de comissão formada pela Associação dos Juízes Federal do Brasil – AJUFE, para apresentar sugestões para a reforma do Código de Processo Penal, defendeu-se que o juiz não deve, em homenagem ao sistema acusatório puro e ao princípio da imparcialidade do juiz, decidir se o inquérito deve ser arquivado, ou não, quando o próprio *dominus litis* da ação assim o desejar[1411].

Nada obstante esse entendimento doutrinário, penso que a prevalência do sistema acusatório puro requer, antes de tudo, que se possibilite alguma forma de controle dos

---

[1410] Observe-se que alguns doutrinadores, com suporte na assertiva de que não há mais possibilidade de que seja instaurada 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. Acrescento, apenas, que não concordo, nesse passo, com a tese, pois o duplo grau necessário não infirma o sistema acusatório puro, pois se trata de providência consentânea com a segurança jurídica que se reclama para situações mais melindrosas.

[1411] Essa proposta foi defendida pelo autor, porém, nas duas ocasiões, prevaleceu a posição de que é indispensável manter-se o juiz na fiscalização da atividade do Ministério Público. Essa posição não está correta, pois não cabe ao juiz fiscalizar a atuação dos membros do Ministério Público, posto que essa missão deve ser feita pelos órgãos diretivos aos quais eles estão vinculados.

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-se de encontrar solução intermediária razoável, a fim de não ocasionar instabilidade jurídica. Desse modo, tem-se que naqueles casos em que o representante do Ministério Público pede o arquivamento do inquérito policial ao argumento de que inexistem elementos de prova suficientes, no pertinente à autoria e à materialidade, para o oferecimento da denúncia, impõe-se ao juiz, sem adentrar o exame dos fundamentos, determinar o arquivamento, ficando ressalvada, contudo, a possibilidade de, exsurgindo 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 conseqüência 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.

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 caso[1412]. Acredito, mesmo, que deveria ser o caso de permitir-se à vítima direta da ação

[1412] 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

ilícita, em casos tais, oferecer queixa criminal subsidiária, em homenagem ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, embora as hipóteses de vestígios do sistema inquisitorialista não se resumam a esses três casos, também merece registro a questão da *mutatio libelli* (art. 384, caput e parágrafo único, do CPP)[1413]. Diferentemente da hipótese da *emendatio libelli*, na qual o juiz apenas corrige erronia verificada na denúncia a fim de dar a definição jurídica correta do fato criminoso narrado (art. 383 do CPP), 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. Aqui há uma clara cooperação do juiz quanto à pretensão persecutória, o que não se mostra adequado ao sistema acusatório. Tanto isso é verdade que a doutrina recomenda ao juiz, 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 CPP, recalcitra em fazer a mudança da acusação, utilizar por analogia a solução alvitrada pelo art. 28 do CPP.

9.3.2- Poderes investigatórios na fase preparatória à ação penal, de acordo com o sistema acusatório.

Na idéia 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 poder-dever 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

---

instâncias superiores do órgão ministerial, ele passaria a possuir um domínio único e completo da persecução criminal, o que não é salutar em um regime democrático.

[1413] 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).

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 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 e (2) a postulatória perante o Judiciário. Para tanto, possui órgãos específicos para cada uma dessas tarefas. Quanto à fase preparatória, 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 civil[1414]. 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 disse 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 cabo 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 todo modo, a despeito do silêncio da Constituição, como conseqüência natural desse poder investigatório, a autoridade policial conserva parcela de capacidade postulatória, de maneira que ela, quando precisa realizar diligência somente possível caso haja autorização judicial, pode pedir diretamente ao magistrado que seja determinada a

[1414] 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.

providência, sendo desnecessário solicitar ao Ministério Público o ajuizamento do pleito. Muitos desses casos são medidas indispensáveis para a eficiência 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 se tratam de medida meramente acautelatória, que não tem pertinência com a apuração em si, a exemplo do que ocorre na representação para que seja decretada a prisão preventiva[1415].

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. Já foi dito aqui que, em alguns casos, antes de decidir, o juiz ouve não apenas o Ministério Público, como o próprio acusado. Essa é uma função atípica, que é um corolário lógico da missão outorgada pela Constituição às polícias federal e civil, pois se ela tivesse que solicitar ao Ministério Público que este providenciasse o pedido perante o Judiciário, tal comprometeria a agilidade e mesmo a eficiência da apuração.

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*. Desse modo, o que se tem é que o legislador 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.

[1415] A única circunstância em que a decretação de prisão preventiva pode ser ordenada para viabilizar o inquérito é quando ela é deferida para a conveniência de sua instrução. Nos demais casos, ela não serve propriamente ao inquérito policial.

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, pela primeira vez, a própria Constituição explicitou os órgãos do Estado aos quais seria confiada a missão de exercer a persecução criminal. Para esse fim, mantendo a tradição brasileira, ele separou os campos de atuação da persecução criminal entre 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[1416].

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 jurisdição*[1417]. Ou seja, o poder investigatório das CPIs é superior ao das polícias judiciárias, pois, de regra, elas mesmas têm o poder de determinar a quebra 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

---

[1416] 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

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 de Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), no art. 33, parágrafo único, estabelece que, caso a suspeita quanto à prática de crime recaia na pessoa de um juiz, a direção do inquérito deve ser repassada para o tribunal ou órgão especial do tribunal ao qual está vinculado o magistrado[1418]. Caso se entenda 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, em pronunciamento recente, 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)[1419].

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 1990[1420] (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e fundações públicas federais), 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

---

[1417] Cf. itens 7.2.3.1.1 e 7.2.3.1.2, supra.

[1418] 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."

[1419] 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. 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.

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, daí por que a remessa do que for apurado não é encaminhado 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 penal[1421]. 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 inconstitucionais[1422].

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 ..."[1423] 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,

---

[1420] Dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

[1421] Ademais, se o inquérito policial não é imprescindível para o ajuizamento da ação penal, tendo o inquérito administrativo feito a apuração do ilícito criminal, nada mais razoável que os autos sejam logo encaminhados para o Ministério Público, a fim de que se providencie, desde logo, a promoção da persecução criminal em juízo.

[1422] 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 Capitanias 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. O recente episódio que chocou o país com a execução de fiscais do trabalho que estavam apurando informações de trabalho escravo em latifúndios reforça essa assertiva.

[1423] Essa é a interpretação que sobressai da leitura do art. 200, cuja redação está nos seguintes termos: "As autoridades administrativas federais poderão requisitar 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).

gerente, 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 mesmo 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 requer prévio conhecimento dos direitos trabalhistas e do que 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, fosse instaurado o inquérito policial, o que seria uma burocracia despropositada, além de infirmar 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.

Se assim não for, caso se entenda 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 conseqüência de levar à conclusão de que a autoridade policial, sob a regência da nova Constituição, não tem capacidade postulatória perante o Judiciário, até porque, nesse aspecto, o constituinte cuidou de sublinhar que a ação penal pública era *privativa* do Ministério Público. Por fim, essa forma de pensar levaria à conclusão de que o inquérito policial trata-se 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.

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)[1424]. 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

[1424] Esse comando normativo também se aplica aos Ministérios Públicos dos Estados, pois o art. 80 da Lei nº 8.625, de 1993, afirma que a eles se aplicam, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

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, confere 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 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[1425]. Porém, a mesma uniformidade e orientação não se enxergam no exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Há tempo a Excelsa Corte vem 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,

[1425] Cf. GARCIA, Emerson. *Ministério público*: organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. 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.

de que, 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 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/SP[1426]. 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."[1427] 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 VELLOSO[1428], mudando completamente o pensamento anterior, disse que "... não cabe ao

---

1426 Teve a ADI 1.615/DF, relatada pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA, que foi 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, pleito que foi deferido, ao argumento de que o ato normativo impugnado disciplinava contrariando 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).

1427 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.

1428 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE

membro 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 JOBIM[1429] demonstrar que mudou de orientação, ao assinalar, em passagem da ementa de seu voto:

> (...) INQUIRIÇÃO 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, em voto do Ministro NELSON JOBIM, no julgamento do HC 82.855/GO, 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

---

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 Turma, m., Relator p/ acórdão Ministro NELSON JOBIM, j. em 18/05/99.

[1429] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. Data da decisão: 06/05/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005.

Turma e relatado pelo Ministro NELSON JOBIM[1430], 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.

Como se observa, no acórdão, fez-se a distinção entre a legitimidade para apurar, por meio de *sindicância*, a ocorrência de crimes e a legitimidade para instaurar *inquérito policial*. 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 policial*. Isso é o que está dito, com todas as letras, na ementa em destaque. Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal, no aresto em comento, 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.

De qualquer maneira, a matéria ainda não está pacificada no Supremo Tribunal Federal, até porque se encontra pendente de julgamento habeas corpus, que conta com três votos favoráveis ao entendimento de que o Ministério Público possui poderes investigatórios contra dois em sentido contrário – o Ministro CESAR PELUSO pediu vista. O debate sobre o assunto, por conseguinte, deve ser aprofundado.

[1430] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA

9.3.2.2.1- Argumentos que confirmam os poderes investigatórios do Ministério Público.

.

A discussão sobre os poderes investigatórios do Ministério Público envolve questões de ordem puramente 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 de 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 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 adequado, 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

---

CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA), Data da decisão: 30/04/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 22 fev. 2005.

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, este não possui, simplesmente porque 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 ele, 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. Todas as outras argumentações devem ser enfrentadas.

O segundo, igualmente, também padece do vício de tomar como parâmetro inicial uma premissa que não condiz com a verdade, ao ser 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 da ação da 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 função.

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 civis[1431]. Seria um contra-senso dizer-se que a prova

[1431] 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, inexiste 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).

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 dizer 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, deve-se 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 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 que, diante da peculiaridade da situação, tudo recomenda que o próprio Ministério Público se desloque para realizar a diligência, o que sempre foi feito, especialmente no pertinente a inspeções no local do crime, nos casos de homicídio.

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 comprometida[1432].

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, VIII, confere ao *parquet* a apuração via sindicância das infrações criminais previstas naquele estatuto e, 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 eqüitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários; 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

[1432] Para não se alongar muito em justificativas, relembre-se o que aconteceu no caso da morte de Paulo César Farias, mais conhecido 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,

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; 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 sétimo e 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 disforme 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 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

---

até hoje, a dúvida na sociedade brasileira quanto ao que ali efetivamente ocorreu, o que só alimenta a suspeita 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 crime.

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. 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

---

queima de arquivo.

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.

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, o *common law* e o *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 Prosecitions 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 investigatória[1433].

Ainda assim, JOSÉ EDUARDO SABO PAES[1434] chama a atenção 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 agente[1435].

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

---

[1433] SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 51

[1434] *O ministério público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 117.

[1435] SAUWEN FILHO. Op. cit., p. 52.

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 Ministério Público[1436]. 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 Público[1437]. A Espanha e a França, como informam KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR[1438], 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 nos dias 30 e 31 de 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 gerais[1439]. A fim de tornar evidente 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.

[1436] AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no brasil e na américa latina*. São Paulo: Editora Método, 2000. p. 22.
[1437] 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.
[1438] Op. cit., p. 22.
[1439] Op. cit., p. 11.

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[1440]. 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 judiciais[1441].

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 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 embutido vários outros princípios que impõem o desenvolvimento de uma relação processual mais democrática, na qual se rende homenagens aos direitos fundamentais do acusado, o que não ocorre nos sistemas inquisitivo e misto.

[1440] 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.

[1441] A sociedade, que tem um sentimento de impunidade muito forte, deve ficar atônica 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.

Como conseqüência 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 investigatórias[1442]. A própria forma como 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 poder-dever 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 atribuída a missão de caso a caso analisar as hipóteses que podem ensejar a quebra de uma garantia constitucional[1443]. Já foi salientado no item 7.2.3.2.2, supra 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

[1442] Cf. item 7.2.3.2.1, supra.
[1443] Cf. item 7.2.3.2.2, supra.

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 sistema inquisitivo é sobremaneira nefasta, pois quando ele vigia o princípio da imparcialidade não tinha a menor eficácia, pois além de o juiz partir de um convencimento formado antes do início da querela, quando da instauração da relação processual, ele procurava nas provas coligidas durante o processo a comprovação do que havia sido coligido na fase anterior[1444].

A tese aqui defendida foi sufragada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1517/DF, ao apontar vício de inconstitucionalidade no art. 3º da Lei nº 9.034, de 1995, diante da circunstância de a norma atribuir ao juiz a função de participar da diligência de coleta de provas, o que, no sentir da Suprema Corte, vulnera o *princípio da imparcialidade* do juiz. O referido julgado, que aqui já foi mencionado no item 7.2.3.2.2, partiu da idéia de que arranha a cláusula do devido processo legal o juiz colher provas que servirão, mais tarde, como *fundamento fático-jurídico de sua própria decisão*[1445]. Na passagem de seu voto, o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, com apoio em precedente do Superior Tribunal de Justiça, com inteira procedência, alertou 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", atuação que viola, igualmente, "... o princípio da ação, do ne procedat judex ex officio, (que) impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício."[1446]

Note-se que em alguns países, com a clara preocupação de obviar a quebra da imparcialidade decorrente do juízo de instrução, exemplo da França e da Argentina, o juiz que aprecia o processo para fins de julgamento é diferente daquele que intervém na atividade investigatória. No entanto, circunstância de o *juiz julgador* ser diferente do *juiz preparador (investigador)* pode, é verdade, resolver ou minorar o impacto que tal atribuição representa à imparcialidade imprescindível de quem tem a missão de julgar o processo, porém não contorna a incongruência política e sistêmica que isso representa.

[1444] Op. cit., p. 86.
[1445] No tópico mencionado, consta a transcrição da ementa do acórdão redigido pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA.

Pela coerência de nosso sistema, não se admite esse tipo de atividade investigatória com a participação do juiz, porquanto isso não se coaduna com o princípio acusatório instaurado no nosso ordenamento jurídico após a Constituição ora em vigor[1447]. No instante em que a Constituição atual expressamente outorgou ao Ministério Público o monopólio na promoção da ação penal pública, não se mostra mais possível a existência de processo criminal sem que tenha havido provocação pela parte legitimada para a propositura da ação, sendo que esta, em alguns casos, pode partir até da autoridade policial, como são os casos de prisão preventiva, invasão de domicílio e quebra de sigilo em geral, além de outras hipóteses mais.

Com isso se quer dizer que a jurisdição, no contexto do sistema acusatório, somente é exercida por meio do processo, de modo que o magistrado não pode deixar a posição de inércia antes do oferecimento da ação penal, para se transformar em agente investigador, saindo à procura de coleta das provas necessárias para que o Ministério Público ofereça a denúncia. A iniciativa que se reserva ao juiz contém-se nos limites do poder geral de cautela, decorrente da verdade real que norteia o processo criminal. Claramente, o legislador constitucional inclinou-se em assegurar um processo criminal de partes, atribuindo ao autor e ao acusado igualdade no processo, estabelecendo, no art. 144, às polícias civil e federal as funções de polícia judiciária. Ainda assim, o constituinte, no art. 129, inciso VIII, atribuiu ao Ministério Público o poder não só para requisitar a instauração de inquérito policial, mas também de ele mesmo se debruçar na apuração de fatos tidos como ilícitos, com a requisição de diligências investigatórias. Percebe-se, portanto, que, constitucionalmente, o poder investigatório está reservado à polícia judiciária e ao Ministério Público, não se cogitando da participação do juiz na fase pré-processual.[1448]

Sendo o nosso sistema o acusatório, não se há de olvidar que ao juiz não é lícito conferir a função de coletar, pessoalmente, em momento anterior ao processo, provas que são do interesse do Ministério Público. A coleta de provas, antes da instauração do processo judicial, decorre da legitimidade para o exercício da persecução criminal que, no nosso sistema, é confiado, na fase pré-processual, à polícia judiciária e, na processual, ao Ministério Público.

[1446] Ibid.
[1447] 7.2.3.2.3, supra.

Não se pode deixar de ter em mente, como observa WALTER NUNES JÚNIOR[1449], que se o direito de punir pertence ao Estado, ele é uma função ínsita ao Poder Executivo, que a executa por meio da polícia judiciária e do Ministério Público, mas que só pode ser materializado mediante o devido processo legal, depois de reconhecido esse direito em decisão promanada do Poder Judiciário, a quem competirá controlar esse poder-dever de punir do Estado-administração. O pensamento esposado neste trabalho defendido por WALTER NUNES JÚNIOR, no artigo *Crime organizado:* a nova lei, como aqui já ressaltado, foi sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1517, tendo o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, ao transcrever doutrina do autor citado, asseverado "... que o art. 3º da Lei nº 9.034 /95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República."[1450]

9.3.3- Legitimidade para a persecução criminal perante o Judiciário.

Restou asseverado que o devido processo legal na seara criminal tem como princípio a separação das funções de postular a persecução criminal e de julgar essa pretensão. Para desempenhar essa persecução criminal, criou-se no âmbito do Executivo, além dos órgãos policiais, aos quais se deu a atribuição de ordinariamente realizar as atividades investigatórias, os órgãos do Ministério Público, conferindo-se a estes como função mais relevante, sem prejuízo de outras, a legitimidade para postular perante o Judiciário a persecução criminal. Não é por outro motivo que, logo após a Revolução Francesa, exsurgiu o Ministério Público, com identidade assemelhada ao perfil da atualidade [1451].

[1448] Está pendente de conclusão julgamento de ADI perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se debate os poderes investigatórios do Ministério Público. Esse assunto será aprofundado mais adiante.

[1449] Op. cit.

[1450] 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. INOBVERVÂNCIA 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. Acesso em: 4 fev. 2005.

[1451] Muito embora alguns doutrinadores concordem que as raízes mais remotas do Ministério Público estejam na antiguidade, mais especificamente no Egito, sendo os seus membros considerados *a língua e os olhos do rei*, há concordância de que, sequer, os *procuradores caesaris* do sistema romano identificam-se com o perfil

Salvo na época da justiça privada, em que o direito de punir se traduzia sob a idéia de um *direito de vingança*, a persecução criminal de regra se conteve nas mãos do Estado, entendida como uma função estatal indispensável para assegurar a autoridade do poder e manter a segurança na sociedade[1452]. Nessa concepção primeira de justiça estatal, partia-se da premissa de que o crime era mais do que uma ofensa à pessoa da vítima ou à sua família, pois suscitava a ira dos deuses, quando se tinha o poder como inspiração divina, ou comprometia a autoridade do soberano, na medida em que, em estágio mais avançado, percebeu-se o poder político como algo criado e exercido pelo próprio homem. Desse modo, mais do que o interesse da vítima ou de sua família, a idéia da justiça estatal se embasou na premissa de que a persecução criminal tem em mira atender os interesses do Estado, e não da vítima, por mais legítimo que seja o desejo desta em ver punido aquele que a agrediu. Por isso mesmo, a legitimidade para pedir a aplicação da pena não se deveria conter na pessoa da vítima ou de sua família, mas sim do próprio Estado, para que ele pudesse, por meio de um de seus órgãos, defender o seu interesse quanto à manutenção da segurança. A legitimidade para a persecução criminal começava a ser estatal, muito embora, nesses primeiros instantes, essa função não fosse entregue a uma instituição como o Ministério Público.

Isso porque, sem embargo de os primeiros vestígios do Ministério Público ser encontrados no Egito, o certo é que essa instituição não existiu propriamente sequer na Grécia e em Roma[1453]. Em Roma, os Procuradores de César não defendiam o Estado ou o povo, mas o patrimônio do príncipe, diante dos juízes[1454], daí por que a iniciativa do procedimento criminal recaía sobre o povo, quando não ao próprio ofendido, competindo a acusação perante o júri, nos casos mais graves, a pessoas qualificadas como um César, um Cícero, um

---

contemporâneo do *parquet*. O certo é que a França é considerada o berço do Ministério Público, cujo surgimento ocorreu em 23 de março de 1302, muito embora em um primeiro instante tenha sido criado por FELIPE, o Belo, para cuidar dos interesses privados do soberano (*les gens du roi*), mas não tardou a ter a incumbência de defender os interesses do próprio Estado. Com a Revolução Francesa, e a conseqüente implementação da separação dos poderes, o Ministério Público conheceu a sua segunda fase, agora como órgão que não dá custódia aos interesses do soberano ou do Estado, mas sim da sociedade, i. é, do povo (Cf. LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. PAES. Op. cit., p. 20-51; GARCIA. Op. cit., p. 8-11; SAUWEN FILHO. Op. cit., p.11-46)

[1452] JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ao tecer considerações sobre a evolução da ação penal pública, ensina que tanto na Grécia como em Roma, mesmo quando se deu o monopólio da justiça pelo Estado, a ação penal pública correspondia à ação da parte ofendida ou de sua família pedir a condenação de seu agressor. Não se tratava mais do direito de vingança, todavia um direito de vindita legalmente regulado, perante a justiça pública. No sistema romano, passou-se a admitir que o juiz, de ofício, fizesse a acusação. (*O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 166.)

[1453] Cf. LYRA. Op. cit., p. 17.

[1454] ROBERTO LYRA dizia que eles eram uma espécie de *mordomos qualificados*. (Ibid. p. 17).

Hortêncio e um Catão, a fim de defender o interesse geral da sociedade[1455]. A presença do interesse do Estado na persecução criminal, porém, fez com que, paulatinamente, o ofendido e sua família fossem sendo substituídos pelo juiz, de modo que, no Século XII, por toda a parte o sistema inquisitivo passou a ser realidade[1456]. No Século XIV, a ação penal pública começou a ser confiada a um funcionário especial, a princípio como auxiliar da ação do ofendido para, depois, tomar a iniciativa do procedimento[1457].

Entretanto, somente depois da Revolução Francesa, forte no pensamento de que deveriam ser separadas as funções de acusar e julgar, como defendia BECCARIA e outros, iniciou-se a evolução do Ministério Público em direção ao perfil por ele hoje ostentado, cujo marco é o Código de Instrução Criminal francês, que colocou como regra a titularidade da ação criminal pelo Ministério Público, admitindo apenas como exceção os procedimentos de ofício e por iniciativa privada[1458]. ALMEIDA JÚNIOR diz que em 1791, na Assembléia Constituinte francesa, a matéria foi agitada, o que resultou na conclusão de que o direito de acusação não pertence à pessoa da vítima ou a sua família, pois se trata de *um dos atributos da soberania nacional*, razão pela qual deve ser conferida ao poder Executivo[1459]. A inovação teve repercussão em outros países, especialmente na Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal.

Até então, no sistema jurídico português, expresso nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – continham normas disciplinando a atuação de agentes que muito se assemelhavam ao Ministério Público[1460] –, aplicadas no Brasil Colônia e mesmo algum tempo depois de nossa independência, a iniciativa do órgão estatal somente era admissível quando ficasse provada a falta de acusação do ofendido ou de sua família[1461]. A Constituição Imperial de 1824, conquanto não contivesse disciplina específica sobre a instituição do Ministério Público, no art. 48, deixou registrada que, no *juízo dos crimes*, quando a acusação fosse da Câmara dos Deputados, essa missão seria desempenhada pelo procurador da Coroa e Soberania Nacional[1462]. O Código de 1832, entretanto, devido ao fato de o Ministério Público àquela época ainda não possuir uma estrutura compatível para a missão, não adotou a

[1455] Ibid. p. 17.
[1456] ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 166.
[1457] Ibid., p. 167.
[1458] LYRA. Op. cit., p. 20.
[1459] Op. cit., p. 169.
[1460] Cf. GARCIA. Op. cit., p. 28.
[1461] ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 167.

sistemática francesa. Mas o Código Penal de 1890 instituiu como regra a iniciativa da ação penal pelo Ministério Público, porém admitindo que o juiz, em todos os casos de ação penal pública, desse início de ofício, reservando para o particular, apenas, os casos de iniciativa privada[1463].

Coube ao Código de Processo Penal de 1941 reforçar a titularidade do Ministério Público para os crimes de iniciativa pública, não mais permitindo que o juiz iniciasse o processo *ex officio*, senão quando fosse caso de contravenção penal, o que, posteriormente, foi ampliado para os crimes de lesão corporal e homicídios culposos. Com a Constituição de 1988, diante da redação do art. 129, I, tem-se que a legitimidade para a propositura das ações penais públicas pertence privativamente ao Ministério Público, reservando-se ao particular apenas os casos em que ação penal é de iniciativa privada.

Desse pequeno bosquejo histórico, percebe-se que o sistema, no início, era eminentemente acusatório, possuindo a vítima e a sua família o pleno domínio da iniciativa do procedimento, situação que permaneceu até mesmo depois que a aplicação da pena passou a ser monopólio estatal. Aos poucos, porém, cada vez mais se foi admitindo a imiscuição de um representante do Estado na persecução dos crimes mais graves, função que passou a ser desempenhada, a partir do Século XII, de forma crescente, pelo juiz, até a implantação concreta do sistema inquisitório, com a conseqüente perda de espaço da ação privada. Após o apogeu do sistema inquisitivo no Século XVI, daí em diante começou o seu declínio do sistema inquisitorialista, até que, no Século XVIII, consolidou-se a instituição do Ministério Público e, com ele, o sistema acusatório tal como ele é hoje concebido pela maioria dos países.

Nos moldes de hoje, o sistema acusatório é de regra estatal, pois a titularidade da ação é reconhecida a um órgão criado pelo Estado, no caso, o Ministério Público. Nesse sistema, o órgão ministerial exerce a função de parte no processo penal, cabendo-lhe, com o exercício da persecução criminal, pedir, em nome da sociedade, ao juiz que seja aplicada uma medida judicial contra a pessoa que ofendeu os valores mais caros do grupo social e comprometeu, por conseqüência, a segurança pública. Ele não defende propriamente o Estado, mas sim a sociedade, até porque o direito de punir, da mesma forma como o poder

---

[1462] Ibid, p. 169.
[1463] ALMEIDA JÚNIOR. Op. cit., p. 178.

político, não pertence àquele, porém a este. O direito de punir, decorrência lógica do poder político, reporta-se à sociedade, cabendo ao Ministério Público, no exercício de sua função, representar os interesses da coletividade.

A legitimidade recai sobre um órgão estatal, e não sobre a pessoa da vítima ou de sua família, porque o crime se constitui em uma agressão à sociedade, que compromete a segurança de todos. Para a sociedade não interessa a vingança, mas sim que o problema criminal seja tratado com equilíbrio e serenidade, tendo em vista fazer com que a resposta criminal não se veja contaminada pelo emocionalismo ou estado de ira da vítima e/ou de seus familiares. Suprime-se a legitimidade da vítima ou de sua família para o ajuizamento da ação penal, tendo em consideração que a sociedade em geral também tem interesse na solução adequada do caso. A vantagem com a titularidade da persecução criminal é manifesta, seja pelo aparato organizacional da instituição para o desempenho especializado dessa alta missão, seja pelo seu comprometimento em se preocupar menos com a punição e mais com a aplicação, no caso concreto, da política criminal adequada para buscar a melhor solução para o problema penal.

Reclama-se que o monopólio estatal do direito de ação criminal por parte do Ministério Público torna defeso à vítima e a sua família o *acesso direto ao Judiciário*, contudo, sob outro ângulo de visão, tem-se de reconhecer que assim é para se preservar o *acesso indireto ao Judiciário* tanto daqueles como igualmente de todo o grupo social. Por isso mesmo, ao invés de o monopólio estatal do direito de ação se apresentar como uma malferição à regra democrática, ele fortalece esse sistema, na medida em que isso faz com que, na ação criminal intentada perante o Judiciário, todo o grupo social seja representado pelo Ministério Público.

De qualquer modo, mesmo que o avanço do sistema criminal tenha apontado para o progressivo monopólio do direito de ação penal para o Estado, ainda hoje nem todas as ações penais são privativas do Ministério Público. A Constituição de 1988, no art. 129, I, tornou privativa do *parquet* apenas as ações penais públicas, daí por que o nosso sistema, quanto ao início do processo, não é propriamente o estatal ou público, sendo permitidas outras iniciativas.

9.3.3.1- Sistema acusatório quanto à titularidade para o ajuizamento de ação penal.

Quanto à titularidade da ação penal no sistema acusatório, há vários subsistemas. O primeiro deles, que é mais consentâneo com o tempo antigo, é chamado *natural*, devido à legitimidade para o exercício do direito de ação caber ao próprio ofendido ou a seus familiares, modelo altamente criticado em razão de a transigência, o interesse particular e as influências estranhas aos interesses da coletividade prejudicarem a eficácia da justiça penal[1464]. Outro tipo é denominado democrático, com o qual se dá a oportunidade para que qualquer do povo possa promover a ação penal, criticado em virtude da incerteza gerada pela indiferença, pelo egoísmo e pela ignorância generalizada dos interesses sociais[1465]. O terceiro é o oficial, em que a titularidade do direito de ação é confiada a um órgão do Estado, o Ministério Público, modelo mais aceito, pois, possuindo isenção de ânimo, o *parquet* pode proceder de acordo com os interesses do grupo social, no sentido de propor a ação ou de pedir arquivamento do inquérito.

Todavia, a maioria dos países, como é o caso do nosso, embora adote como regra o sistema oficial, admite diversas exceções, até para evitar uma excessiva concentração de poder no órgão do Ministério Público e mesmo de conciliar esse monopólio com o direito de a pessoa mais diretamente interessada na solução do caso ter acesso diretamente ao Judiciário, assegurando-lhe a participação no processo. Em verdade, o nosso sistema é misto, porquanto: (1) em se tratando de crime de ação penal pública, a titularidade é do Ministério Público (*sistema oficial*), admitindo, porém, no caso de inércia, a queixa-crime subsidiária ofertada pelo ofendido ou, no caso de falecido ou declarado ausente, por seu cônjuge,

---

[1464] Em alguns países, porém, esse sistema naturalmente é preservado. Há pouco mais de um ano, a imprensa nacional noticiou o caso de uma norte-americana condenada à morte na Índia, que conseguiu evitar o cumprimento da pena, mediante negociação direta com a vítima. O preço da negociação foi vultosa quantia em dinheiro, conseguida mediante intensa campanha nos Estados Unidos, na qual as pessoas colaboraram com suas economias para livrar a condenada da execução da pena.

[1465] Esse sistema democrático é também conhecido como *ação penal popular*. Foi muito usado na Grécia e em Roma, mas os excessos praticados levaram ao seu descrédito. A função de acusar, que revelou homens da estatura de CATÃO e CÍCERO, tornou essa profissão uma das mais rendosas, o que findou comprometendo o compromisso com a justiça. A ação penal popular constou da Constituição Imperial de 1824 para os crimes de suborno, peita, peculato e concussão, hipóteses que foram acrescentadas pelo Código de Processo Criminal de 1832. O Código Penal de 1890 não tratou da ação penal popular, o que deu ensejo a discussões quanto a sua abolição, ou não. Finalmente, os Códigos Penal e Processual Penal em vigor não trataram da ação popular. (Cf. CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 4, p. 13-38) Alguns doutrinadores enxergam a forma de iniciativa dos crimes de responsabilidade julgados pelo Senado como hipótese de ação penal popular. Contudo, tal proposição não parece acertada, porquanto não se trata de processo penal, mas de processo político, no qual não se aplica pena criminal, apenas sanção de ordem política. O caso Collor é emblemático para a questão, pois ele foi absolvido criminalmente pelo Supremo Tribunal Federal e condenado, politicamente, pelo Senado, com a conseqüente perda do cargo (*impeachment*).

ascendente, descendente ou irmão (*sistema natural*) e também que o ofendido, desde que deferida a sua intervenção, auxilie o Ministério Público (*sistema natural*); (2) em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, a titularidade é do próprio ofendido ou, no caso de morte ou declaração de ausência, de seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (*sistema natural*); (3) em se tratando de habeas corpus**,** espécie de ação penal especial, qualquer do povo (*sistema democrático*).

Mas não é só. Quando o art. 129, I, da Constituição diz que cabe ao Ministério Público ofertar, *privativamente*, a ação penal pública, não se quis, com isso, retirar da alçada da autoridade policial a possibilidade de pedir ao Judiciário providências de urgência, indispensáveis para o desenvolvimento do inquérito. Por isso mesmo, a despeito do preceito constitucional em foco, a autoridade policial pode pedir ao juiz, no curso do inquérito, a decretação da prisão preventiva do agente, quando isso se mostra indispensável para a instrução do procedimento investigatório ou para assegurar a aplicação da lei penal, ou mesmo a decretação da quebra de alguma garantia constitucional. O que não se mostra adequado é que se reconheça à autoridade policial a legitimidade para postular ao Judiciário a adoção de providências que não são diretamente relacionadas com o inquérito policial, como ocorre com freqüência, nas hipóteses em que se pede a decretação da prisão preventiva após encerrado o procedimento investigatório, mais precisamente no relatório.

9.3.3.2- Ação penal pública como espécie de ação coletiva.

Na concepção democrática do Estado, tem-se que o poder não pertence ao Estado nem muito menos a quem exerce suas funções. O poder político pertence ao povo, que continua o seu legítimo detentor, muito embora outorgue o seu exercício às pessoas selecionadas segundo o critério definido na Constituição. Na tripartição dos poderes políticos, a missão, quanto ao exercício do poder-dever de perseguir a responsabilidade criminal de quem, contrariando o ordenamento jurídico, atenta contra os valores mais caros à sociedade – a vida, o patrimônio e as integridades física, psíquica moral – recai sobre o Estado-administração, o qual, para bem exercê-la, organiza e estrutura o Ministério Público, confiando a este o desempenho dessa função perante o Judiciário.

O Ministério Público, portanto, ao exercer a ação penal, não defende um direito ou interesse que seja seu, mas sim um bem jurídico que é coletivo ou, em outras palavras, que pertence ao grupo social. A ação penal, por conseguinte, é confiada ao *parquet* não apenas para evitar que o processo criminal se transforme em palco para a manifestação da ira da vítima ou de sua família, mas também para que toda a coletividade seja por ele representada. A segurança pública e o desejo para que seja perquirida a responsabilidade penal contra quem comete crimes traduzem-se em espécie de direito difuso, de modo que a defesa do interesse não pode ser confiada a um particular, porém a um órgão estatal comprometido em tutelar a sociedade.

Note-se que, em seu primeiro instante, o órgão ministerial, mesmo na seara criminal, era visto como um órgão que se preocupava em defender os interesses do soberano ou mesmo do Estado, mas não propriamente os interesses da sociedade. Só mais tarde evidenciou-se que os membros do *parquet*, como lídimos agentes políticos, no exercício de suas funções, não estão no processo criminal para tutelar os interesses estatais. Essa característica sobressai com mais vigor quando se olha a função desempenhada pelo Ministério Público quando ele oferta ação civil pública contra o Estado e em prol de uma parte da coletividade. Por mais paradoxal que se apresente, mesmo no ambiente criminal, pode ser que o interesse estatal seja diferente daquele que está sendo defendido pelo Ministério Público. Isso não raro acontece quando são apuradas irregularidades na gestão financeira dos mais diversos órgãos públicos, muitas vezes com a suspeita de envolvimento do chefe do Executivo. Nessas hipóteses, os órgãos estatais, representados pelas pessoas que por eles respondem, contrapõem-se à vontade do Ministério Público.

Justamente por isso é que o Ministério Público, nada obstante pertença ao Executivo, possui autonomia administrativa e financeira, ao passo que os seus integrantes, pelo fato de serem agentes políticos, detêm independência funcional, com o pleno livre-arbítrio para formarem, de acordo com a sua consciência, a convicção sobre os casos por eles conduzidos. O órgão ministerial tutela os interesses da coletividade até mesmo contra a ação ilícita daqueles que se protegem e usam o cargo público para conseguir para si ou para outrem vantagens ilegítimas. Dizer que o Ministério Público defende o Estado é o mesmo que dizer que é a este, e não ao povo, que pertence e é execido o poder.

9.3.3.3- Incongruência da ação penal de iniciativa privada com o sistema processual democrático.

Se a ação penal é confiada ao Ministério Público porque a persecução criminal se escora em interesse difuso da sociedade quanto à responsabilidade penal de quem pratica ilícitos, parece um tanto quanto incongruente que subsistam, ao lado das ações de iniciativa pública, as ações de iniciativa privada, cuja titularidade é conferida à própria vítima ou, quando ele é falecido ou declarado ausente, aos seus familiares (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). Justifica-se a ação penal de iniciativa com o argumento de que determinados crimes atingem de forma tão profunda a intimidade da vítima, que somente esta é quem deve decidir, no caso concreto, se quer ou não que o ilícito e as suas circunstâncias venham à tona com a investigação e o subseqüente processo criminal. Especialmente nos crimes sexuais, a apuração dos fatos ocasiona à vítima os mais diversos constrangimentos, de nada adiantando a garantia de restrição da publicidade do inquérito e do processo, razão pela qual se dá justificativa para que, nesses casos, ela própria detenha a legitimidade para a propositura da ação penal e, assim, exerça o pleno controle quanto à apuração ou não dos fatos.

Não se nega que, em casos dessa natureza, deve-se deixar na esfera da intimidade da vítima decidir se o caso deve, ou não, ser apurado. Quanto a isso não há o que divergir e há forma de preservar esse bem jurídico, sem que se utilize da drástica solução de substituir o Ministério Público pela vítima na persecução criminal. Aí é que reside o *punctum dolens* da questão. Parece estranha a ação de iniciativa privada, conquanto fundamentada na preservação de interesses íntimos, familiares e sociais da vítima, antes de mais nada porque ela se manifesta como um resquício do tempo em que o procedimento criminal era enxergado sob uma perspectiva que privilegiava o desejo da vítima em se vingar da agressão sofrida. Ela mantém viva a chama do processo criminal movido por quem tem o interesse de ir à desforra, e não de promover o interesse público na responsabilização penal, o que faz com que o processo se transforme no espaço institucional para se dar reinício à briga entre duas pessoas que, se não são inimigas, não se toleram ou não têm a menor simpatia, uma pela outra[1466].

[1466] Sobre o assunto, AFRANIO SILVA JARDIM possui posição crítica e diz que a ação penal de iniciativa privada reflete uma ultrapassada visão privatística do Direito e do processo penal (Op. cit., p. 304).

Ademais, o *jus puniendi*, como aqui já foi lembrado, pertence exclusivamente ao Estado, não sendo razoável admitir-se que, com a ação de iniciativa privada, a vítima ou a sua família esteja deduzindo uma pretensão que lhe pertença. Atento para o assunto, FREDERICO MARQUES[1467] lembra, com razão, que o Estado é o único titular do direito de punir, de modo que o ofendido, ao ajuizar a ação penal de iniciativa privada, não *invoca um direito material seu*, posto que lhe é transferido apenas o *direito de acusar*. Por conseguinte, nesses casos, o particular se manifesta como substituto processual do Estado, o que é de todo inadequado e contraproducente[1468]. A alegativa de que essa concessão à vítima se justifica pelo fato de a experiência demonstrar que, em determinados delitos, "... o processo estaria fadado ao fracasso se o *dominus littis* fosse o Ministério Público e a vítima não o desejasse"[1469] não procede, pois a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação seria a solução mais razoável para afastar a ausência de colaboração do ofendido com a persecução criminal.

De outra banda, a ação criminal de iniciativa privada, nada obstante tenha o condão de conferir à vítima o acesso direto ao Judiciário, em contranota, inibe que a coletividade, igualmente atingida com a conduta ilícita, faça-se representar no processo criminal, e, por outro lado, cria espaço propício para que a relação processual seja transformada em campo para o embate de interesses individuais, circunstância que não se coaduna com um sistema democrático[1470]. Não parece correto justificar a ação penal de iniciativa privada com o argumento de que, nesses casos, o crime não é do interesse da coletividade, pois consulta apenas a esfera da intimidade da vítima e de sua família. Esse raciocínio se atrita com a própria concepção do D*ireito Penal mínimo*, que reside na idéia de que só devem ingressar no campo do Direito Penal as condutas que, pela sua gravidade, além de não serem adequadamente tratadas por meio das sanções previstas nos demais ramos do Direito, fazem com que seja do interesse de todos, e não apenas da vítima ou de seus familiares, a pronta persecução criminal[1471].

[1467] *Elementos de direito processual penal*. Atualização Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997. p. 323.
[1468] MIRABETE diz que, na hipótese de ação penal de iniciativa privada, embora o *jus puniendi* pertença ao Estado, este transfere para o particular o direito de acusar. (Op. cit., p. 120).
[1469] Ibid. p. 120.
[1470] JARDIM. Op. cit., p. 305.
[1471] Op. cit., p. 119.

Se a conduta é tão tênue que arranha apenas a esfera da intimidade de uma pessoa individualizada e, quando muito, o de sua família, tal comportamento, pelo fato de não atentar contra os interesses da coletividade, não deve ter repercussão na seara do Direito Criminal. Compartilhando desse entendimento, EUGÊNIO PACELLI[1472] sustenta que, tendo em conta a natureza *fragmentária e subsidiária* do Direito Penal, não há norma criminal incriminadora cujo escopo não seja a tutela de bens e valores que interessem ao grupo social em geral, circunstância que permite a conclusão de que "... somente em razão da existência do tipo penal, já se evidencia o interesse público configurador da reprovabilidade da conduta."

Portanto, caso a conduta ilícita somente atinja a esfera de intimidade de uma pessoa individualizada ou de sua família, não é o caso de a ação penal ser de iniciativa privada, mas sim, em homenagem ao princípio do Direito Penal mínimo – cláusula retora de todo sistema democrático –, de não ser tipificada como crime. Partindo do pressuposto de que todos os crimes previstos em nosso ordenamento jurídico possuem como conduta típica agressões que, a despeito de praticadas contra uma pessoa individualizada, afrontam a coletividade em seu todo, a falta de sintonia da ação de iniciativa privada com a ordem democrática manifesta-se em razão de essa legitimidade postulatória afastar a tutela do interesse da coletividade quanto ao caso, além de conferir guarida ao desejo de punir do particular.

De qualquer forma, a acusação privada retira do autor que praticou o ilícito o direito de ser acusado por alguém que não tenha interesse que não seja o de aplicar corretamente a legislação criminal. Na perspectiva de um processo criminal garantístico, a titularidade da ação penal nas mãos do Ministério Público é uma garantia para o agente de que ele não vai ser acusado por quem lhe tem ódio ou rancor, fomentado pelo desejo de vingança, o que evita, como salienta VÉLEZ MARICONDE[1473], acusações temerárias ou caluniosas. A ação penal de iniciativa privada, como se vê, ainda que fundada em uma garantia individual de acesso ao Judiciário, contém toda sorte de inconvenientes. O ofendido, adverte ALOYSIO DE CARVALHO FILHO[1474], é a pessoa menos apta a assumir a titularidade da ação penal, pois impelido pela paixão e malquerença que *insuflam a acusação*, ele é movido mais pela vingança do que pelo intuito superior de justiça, ao passo que retira do acusado a garantia de

[1472] Ibid. p. 119.
[1473] Apud JARDIM. Op. cit., p. 306.
[1474] Op. cit., p. 25

neutralidade e justiça, que lhe é dada quando a legitimidade para o exercício do direito de acusar recai sobre o Ministério Público, insensível *a paixões e malquerenças, proverbiais do ofendido*.

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.

A maioria dos doutrinadores justifica a permanência da ação de iniciativa privada devido ao *strepitus iudicii* (escândalo da publicidade do fato). Ora, caso a razão de ser do instituto da ação de iniciativa privada seja deixar com a vítima o poder de decidir se deseja a apuração de fatos que lhe são extremamente constrangedores, não haveria necessidade de dar-lhe a titularidade para o manejo da persecução criminal, porquanto suficiente, para esse fim, condicionar a iniciativa do Ministério Público ao prévio consentimento daquela, como ocorre com as ações penais de iniciativa pública condicionada à representação.

Com efeito, se a ação penal de iniciativa pública condicionada à manifestação de vontade da vítima, como salienta MIRABETE[1475], "... deriva do fato de que, por vezes, o interesse do ofendido se sobrepõe ao público na repressão do fato criminoso, quando o processo, a critério do interessado, pode acarretar-lhe males maiores do que aqueles resultantes do crime.", não se sente a necessidade da existência da ação de iniciativa privada. Tenha-se presente que a razão de ser da ação penal de iniciativa pública condicionada, porém, à representação do ofendido tem em mira preservar os interesses íntimos, familiares e sociais da vítima, deixando que ela, ao seu talante, resolva se deve ajuizar a ação[1476].

Para aqueles casos em que se tem em mira preservar o interesse da vítima em não levar o caso a público, pois, mesmo com a restrição da publicidade, ainda assim o fato passa a ser do conhecimento de várias pessoas, além de o processo, por si mesmo, servir para

---

[1475] Op. cit., p. 113.

[1476] Há corrente doutrinária que expõe crítica à previsão da ação penal condicionada à representação, que coincide com as que são feitas à ação de iniciativa privada. Ei-las: (1) prejuízo do Estado, como titular do *jus puniendi*; (2) prejuízo do ofendido, quando não oferecer a representação por desconhecer a necessidade; (3) abandono da autoridade do Estado; (4) possibilidade de comercialização do direito ou ensejo a extorsões. Ainda assim, tal se justifica a fim de preservar os interesses da vítima, diante da circunstância de a apuração do delito poder trazer conseqüências pessoais, familiares e/ou sociais para ela.

acarretar constrangimentos maiores, basta que se condicione ao prévio assentimento do ofendido o ajuizamento da ação pelo Ministério Público[1477]. Isso é mais coerente, porquanto, nos casos em que a ação penal é pública condicionada à representação, o direito do ofendido, por questão de política criminal, é privilegiado em relação ao interesse da sociedade quanto à persecução criminal, pelo que o agir do Ministério Público fica condicionado ao prévio consentimento daquele.

Pode-se dizer – e é o argumento comumente utilizado – que a ação penal privada é reservada para aqueles casos em que está em jogo interesse que diz respeito à própria vítima, sem repercussão para a sociedade, daí por que não seria adequado que o ajuizamento da ação ficasse sob a batuta do Ministério Público, até porque a este somente devem ser confiadas missões nas quais haja, subjacente, o interesse coletivo da sociedade. Ora, como já foi acentuado no item 9.3.3.3, supra, em um sistema criminal democrático, que se estrutura tendo em conta, dentre outros princípios, o postulado do Direito Penal mínimo, não se mostra adequado eleger como crime conduta ilícita que não gere interesse na busca da responsabilidade criminal por parte da coletividade. Se a conduta ilícita é tal que a lesão afronta tão-somente a pessoa da vítima, então é porque, em verdade, dentro da concepção do Direito Penal mínimo, ela não deve merecer censura no campo criminal. O que deve ser classificado pelo legislador como crime são apenas as ações que, embora praticadas contra uma única e determinada pessoa, ainda assim, suscitam no grupo social a repulsa contra a agressão e o sentimento de necessidade de ser manejada a persecução criminal.

Por outro lado, a substituição de todas as hipóteses de ação penal de iniciativa privada para a de iniciativa pública, condicionada à representação da vítima, sem embargo da conseqüente eliminação dos crimes em que não se enxerga interesse latente da sociedade, como é o caso do adultério[1478], outrossim, teria o conveniente de retirar do nosso cenário os casos em que o processo é movido apenas pelo ódio e sentimento de vingança da vítima.

[1477] São poucas as hipóteses em que o crime desafia ação penal condicionada à representação da vítima. Com efeito, as previsões normativas são as seguintes: (1) arts. 130, § 2º; 145, § único; 147, § único; 151, § 4º; 152, § único; 153, § único; 154, § único; 156, § 1º; 176, § único; 182; 196, § 2º; e 225, § 2º, todos do CP; (2) nos crimes contra os costumes (CP, art. 225, § 1º, I, e § 2º), quando a vítima e seus pais forem pobres; (3) na Lei de Imprensa, art. 40, I, b, nos crimes contra a honra do funcionário público, em razão de suas funções (o STF, nesse caso, entende que trata-se de uma alternativa, de modo que o ofendido pode, nada obstante, propor queixa criminal. Cf. Lex 188/398).

[1478] A supressão do crime de adultério, também debatida há algum tempo, já tinha sido pedida por BECCARIA, no livro *Dos delitos e das penas*.

9.3.3.5- Participação da vítima no processo como direito de cidadania e de amplo acesso ao Poder Judiciário, idéia nuclear da *justiça restaurativa*.

Conforme já tivemos oportunidade de dizer, o titular da ação penal pública é o Ministério Público, diferentemente do que acontece na ação penal privada, cujo titular é o próprio ofendido ou seu representante legal. Muito embora o órgão estatal não seja propriamente o defensor do interesse da vítima ou de sua família, porém o órgão de defesa dos interesses da coletividade, não se pode esquecer que o interesse da vítima é igualmente tutelado por este[1479]. A despeito de o interesse da vítima e, de resto, da sociedade ser tutelado mediante o ajuizamento da ação penal manejada pelo Ministério Público, permite-se àquela ou a seu representante legal, ou, na sua falta, ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão participar do processo, na qualidade de assistente.

Assim, admite-se, em qualquer fase processual, desde que não ocorrido o trânsito em julgado da sentença, a admissão do assistente, que receberá a causa no estado em que se encontrar[1480]. A leitura seca do art. 273 do Código de Processo Penal pode levar a crer que a admissão da vítima no processo, na qualidade de assistente, trata-se de uma liberalidade, de modo que pode ser sonegada a sua atuação na lide, desde que isso seja conveniente para o Ministério Público, até mesmo sob a invocação de que aquela seria capaz de tumultuar o feito, diante da passionalidade com que tende a atuar, na peleja pela condenação do acusado[1481]. Todavia, em um sistema democrático, fundado na cidadania ativa, como é o caso brasileiro, tem-se que não pode ser negada a participação da vítima no processo na qualidade de

---

[1479] Conta ANTÔNIO SCARANCE que "A vítima, se nos primórdios da civilização teve relevante papel na punição dos autores de crimes, foi depois quase inteiramente esquecida do cenário processual penal. Só nos últimos tempos vem sendo objeto de redescoberta em todos os cantos do mundo." (*O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 11.) Sobre a natureza jurídica processual da figura do assistente e suas atribuições, cf.: ZIYADE, Fátima. *O assistente de acusação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. Em arremate final ao seu estudo, ZIYADE finaliza que a *perda* ou a *dor* da vítima não se tem por reparada com o pagamento em dinheiro, "... mas sim aplicando-se ao infrator da norma penal a correta Justiça." (Op. cit., p. 189). Não se trata, portanto, de institucionalização da *vindicta privada*, porém o que o sistema jurídico viabiliza com o instituto da assistência é a possibilidade de a vítima, diante do seu evidente interesse no caso, participar do processo, a fim de auxiliar o Ministério Público na função de buscar a condenação do acusado para que, assim, seja feita a justiça. Eventuais excessos praticados por assistentes de acusação não servem para infirmar essa assertiva.

[1480] Como o Ministério Público é o titular da ação penal, ao chegar às mãos do juiz pedido de admissão do assistente, antes de decidir, deve-se ouvir, previamente, o Ministério Público.

[1481] O art. 273 do Ordenamento Processual Penal está assim redigido: "Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar nos autos o pedido e a decisão."

assistente, a não ser que, efetivamente, ela não se enquadre, tecnicamente, no desenho legal dessa figura normativa[1482].

Entendimento contrário teria o condão de negar à vítima propriamente o acesso à justiça, no que diz respeito ao direito de participar do processo, a fim de que, com o seu esforço e inteligência, possa lutar para que seja feita a justiça e reparada, em termos, a agressão sofrida. Contestando posição doutrinária sustentada por JOAQUIM CANUTTO, para quem a participação da vítima no processo criminal, na qualidade de assistente, serve para que ela intervenha no feito no escopo de defender única e exclusivamente os efeitos civis decorrentes da ação penal, MARCELO FORTES BARBOSA[1483] conclui que "... a assistência de acusação, em nosso Direito Processual Penal, não é um mero correlativo direto do direito à reparação do dano, eis que o ofendido intervém para reforçar a acusação pública, figurando em posição secundária o interesse medido na reparação do dano causado pelo delito."

A esse respeito, registre-se que um dos maiores desafios do processo penal reside, justamente, no resgate de sua legitimidade, especialmente em relação à vítima, que é, ainda hoje, a grande esquecida do sistema criminal. Se é certo que a finalidade do processo não é atender aos fins dos governantes, porém aos lídimos interesses da sociedade, até porque, em *ultima ratio*, a atividade jurisdicional é uma das manifestações do poder político que,

---

[1482] Em verdade, o Código de Processo Penal, pouco afeito à técnica, não usa apenas a palavra *vítima* para identificar a pessoa que é lesionada pela ação delituosa. Além desta, o legislador usa os termos *ofendido, pessoa ofendida* e *lesado*. O Código de Processo Penal português, que adotou um conceito restritivo, na medida em que, no art. 68, 1, *a*, diz que se considera ofendidos apenas "os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação" (PIMENTA, José da Costa. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991. p. 226). No nosso sistema, adverte ANTÔNIO SCARANCE, ao contrário, "O vocábulo é usado para se referir ao titular do direito de ação penal privada, ao titular do direito de representação, ao assistente do Ministério Público, ou, ainda, ao legitimado para requerer providências cautelares civis." (*O papel da vítima no processo criminal*. p. 53). Em rigor, de conformidade com o Código de Processo Penal de 1941, a vítima ou ofendido tanto é o sujeito passivo quanto o *secundário*, ou seja, compreende, igualmente, a pessoa que recebe a ação ilícita e a que tem o direito à reparação do dano, o que, às mais das vezes, recai sobre a mesma pessoa. Basta um exame, ainda que perfunctório, das medidas cautelares, estampadas nos Capítulos V e VI do Título VI do Livro I do Código de Processo Penal, para verificar que, para ter legitimidade quanto à postulação de uma das providências ali catalogadas, não basta ser sujeito passivo, pois se exige, ainda, que se tenha o direito à reparação do dano. Por isso mesmo, não tem o menor sentido condicionar, como querem alguns, a admissão do assistente ao processo à prévia demonstração, com o pedido formulado, do interesse cível que se quer ver resguardado na demanda criminal, uma vez que a sentença condenatória sempre dá origem a título judicial com o condão de aparelhar futura execução civil, enquanto, em alguns casos, como de inexistência do fato, a absolutória faz coisa julgada para as demais instâncias. Com inteiro acerto, salienta ANTÔNIO SCARANCE que "Tirante essa hipótese em que a vítima requer medida cautelar civil, em todas as outras não terá a sua atuação limitada ao resguardo de interesses civis." (Ibid.) Não se pode perder de vista que, quando a vítima ou sua família contrata um advogado para que ele auxilie o Ministério Público no processo criminal, assim procede no interesse que tem em relação à condenação penal.

[1483] *Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro*. São Paulo, n. 72, trim. 1971, p. 41-52).

embora exercida pelo juiz na qualidade de membro do Poder Judiciário, pertence e deve ser desempenhada em nome do povo, não se pode perder de vista a necessidade de que a resposta como resultado final do processo, na medida do possível, não se descure em satisfazer o sentimento de justiça da vítima[1484].

Cientifica ANTÔNIO SCARANCE[1485] que, faz algum tempo, renasceram, no Direito Comparado, intensos estudos sobre o papel da vítima no processo penal, o que gerou movimentos crescentes de associações internacionais, regionais e nacionais voltadas a "... delimitar, definir, difundir e assegurar os diretos da vítima." Fruto desse novo despertar, na Assembléia Geral das Nações Unidas de 29 de novembro de 1985, deliberou-se e aprovou-se a Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima, embrião do que deu substância ao surgimento de uma nova ciência: a Vitimologia[1486].

Esse movimento além fronteiras, na seara processual, recebeu o nome de *justiça restaurativa*[1487], que propugna a reforma dos ordenamentos processuais criminais, no desiderato de que a vítima seja olhada com mais consistência, mediante um enfoque diferente do princípio do *acesso à justiça*, para que sejam observados direitos básicos da vítima, que a par do estabelecimento de regras pertinentes à participação mais ampla no processo e de segurança e proteção contra violências, abrange igualmente ações sociais que visem amparála com programas tendentes a reparar ou minorar os efeitos maléficos do ilícito.

Atendendo a diretrizes traçadas em fóruns internacionais, o Brasil, com a edição da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, criou o sistema nacional de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas[1488]. O programa de proteção à vítima compreende, além de medidas de segurança que podem consistir até mesmo em

---

[1484] Cf. 1.3.10, supra.
[1485] *O papel da vítima no processo penal*. p. 11.
[1486] Ibid. p. 11.
[1487] A idéia da justiça restaurativa é o estabelecimento de um sistema complementar ao processo criminal, a fim de conceber programas de segurança e auxílio não apenas às vítimas, mas igualmente às testemunhas e aos acusados. Esse tema, já debatido e regulamentado na ONU com a declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder, voltou a ser agitado no Décimo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado em Bangkok, na Tailândia, em abril de 2005.
[1488] A Lei em referência, seguindo a orientação da ONU, também dispõe sobre a proteção aos acusados.

providências que importem na transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível, ajuda financeira mensal e apoio e assistência social, médica e psicológica[1489].

Conquanto mereça aplauso a iniciativa legislativa e haja notícia de que o programa tem funcionado, contando com número razoável de pessoas que estão sendo amparadas, especialmente vítimas e testemunhas, nota-se a necessidade de que a questão seja avançada, a fim de contemplar-se o processo penal de instrumento que seja eficiente quanto à recuperação dos prejuízos financeiros e/ou à reparação dos danos materiais e morais ocasionados com a ação ilícita. O instituto da fiança pode, e deve, ser o instrumento com o qual se lograria êxito nessa empreitada, emprestando-se, dessa forma, legitimidade maior ao processo criminal [1490].

9.4 – Princípio do direito à intimidade em geral.

O homem é um ser social por natureza, de modo que ele necessita conviver com outras pessoas, a fim de realizar-se. Todavia, a vida em sociedade, conquanto indispensável para que o homem se desenvolva, subsiste ao lado da necessidade de preservar a sua *intimidade*, como forma mesmo de assegurar a sua personalidade. A intimidade possui duas dimensões: uma interior e outra exterior. Aquela se reveste de natureza física e material, recolhendo-se o homem ao seu castelo para desfrutar do sossego, enquanto esta se manifesta apenas no sentido psíquico. O direito à preservação da intimidade é inerente à condição humana, sendo uma decorrência lógica da garantia de direitos fundamentais.

Assim, mesmo quando não consta do rol dos direitos fundamentais a expressão preservação à intimidade, tem-se que essa garantia é imanente ao sistema de proteção. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1958, no art. XII, não usa

---

[1489] Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.807, de 1999, o programa pode consistir em: (1) segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; (2) escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; (3) transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; (4) preservação da identidade, imagem e dados pessoais; (5) ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; (6) suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; (7) apoio e assistência social, médica e psicológica; (8) sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; (9) apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

[1490] Esse posicionamento será melhor justificado no item 9.6.5.2.2.3.2, infra.

essa expressão, mas diz que "Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação." A Constituição portuguesa, porém, no art. 26, 2, de modo cogente, assegura que "A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias". O constituinte português, com mais cautela, avançou para proteger a pessoa também da "... abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações." (art. 32, 6).

As Constituições brasileiras anteriores, desde a Carta Imperial de 1824, sempre deram guarida ao direito à intimidade. Porém, expressamente, ele somente foi previsto como direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência[1491]. A Carta de 1988, sublinhando o seu compromisso democrático, foi mais além e, sem se descurar de dar garantia à intimidade quanto à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, acrescentou um inciso especificamente para inscrever dentre os direitos fundamentais a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X)[1492].

A intimidade, por conseguinte, é objeto de diversas normas que procuram preservar o isolamento físico e mental da pessoa sozinha, em companhia de outrem e ou de sua família e, bem assim, das suas correspondências e comunicações de dados, telegráficas e telefônicas. Na proteção à intimidade é que estão inseridos o sigilo dos seus negócios pessoais[1493], o segredo de sua movimentação bancária, a sua situação fiscal, os seus dados cadastrais e aqueles referentes aos contatos telefônicos, etc. Tem em mira preservar a esfera privada ou íntima da pessoa da interferência de estranhos. A garantia constitucional não apenas dá à pessoa o direito de pedir reparação pela sua violação, como, no campo criminal,

---

[1491] A garantia da livre manifestação do pensamento também faz parte da história constitucional do Brasil, sendo prevista como direito fundamental que garante a intimidade. De todo modo, a livre manifestação do pensamento não é propriamente uma garantia processual penal, daí por que não merece aqui ser esmiuçada.

[1492] O novo Código Civil também não trata, como direito da personalidade, da intimidade, da vida privada, da imagem, da honra. No caput do art. 20, o legislador falou do direito ao segredo, à própria voz e à imagem, tornando defesa a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, quando atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

[1493] Notícias jornalísticas têm revelado intensa discussão na Europa, principalmente na Inglaterra, se é legítimo exigir do empregado de empresa a submissão a exame de DNA, a fim de que seja feito o seu cadastro genético, uma vez que isso permite o conhecimento de uma gama profunda de informações sobre questões relativas às condições da saúde passada, presente e futura, além da predisposição, ou não, para a prática de determinadas ações. Coerente com a teoria de que não há direitos fundamentais absolutos, o legislador relativizou a garantia, na medida em que excepcionou a possibilidade de haver autorização para que seja feita a transmissão, publicação ou exposição, quando tal seja necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

tem como conseqüência tornar ilícita qualquer prova que venha a ser obtida sem o respeito à área da intimidade da pessoa, salvo se houver autorização judicial para tanto.

Por força da preservação constitucional à intimidade, não se admite que, para fins de investigação, sem consentimento da pessoa, a sua conversa seja gravada ou a imagem filmada. Isso representa violação à esfera da intimidade, porquanto a pessoa, caso soubesse que estava tendo a sua fala gravada ou imagem filmada, o seu comportamento seria outro. No famoso caso envolvendo o então Ministro da Previdência Social ANTÔNIO ROGÉRIO MAGRI, o Supremo Tribunal Federal comportou acirrada discussão quanto à liceidade da prova obtida com a gravação clandestina da conversa mantida entre ele e o Procurador do Instituto Nacional do Seguro Social, na qual aquele exigia que lhe fosse dado participação financeira em certame licitatório[1494].

No julgamento, discutia-se o recebimento de denúncia apoiada nesse tipo de prova, e, embora o Pleno, à unanimidade, tenha se posicionado favorável ao acolhimento da peça acusatória, os Ministros MARCO AURÉLIO[1495] e CELSO DE MELLO entenderam pela nulidade da prova consubstanciada em gravação clandestina por um dos interlocutores e somente acolheram a denúncia devido à existência de outros elementos indiciários da autoria. Na oportunidade, a maioria, acompanhando o voto do relator, pinçou a consideração de que a vedação constitucional diz respeito à quebra da intimidade por terceiros, razão pela qual, ainda que condenável no plano ético, juridicamente não há nenhum óbice a que um dos interlocutores faça a gravação[1496]. Essa posição do Supremo Tribunal Federal partia do

---

[1494] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Classe: Inq - Processo: 657-2, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 30/09/1993. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 3 mar. 2005.

[1495] O Ministro MARCO AURÉLIO, após lembrar que aquela era a primeira oportunidade que o Supremo Tribunal Federal se deparava com a discussão sobre o alcance do preceito contido na Constituição que impõe a nulidade das provas obtidas por meio ilícito. No voto-vista, ponderou o Ministro: "(...) Ora, tratando-se de gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta, no que preserva a intimidade da pessoa. Não vejo, Sr. Presidente, diferença substancial entre a gravação feita por terceiro, até provocada por um dos interlocutores, mediante interceptação, e aquela decorrente da gravação procedida à sorrelfa por um destes últimos." Ibid, p. 230-231).

[1496] No caso, o crime era de concussão, que difere do delito de corrupção, uma vez que, no primeiro, o agente exige, mediante constrangimento e pressão, que o servidor pratique uma ação indevida. Por isso mesmo, este não pratica crime algum, sendo, na verdade, assim como o Estado, vítima da ação criminosa. A gravação da conversa feita pelo Procurador do INSS teve como finalidade demonstrar qual a sua participação no episódio, no sentido de eximi-lo de qualquer responsabilidade criminal. Esse aspecto, entretanto, não foi explorado naquele julgamento, o que só viria a ser considerado em julgados posteriores.

pressuposto, igualmente, de que o sigilo é garantia dada aos interlocutores, de modo que, se algum deles quer fazer a revelação do colóquio, nada há que o proíba.

Esse pensamento tem como fundo o entendimento de que, conquanto seja vedado a um terceiro interceptar, sem autorização judicial, a comunicação telefônica, não há nada que impeça um dos interlocutores de fazer, se assim o desejar, a gravação de sua conversa mantida com a outra pessoa. A questão referente ao contato telefônico, porém, não serve para solucionar, nesses casos, a ofensa ao direito à intimidade. Naturalmente que um dos interlocutores do contato telefônico pode, sem que isso caracterize maltrato à garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, gravar os seus telefonemas. Não seria razoável que um pessoa necessitasse de autorização judicial para gravar as suas próprias conversas, até porque o sigilo é em relação a terceiros. Se o segredo é quanto à intervenção de terceiros, no momento em que um dos interlocutores da comunicação telefônica registra a sua própria conversa travada com outrem, o que ocorre é uma gravação clandestina, e não interceptação do contato. O problema é saber se a gravação clandestina em si, feita sob qualquer que seja a forma, invade, ou não, a esfera da intimidade.

Sobre o assunto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal evoluiu na matéria, para considerar, tal como haviam preconizado os Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, que a gravação ou filmagem clandestina em si, feita por qualquer forma, é contaminada de ilicitude, mesmo realizada por um dos interlocutores ou por terceiros com o consentimento de um dos interlocutores, pois invade a esfera de intimidade e/ou a imagem de quem não sabia do procedimento. Porém, passou-se a distinguir a gravação ou filmagem clandestina com intuito investigatório daquela realizada como forma de defesa, como ocorre quando alguém grava as ameaças verbais sofridas da parte de outrem. A partir daí, o STF consagrou duas grandes linhas de raciocínio para enfrentar a questão da gravação clandestina: (1) ela viola o direito à intimidade, mas isso é permitido desde que o seja em forma de defesa, pois, nesse caso, na ponderação de direitos fundamentais, deve prevalecer este em relação àquele; (2) ela não é admitida, caso realizada como diligência investigatória.

O Supremo Tribunal Federal, acertadamente, construiu o entendimento de que a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, ou por terceiro com a autorização de um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, conquanto represente violação ao art. 5º, X, da Carta Magna, quando feita como forma de defesa, tem a ilicitude afastada, devido a

ação caracterizar exercício de legítima defesa. À guisa de ilustração ao que aqui vem de ser dito, confira-se a ementa do acórdão firmado no RE 212081/RO da alçada da Primeira Turma, relatado pelo Ministro OCTAVIO GALLOTI[1497]:

> Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.

Devido a essa posição do Supremo Tribunal Federal, as gravações ou filmagens clandestinas, feitas com a finalidade investigatória, desamparadas de autorização judicial, não possuem validade como prova no processo criminal. Isso porque a ilicitude da obtenção dessas provas sob essa forma somente resta afastada com base na legítima defesa. A despeito dessa posição do Supremo Tribunal Federal, com freqüência cada vez mais acentuada, vêem-se jornalistas, em atividade investigatória, munidos de câmeras ocultas para captar sons e imagens de condutas ilícitas, especialmente quando se trata de corrupção no serviço público, com a produção de provas que, se servem para o espetáculo televisivo, não possuem valia para o ambiente judicial.

Essa forma de atuação também contaminou as autoridades policiais, que passaram a se utilizar das gravações clandestinas de sons e imagens[1498]. Para realçar a

---

[1497] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - Processo: 212081, UF: PRIMEIRA TURMA, un. Data da decisão: 05/07/97. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 fev. 2005. Quanto à gravação de conversa telefônica, no mesmo ano, também à unanimidade, tendo como relator o Ministro MOREIRA ALVES, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, assim se posicionou: "Habeas corpus'. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de conseqüência, ilícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode se tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). 'Habeas Corpus' indeferido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: 74678-1, UF:SP , PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 10/06/1997. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 fev. 2005.

[1498] O PL nº 4.209, de 2001, um dos oito projetos de lei que compõe a reforma do Código de Processo Penal, encaminhado ao Congresso Nacional no ano de 2001, ao dispor sobre o sigilo que deve imperar na investigação levada a efeito no inquérito policial, estabelece, no art. 20, § 1º, que "Durante a investigação, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz tomarão as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, vedada sua exposição aos meios de comunicação." Note-se que, da forma como redigido o dispositivo, o investigado ou indiciado – que são os que mais procurados pelas reportagens – ficarão protegidos contra a sua exposição aos meios de comunicação, ainda que isso se dê com fins meramente informativos. Nesse caso, a norma jurídica está dando prevalência à preservação da intimidade, em detrimento até mesmo do direito de a sociedade ser informada por meio de fotografias da imagem de pessoas que são apontadas como autoras de ilícitos.

imprestabilidade das provas angariadas sob essa forma com fins investigatórios, por meio da Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, o legislador cuidou de acrescentar ao art. 2º da Lei nº 9.034, de 1995, o inciso IV, para esclarecer que *a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise* somente podem ser feitas mediante *circunstanciada autorização judicial.* De toda maneira, para bem compreender o alcance da norma em comento, é preciso, para todos os efeitos, fazer-se a distinção entre gravação clandestina para fins investigatórios, que deve ser precedida de autorização judicial sob pena de ilicitude, daquela que é feita em locais públicos e privados como forma de dar segurança aos ambientes. Uma coisa é a autoridade policial sair, de posse de uma câmera, para fazer uma investigação criminal, com conseqüente monitoramento dos passos de uma determinada pessoa, e outra, substancialmente diferente, é a colocação de câmeras em vias públicas e prédios públicos e particulares, visando, com isso, exercer certa vigilância sobre o comportamento das pessoas nesses ambientes, adotando-se, aqui, em certa medida, a teoria dos *campos abertos*[1499].

Parece evidente que o registro feito por uma câmera de vigilância, esteja ela colocada em uma via pública ou em prédio público ou particular, não se confunde com as gravações feitas em procedimentos investigatórios conduzidos pela autoridade policial, por jornalistas ou por outras pessoas, sem a devida autorização judicial. Se não for feita essa distinção, também não seriam admitidas as gravações que são realizadas dos mais diversos crimes. Note-se que, com muita freqüência, nos roubos a agências bancárias, postos de combustível, supermercados e shoppings centers, a identificação dos autores do ilícito é feita com base nas gravações das câmeras de vigilância. Agora, com o maior número de câmeras instaladas em vias públicas, em cidades como Curitiba, Florianópolis, Minas Gerais e Rio de janeiro, tem-se registrado a diminuição de ocorrências delituosas e, cada vez mais, tem sido possível efetuar prisões em flagrante delito, muitas vezes sendo possível até, conforme notícias veiculadas em telejornais, conseguir abortar as ações criminosas[1500].

[1499] Cf. item 9.1.6.2.9, supra, que trata da cláusula de exclusão consubstanciada na teoria dos *campos abertos*.

[1500] *Jornal Nacional*, Rio de Janeiro: Rede Globo de Televisão, 07 mar. de 2005. O noticiário mostrou que, em algumas cidades, ficam agentes da polícia em frente às câmeras, examinando o comportamento das pessoas e, ao detectar alguma ação ilícita ou suspeita, imediatamente faz contato com policiais que se encontram nas imediações, a fim de que estes surpreendam os autores das ações. As câmeras possuem recursos que permitem o seu pleno controle por quem está no comando do monitoramento, fazendo a aproximação das imagens ou o giro de até 360º, permitindo ampla visualização dos locais. Na mesma matéria, foi exibida a imagem que flagra pessoas agindo nas praias do Rio de Janeiro, sendo efetuadas, devido a esse monitoramento, as prisões em flagrante.

Recentemente, no dia 23 de fevereiro de 2005, as câmeras de vigilância de um supermercado exibiram as imagens que mostraram um juiz de Direito do Ceará, na cidade de Sobral, literalmente executando um vigilante com quem discutira momentos antes de entrar no estabelecimento. Ao se apresentar, o juiz deu a versão de que a arma disparou sem querer, o que fica difícil de acreditar diante da clareza das imagens. Esse tipo de filmagem é plenamente válida, não podendo, naturalmente, ser confundida com gravação clandestina de som ou imagem. Naturalmente que não se admite que, com os recursos tecnológicos, as câmeras instaladas nas vias públicas captem imagens no interior de ambientes fechados, como casas, escritórios, etc., pois, nesse caso, ocorre afronta à vida privada. Esse era o problema maior do dirigível utilizado pelos órgãos de segurança do Rio de Janeiro, que ficava monitorando as favelas, pois havia a captação de imagens do interior das casas dos moradores.

Não faz tempo, um cinegrafista amador flagrou uma *blitz* da polícia militar, realizada na via pública, na qual os agentes extorquiam as pessoas e usavam de excessiva violência nas abordagens. Em uma delas, um dos policiais, identificado por RAMBO, de forma inexplicável, atirou contra um motorista, causando-lhe a morte. Poder-se-ia questionar a licitude da prova, pois, à primeira vista, a ação do cinegrafista amador poderia ser equiparada àquela em que se faz investigação mediante gravação de imagem ou som, sem a devida autorização judicial. Todavia, no caso em questão, a filmagem não se deu como medida investigatória, mas sim em um flagrante feito por alguém que estava no momento em que o crime ocorreu.

O que diferencia uma situação da outra é que, mesmo que o cinegrafista saia à noite à procura de acontecimentos que podem lhe render um grande furo de reportagem, ele não está fazendo, *sponte sua*, a investigação de um caso determinado. O que parece não ter valia é que um repórter ou cinegrafista, ciente de um crime, pegue a câmera e passe a tomar imagens, a fim de obter as provas do fato, sem que tenha prévia autorização judicial[1501]. É o que se verificou, v. g., em um caso de ação de impugnação de mandato eletivo, no qual o partido político, na pretensão de documentar abuso de poder econômico praticado pelo

[1501] Faz algum tempo, em uma das edições do *Fantástico*, a Rede Globo de Televisão mostrou um furo de reportagem que flagra um médico, ortopedista, abusando de uma *paciente*. No caso, diante do relato de pessoas que se diziam vítimas do procedimento aético do profissional, a produção do programa pegou uma modelo para se passar por uma paciente, tendo ela levado consigo uma câmera oculta, com a qual filmou o comportamento profundamente reprovável do médico. A referida gravação, levada a efeito com o fim investigatório de um caso específico, porque destituída de autorização, não tem validade alguma, pois caracteriza flexibilização de direito fundamental sem título judicial.

candidato da agremiação adversária, com o apoio de uma equipe de produção, passou a gravar, durante três meses, imagens de supostas compras de voto, procedendo, até mesmo, à entrevista de pessoas que teriam sido aliciadas para votar mediante a promessa de recompensa[1502].

Parece pertinente, nesses casos de filmagens fortuitas feitas por cinegrafistas, a aplicação das *teorias do risco* e *dos campos abertos*, estudadas, respectivamente, nos itens 9.1.6.2.8 e 9.1.6.2.9, supra, afastando, assim, qualquer pecha de ilegalidade por ofensa ao princípio da intimidade, da prova consistente em gravação de imagem destituída de autorização judicial.

Em apertada síntese, podem-se fazer as seguintes conclusões: (1) a gravação clandestina, mesmo feita por um dos interlocutores ou com o seu consentimento, é ilegal, sendo excluída a sua ilicitude, porém, quando feita como forma de defesa; (2) a gravação clandestina, realizada para fins investigatórios, seja ela feita por agente de polícia, por jornalista ou por qualquer pessoa, somente é lícita caso haja autorização judicial, nos termos do art. 2º, IV, da Lei nº 9.034, de 1995; (3) a gravação de imagens e sons feita por câmeras de vigilância não se confunde com *gravação clandestina*, daí por que tem validade independentemente de autorização judicial; (4) a gravação de imagens e sons feita na via pública por jornalistas, cinegrafistas profissionais ou amadores ou por qualquer pessoa, quando realizada ao flagrar um ilícito, tem plena validade, pois nesse caso não é levada a efeito com a finalidade de investigar um caso específico.

[1502] A ementa do julgado, na parte que interessa, está assim redigida: "IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO – ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CORRUPÇÃO – PRELIMINARES: OMISSÃO QUANTO AOS EFEITOS E CONSEQÜÊNCIAS DA CASSAÇÃO; CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DAS PROVAS – PRODUÇÃO DE FITA DE VÍDEO – FALTA DE CREDIBILIDADE (...) Conquanto a gravação de imagens em fita de vídeo, feita em praça pública e com o consentimento da pessoa, não viole os princípios constitucionais que protegem a intimidade, a vida privada e a imagem, a prova nela coligida não serve para provar irregularidades ocorridas em campanha eleitoral, quando dirigida por cinegrafista que altera o contexto das filmagens e faz perguntas sugestivas para induzir as respostas. Ademais, não se mostra correto que uma agremiação partidária, ao longo de três meses, passe a filmar imagens de supostas irregularidades praticadas pelo partido adversário, pois, ainda que se admita que essa providência seja tomada em uma situação de emergência, passado esse momento, o fato deve ser comunicado à Justiça Eleitoral para que esta, com base na Lei nº 9.035, de 1995, faça a devida investigação, inclusive com a determinação da filmagem." (Cf. RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral nº 3517-AB. mv. Relator WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR. DJE, 9 nov. 2004. p. 38.)

9.4.1- Direito à vida privada.

Ainda no art. 5º, X, o constituinte chancelou a vida privada, que diz respeito ao ambiente familiar ou ao isolamento da pessoa. Nota-se que o legislador conferiu acentuado destaque à preservação da intimidade, pois, além de fazer com que constasse expressamente, pela primeira vez, no texto constitucional, a garantia a esse direito, ainda se preocupou em fazer referência à tutela *da vida privada* e *da imagem*. A garantia da vida privada já constava, como foi dito linhas acima, do art. XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1958, no qual não há a expressão intimidade, mas diz que "Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação.", e da Constituição portuguesa, no art. 32, 6.

A garantia da vida privada é uma variante do direito à intimidade. Tanto que o legislador constitucional achou por bem ressaltá-la, não se confundindo com a regra que garante a inviolabilidade do domicílio. A proteção a este, como se verá mais à frente, é contra a invasão física *intra muros*, ao passo que a garantia quanto à inviolabilidade da vida privada é mais elástica, pois contempla hipótese em que a intromissão pode ser de outra forma e mesmo fora dos limites da casa ou do ambiente fechado no qual a pessoa desenvolve as suas atividades. Assim, a filmagem à distância do ambiente fechado ao público, sem autorização judicial, é ilícita pois, conquanto não represente violação do domicílio tal como essa garantia está posta na Constituição, ela agride o direito fundamental consubstanciado na inviolabilidade da vida privada.[1503]

Em rigor, o direito à vida privada diz respeito à proteção à vida pessoal e familiar da pessoa, que tem o direito ao sossego e de não ter a sua vida investigada e revelada ao bel prazer das outras, não se confundindo com a inviolabilidade do domicílio, que é igualmente uma garantia da intimidade, porém mais consentânea com o aspecto físico do ambiente familiar ou profissional. A regra é que não é lícito desnudar a vida particular ou familiar de um indivíduo, mediante a divulgação, seja por que meio for, dos seus hábitos e vícios, aventuras e preferências. A esfera privada faz parte da intimidade da pessoa, de modo

[1503] Com suporte na interpretação da Constituição de 1967, PAULO JOSÉ JÚNIOR salientava que não caracteriza injúria à inviolabilidade do domicílio o avanço não consentido no espaço da residência com a utilização da tecnologia (Op. cit., p. 77). Ainda que fosse acertada essa posição, agora, com a inserção do *direito à vida privada* dentre os direitos fundamentais, à evidência que a prova assim produzida, sem a devida autorização judicial, tem-se por ilícita.

que recebe proteção legal contra a sua devassa. Expende ELIMAR SZANIAWSKI que a regra de que *a vida privada pára onde começa a vida pública* não é suficiente para delimitar o alcance da proteção, uma vez que, pelo simples fato de alguém ter uma vida pública, isso não lhe retira o direito de ter uma vida pessoal (privada), que deve ficar imune à curiosidade alheia[1504].

Em respeito à vida privada, a pessoa tem o direito ao sigilo de tudo aquilo que ela faz no seu meio, mas que, pelos mais diversos motivos, não quer que caia no domínio público. A regra é que o que faz parte da vida privada da pessoa somente pode ser revelado ou devassado para conhecimento de terceiros, caso ela própria resolva torná-lo público. Esses assuntos particulares podem estar sob o total controle da pessoa ou de outrem. As anotações feitas em um diário, por exemplo, são dados pessoais que pertencem à vida privada da pessoa, que estão sob o seu controle, não se admitindo que alguém, sem o devido consentimento, a ele tenha acesso, ainda que não tenha a intenção de revelar o conteúdo para outrem. Pouco importa que os registros estejam armazenados em um caderno ou em um computador. Há dados, porém, que não estão sob o controle da pessoa em nome de quem se faz a proteção constitucional à intimidade, como é o caso dos dados sobre os contatos telefônicos, que são guardados pelas empresas de telefonia.

De todo modo, a prestadora do serviço de telecomunicações, devido à norma constitucional em foco, tem o dever de guardar o sigilo quanto aos referidos dados. Assim, conquanto a revelação dos registros sobre os contatos telefônicos não se enquadre na hipótese de interceptação telefônica, proibida no inciso XII do art. 5º da Constituição, ela não é permitida porque os registros constituem dados armazenados sobre a vida privada do usuário do serviço de telefonia. O usuário detém o direito de que a prestadora do serviço de telefonia guarde segredo quanto às ligações feitas e recebidas a partir da sua linha telefônica. Por isso mesmo, toda vez que no curso de uma investigação sente-se a necessidade de fazer o rastreamento dos contatos telefônicos – não confundir com a quebra do sigilo das comunicações telefônicas –, há necessidade de que seja solicitada autorização judicial. Como nesse caso, diferentemente da hipótese de interceptação telefônica, não há cláusula de reserva

[1504] *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 120.

de jurisdição, tanto a determinação pode partir de um juiz quanto de Comissão Parlamentar de Inquérito[1505].

A garantia à vida privada é o direito que a pessoa "tem de assegurar a paz, a tranqüilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade pública."[1506] Por conseguinte, o homem, ainda que, em relação a sua função pública, não tenha o direito ao segredo, conserva a privacidade de sua vida particular, do mesmo modo que, mesmo em público, ele, quanto às atividades particulares, permanece com o direito de que a sua vida privada seja respeitada. Naturalmente que o direito à vida privada de uma pessoa pública tem limitações maiores do que a daquele que não tem função pública, assim como é lícito assegurar que, na via pública, o direito à vida privada é mais limitado do que quando a pessoa se encontra em casa. Um exemplo ilustra bem essa afirmação. Em respeito à vida privada, uma pessoa não pode ser filmada por outrem quando ela se encontra no interior de sua própria casa, mas nada impede que os órgãos estatais, como medida de segurança ou de fiscalização do trânsito, coloquem em locais públicos câmeras filmadoras e mesmo o particular assim proceda quanto aos bens que são de sua propriedade[1507].

Não se pense que o direito à vida privada se contrapõe à liberdade de manifestação do pensamento, notadamente quanto à *liberdade de imprensa*, mas, antes, revela-se como limite a esta. O agir da imprensa se legitima quando visa a atender o interesse público da notícia e busca a verdade para a formação da opinião pública, mas, mesmo assim, precisa respeitar os direitos da personalidade, notadamente aqueles que se referem à vida privada. Desse modo, mesmo que movido com o propósito de fazer uma reportagem investigativa no desiderato de desvendar um ilícito que tenha suscitado considerável comoção

---

[1505] Muitas vezes, como se verificou no caso do escândalo da construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, envolvendo os então Juiz Nicolau dos Santos e Senador Luiz Estevão, os meios de comunicação noticiam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas por determinação de CPI, quando na verdade o que houve foi a ordem para que a empresa de telecomunicações revelasse os dados que possui sobre os contatos feitos e recebidos por determinadas linhas telefônicas.

[1506] Ibid.

[1507] No julgamento do HC 84203/RS, o Supremo Tribunal Federal, com voto da lavra do Ministro CELSO DE MELLO, desacolheu o *writ*, ao fundamento de que a filmagem feita pelo dono de vaga de garagem não teve o intuito de imiscuir-se indevidamente na *esfera privada da vida pessoal de terceiro*, pois este não estava em sua própria residência, mas em propriedade alheia, na qual ingressara com o propósito de praticar crime (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, GARANTIA À INTIMIDADE. GRAVAÇÃO REALIZADA EM GARAGEM. LICITUDE DA PROVA. Data da decisão: 19.10.2004. Disponível em: www.stf.gov.br/notícias/informativos . Acesso em: 1º mar. 2005.

social, a imprensa não poderá fazer, sem a autorização do morador, filmagem na casa da pessoa.

O problema mais delicado referente ao direito à vida privada diz respeito às relações familiares e se mostra extremamente sensível delimitar a esfera de intimidade, por exemplo, dos cônjuges, ou mesmo em relação aos pais e aos filhos. Até que ponto os pais podem, em nome do direito-dever de educar os filhos, invadir-lhes a privacidade? Até que medida um cônjuge pode vasculhar os pertences do outro, com o objetivo de buscar provas sobre o envolvimento do parceiro na prática de algum crime? Com certeza a esfera da vida privada entre os cônjuges é bem menor do que em relação a terceiros. Como se vê, esse é um tema excessivamente polêmico, que precisa ser bem sopesado pelos tribunais, a fim de que seja formada a jurisprudência sobre o assunto[1508].

Tem sido comum, em crimes de lavagem de dinheiro e de desvio de recursos públicos, um dos cônjuges tornar-se a principal fonte de informações para a polícia, devido ao fato de ter gozado, durante certo espaço de tempo, da *intimidade/vida privada* do autor do crime. Talvez o mais correto seja levar em conta a forma em si de como as provas ou informações foram obtidas. De regra, o entendimento deve ser de que esse tipo de revelação da *vida privada* não maltrata a garantia constitucional, salvo se comprovado que o cônjuge informante tenha tido acesso às informações de forma ilegal, mediante o acesso clandestino ou com o uso de outro meio escuso a documentos e/ou a outras provas[1509].

9.4.2- Direito à imagem.

Guarda semelhança com o direito à honra, porém com ele não se confunde, pois é um desdobramento do direito à intimidade. Ele compreende a imagem estática, veiculada por fotografia, ou móvel, exteriorizada por meio de filmagem. Verifique-se que a publicação do retrato ou da efígie ou a transmissão da imagem pode não ser danosa à honra,

---

[1508] O novo Código Civil, ao regular a matéria quanto às relações interpessoais, expôs apenas que "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma", o que é, convenhamos, muito pouco para exprimir o alcance do enunciado.

[1509] Cf. item 9.1.6.2.8, supra, que trata da cláusula de exclusão denominada *teoria do risco*.

mas, mesmo assim, uma vez que veiculada sem a autorização do titular do direito apresenta-se como violação a ensejar indenização por dano moral[1510].

Uma coisa é a exposição da imagem em jornal, televisão ou revista para fins jornalísticos, situação na que, em homenagem à liberdade de imprensa, não se exige, naturalmente, a prévia autorização da pessoa. Aqui, no balanceamento dos direitos constitucionalizados, prepondera o direito de informação por meio da veiculação da imagem de quem tem relação com a notícia objeto da matéria jornalística e, desde que ela seja verídica, não há espaço para nenhum tipo de reivindicação de ressarcimento[1511]. A associação do direito à imagem com o princípio da presunção de não-culpabilidade dá ensejo à tese de que a pessoa não pode ter a sua imagem exposta nos meios de comunicação, quando é efetuada a sua prisão ou é noticiada a ocorrência de um crime, sequer durante a fase do inquérito policial ou do processo. No Rio de Janeiro, durante o Governo de LEONEL BRIZOLA, editou-se decreto impedindo que os delegados de polícia fornecessem à imprensa fotografias de presos e de pessoas que estivessem a responder inquérito policial, justamente tendo como suporte uma interpretação sistêmica do princípio da presunção de não-culpabilidade e do direito fundamental à preservação da imagem. Posteriormente, o decreto foi revogado, diante da consideração de que essa norma se contrapunha não só ao direito/dever da imprensa de prestar ao público informações que são de seu interesse, como igualmente o direito da coletividade de ser cientificada, não apenas por meio das palavras, mas também das imagens, dos acontecimentos sociais que possuem forte influência nas vidas das pessoas em geral.

O direito à imagem não é tão alargado a ponto de impedir que alguém tenha a sua fotografia veiculada em matéria jornalística elaborada sobre um fato criminoso. Ademais, nesse caso, a colisão de direitos fundamentais faria com que prevalecesse o entendimento que não obstasse a informação, até porque o crime é um ato público, que interessa a toda a sociedade, não se contendo na esfera da intimidade de alguém. A imagem, a princípio, deve

---

[1510] Com efeito, a circunstância de a pessoa permitir a sua filmagem, por si só, não autoriza a sua divulgação, ainda que não haja intuito de lucro. Há registro recente de caso em que o namorado, com o consentimento da namorada, filmou a relação sexual dos dois, porém, depois, sem que fosse o desejo dela, colocou as imagens na internet, agir que se conforta com a hipótese ilícita tipificada como crime contra a honra, sujeitando o agente às sanções previstas em lei. Nesse caso, com o desrespeito ao direito à imagem, atingiu-se a intimidade da pessoa.

[1511] Naturalmente se a veiculação da imagem tem finalidade econômica ou diz respeito a algo relativo à esfera da intimidade da pessoa, a ausência de autorização da pessoa dá suporte a que esta peça o ressarcimento por dano material e/ou moral, diante do lucro cessante, do constrangimento ou do desassossego ocasionado.

ser preservada naquilo que se refere aos atos da vida privada, não quanto ao que é público ou que consulta o interesse de todos. Exatamente partindo dessa idéia, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, à unanimidade, em processo relatado pelo Ministro CÉSAR ASFOR, não reconheceu o direito à indenização por dano à imagem, ocasionado pela publicação de fotografia que, embora não autorizada, foi tirada em público, motivada pelo fato de a pessoa encontrar-se na praia de *topless*[1512].

Nem mesmo a veiculação de fotografias e filmagens em programas televisivos que produzem matérias sobre crimes de maior repercussão e ainda não julgados se constitue em afronta ao preceito constitucional em destaque. Até porque a linha editorial de programas como *Linha Direta* se pauta na orientação de levar a conhecimento do público casos em que o agente apontado como autor do ilícito encontra-se foragido, prestando, assim, relevante auxílio na identificação e recaptura dessas pessoas[1513]. Em um país das dimensões continentais do Brasil, sobressai a relevância da exposição da imagem de pessoas que se encontram foragidas, o que é confirmado pela quantidade de pessoas que foram encontradas e entregues à polícia, depois de vários programas[1514]. O único senão desses programas é que eles criam uma margem de sensacionalismo muito forte em torno do caso, circunstância que pode comprometer o julgamento, especialmente quando se trata de hipótese em que a decisão compete ao tribunal do júri, formado por pessoas leigas e, por isso mesmo, mais suscetíveis às influências dos meios de comunicação.

Outrossim, o direito à imagem não tem o condão de impedir a transmissão televisiva, radiofônica ou eletrônica dos julgamentos, pois a publicidade dos atos judiciais é a regra, somente se justificando a sua restrição *quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem* (art. 5º, LX), conforme aqui já ficou assentado[1515].

De toda forma, consoante aqui já registrado, O PL nº 4.209, de 2001, em trâmite na Câmara dos Deputados, que tem como objeto alterar os dispositivos do Código de

---

[1512] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Classe: RESP - Processo: 595600, UF: SC, Data da decisão: 18/03/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 1º mar. 2005.

[1513] A versão sobre os fatos sempre é aquela tal como narrada na denúncia, minorando os riscos quanto à manipulação da opinião pública.

[1514] Em alentado trabalho sobre o tema, PAULO JOSÉ considera que, se a princípio não se mostra lícito expor a imagem de alguém, alguns acontecimentos justificam que assim se proceda, como é o caso em que a pessoa foge do cárcere, está sendo procurada pela polícia ou pela justiça. (Op. cit., p. 43).

[1515] Cf. item 9.1.5, supra.

Processo Penal relativos à investigação criminal, no art. 20, § 19, impõe à autoridade policial, ao Ministério Público e ao juiz a tomada de providências, a fim de assegurar, durante a investigação, a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas, acrescentando, ainda, que não é admissível a exposição dessas pessoas aos meios de comunicação. Caso essa proposta legislativa seja transformada em lei, na fase do inquérito, o investigado ou mesmo indiciado não poderá ter a sua imagem veiculada nos meios de comunicação, salvo com o seu consentimento, o que, convenhamos, não parece adequado.

9.4.3– Garantia do sigilo bancário.

Na Constituição de 1988, a garantia do sigilo bancário é uma proteção à intimidade do usuário do serviço bancário. É assunto que se insere na esfera da intimidade da pessoa, razão pela qual é protegido pelo segredo. O que se garante é que a pessoa não pode ter a sua situação bancária exposta perante o público, pois isso é um assunto que, a princípio, só lhe diz respeito. Em verdade, o sigilo que deve ser guardado pelas instituições financeiras não pode ser de molde a impossibilitar ou dificultar a fiscalização dessa atividade, levada a efeito, de regra, pelo Banco Central do Brasil, nem muito menos inviabilizar a identificação e arrecadação da quantia devida a título de tributos. Por isso mesmo, em princípio, o sigilo bancário não se estende aos órgãos do executivo que possuem como atribuição o dever de fiscalizar as operações financeiras e os tributos devidos em razão delas. Não se mostra razoável que o fisco, para fins de instruir procedimento tributário destinado a apurar a obrigação do contribuinte, tenha de se valer do Judiciário para obter informação que está em poder de outro órgão do Estado. Em outras palavras, o sigilo bancário não impossibilita que os órgãos do Executivo mantenham comunicação e troquem informações e documentos entre si.

Tem-se entendido que o sigilo bancário se cuida de garantia constitucional, agasalhada no inciso X do art. 5º da Constituição de 1988, pois está compreendido na preservação da intimidade e, igualmente, da vida privada, valores que foram inseridos, expressamente, como direitos fundamentais. Em vários pronunciamentos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que o sigilo bancário possui

status constitucional, estabelecendo-se em uma das espécies de direito à intimidade[1516]. Porém, na Ação Cível Originária nº. 730/RJ, acolhida por maioria pelo Tribunal Pleno[1517], o Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro JOAQUIM BARBOSA[1518], relator daquele feito, fazendo remissão a palavras esposadas pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE em outro julgado, destacou que o sigilo bancário não se cuida de garantia com *status* constitucional, pois não "... se trata da 'intimidade' protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal".

Em que pese a decisão acima ser a última do STF sobre o tema que se tem registro na consulta à jurisprudência daquela Excelsa Casa disposta na internet, os precedentes anteriores conferem coro ao entendimento de que o sigilo bancário se trata de garantia com *status* constitucional, instituto que protege certo domínio da vida das pessoas e das empresas contra a curiosidade gratuita, ou mesmo malévola, não só de outros particulares, como igualmente de pessoas que ocupam cargos públicos. Entendida a garantia dentro dessa conformação, mesmo com o reconhecimento de que o sigilo bancário se trata de direito fundamental, nada impede que as instituições financeiras, independentemente de autorização judicial, troquem informações entre si e muito menos que estas comuniquem ao Banco Central e a outros órgãos fiscalizadores dos agentes bancários sobre operações realizadas pelos seus clientes.

A Constituição não diz, expressamente, que a pessoa tem o direito ao sigilo bancário. Essa garantia é uma decorrência lógica do princípio da preservação da intimidade e mesmo da vida privada. No ambiente infraconstitucional, porém, o sigilo bancário encontra abrigo expresso em vários dispositivos. Sob a batuta do art. 38, § 7º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a cláusula do sigilo aqui em destaque refletia mais a preocupação com o segredo profissional do banqueiro, idéia mantida na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986[1519]. Na sistemática dessas leis, não tinha importância indagar da origem dos recursos financeiros,

---

[1516] Nesse sentido: STF MS 24029 / DF, Pleno, un., Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 22/03/2002, p. 32; Pet 2805 AgR / DF, Pleno, m., Relator Min. NELSON JOBIM, DJ de 27/02/2004, p. 20; MS 24135 / DF, Pleno, un., Relator Min. NELSON JOBIM, DJ de 06/06/2003, p. 32. STJ: RESP 121.642/DF, DJ de 22/09/97, p. 46337; AGRESP 325997, DJ de 20/09/204, p. 223.

[1517] Ficaram vencidos os Ministros EROS GRAU, CEZAR PELUSO, ELLEN GRACIE, CARLOS VELLOSO e o Presidente, MINISTRO NELSON JOBIM.

[1518] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CPI ESTADUAL E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Data da decisão: 22/09/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Acesso em: 2 mar. 2005.

pois o que interessava era que eles ingressassem no sistema bancário. O sigilo bancário, por conseguinte, era uma forma de incentivar a pessoa a guardar o seu dinheiro nas instituições financeiras, tornando-o a salvo de investigações quanto à forma como esses recursos foram conseguidos. Por meio dessa cláusula de sigilo, o banqueiro garantia ao usuário do sistema financeiro que não tinha o interesse nem o dever de procurar saber qual a fonte dos recursos depositados em seu banco.

A despeito do sigilo então estampado em nosso sistema mais como garantia da atividade bancária do que em prol do cidadão, a própria norma subconstitucional previu a hipótese em que o sigilo bancário poderia ser quebrado. Tal se encontra expresso no art. 29, parágrafo único, da Lei 7.429, de 1986, ao outorgar ao Ministério Público o poder de requisitar a qualquer autoridade bancária informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na referida lei. De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, verberou entendimento tornando defesa a quebra do sigilo bancário em virtude de requisição do Ministério Público, sendo indispensável, nesse caso, a autorização judicial (RECR 215301/CE, DJ de 28.05.99, p. 24)[1520]. A posição adotada pela Suprema Corte, na hipótese, escorou-se essencialmente na premissa de que o Ministério Público, em matéria criminal, é parte, razão pela qual não pode ele decidir a respeito da quebra de uma garantia constitucional que diz respeito à parte adversa[1521].

9.4.3.1- Dever de perquirir a origem dos recursos e de dar informações.

O tratamento referente ao sigilo bancário em nosso sistema começou a sofrer mutação a partir da Constituição de 1988. Diante da norma plasmada no art. 5º, inciso X, passou-se a entender que o direito ao sigilo bancário é garantia constitucional, cuja essência

---

[1519] O art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964, foi revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

[1520] O Superior Tribunal de Justiça tinha jurisprudência no sentido de que o Ministério Público era legitimado para quebrar o sigilo bancário. Por outro lado, conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha firmado passo quanto à impossibilidade de o próprio *parquet* determinar a flexibilização do sigilo bancário ou de qualquer outro direito fundamental, antes da consolidação desse entendimento, há registro de decisões no mesmo sentido dos precedentes do STJ (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXECUTORA DE POLÍTICA CREDITÍCIA E FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUISITAR INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS DESTINADOS A INSTRUIR PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE SUA COMPETÊNCIA. Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Classe: MS - Processo: 21729, UF: DF, PLENO, m., Data da decisão: 05/10/1996 Disponível em: www.stf.gov.br./jurisprudencia/jurisp.asp Acesso em: 1º mar. 2005.)

[1521] No item 7.2.3.1.4 supra são apresentados os argumentos contrários à possibilidade de o próprio Ministério Público flexibilizar um direito fundamental.

serve para dar proteção ao cidadão contra ingerências indevidas na esfera da sua *vida privada*[1522]. Nada obstante, tendo em conta os problemas enfrentados no combate à criminalidade organizada transnacional, que exige ampla cooperação jurídica entre os países sob pena de ineficaz qualquer ação nessa área, a Convenção da Organização das Nações Unidas de 1988 aprovou e recomendou o estabelecimento de políticas criminais tendo em mira tratar do sigilo bancário em consonância com modelo que não o torne obstáculo à apuração do crime de lavagem de capitais[1523]. Seguindo essa orientação, editou-se no ambiente interno nacional a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (define os crimes de lavagem de dinheiro), modificando completamente o sistema, ao impor a obrigação de os responsáveis pelas instituições bancárias fornecerem informações das operações financeiras, mesmo sem determinação judicial. À primeira vista, essa norma em foco não se coaduna com a garantia constitucional, pelo que seria de considerar-se a sua invalidade em nosso sistema. Contudo, não parece ser esse o entendimento mais adequado.

A Lei nº 9.613, de 1998, em rigor, introduziu profunda modificação na política bancária do País que, até então, seguia a idéia de que a origem dos recursos financeiros era de somenos importância, sendo mais relevante a sua inserção no sistema financeiro, mediante a circulação por meio dos bancos. Hoje, tem-se presente que o crime na forma organizada encontra sua raiz de sustentação com a lavagem do dinheiro proveniente da atividade ilícita e que o incentivo fomentado com os contornos do sigilo bancário concebidos anteriormente, longe de caracterizar medida salutar para a economia nacional, representa solução de efeitos extremamente perniciosos à saúde financeira do País.

A partir da vigência da nova legislação, criou-se a co-responsabilidade das instituições bancárias quanto à procedência lícita dos recursos financeiros, não se admitindo que a gerência bancária não conheça os seus clientes, principalmente aqueles que registram movimentação de recursos em valores vultosos[1524]. Para tanto, os agentes financeiros têm por obrigação identificá-los e manter cadastro atualizado de todos eles conforme lhes seja

---

[1522] LUIZ FLÁVIO GOMES orienta no sentido de que a garantia do sigilo bancário está assentada nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição de 1988. Sobre o assunto, confiram-se os itens 9.4, supra, e 9.4.2, infra. (*Delação premiada e aspectos processuais*. p. 367

[1523] Ibid. p. 367.

[1524] A Lei nº 9.613, de 1998, guiou-se pela política internacional, segundo a qual se deve impor o "... compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da economia utilizados indevidamente pelas organizações criminosas para a lavagem de dinheiro e na criação de órgão especializado em inteligência financeira." (BRASIL. Fazenda Nacional. Disponível em: www.fazenda.gov.br/coaf. Acesso em: 11 ago. 2005.)

determinado, além de guardar o registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidos (art. 10, I e II, da Lei nº 9.613, de 1998). Sem embargo dessas atribuições administrativas, os agentes bancários possuem ainda o dever de comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, as operações financeiras que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos na Lei nº 9.613/98, ou com eles se relacionar, e de todas as transações constantes que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas.

Sobre ser necessária essa troca de informações entre as instituições financeiras e os órgãos do Estado, especialmente com o Banco Central, que exerce a fiscalização desse tipo de atividade, e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, entidade criada para ser o catalisador de todas as informações de operações suspeitas, tornando-se, assim, órgão de inteligência financeira, indispensável no auxílio quanto ao combate ao crime de lavagem de dinheiro, não se acredita que com o regramento dessa obrigação o legislador ordinário esteja a editar norma que não guarda harmonia com a garantia constitucional do sigilo bancário, até porque, concretamente, essa revelação não expõe a intimidade do cliente ao crivo da opinião pública. Não há que se falar em quebra do sigilo bancário, pois a informação bancária se contém aos ambientes nos quais se processam as relações das instituições financeiras com os órgãos estatais, não indo ao conhecimento do público em geral.

9.4.3.2- Hipóteses de prestação de informações bancárias independentemente de autorização judicial, previstas na Lei Complementar nº 105, de 2001.

No desiderato de sinalizar, de uma vez por todas, as nuances sobre o sigilo bancário, editou-se a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, com a qual se teve a preocupação de realçar as informações e comunicações que podem ser feitas, mesmo sem autorização judicial, sobre as operações praticadas pelos clientes das instituições bancárias, sem que isso caracterize malferição à cláusula constitucional *sub studio*. Consoante os termos do diploma normativo em foco, a mera troca de informações cadastrais entre as instituições

financeiras, realizada sob o crivo das normas emanadas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, não viola o dever de sigilo, até porque tal não se trata propriamente de revelação do conteúdo de transações financeiras (art. 1º, § 3º, I, da Lei Compl. 105/2001). O mesmo se diga quando a prestação de informações é feita especificamente a entidades de proteção de crédito sobre cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes (art. 1º, § 3º, II, da Lei Compl. 105/2001).

O segredo do sigilo bancário, ainda de acordo com a norma em destaque, não se tem como transgredido, quanto às informações que os bancos estão obrigados a fazer para a Receita Federal, para fins de identificação dos contribuintes e dos valores globais das operações nas quais os bancos são os responsáveis tributários pela retenção e recolhimento das contribuições (art. 1º, § 3º, III, da Lei Compl. 105/2001)[1525]. Não há mesmo de falar-se em violação ao dever de sigilo, pois as comunicações passadas à autoridade fiscal pelas instituições financeiras circunscrevem-se à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados, não fazendo referência a qualquer elemento que possa permitir o conhecimento sobre a origem dos recursos ou mesmo a natureza dos gastos com eles perpetrados. Não se verifica, por conseguinte, sequer, imiscuição na esfera da intimidade do indivíduo.

A disposição da Lei Complementar em exame que chama mais a atenção é, sem dúvidas, quanto à norma contida no seu art. 1º, § 3º, IV[1526]. De fato, na hipótese ali

---

[1525] Para os fins de referido dispositivo, consideram-se operações financeiras: "I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V – contratos de mútuo; VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII – aplicações em fundos de investimentos; IX – aquisições de moeda estrangeira; X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII – operações com ouro, ativo financeiro; XIII - operações com cartão de crédito; XIV - operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente. (art. 5º, § 1º, da Lei Complementar nº 105, de 2001).

[1526] No inciso V do § 3º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, está ressaltado, embora não houvesse necessidade, que a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados não caracteriza violação ao sigilo bancário. Ora, se a pessoa abre mão do sigilo, permitindo a sua divulgação, a informação se mostra autorizada por quem tem o interesse no segredo. É comum, em alguns casos, a pessoa suspeita de envolvimento em crimes financeiros ou de corrupção declarar, na imprensa, que abre mão de seu sigilo bancário. Resta saber se a mera declaração, dada na imprensa, já é hábil para autorizar o fornecimento das informações pela instituição financeira. O mais adequado é que o banco, nesses casos, só quebre o sigilo mediante autorização formal e escrita da pessoa a quem a garantia constitucional pertence. De todo modo, se eventualmente alguém declara, na imprensa, que abre o seu sigilo bancário, e assim é feito pela instituição bancária, mas depois alega, perante o Judiciário, que havia procedido de afogadilho e que a ausência de uma

contemplada, o agente responsável pela instituição financeira tem o dever de comunicar às autoridades competentes sobre a prática de ilícitos penais ou administrativos, devendo, se for o caso, dar informações sobre as operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa. À primeira vista, esse tipo de informação representa quebra do sigilo bancário. Todavia, na exata compreensão dessa garantia constitucional, tem-se que tal não ocorre, pois a mencionada cláusula não exime o agente bancário do dever de fornecer aos órgãos fiscalizadores da atividade financeira as informações sobre a ocorrência em tese de ilícitos criminais. Surreal seria se, em nome do sigilo bancário, a instituição financeira tivesse o direito de omitir-se quanto à prestação de informes sobre crimes praticados às suas vistas.

Consoante aqui já ressaltado, o que o sigilo bancário impede é que as transações financeiras caiam no domínio público, e não que elas sejam conhecidas, além da instituição bancária mediante a qual foi feita a operação, pelo órgão estatal incumbido de fiscalizar o sistema financeiro em seu todo. Como a comunicação bancária se faz em espaço no qual são mantidas as relações entre as entidades, sem inserção no conhecimento do público em geral, não há que se falar em ofensa à cláusula do sigilo. Embora não se tenha notícia de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance dessa norma, o Superior Tribunal de Justiça cuidou de acentuar que o recebimento dessas informações, inserido no poder de fiscalização atribuído ao Banco Central do Brasil – BACEN, não se confunde com o poder de violar o sigilo, até porque elas estão limitadas às operações, de ativo, de passivo e de quaisquer outros dados indispensáveis ao patrulhamento quanto às operações realizadas no sistema financeiro pelas instituições bancárias e pelas pessoas físicas e jurídicas[1527].

Sem embargo do dever de informação das instituições bancárias, tanto o BACEN quanto a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, em consonância com a Lei Complementar nº 105, de 2001, têm o dever de fornecer ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF informações sobre operações em *sérios indícios* de algum dos crimes de lavagem de dinheiro. E não é só. O dever de informação do BACEN e da CVM compreende, até mesmo, as que sejam necessárias à defesa da União, nas ações em que ela seja parte. Nesse caso, as informações devem ser encaminhadas, juntamente com os

---

autorização formal e escrita não podia ter sido flexibilizada a sua garantia constitucional, a sua irresignação não merece ser acolhida.

[1527] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. BANCO CENTRAL DO BRASIL, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Classe AGRESP - Processo: 325997, UF: DF,

documentos pertinentes, à Advocacia-Geral da União. Aqui o legislador relativizou ainda mais o sigilo bancário, tendo em consideração que não seria razoável impor à União, para fins de defesa, a necessidade de pedir ao Judiciário que este determine às entidades a ele vinculadas, criadas pela necessidade de racionalizar a administração com a sua descentralização, que forneçam as informações e os documentos que possuem devido à competência a elas atribuída por força de lei. A norma jurídica é mais razoável do que uma análise aligeirada faz supor.

Por fim, para reafirmar a idéia de que o sigilo bancário é quanto à disponibilização de informações para autoridades que não fazem parte do Executivo, o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, permite que todos os agentes fiscais das entidades federativas – federais, estaduais e municipais – tenham o livre acesso, para fins de exame, aos documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive aos referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, desde que, além da indispensabilidade da diligência, haja prévio processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal. Essa permissibilidade, no entanto, está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação cautelar ofertada no afã de obter efeito suspensivo a recurso extraordinário, tendo sido colhidos, até agora, quatros votos, dois (Ministros MARCO AURÉLIO e CEZAR PELUSO) referendando a pretensão, ao argumento de que a norma contempla hipótese de quebra de sigilo que maltrata a Constituição, e dois (Ministros JOAQUIM BARBOSA e CARLOS BRITO) entendendo que não há confronto com a Norma Maior, processo que ainda está pendente de julgamento[1528]. O resultado final desse processo é de fundamental importância para o assunto, uma vez que dele dependerá a validade da interpretação de que o sigilo bancário ou fiscal não impede a troca de informações e de documentos entre os órgãos do Executivo.

SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 23/03/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juri/asp . Acesso em: 2 mar. 2005.

[1528] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Classe: AC - Processo: 43, UF: PR, TERCEIRA TURMA, Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos. Acesso em: 2 mar. 2005.

9.4.3.3- Quebra do sigilo bancário por determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito.

No item 7.2.3.1.1 deste trabalho cuidou-se de realçar as hipóteses em que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm legitimidade para determinar a flexibilização ou quebra de direito fundamental. Ali restou esclarecido que, em razão do plasmado no art. 58, § 3º, da Constituição, os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito compreendem a competência para decretar, mediante decisão fundamentada, a flexibilização de direito fundamental, salvo nos casos em que a Carta Política, expressamente, ao preceituar a garantia essencial, excepciona a sua perda a prévio pronunciamento do Judiciário, como *cláusula de reserva de jurisdição*[1529]. Na Constituição foram estabelecidas apenas três hipóteses de reserva de jurisdição (art. 5º, XI, XII e LXI, da Constituição), de modo que, em todos os outros casos, a CPI pode, dependendo das circunstâncias do caso, determinar a flexibilização de direito fundamental. Por conseguinte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme quanto a admitir que a CPI, com suporte em decisão suficientemente motivada, determine a quebra de sigilo bancário.

Mesmo assim, o legislador achou por bem regular a matéria. No art. 4º, caput, da Lei Complementar nº 105, de 2001, restou previsto que tanto o Banco Central do Brasil como a Comissão de Valores Mobiliários, no que diz respeito às áreas de suas atribuições, devem fornecer as informações e proceder à entrega dos documentos sigilosos referentes às operações financeiras, quando assim for determinado, fundamentadamente, pelo Poder Legislativo Federal, sempre que esses elementos informativos e probatórios se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucional e legal[1530]. O

[1529] Sobre o assunto, cf. item 7.2.3.1.2, supra.

[1530] Quanto à quebra do sigilo bancário, o legislador não fez distinção, ao admitir que ela possa ser determinada quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, porém esclarece que essa medida deve ser adotada de forma especial, quando a hipótese for: (1) de terrorismo; (2) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (3) de contrabando; (4) tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; (5) de extorsão mediante seqüestro; (6) contra o sistema financeiro nacional; (7) contra a Administração Pública; (8) contra a ordem tributária e a previdência social; (9) lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; (10) praticado por organização criminosa (art. 1º, § 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001). Seja como for, tal como ocorre em relação à flexibilização de todo e qualquer direito fundamental, a quebra do sigilo bancário deve ser uma medida excepcional, que somente deve ser determinada quando hajam indícios suficientes da prática de um delito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME, Relator Ministro NELSON JOBIM, Classe: AgR - Processo: 2805, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 13/11/2002, Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 2 mar. 2005.)

primeiro aspecto a ser destacado é que a norma fala em *Poder Legislativo Federal*, não em *Poder Legislativo*, o que abrangeria, igualmente, os *Poderes Legislativos Estadual e Municipal*.

Justamente devido à expressão utilizada pelo legislador, no caso Waldomiro Diniz, o BACEN se recusou a prestar informações requisitadas pela Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro. Inconformada, essa casa legiferante ingressou com mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal e, por maioria apertada, teve o seu pleito deferido, tendo o Ministro JOAQUIM BARBOSA[1531] afirmado que "(...) O Banco Central fez no caso uma leitura meramente textual, formalista, da questão e concluiu que as Assembléias legislativas estaduais não têm o poder de determinar a quebra de sigilo bancário, porque a lei federal de regência da matéria a elas não se refere expressamente." Mais adiante, complementando o seu raciocínio, o ínclito Ministro arrematou que

> a quebra de sigilo bancário por parte das comissões parlamentares de inquérito constitui instrumento inerente ao exercício da função fiscalizadora ínsita aos órgãos legislativos e, como tal, dela também podem fazer uso as CPIs instituídas pelas Assembléias Legislativas, desde que observados os requisitos e as cautelas preconizadas em inúmeras decisões desta Corte sobre o tema. O contrário, ou seja, retirar aos legislativos estaduais a possibilidade de utilizar-se desse instrumento, equivale a criar um elemento adicional de apoucamento das já institucionalmente fragilizadas unidades integrantes da nossa Federação. Sobre esse tópico, concluo, portanto, que em termos gerais, ressalvadas diferenças orgânicas entre o Legislativo federal e os estaduais, o art. 58, § 3º, da Constituição pressupõe inegável semelhança entre as comissões parlamentares de inquérito federais e estaduais, do que resulta a impossibilidade de os estados-membros as vedarem. Dessa primeira conclusão decorre a impossibilidade de a legislação federal limitar ou estabelecer proibições desproporcionais aos Legislativos estaduais e locais.[1532]

Quanto a esse aspecto, o acórdão do Supremo Tribunal Federal merece aplausos, pois a competência de os legislativos estaduais e municipais determinarem a flexibilização de direitos fundamentais está inserta na Constituição[1533], não sendo válida disposição normativa subconstitucional em contrário, restringindo-a apenas a um dos parlamentos, porquanto tal tratamento, além de macular a força investigativa dos órgãos legislativos pertencentes às demais entidades federativas, afronta o princípio federativo.

[1531] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CPI ESTADUAL E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, Classe: ACO – Processo: 730, UF: Rio de Janeiro. TRIBUNAL PLENO Data da decisão: 22/09/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos . Acesso em: 2 mar. 2005.
[1532] Ibid.
[1533] Cf. item 7.2.3.1.1, infra, no qual se faz análise sobre os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Outra questão interessante, trazida à baila com o regramento da quebra de sigilo bancário determinado pela CPI, reside na circunstância de ter ficado consignado, no § 2º do art. 4º, que a decisão fundamentada desse órgão deverá, necessariamente, ser aprovada pela Plenária da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas Comissões Parlamentares de Inquérito. Com isso se quer dizer que o presidente da CPI ou o relator da matéria não pode, em decisão monocrática, determinar a quebra de sigilo bancário. De toda sorte, nos casos que for conveniente, a determinação da CPI, quanto à quebra de sigilo bancário, pode ficar condicionada ao crivo da respectiva casa legislativa, o que é salutar, pois instaura controle político importante contra eventuais excessos desse órgão legislativo. É importante, e necessário, que o órgão que detém poderes investigatórios e de determinar, ele mesmo, a flexibilização de direito fundamental seja submetido a controle, a fim de que a concentração de poder não o conduza à prática de excessos.

9.4.4 – Garantia do sigilo fiscal.

Outra garantia que é extraída do direito fundamental à preservação da intimidade e da vida privada é o sigilo fiscal. Assim, mesmo que não haja expressa menção na Constituição ao sigilo fiscal, tem-se o entendimento de que ele está catalogado dentre os direitos fundamentais declarados em nosso sistema jurídico. Na esteira do comando constitucional, o Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – consagra o segredo dos dados fiscais do contribuinte, tornando-os a salvo da bisbilhotice alheia. Na sua redação original, o art. 198 do Código Tributário, em tom que se manifestava como de caráter absoluto, vedava a divulgação, para *qualquer fim*, de *qualquer* informação guardada pelo fisco em relação ao contribuinte. Todavia, seguindo a principiologia adotada em relação ao sigilo bancário, houve uma sensível relativização dessa garantia, ao ser esclarecido que esse segredo não torna defesas a troca de informações e a entrega de documentos entre os órgãos do Executivo. Com efeito, a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, ao emprestar nova redação ao caput do art. 198 do CTN e retirar as expressões *para qualquer fim* e *qualquer* informação, sublinhou, com o enxerto do § 1º, que o sigilo não se estende às solicitações feitas por autoridade administrativa no interesse da administração pública, exigindo-se para tanto, apenas que haja prévia instauração de processo administrativo no âmbito do órgão que aquela representa, cujo objeto seja a apuração de fato imputado ao contribuinte, praticado sob a modalidade de infração administrativa.

Coerente com essa linha de pensamento, o legislador, no § 3º do art. 198 do Prescritor Normativo Tributário, agregou que o sigilo fiscal não inviabiliza o encaminhamento de representações fiscais para fins penais, bem como a realização de inscrições na dívida ativa da fazenda pública e para acordos de parcelamento ou moratória. Não se enxerga, nessas previsões incluídas com a Lei Complementar nº 104, de 2001, lesão à garantia constitucional. No que diz respeito à possibilidade de o fisco proceder a representações fiscais para fins criminais, nada há a objetar, porquanto o encaminhamento desse expediente pelo agente fiscal para a autoridade policial ou para o Ministério Público constitui, antes de tudo, um dever, todas as vezes em que ele detectar, no procedimento instaurado para apurar crédito tributário, resquício de ocorrência de infração penal. O desarrazoado seria a autoridade, ao fazer o lançamento fiscal, mesmo tendo acesso a informações e documentos que revelam indícios fortes da ocorrência de infração criminal, devido ao segredo fiscal, não pudesse fazer a representação para fins penais, o que se mostra muito lógico.

Por outro lado, parece bizantino defender que a garantia constitucional em relevo não se opõe à Fazenda quanto à utilização das informações que possui sobre a vida fiscal do contribuinte, tendo em mira inscrever na dívida ativa crédito fiscal declarado na fiscalização levada a efeito pelo agente tributário. O fisco sempre pôde, e sempre poderá, examinar a situação fiscal do contribuinte e, com base nas informações e documentos daí extraídos, se for o caso, proceder à inscrição do débito na dívida ativa. O segredo não é para o fisco, até porque este é quem guarda os dados que devem ser mantidos em sigilo. Se assim não se entender, ele teria que pedir ao Judiciário que permitisse que ele próprio pudesse fazer uso das informações e documentos que possui para assim deles fazer uso, a fim de levar a efeito a inscrição de débito na dívida ativa. Finalmente, também não merece consideração maior a hipótese do art. 198, § 3º, III, do CTN, porquanto o parcelamento e a moratória são feitos em favor do contribuinte e de comum acordo, razão pela qual, caso não haja aquiescência quanto à divulgação das informações fiscais do devedor, o ajuste não é firmado.

A bem da verdade, não ocorreu propriamente uma grande inovação nessa área, pois o art. 199 do CTN, que continua com a sua primitiva redação, já permitia que a União, Estados e Municípios prestassem mútua assistência para a fiscalização dos tributos respectivos, com a permuta de informações. Por conseguinte, desde a edição do CTN, o sigilo fiscal não tinha força para impedir que as agências fazendárias das entidades federativas

trocassem informações e documentos, a fim de haver a mútua colaboração nas respectivas funções fiscalizadoras. Nesse campo, a única novidade foi que se acrescentou um parágrafo único ao art. 199 do CTN, para declarar o compromisso do Governo brasileiro com a cooperação internacional fiscal, desde que assim estabelecido em tratados, acordos ou convênios bilaterais ou multilaterais[1534].

9.4.5 – Inviolabilidade do domicílio.

Desde os primeiros instantes em que o homem passou a conviver em sociedade, sentiu-se a necessidade de preservar-se sua individualidade, assim como a de sua família. O recesso do lar, assim, consoante se infere das letras insculpidas no livro *A cidade antiga,* de FUSTEL DE COLANGES, sempre e sempre foi concebido como lugar sagrado, nele se admitindo adentrar apenas com consentimento prévio do *pater familiae*, pois sentida a necessidade de resguardar-se a intimidade da família, as suas crenças e os seus cultos.

Essa cultura foi normatizada a partir das primeiras declarações de direitos, como forma de preservação da intimidade e do direito ao sossego no recesso do lar, por meio da consagração do direito à inviolabilidade do domicílio. A Quarta Emenda à Constituição americana consagrou a inviolabilidade do domicílio, ao preceituar que

> É inviolável o direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, documentos e haveres, contra busca e apreensões desarrazoadas, e nenhum mandado será expedido a não ser com base em causa provável, amparada em juramento ou declaração, descrevendo particularmente o local da busca e as pessoas ou objetos a serem apreendidos[1535].

A Constituição americana não contém nenhuma menção expressa ao direito à intimidade, mas essa garantia está imanente no texto, ao passo que a Quarta Emenda evidencia a noção inglesa de que *one's home is one's castle*.[1536] A emenda foi inserida diante dos ressentimentos dos colonos contra os *general warrants* (mandados gerais) emanados dos

---

[1534] Aqui se mostra a coerência legislativa quanto à preocupação de assinalar o engajamento do Brasil na cooperação internacional. Cf. itens 8.2.1.3.2 e 8.2.1.3.2.1, supra.

[1535] PINTO FERREIRA leciona que essa garantia tem tradição no Direito Inglês, com referência a discurso do Lord CHATHAM proferido no Parlamento: "O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar." (*Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 81.

[1536] VILE. Op. cit., p. 153.

agentes britânicos. A Constituição francesa não dispõe expressamente sobre a inviolabilidade do domicílio, mas as Magnas Cartas alemã, espanhola, italiana e portuguesa contemplam essa garantia. A Constituição da Alemanha diz que o domicílio é inviolável, somente podendo ser ordenadas buscas *pelo juiz*, ou então, quando a *demora imputar grave perigo*, outros agentes, apontados na lei ordinária, podem determiná-las[1537]. A italiana, no art. 14, diz que o *domicílio é inviolável* e proíbe que nele sejam efetuadas *inspeções, perseguições ou seqüestros*, a não ser nos casos e formas estabelecidas pela lei. De todo modo, a terceira parte do art. 13 da Constituição da Itália admite que autoridade de segurança pública, em casos excepcionais de necessidade e urgência, previstos expressamente na lei, adote, sem autorização judicial, providências provisórias, com a devida comunicação, no prazo de 48 horas, à autoridade judicial. As Constituições de Portugal e Espanha, de forma cogente, dizem que só se pode ingressar no domicílio caso haja consentimento ou ordem judicial, não fazendo alusão à excepcionalidade a essa regra, salvo na hipótese de flagrante delito.

No Direito brasileiro, a inviolabilidade do domicílio está consagrada constitucionalmente desde a Constituição Imperial de 1824. Naquela Magna Carta, no art. 179, VII, restou consignado que "Todo cidadão tem a sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar." Na primeira normatização desse direito fundamental, embora não estivesse expresso que a quebra do direito somente seria admissível por autorização judicial, já deixava salientado que a garantia tinha em consideração o período do dia, de modo que no noturno ela era mais forte, justamente porque é quando mais se requer a tranqüilidade do recesso do lar.

Na Constituição de 1891, a redação da garantia não sofreu modificação substancial, salvo para introduzir a expressão *morador*, identificando-o como a pessoa que detém a legitimidade para consentir, ou não, o ingresso no domicílio e para colocar, no lugar de *incêndio ou inundação* como formas de admissibilidade de ingresso sem consentimento e ordem da autoridade competente, as expressões *vítimas de crimes ou desastres*[1538]. A Carta de 1934 manteve o conteúdo do preceito adotado pela primeira Constituição republicana,

---

[1537] "Art. 13º. 1. O domicílio é inviolável. 2. As buscas no domicílio apenas podem ser ordenadas pelo juiz ou , se a demora imputar grave perigo, por outros órgãos previstos na lei e somente na forma por ela prescrita."

[1538] Art. 72, 11, da Constituição de 1891: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítima de crimes, ou desastres, nem de dia senão nos casos e pela forma prescrita na lei."

fazendo modificação, apenas, em relação ao estilo redacional, no que diz respeito à pontuação.

Fiel à característica ditatorial e de pouca consideração aos direitos fundamentais, a Constituição de 1937, laconicamente, restringiu-se a assegurar "A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei"(art. 122, 6), remetendo, assim, à lei ordinária o amplo tratamento da matéria, alterando, profundamente, a nossa tradição constitucional. Coube à Constituição de 1946, com o seu verniz democrático, restabelecer a redação do texto da Constituição de 1934 (art. 141, § 15). Embora a Constituição de 1967 também registre pouco caso com os direitos fundamentais, sendo a declaração de direitos tratada apenas de forma simbólica, o certo é que a garantia foi mantida em seu texto de acordo com a idéia original, fazendo-se alteração, em relação à redação da Carta de 1946, apenas para esclarecer, de forma mais técnica, que a possibilidade de invasão do domicílio seria de regra por meio de consentimento ou autorização, "a não ser em caso de crime ou desastre"[1539].

9.4.5.1- Garantia da inviolabilidade do domicílio na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, além de manter a tradição de trazer expressa a garantia da inviolabilidade do domicílio, conquanto tenha mantido as linhas mestras da Carta Imperial e das demais que a seguiram, teve a preocupação maior com a técnica, assim se expressando: "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial." Ao lado da regra da inviolabilidade, admitiu como exceção os casos de *flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro*. Foi mais técnico do que a de 1967, pois a previsão de que a invasão do domicílio poderia ocorrer em *caso de crime* dizia bem mais do que se queria ou deveria ressaltar. O ingresso no domicílio sem consentimento do ofendido ou autorização não pode ser validada apenas pelo fato de tratar-se de crime, mas sim de flagrante delito, o que pressupõe não só a conduta ilícita mais igualmente que ela ainda esteja sendo praticada ou tenha acabado de ser perpetrada, consoante as hipóteses estampadas no art. 302 do Código de Processo Penal. O agir de

[1539] A Constituição de 1946, do mesmo modo que a de 1934 e a de 1824, dizia "a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre".

inopino, consistente na invasão do domicílio sem consentimento ou autorização, não se justifica pelo crime em si, mas pela circunstância da flagrância.

Alguns doutrinadores fazem críticas à redação empregada pelo constituinte de 1988, pois a interpretação literal subentende que durante o dia, "... somente por determinação judicial a entrada é permitida e que, durante a noite, a entrada é sempre permitida."[1540]. A crítica, sem embargo da autoridade de quem a faz, não procede, pois a leitura do comando normativo permite a plena compreensão de que, reafirmando a tradição constitucional brasileira, a garantia quanto ao domicílio se faz em dois níveis, um tendo em consideração o período diurno e outro o noturno. Naquele, sem o consentimento do morador, além dos casos de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro, a invasão pode ocorrer por meio de autorização judicial; neste, sem o consentimento do morador, somente nos casos de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro.

Debate que agita a doutrina é quanto ao bem jurídico tutelado com a garantia da inviolabilidade do domicílio. Há quem defenda que a norma constitucional, ao assegurar a inviolabilidade do domicílio, visa proteger a propriedade, alguns a liberdade, outros a segurança individual e a maioria que com ela se impõe respeito à intimidade (personalidade). A discussão no nosso meio, à míngua de fundamentação maior, não tem fôlego, até porque a proteção constitucional não é ao proprietário, mas ao morador, o que denota, de forma inelutável, que se quer dar proteção à intimidade de quem mora no local, e não ao dono do imóvel[1541].

Por isso mesmo, a doutrina firmada é no sentido de que a proteção constitucional à inviolabilidade do domicílio é uma variante do direito à intimidade. CRETELLA JÚNIOR, ainda que reconheça na inviolabilidade do domicílio também a proteção à liberdade física e uma forma de proteção (segurança) do homem, discorre sobre o assunto no mesmo capítulo que trata do direito à intimidade[1542]. Por outro lado, seguindo as pegadas da maioria da doutrina nacional, esclarece JOSÉ AFONSO[1543] que "O objeto da

---

[1540] CRETELLA JÚNIOR. Op. cit., p. 265.
[1541] Na doutrina brasileira, cf. JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 218.
[1542] Op. cit., p. 254 et seq.
[1543] Op. cit., p. 377.

tutela não é a propriedade, mas o respeito à personalidade, de que a esfera privativa e íntima é aspecto saliente".

9.4.5.2- Conceito constitucional da expressão *casa*.

Na história do constitucionalismo brasileiro, salvo na Carta de 1937, o constituinte sempre deu preferência, ao tratar da inviolabilidade do domicílio, à expressão *casa*, idéia que foi mantida, naturalmente, na Constituição atual. Na definição empregada no Código Civil, domicílio é a residência estabelecida com ânimo definitivo (art. 70), o que não vale para fins constitucionais, pois o direito fundamental diz respeito também aos locais nos quais estabelecida a pessoa mesmo sem a pretensão de neles residir. O Código Penal, de modo mais abrangente, diz que a expressão casa compreende *qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade* e esclarece que são excluídas desse conceito a *hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta,* salvo em relação aos compartimentos habitados (art. 150, §§ 4º e 5º).

Ao utilizar a expressão casa, ao invés de *domicílio*, o constituinte brasileiro, agrega ADELAIDE DINORÁ GROTTI[1544], dirimiu especulações quanto a sua identidade com instituto similar tratado no Código Civil. Com isso, o constituinte criou um conceito próprio, para expressar o espaço *geossocial* definido pelo homem para ocupá-lo, só ou acompanhado[1545], para fins de morada ou para desenvolver a sua atividade profissional. Casa é, por conseguinte, mais do que domicílio ou residência, definidos no Código Civil e, a despeito do amplo conceito empregado no Código Penal, não se restringe à noção ali pinçada. No ambiente do Direito Constitucional, casa, como quer CÉLIO SILVA[1546], "... sinonimiza com o local que o indivíduo habita e com o espaço que utiliza para seu negócio", de modo que, além da casa propriamente dita, abrange não apenas todas as suas dependências, como pátios, jardins, quintal, garagens, depósitos, etc.

[1544] *Inviolabilidade do domicílio na* constituição. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 64.
[1545] COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1992. p. 184.
[1546] Ibid. p. 184.

Com rara felicidade, fazendo contraponto com a liberdade de ir e vir, PONTES DE MIRANDA[1547] ensina que a inviolabilidade do domicílio constitui-se em *liberdade física espacializada*, com significado diferente do empregado nos Direitos Civil e Penal [1548]. A circunstância de a casa estar, ou não, no momento, ocupada é de somenos importância, pois o que se consagra é a intimidade espacial, esteja ou não a pessoa no local. A casa, mesmo fechada, é expressão da intimidade da pessoa, sendo defeso o ingresso de estranhos. Diferente, naturalmente, é a casa abandonada, pois, nesse caso, não há morador.

Para a doutrina, pouco importa o local no qual a pessoa mora ou se encontra momentaneamente estabelecida: um simples quarto, barraco, cômodo, cortiço ou quarto de hotel ou motel[1549]. Na jurisprudência, tem-se notícia de que o quarto de hospital (TACrSP 93/273), quarto de hotel ou pensão, quanto aos aposentos efetivamente ocupados (TACrSP 70/187), e quarto de motel (TACrSP, RT 689/366)[1550] foram considerados inseridos no conceito constitucional de casa. Abrange, assim, toda e qualquer edificação, ainda que ela se destine à permanência por poucas horas, como os *trailers* residenciais, os quartos de hotéis, hospitais e motéis[1551]. Isso porque, mesmo que a estada não seja por tempo mais dilargado, ao se encontrar em recinto fechado, a pessoa está em espaço geográfico escolhido para o seu sossego, não sendo admitida a intromissão de outrem, com exceção dos casos de flagrante delito, desastre ou para fins de prestação de socorro, a não ser que haja o seu consentimento ou autorização judicial[1552].

[1547] *Comentários à constituição de 1967*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 177.
[1548] Ibid, p. 185.
[1549] Ibid. p. 185. No mesmo sentido, cf.: SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. *Comentários à nova constituição brasileira*. São Paulo: Atlas, 1992. v. 1, p. 87; GROTTI. Op. cit., p. 75; COSTA. Op. cit., p. 184; MIRANDA. p. 185.
[1550] DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código de processo penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 325.
[1551] GROTTI. Op. cit., p. 75
[1552] A abordagem aqui feita restringe-se à hipótese de ingresso no quarto de hospital para fins criminais, que ocorre com freqüência quando os agentes policiais comparecerem ao leito, no desiderato de tomar interrogatório ou depoimento de vítimas. De todo modo, quanto ao ingresso de pessoas da área médica para a realização de procedimentos sem a autorização do paciente, veja-se que o art. 15 do novo Código Civil consigna que "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica". Por outro lado, essa disposição normativa quer dizer que, caso o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica não importe em risco de vida, a pessoa não pode recusar-se a submeter-se ao tratamento ou à intervenção. À primeira vista, essa disposição contraria a orientação jurisprudencial do STF, que, em nome da *inviolabilidade à integridade física da pessoa*, proíbe que ela seja obrigada a submeter-se a exame de DNA, em processo de investigação de paternidade. Naquele julgado, já referido, restaram vencidos os Ministros FRANCISCO REZEK, SEPÚLVEDA PERTENCE E ILMAR GALVÃO[1552].

Tal posição parece ser a mais correta, pois como o bem tutelado é a intimidade, no conceito de casa estão compreendidos não apenas aquele local no qual a pessoa se estabelece, de forma definitiva, como o lugar para guardar as suas coisas e fazer o seu descanso só ou acompanhado, como igualmente qualquer lugar por ele habitado para atender as suas necessidades, seja por imperativo de ordem médica (quarto de hospital), para fins de lazer (quarto de hotel, pousada, barraca) ou de satisfação de necessidades básicas como o colóquio amoroso (quarto de motel). Por conseguinte, a pessoa que se encontra internada em um quarto de hospital não pode ter o seu espaço físico invadido, salvo mediante seu consentimento ou nas hipóteses desenhadas pelo constituinte[1553]. O mesmo se diga em relação àquele que está em quarto de hotel, pousada ou mesmo em uma mera barraca ou *trailer*. Nesse passo, ADELAIDE DINORÁ GROTTI[1554], em citação dos doutrinadores alemães ZINN e STEIN, adverte que a definição de casa não exige que ela esteja fixa ao solo, pois o conceito constitucional compreende as residências sobre rodas, barcos-residência e outras tais. Filiando-se a essa corrente, LUIZ AUGUSTO PARANHOS SAMPAIO, citado por ADELAIDE DINORÁ GROTTI[1555], inclui os *trailers* residenciais na categoria de casa, o que se manifesta apropriado.

Antes, defendi pensamento de que haveria de ser feita a distinção entre o momento em que o *trailer* ou barco-residência está em circulação daquele em que se encontra parado em determinado local ou atracado no porto. Depois de maior meditação, creio que, mesmo quando o *trailer* ou barco utilizado como residência está em circulação, a proteção constitucional se faz presente, de modo que a busca em seu interior, caso não haja o consentimento do morador, para ser válida, deve obedecer às previsões plasmadas na Constituição. É que ainda quando estes destinados à moradia estão em circulação, eles não se confundem com o automóvel, pois aqueles, estejam ou não habitados no momento, guardam a intimidade do *morador*. O carro, não, não pode ser considerado casa, pois não serve para esse

---

[1553] Diante desse entendimento, nos casos em que o agente, em razão da prática de crime, vem a ser hospitalizado, mesmo que o atendimento se dê em serviço médico oferecido pela rede pública, estando ele em um quarto do hospital, a entrada de policiais, para fins de interrogatório ou outro qualquer, salvo se for hipótese de flagrante delito – configurada sob a forma de perseguição, por exemplo –, somente pode ocorrer mediante o consentimento daquele ou então com suporte em mandado judicial.

[1554] Op. cit., p. 75.

[1555] Ibid., p. 75. Nas palavras de LUIZ SAMPAIO, "com a designação de casa e não de domicílio, a atual Carta dá proteção a um sem-número de edificações, desde os palacetes suntuosos até os casebres humildes das invasões e das favelas; desde os *trailers* residenciais, os motéis, até as casas de prostituição, porque, trancadas as suas portas, gozam de iguais prerrogativas, pois que a estes se constituiria um atentado ao princípio da igualdade de todos perante a lei se os seus moradores permanecessem desamparados por este dispositivo constitucional, dependendo das incursões policialescas, às vezes, arbitrárias." (Ibid., p. 75)

fim, além de a sua mobilidade tornar inviável que a inspeção em seu interior somente se proceda mediante consentimento do *condutor*. Se assim não fosse, seriam ineficazes as *blitz* das polícias militar e civil, assim como as dos guardas de trânsito, pois não lhes seria dado proceder a averiguações nos veículos, a fim de verificar se há armas, drogas, etc ou se o carro está em condições de circulação[1556].

De outra banda, note-se que o fato de o ingresso sem o consentimento do morador nas dependências comuns de hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva não caracterizar o crime de invasão de domicílio, tipificado no art. 150 do Código Penal (TACRIM-SP, 11ª C., Rel. Sidnei Beneti, RT 668/297),[1557] não tem o condão de afastar, nesse caso, a agressão ao mandamento constitucional, porquanto o conceito de casa encartado na Magna Carta é mais dilargado do que aquele adotado pelo Código Penal. Por conseguinte, malgrado a invasão do espaço comum de condomínio, em princípio, não tipifique a *fattispecie,* catalogada no art. 150 do Código Penal, essa ação malfere o preceito constitucional que assegura a inviabilidade do domicílio[1558].

Por outro lado, a expressão casa não diz respeito apenas ao local escolhido para a moradia ou residência, mas também ao espaço territorial escolhido para o desempenho das atividades profissionais. Assim, os colégios, escritórios, consultórios, oficinas e outros estabelecimentos nos quais são desempenhadas as profissões liberais, conquanto destinados ao público, não podem ser vistoriados sem que haja o consentimento, excepcionadas as hipóteses destacadas na norma constitucional. Reafirmando essa assertiva, no julgamento do RE 251445/GO, relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO[1559], o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou sobre o tema:

[1556] Em sentido contrário, CRISALFULLI e PALLADIN, apud ADELAIDE DINORÁ GROTTI, defendem que, no ambiente constitucional, o conceito de domicílio comporta não só a preservação do interesse à privacidade, como "... também, de um modo geral, o de excluir os outros lugares dos quais o indivíduo disponha, a título privado, mesmo que não se trate de moradia particular"(Op. cit., p. 71), daí por que ele abrange até o *próprio automóvel* (Ibid).

[1557] FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (coords.) Op. cit., p. 281.

[1558] Nos dias de hoje, os espaços comuns dos condomínios são cada vez maiores, compreendendo extensa área de lazer. Se essa área comum, devido ao princípio da legalidade, não é considerada casa para fins criminais, ela o é para o campo constitucional, de modo que uma autoridade policial, caso queira fazer alguma diligência no seu interior, terá de obter o consentimento do *morador*, ou então, autorização judicial.

[1559] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 03/08/2000. Disponível em: www.stf.gov.br/noticias/informativos/ .Acesso em: 8 fev. 2005.

> (...) GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI).

Diferente é o caso dos bares, clubes, teatros, cinemas, restaurantes, mercados, supermercados, shoppings centers, etc. Esses estabelecimentos, diferentemente dos locais nos quais são desempenhadas outras atividades da iniciativa privada, quando abertos ao público, não estão compreendidos pela expressão casa, de modo que as autoridades policiais podem, livremente, transitar e exercer o poder de polícia, independentemente do consentimento ou de autorização judicial. Porém, no momento em que esses estabelecimentos se encontram fechados para o público, para neles ingressar, é preciso o consentimento do morador[1560].

9.4.5.3- O alcance da expressão *morador*.

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.

[1560] GROTTI. Op. cit., p. 107.

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.

A fim de delimitar o alcance da expressão morador, empregada tradicionalmente pelo 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 residem na 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, tenha-se 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 GROTTI[1561], 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 dependência da casa. Os filhos maiores, porque capazes para a prática dos atos civis, em

[1561] Op. cit., p. 107.

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, seja 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 GROTTI[1562], 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 residem na casa, não pode dar, validamente, autorização para que se faça uma diligência policial[1563].

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 todos, até porque é a intimidade de todos que está em jogo. No caso concreto, porém, pode ser impraticável a autoridade policial esperar um

---

[1562] Ibid., p. 107.

[1563] 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 serviçais domésticos para passarem referida permissão. Isso ocorre, com freqüência, 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.

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.

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 reside na casa. Parece, por conseguinte, 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 patrão[1564]. Aqui, novamente, ousa-se discordar do arremate feito por ADELAIDE DINORÁ GROTTI[1565], 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 malferição 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 persequendi*. 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

---

[1564] Esse direito de proibir a entrada de terceiros, pela empregada ou empregado, deve ter em consideração algumas circunstâncias. Primeiro, se o espaço destinado ao empregado é bem definido, como *casa de caseiro* ou mesmo um quarto específico, não se tem dúvidas de que ali ninguém pode penetrar sem o consentimento daquele. Isso se aplica, inclusive, ao patrão.

[1565] Op. cit., p. 107.

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 idéias que guia a solução quando se trata do dono de hotel em relação aos quartos ocupados pelos hóspedes ou o proprietário do imóvel em relação ao locatário. A partir do momento 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 vai habitar aquele 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 que diz respeito aos filhos ou a outras pessoas que são admitidas como moradoras da 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, o constituinte admita que se ingresse na casa, mesmo sem consentimento do morador, nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para a prestação de socorro e quando houver autorização judicial, à noite, só nas três primeiras hipóteses é que se concebe o ingresso sem o consentimento do morador. Sequer com autorização judicial, o domicílio, sem o consentimento do morador, excepcionados os casos de flagrante, desastre ou para prestação de socorro, 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 essa é uma circunstância sobremaneira importante para validar a operação feita em domicílio, sem a autorização do morador. Meditando ainda sobre a redação empregada pela Constituição de 1967, escrevendo como doutrinador, o hoje Ministro CELSO DE MELLO[1566] 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 não há, no Código de Processo Penal ou em outra lei, nenhuma definição quanto ao que seja período diurno[1567].

Embora mais preciso, o critério defendido por JOSÉ AFONSO DA SILVA, aceito por alguns doutrinadores[1568], não parece coadunar-se com o preceito constitucional. Quando o constituinte veda a invasão do domicílio durante à 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 Penal 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 do tempo referente aos atos processuais, e não à diligência destinada ao cumprimento de mandado de busca e apreensão e/ou prisão em domicílio[1569].

[1566] *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 442.
[1567] Op. cit., p. 377.
[1568] MIRABETE. op. cit., p. 321.
[1569] A norma não trata do horário de expediente forense, mas sim do horário no qual o oficial pode praticar os atos processuais.

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 mesma advertência que foi feita em relação ao mandado de prisão. O mandado de citação, intimação ou outro qualquer, por si só, 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 é fazer 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 GROTTI[1570] 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, remedia-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.

O mais correto é entender que, independentemente do horário, o que o constituinte quis ressaltar foi a inadmissibilidade, mesmo mediante ordem judicial, que se ingresse na casa contra a vontade do morador, quando não houver mais a luz solar.

[1570] Op. cit., p. 314.

9.4.5.5- Determinação judicial substitutiva do consentimento do morador[1571].

No item 7.2.3.1, supra, foram tecidas considerações sobre quem detém legitimidade para determinar a flexibilização de garantia fundamental. Partindo do pressuposto de que, embora os direitos fundamentais sejam relativos, eles representam garantais 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 decidir os casos. Naquela parte do pensamento aqui expendido, 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, ao escrevê-lo, o constituinte foi expresso ao dizer que a quebra desse direito 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, supra, 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.

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 socorro[1572]. Antes, porém, o

---

[1571] 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.

[1572] CELSO RIBEIRO BASTOS, atento a essa peculiaridade, acompanhando o pensamento da doutrina e da jurisprudência, confirma que não mais existe a possibilidade de invasão domiciliar por ordem administrativa, tendo perdido a administração, em relação a essa questão, a *auto-executoriedade*, "... mesmo em casos de

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 policial[1573] 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 levar a cabo a diligência, não haveria, sequer, necessidade de levar consigo o respectivo mandado, a fim de apresentá-lo a quem esteja 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 derrogadas.

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 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*[1574]. 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

---

medidas de ordem higiênica ou de profilaxia e combate às doenças infecto-contagiosas" (*Comentários à constituição do brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2. p. 68)

[1573] Quando no CPP o legislador usa a expressão *autoridade policial*, ele não está referindo-se a qualquer agente, senão ao delegado de polícia.

[1574] Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

casa[1575], 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 todo e qualquer documento, objeto ou coisa direta ou indiretamente relacionado com o ilícito em apuração. Aqui, como já se teve oportunidade de ressaltar[1576], 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 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)[1577].

Ao contrário do que prega ADELAIDE DINORÁ GROTTI[1578], 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 de prisão. 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 de prisão, a ordem é para que, sendo ele encontrado, proceda-se o seu recolhimento. Caso se queira permitir que a autoridade policial entre na casa para lá efetuar a prisão, o juiz tem, além de fundamentar os motivos, 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 mandado[1579]. Como dois são os direitos fundamentais – direito de liberdade física

---

[1575] Foi bastante criticada decisão, emanada alguns anos atrás pelo Poder Judiciário do Rio de Janeiro, que fez expedir mandados de busca e apreensão em uma determinada favela, sem a precisa identificação das casas.
[1576] Cf. item 9.1.6.2.3, supra, em que se analisa a cláusula *boa-fé* como exceção à *exclusionary rule*.
[1577] Na parte que interessa, o art. 243 assim está redigido: "O mandado de busca deverá: I – indicar, o mais precisamente possível, 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".
[1578] Op. cit., 115.
[1579] Aliás, essa é a inteligência a ser emprestada ao art. 233, § 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.").

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 invasão[1580].

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, não houve nenhuma inovação; A garantia do sigilo quanto a essas formas de comunicação já era prevista no sistema constitucional anterior. A novidade deu-se, apenas, 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.

[1580] Em alguns casos, de conformidade com as circunstâncias, o juiz, por força de decisão motivada, manda expedir mandado de *busca, apreensão e prisão*.

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*[1581]". Entretanto, antes mesmo da Constituição de 1824, no Brasil há 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 1924[1582].

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"[1583].

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

---

[1581] O dispositivo em foco ainda continha uma segunda parte, assim redigida: "A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo." (FERREIRA. Op. Cit. p. 84.).

[1582] 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 idéia da anterior, expôs, no art. 21, X, ser da competência da União *manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.*

[1583] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1959. p. 65.

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 então Ministro EVANDRO LINS E SILVA, que entendeu lícito o exame da correspondência comercial por meio de agentes fiscais[1584].

Mantendo a tradição do nosso Direito, a Carta de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, deixou estampada, 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

---

[1584] O teor da ementa é o seguinte: "*Inviolabilidade da correspondência. Está sujeita a exame pelos agentes fiscais a correspondência comercial. O interesse publico sobrepõe-se ao interesse privado. Não há direito líquido e certo para a recusa à fiscalização dos papéis constantes de arquivo comercial. Recurso de mandado de segurança não provido"*. Disponível em: www.stf.gov.br, expressão de busca "correspondência e sigilo. Acesso em: 2 jan. 2003.

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 agregar 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 idéias, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados seria absoluto, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, 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 absoluta[1585].

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 absoluto. Essa conclusão, que, aliás, exaure-se na interpretação literal, pois se atém apenas à forma

[1585] Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 320; TOURINHO FILHO. Op. cit., p. 319; SILVA. p. 378; CRETELLA JÚNIOR. Op. Cit. p. 270; GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

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, 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 em 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 internacional[1586].

Mas, o que é correspondência, enquanto 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

[1586] Outrora, a União Federal mantinha esse serviço por meio do Departamento de Correios e Telégrafos, órgão sem personalidade 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.

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, a) de 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)[1587]. Todavia, sem embargo de todas essas formas de comunicação estarem inseridas no monopólio postal, acredita CRETELLA JÚNIOR[1588], 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 carta[1589].

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.

[1587] CRETELLA JÚNIOR. Op. cit. p. 1.364.
[1588] Ibid. p. 1.368.
[1589] 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 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.

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 aos consumidores 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.[1590]

> 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,

---

1590 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.

sendo, assim, necessário que a flexibilização da garantia constitucional seja feita mediante 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 STRECK[1591] 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* ..." (grifei), e sim "É inviolável o sigilo da correspondência, *das comunicações telegráficas, de dados* e *telefônicas* ..." (grifei). 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 inserir 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

[1591] *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. p. 43-44.

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 Constituição[1592]. 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 estão armazenados em um computador, a garantia do sigilo seria veiculada pelo inciso XII, ao passo que se os mesmos dados se encontram coletados em um livro, a hipótese se enquadraria 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 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 outras, 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

[1592] Cf. item 9.4.1, supra.

apreendidos no escritório da empresa VERAX, pertencente a *Paulo César Farias*, sob o argumento de que 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 caracteriza 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 conteúdo[1593]. Na parte referente à inadmissibilidade da degravação da memória do microcomputador, assim constou da ementa redigida pelo Ministro ILMAR GALVÃO[1594], 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 feito com inobservância do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia 9art. 5º X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas 9art. 5º, X e XI, da CF).

No corpo do acórdão, o relator Ministro ILMAR GALVÃO[1595] 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 micro-computador, 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 é realizado 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 relacionadas a fórmulas e cálculos, mas também de toda correspondência epistolar e telegráfica, em relação aos quais o manto constitucional

---

[1593] 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.

[1594] Ibid.

[1595] Ibid.

> 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 e 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 relativos[1596].

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 insertas 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, não seria admitida 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 dispositivo[1597].

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

---

[1596] Cf. tópico 7.2.2, supra.
[1597] Cf. itens 9.4.3 e 9.4.3.3, supra.

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. Na restam dúvidas de que a expressão *comunicações telefônicas* é algo mais abrangente do que *comunicações de telefone*[1598]. 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 telefônicas.

Justamente por compartilhar desse entendimento, DAMÁSIO DE JESUS[1599], preocupado em ressaltar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que permite a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de *informática* e *telemática*, agrega 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 GOMES[1600] 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 STRECK[1601], 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'."

[1598] Nessa linha de pensamento, IVAN LIRA DE CARVALHO adverte que o constituinte, a preferir a expressão *comunicações telefônicas*, não se ateve apenas a preocupações de ordem lingüística, 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.)

[1599] *Interceptação de comunicações telefônicas:* notas à lei 9.296, de 24.07.1996. Revista dos Tribunais, v. 735, p. 458-473.

[1600] *Ibidem.* p. 167-171.

[1601] Op. cit., p. 42.

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, pode-se dizer que se trata de comunicação telefônica, o mesmo não se verifica quando ele é prestado pelas empresas de tv 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 *skipe,* 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 reconhecido como garantia fundamental dos cidadãos[1602]. Na França, em um primeiro instante, a Assembléia Nacional, ainda em 1789, deparou-se com a discussão quanto

[1602] A expressão aqui está empregada em sentido amplo, no escopo de abranger todas as pessoas que devem ser tratadas com dignidade.

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 amigos[1603], de modo que a assembléia manteve o segredo destas[1604].

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".[1605] 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 Assembléia 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."[1606]. Especificamente

---

[1603] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 65.

[1604] Almeida Júnior relata que Camus se opôs à admissibilidade da utilização como prova das cartas particulares por considerar *"... uma carta fechada como uma propriedade, e não se pode, sem atacar abertamente os mais sagrados direitos, romper os segredos das cartas"*. Cita ainda o referido autor que Mirabeau, indignado, exclamou: *"Que é isto?! Um povo que quer tornar-se livre, emprestando as máximas e os processo 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 d enós 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."*

[1605] ALMEIDA JÚNIOR. p. 66.

[1606] 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*

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."[1607]

Em exame do *leading case* julgado em 21 de fevereiro de 1964 pela Suprema Corte Constitucional alemã, conhecido como *o caso do diário*, COSTA ANDRADE[1608] 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

> (...) à semelhança do que acontece para as escutas telefónicas, 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 sigilo[1609]. 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

---

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."

[1607] ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 28.

[1608] Ibid. p. 31.

[1609] Art. 18, 3: "É garantido o segredo das comunicações, em especial das comunicações postais, telegráficas ou telefônicas, salvo decisão judicial em contrário."

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 restrição[1610]. 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 BENTIVOGLIO[1611] 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."[1612] Sem embargo de cuidar do segredo das correspondências do mesmo modo como do sigilo das telecomunicações, o constituinte português teve a preocupação 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

---

[1610] 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."

[1611] 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.

[1612] 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."*

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 telegráficas. As Constituições espanhola e portuguesa, que fizeram menção expressa às comunicações feitas por meio do sistema de informática, foram expressas ao permitir, em determinados casos, a flexibilização do 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 imponha freios ao seu exercício, porquanto aplicável a cláusula dos *limites imanentes*.

Por fim, merece consideração o projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, trabalho apresentado à comunidade científica em 30/31 de outubro de 2000, na cidade de Santiago do Chile, com a participação de vários pesquisadores latino-americanos e europeus,[1613] no qual, no art. 165, há a previsão expressa da interceptação e do seqüestro[1614] da correspondência, admitindo-se, até mesmo, que, em casos de perigo pela demora, o Ministério Público e a polícia[1615] possam fazer a interceptação sem a prévia autorização judicial, muito embora depois devam levar ao crivo deste, que avaliará a legalidade da medida tomada.[1616]

[1613] AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no brasil e na américa latina*. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 11.

[1614] No Código de Processo Penal brasileiro, o instituto que confere lastro à apreensão da carta é a busca e apreensão.

[1615] Conferir esse poder de interceptação e seqüestro 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.

[1616] A norma proposta tem a seguinte redação:

"Art. 165. Seqüestro de correspondência.

Quando for de utilidade para a averiguação poder-se-á ordenar a interceptação e o seqüestro 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 seqüestro, e as peças serão liberadas a quem correspondam." (AMBOS, Kai;

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 desapartou 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.

Se essa for a inteligência firmada sobre o assunto, implica conceber um regramento no ordenamento jurídico brasileiro peculiar, que rompe com a nossa tradição constitucional[1617] 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 vigente[1618]. 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 7.2, 7.2.3, 7.2.3.1, 7.2.3.2, 7.2.3.3.1 e 7.2.3.3.2, supra, 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 judicial.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no brasil e na américa latin***a**. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 303.

[1617] Confira-se o que restou dito no item 9.4.6.6, supra. Note-se que, na interpretação da garantia da inviolabilidade da correspondência 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 a fiscalização dos papeis constantes de arquivo comercial. recurso de mandado de segurança não provido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. INVIOLABILIDADE 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.

[1618] 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.

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 privadas. 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 exercida[1619]. 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 limitação[1620].

FERNANDES[1621], 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 violação dessa correspondência se há notícia

---

[1619] Sobre o assunto, ver o que ficou expendido sobre a teoria da prova benéfica em prol do acusado, como exceção à *exclusionary rule* (Cf. item 9.1.6.2.5, supra.)

[1620] 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. Ainda dentro dessa linha de idéia, deve-se concluir que, quando no inciso seguinte 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, já que se trata de uma limitação do direito de punir, a norma é direcionada unicamente à pessoa que exerce a titularidade da ação penal. O que quero dizer, sem tirar nem pôr, é que a Constituição implicitamente permite que o acusado, no exercício da sua ampla defesa, utilize-se das provas necessárias para a comprovação de sua inocência ou mesmo para atenuar a sua culpabilidade, ainda que obtidas de forma ilícita. Essa tese se sustenta na cláusula constitucional que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos é dirigida para o Estado, de modo que, em sua essência, quer dizer que ela não poderá ser valorada para o fim de dar suporte à condenação, mas nada obsta que venha a subsidiar o juízo de absolvição.

[1621] PENTEADO, Jacques de Camargo (Coord). *Justiça Penal: críticas e sugestões*. São Paulo: RT, s. d. p. 72.

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[1622].

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, 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 atingir não apenas o próprio destinatário, mas também a terceiros.

Em síntese, ainda que se entenda que o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados é 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.

No meu entender, o Código Penal, ao estabelecer que, ao agir em estrito cumprimento de dever legal, o agente do Estado não pratica nenhum crime, 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.

[1622] Cf. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referida no tópico 5.3 (*Internet*: www.stf.gov.br/jurisprudência. Expressão de busca: interceptação e correspondência. Acesso em 6 jan. 2003.

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 ocorra. 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.

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 comunicações telegráficas ou de dados o seja[1623]. Ademais, quanto à garantia do sigilo da correspondência, não há apenas limitações implícitas, mas também pelo menos uma expressa. É 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 tem dúvidas de que o art. 233 do Código de Processo Penal que, a contrário senso, admite 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 no instrumento hábil para se colher a correspondência para fins de que ela instrua o processo na qualidade de prova.

[1623] A tratar da relatividade dos direitos fundamentais, restou consignado neste escrito que nem mesmo o direito à vida é absoluto, até porque, em interpretação sistêmica do texto constitucional, mostra-se coerente a assertiva de que existe, desde que presentes as circunstâncias justificadoras, o *direito* – para o particular – e o *dever* – para o polícia militar – *de matar*. (Cf. item 7.2.2, supra)

No julgamento do caso COLLOR[1624], 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 MELLO[1625], 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, em outro pronunciamento, agora em decisão monocrática da lavra do Ministro MARCO AURÉLIO[1626], 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 fortagido, 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 absolutismo à inviolabilidade da correspondência, com os seguintes argumentos:

[1624] 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.

[1625] Na parte que interessa, a ementa está assim redigida: "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, paragrafo único, da Lei n. 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. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumariíssima de habeas corpus." (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: 18 set. 2005.

[1626] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça de 16/05/1998.

> 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 aà 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 LEAL[1627], 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.

[1627] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CONDENAÇÃO. PROVA. SIGILO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. QUEBRA. AUTORIZAÇ ÃO 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 pelo 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 que o seu conteúdo se insere no conceito de *vida privada*.

Sob o ângulo sistêmico, 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 da civilização. 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, daí por que, as mais 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, mas sim quando se examina a extensão com que ela deve ser interpretada, dentro de um determinado contexto fático.

Cabe ao exegeta, portanto, enxergar o Direito enquanto 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 pacificação social, que ordena o desenvolvimento e as realizações das necessidades humanas dentro dos valores colimados pelo grupo social, de modo que nunca conduz ao absurdo, a não ser que o operador jurídico trilhe o caminho errado.

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 ressalvou a possibilidade de quebra apenas das comunicações telefônicas –, parece evidente que é posssível haver a flexibilização dos direitos fundamentais contemplados na norma em qualquer uma das hipóteses ali previstas.

Com efeito, a primeira interpretação que ressai da norma, e é a mais fácil de ser vista, leva a crer que o legislador deixou expresso que seria *inviolável o sigilo da correspondênci*a. 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 idéia 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"[1628].

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 correpondência 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.

[1628] Preceito aplicável também ao Ministério Público dos Estados, por força do art. 80 da Lei 8.625, de 1993.

A única diferença que se poderia fazer entre a comunicação por correspondência e a das telegráficas e a de dados e a que é feita por meio de telefone seria que aquelas se fazem por meio da escrita, enquanto a última por meio da fala[1629]. 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 diferençado no que respeita à proteção mediante a preservação do sigilo.

Ademais, o telefone, hodiernaemnte, 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[1630]. 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 princípio com suporte somente na interpretação literal de sua expressão normativa[1631].

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

---

[1629] De qualquer forma, como foi visto, a comunicação eletrônica, feita pela internet, hoje permite que a comunicação seja por meio da fala.

[1630] 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.

[1631] Cf. item 7.1, supra, que cuida da interpretação das normas e princípios constitucionais.

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 fazer quando o meio utilizado fosse a correspondência ou a comunicação telegráfica.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, 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 a 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.[1632]

É interessante observar que, no caso da norma jurídica em estudo, permite-se que a interceptação seja feita independentemente de autorização judicial, porém, mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, diante das peculiaridades da relação entre o administrador penitenciário e os detentos, tem como justificada a restrição nela imposta ao sigilo da correspondência.

9.4.6.5.2- Interpretação literal que conduz à conclusão lógica de que 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 idéia 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 Inquérito[1633]. 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 jurisdição[1634]. 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, poderiam 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

---

[1632] Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Expressão de busca: intercepção e correspondência. Acesso em 6 jan. 2003.

[1633] 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. A esse respeito, Cf. itens 7.2.3., 7.2.3.1 e 7.2.3.1.1, supra.

[1634] 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.

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, certamente 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 constituite para eleger a claúsula de reserva de jurisdição para os casos em que esteja em jogo a permissibilidade da interceptação telefônica[1635]. 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 admíssivel 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 promanada de autoridade judicial.

9.5- Princípio da ampla defesa.

Antes da processualização do exercício do poder-dever 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 investigadas 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 inocência[1636]. 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 declarações[1637]. Na fase religiosa, afloraram as ordálias ou juízes de Deus, que consistiam na crença de que o próprio acusado, submetido a provações perante Deus, faria com que a verdade exsurgisse, na medida em que Ele, onipresente e onisciente, se fosse o caso, interviria para não deixar que um inocente sofresse ou morresse[1638]. Tinha-se a crença totalitária de que o acusado, sendo culpado, não tinha direito à defesa, pois é inconcebível que o autor de um ilícito tenha 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 celebrizou, 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, que ela fosse ampla.

[1635] Quanto à interceptação de comunicação telefônica, o constituinte resolveu dar o mesmo tratamento que ele dispensou para os casos de prisão e de invasão de domicílio.

[1636] 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, já há 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.)

[1637] Ibid., p. 16.

[1638] 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 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.)

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 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 e assim permanece na Constituição dos Estados Unidos, da Espanha e de Portugal[1639]. 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.

[1639] Tendo a preocupação de estender o direito de defesa, quanto ao processo civil, não só ao réu como ao autor, ALEX CAROCCA, 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.)

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 existissem[1640]. Porém, a Constituição de 1891 foi precisa, ao preceituar, no art. 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." Ou seja, ao referir-se *aos acusados*, manteve a idéia de que a garantia era dada em relação ao processo criminal, acrescentando, ainda, 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 compreendidos, 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).

[1640] 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 Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as."

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."

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 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 MIRANDA[1641], 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 civil[1642]. 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 criminal[1643]. Coerente com esse entendimento, o legislador do Código de Processo Civil em vigor, contaminado pela idéia da ampla defesa prevista apenas para o acusado do processo penal, estendeu o princípio da ampla defesa para o âmbito cível, porém sob a perspectiva do réu[1644].

[1641] Op. cit., v. 5, p. 235.
[1642] Ibid. p. 235.
[1643] 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. Correspondia 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)
[1644] 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

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 réu[1645]. 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 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 autor[1646].

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 poder-dever de punir) do autor no processo penal[1647]. Essa circunstância reforça a idéia que serve de lastro ao estudo aqui burilado de que os direitos fundamentais previstos na Constituição se estabelecem, sob a ótica do sistema criminal, em limitações ao direito de punir do Estado. 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,

---

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, o mesmo não se dá na órbita do processo civil, no qual as partes devem ser tratadas, na medida do razoável, com rigorosa igualdade.

[1645] A preservação da ampla defesa na ótica do réu, é claro, não pode ser objetada no processo civil, porém 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.

[1646] O tratamento diferente se justifica diante da magnitude do direito de liberdade, que é defendido pelo réu no processo penal.

[1647] 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 lãs partes procesales, 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.

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 idéia, deve-se concluir que, quando no inciso seguinte 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, sem tirar nem pôr, é que a Constituição implicitamente permite que o acusado, no exercício da sua ampla defesa, utilize-se das provas necessárias para a comprovação de sua inocência ou mesmo para atenuar a sua culpabilidade, ainda que obtidas de forma ilícita. Essa concepção dos direitos fundamentais permite que se solucione, com substancial justificativa, a 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 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 acusado[1648].

9.5.1.1- Diferença de conteúdo entre a ampla defesa no processo criminal e no processo civil. Revelia. Direito ao interrogatório. Participação dos atos processuais. *Jus postulandi*.

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 ampla defesa, na seara criminal, pode ser visto, sob a

[1648] 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

perspectiva individual, como uma garantia que é outorgada ao acusado pelo sistema, enquanto, em outra, de sentido coletivo, uma *garantia ao justo processo*. 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 social*[1649]. 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 DENTI[1650], 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 CATENA[1651] adverte que

> La defensa em el proceso penal no puede ser concebida sólo como um derecho que asiste al inculpado para hacer valer por si o com la asistencia de um abogado, sus argumentos defensivo y promover todos os resortes permitidos por la ley para intentar su absolución; transcendiendo 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.

---

condenação, mas nada obsta que venha a subsidiar o juízo de absolvição. A esse respeito, cf. o item 9.1.6.2.5, supra.

[1649] A expressão está aqui empregada consoante o contexto da escola da *Nova Defesa Social*, tal como ela foi idealizada na doutrina de MARC ANCEL e demais doutrinadores adeptos dessa corrente de pensamento, surgida logo após a Segunda Guerra Mundial.

[1650] DENTI, Vittorio. *La difesa come diritto e come garanzia*. In Il Foro Italinao, 1977. v. C, p. 55 e ss. Tradução livre: "*... come esigenza di um corretto svolgimento del processo, per um interesse publico generale que trascende i'interesse dell'imputato*."

[1651] Apud PÉREZ, Alex Carocca. *Garantia constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1998. p. 22.

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 absoluta 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)[1652]. A ampla defesa no processo 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 defensor[1653].

A ampla defesa é tão substancial que não é apenas a falta de defesa que maltrata o devido processo legal no sistema criminal, mas até mesmo o seu exercício deficiente pelo profissional ao qual confiada a missão de cuidar dos interesses do acusado. O

[1652] Explorando esse tema, CARLOS RUBIANES alerta que "*La característica fundamental de la defensa em el proceso penal es que se efetivice, 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 CLARIÁ OLMEDO, que a defesa no processo penal é uma *potestad ou poder de resistência a la acción* (Ibid.).

[1653] O acusado tem o direito de escolher o seu advogado. Todavia, se ele não o faz, o juiz pode, e deve, nomear-lhe um defensor, 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 argüir cerceamento de defesa for 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 argüir 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 o rigor da 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, um. Data da decisão: 19/04/1985. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005).

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, na seara 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 prejudicado[1654].

Não basta, por conseguinte, nomear um defensor dativo para o réu revel ou que não tenha constituído advogado, sendo de mister que a defesa no processo criminal realmente seja exercida. Nessa linha de entendimento, ANTONIO SCARANCE[1655] 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." SCARANCE 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 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)[1656]. 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, havendo mais de um acusado e sendo colidentes os argumentos de defesa, como ocorre quando um deles, como forma de provar a sua inocência, acusa o outro, o patrocínio dos interesses dos acusados no processo, sob pena de nulidade, não pode ser desempenhado por um mesmo advogado ou defensor dativo[1657].

[1654] Em exame da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, ANTONIO SCARANCE 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; RHC 62870, RTJ 113/1079. (Ibid.)

[1655] Ibid., p. 262.

[1656] Ibid. p. 262.

[1657] 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

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 ampla defesa, pois se exige que ela, além de *concreta ou efetiva*, seja *eficiente*, sob pena de a sua falta ou deficiência, neste último caso quando demonstrado o prejuízo para o acusado, acarretar a nulidade do processo. 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 na

---

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)

pessoa de seu advogado, de modo que, uma vez ele habilitado nos autos, todos os pronunciamentos da parte, exceto em relação ao depoimento pessoal, são feitos pelo defensor, do mesmo modo como as comunicações processuais são realizadas por seu intermédio, não havendo, assim, a necessidade de intimação pessoal do seu cliente para que ele tome conhecimento e participe dos atos processuais. As únicas comunicações processuais que são feitas diretamente à parte, no processo civil, é quando se faz a citação ou então no caso de intimação para prestar depoimento pessoal[1658]. No mais, a intimação das audiências, das decisões, da sentença, enfim, de todos os atos processuais são feitos na pessoa do advogado constituído, independentemente de o mandato de procuração conter ou não 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, 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, 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 ele próprio 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 por si mesmo.

Seguindo essa orientação, ANTONIO SCARANCE[1659] 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 FILHO[1660], 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

[1658] Assim também se dá, antes de o juiz declarar o abandono da causa.
[1659] Op. cit., p. 258.
[1660] *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 474.

característica do processo criminal, como alertam ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO[1661], não entra em colisão com a regra esculpida no art. 133 da Constituição, pois ela não afasta a participação do advogado, apenas se presta a facilitar o exercício da autodefesa que, ao lado da defesa técnica, constitui o princípio da ampla defesa penal.

O direito à autodefesa, derivado da compreensão da ampla defesa no campo processual penal, são de três ordens: (1) direito de ser cientificado dos atos processuais, (2) de estar presente às audiências e, por fim, (3) de falar nos autos[1662]. A primeira conseqüência 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 citado, 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 da data da realização das audiências, das decisões interlocutórias e, ainda, da sentença[1663]. Não é suficiente a intimação do seu advogado ou defensor dativo, posto que a intimação há de ser feita, igualmente, ao próprio acusado[1664]. A falta de intimação ao acusado da audiência, ainda que feita ao seu defensor, é causa de nulidade, se bem que relativa, o que exige, por conseguinte, a demonstração de prejuízo[1665].

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

---

[1661] *Recursos no processo penal:* teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 95.

[1662] 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.

[1663] 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.

[1664] Antes da edição da Lei nº 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 conseqüência 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, sob pena de nulidade, de haver a sua 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).

[1665] Ibidem. p. 367.

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 advogado[1666]. Ao ter sob apreciação em recurso em habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça[1667], 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 advogado[1668]. 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.

[1666] 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.

[1667] SILVA, Alberto; STOCO, Rui. Op. cit., v. 2, p. 2109.

[1668] 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 idéia de que ele é o instrumento adequado para, a todo o tempo, assegurar ao argüido 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).

14.3.*d*, diz que "Toda pessoa acusada terá direito ... a estar presente 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, especialmente quando se trata de julgamento pelo tribunal do júri, ainda há o mal vezo de colocar o acusado sentando 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 defesa[1669].

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 testemunha[1670]. 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. Tem-se, ainda, que no caso de expedição de carta precatória, não está assegurado ao acusado o direito de estar presente na audiência realizada perante o Juízo deprecado[1671].

[1669] Quem é advogado, especialmente os que militam na área criminal, sente a necessidade de se fazer acompanhar, na audiência de seu cliente, pois há explicações imprescindíveis que precisam ser feitas, em razão de algumas afirmações feitas em depoimentos da vítima e das testemunhas.

[1670] Essa é a inteligência que deflui do art. 271 do CPP. Embora o dispositivo só se refira à hipótese de a presença do réu, pelo seu comportamento, puder influir no ânimo da 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 (TOURINHO FILHO. *Código de processo penal comentado.* v 1, p. 373).

[1671] 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

A terceira conseqüência 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. Verifica-se já a partir da defesa prévia, pois o art. 385 do Código de Processo Penal dispõe 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 quiser, no seu próprio interrogatório, ele pode indicar as testemunhas que pretende que sejam ouvidas. A previsão de que a defesa prévia pode ser feita até mesmo pelo acusado é válida e não contraria o preceito da ampla defesa, pois, em razão de estratégia, esse não é o momento mais adequado para ser feita propriamente a defesa no processo criminal. Tanto não é que se trata de peça facultativa e normalmente ela é utilizada apenas para arrolar testemunhas e, de soslaio, afirmar, sem adiantamento da tese e dos aspectos que serão explorados na defesa, que, no final do processo, será comprovada a inculpabilidade do incriminado.

Do mesmo modo, 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 incriminado.

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

---

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.

tanto pelo próprio recorrente quanto por seu representante[1672]. Sendo mais expresso ainda, o § 1º do art. 578 do Código de Processo Penal admite, até, que o acusado analfabeto faça a interposição do recurso, sendo, nesse caso, o termo assinado a rogo. ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO[1673], 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 recurso[1674].

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 pena[1675]. Para facilitar a defesa nesse procedimento, a legitimidade para postular em prol do

---

[1672] 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 sua defesa. A solução mais óbvia parece ser aquela que aponta para a prevalência, sempre, da vontade manifestada 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 de uma das novas súmulas editadas, 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.

[1673] Op. cit., p. 94.

[1674] 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 ele 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 art. 577, caput, e 578, § 1º .

[1675] Até a década de 70, o entendimento era de que a execução da pena se inseria dentre as atribuições do Executivo, daí por 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

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 pelos dias trabalhados, a autorização para saída temporária, seria o mesmo que lhe negar o acesso à justiça, daí por que se justifica o *jus postulandi*. 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 autodefesa, pois não há 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, quando 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 efetivo acompanhamento da execução da pena do condenado por um advogado constituído ou defensor 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.

---

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 2º, 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.)

O que se tem visto é que os encarcerados não recebem assistência técnica adequada para a defesa de seus interesses na execução da pena, e quando eles 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, quando 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, pois ali se assegura, especificamente ao preso, o direito à assistência de advogado[1676].

Certo que o entendimento mais adequado é que a expressão *preso*, utilizada pelo constituinte, não deve ser entendida apenas no sentido técnico-processual, de modo que comporta a compreensão que o conteúdo da norma serve de garantia para toda e qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de ilícito penal. Porém, se a interpretação deve ser elástica, isso não impede, muito pelo contrário, que se construa o pensamento de que o legislador, 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 advogado.

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 liberdade[1677]. Dada a finalidade do habeas corpus, que é uma ação constitucional inserida

---

[1676] Veja-se a leitura do dispositivo em foco: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo lhe assegurada *a assistência* da família e de *advogado*." (Grifei).

[1677] Na doutrina, reina controvérsia quanto à origem efetiva do habeas corpus, pois há quem defenda que o seu aparecimento 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 1823 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

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 advogado[1678]. A idéia é democratizar o máximo possível a defesa do direito de liberdade perante o Judiciário, de modo que a exigência da intervenção de um advogado poderia dificultar 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 deficiência da assistência jurídica pública[1679]. 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,*

Processo Penal em vigor, atecnicamente, 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 que escoimam, 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.

[1678] 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, inserindo-o, nessa última hipótese, dentro 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."

[1679] 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.

ascendente, descendente ou irmão (art. 623 do CPP)[1680]. Aqui se tem como consideração de que a pessoa condenada, especialmente quando está cumprindo pena, tem dificuldade financeira de custear advogado, daí por que é-lhe assegurada a possibilidade 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 adequada[1681].

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 do seu procedimento e 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 da ampla 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

---

[1680] Da mesma forma como procedeu em relação ao habeas corpus, a ação revisional, que está para o processo penal assim 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 constitutiva, 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.

[1681] 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.

com a exigência da intimação pessoal da 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 nos 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 disciplinado no Código de Processo Penal, a ampla defesa, quando se trata de processo da competência do tribunal do júri, mostra-se mais efetiva, no que diz respeito à participação do acusado na relação processual. Isso é sentido especialmente na segunda fase do procedimento, que corresponde à fase do julgamento propriamente, momento em que o processo é remetido para o tribunal do júri, mas tem início ainda na primeira fase, diante da exigência de que o acusado, nos crimes inafiançáveis, seja intimado pessoalmente da decisão de pronúncia (arts. 413, caput, e 414 do CPP). O processo, conforme condição 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 ele esteja foragido ou não tenha sido encontrado para a intimação da decisão de pronúncia, este fica suspenso em relação ao respectivo acusado, sem que se suspenda, igualmente, o curso do prazo prescricional, pois não há previsão nesse sentido, situação que enseja muita crítica na doutrina e pelas pessoas que têm interesse no julgamento[1682].

Pejorativamente, essa norma é denominada *usina de prescrição*. O escopo dessa previsão legislativa é evitar que a pessoa seja julgada à revelia pelo tribunal do júri que,

[1682] Essa previsão do CPP é muito criticada, pois transmite a sensação perante a sociedade de impunidade. A família da vítima não se conforma pelo fato de o acusado, mesmo foragido, não ser julgado pelo tribunal do júri.

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. Se assim é, a previsão contida no dispositivo em foco se mostra despropositada, porquanto ainda se está na intimação da decisão de pronúncia, não tendo sido iniciada, sequer, a segunda etapa do processo, que terá ainda a fase postulatória e a da instrução e julgamento. Atendendo aos reclamos da doutrina e de parte da sociedade, o Governo Federal, no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, encaminhou proposta de modificação dessa regra, de modo a exigir que a intimação da decisão de pronúncia seja feita pessoalmente ao acusado apenas na hipótese de ele encontrar-se recolhido à prisão[1683]. Com isso, evitar-se-á que os processos fiquem paralisados, dando a impressão de impunidade, pelo fato de o acusado encontrar-se foragido, impossibilitando a intimação[1684].

Ainda como decorrência da plenitude de defesa, há previsão no Código de Processo Penal no sentido de que uma cópia do libelo seja entregue pessoalmente ao acusado, independentemente da que deve ser encaminhada ao seu advogado, sob pena de nulidade do processo, tal como está previsto no art. 564, II, *f, do CPP*[1685]. Também essa norma é alvo de severas críticas, uma vez que acarreta, quando o acusado está foragido, a paralisação do processo, sem prejuízo do curso do prazo prescricional. Atento a essa censura, no anteprojeto enviado pelo Executivo à Câmara dos Deputados houve a preocupação em obviar esse problema, suprimindo-se essa peça do procedimento, o que foi possível em razão da simplificação dos quesitos a serem formulados ao Conselho de Sentença, que, no anteprojeto, restringem-se à materialidade do fato, à autoria ou à participação, se o acusado deve ser condenado, se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa e se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia[1686].

É comum os familiares procurarem o juiz para saber a razão pela qual o processo está paralisado e, diante da explicação que lhes é dada, demonstrarem toda a sua indignação pela forma como o assunto é tratado.

[1683] Deveria especificar-se, para evitar controvérsias, que, quanto à hipótese de acusado preso, a intimação da decisão de pronúncia só haverá de ser feita pessoalmente, se o encarceramento for em estabelecimento localizado fora da jurisdição do juiz, e caso o aprisionamento seja do conhecimento deste. Se assim não for, com certeza, haverá muita discussão se, estando o acusado preso, ainda que em estabelecimento de localidade distinta, a despeito do desconhecimento do juiz, a intimação não realizada pessoalmente tem validade.

[1684] Não parece que a modificação arranhe a substância da garantia da *plenitude de defesa*, pois a proposta visa à correção de um excesso praticado pelo legislador infraconstitucional.

[1685] O libelo constitui-se em peça jurídica de rigor formal, em que o representante do Ministério Público, de forma objetiva e articulada, guardando fidelidade com a decisão de pronúncia, dá início à segunda fase do processo da competência do Tribunal do Júri. O libelo serve, 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.

[1686] Como o libelo e a contrariedade se constituem nas oportunidades próprias para que as partes arrolem testemunhas, juntem documentos e requeiram diligências, no anteprojeto, devido à supressão dessas duas peças,

Por fim, como regra específica prevista para o tribunal do júri, a fim de concretizar o princípio da plenitude de defesa, exige-se a presença, quando a hipótese se trata de crime inafiançável, do acusado na sessão de julgamento, sob pena de adiamento (art. 451, § 1º, do CPP). Não se admite, 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 podem fazer-lhe perguntas. Nesse caso, a presença do acusado é necessária como forma de permitir que ele se defenda e se faça conhecer por quem vai julgá-lo. A preocupação em não se admitir o julgamento à revelia se justifica, 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 tem merecido discussão nos meios acadêmicos, pois igualmente, quando o acusado está foragido, ocasiona a paralisação do processo, sem que o mesmo ocorra quanto ao prazo prescricional.

Para contornar essa *vexata quaestio*, a proposta remetida pelo Executivo ao Legislativo também se ocupou desse assunto, de modo que o *caput* do art. 473 dispõe que o interrogatório do acusado somente será realizado se ele estiver presente em plenário, devendo-se, pois, em caso contrário, dar continuidade à instrução em plenário, passando à inquirição das testemunhas acaso arroladas. Possibilita-se, por conseguinte, o julgamento de crimes dolosos contra a vida, ainda que inafiançáveis, à revelia do acusado, o que é vedado pela lei em vigor. O art. 473, nessa parte, guarda coerência com o art. 417, ambos do anteprojeto, que têm como escopo 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 seja intimado pessoalmente da pronúncia, ou, então, não esteja presente à sessão de julgamento. Quanto a esse passo, acredita-se que a proposta não se coaduna com a garantia da *plenitude de defesa*.

Carece de lembrança, quanto a esse assunto, que é entendimento pacífico que o interrogatório se constitui, a um só tempo, em meio de defesa e prova, razão pela qual, nos

---

em seu art. 219 está expresso que, após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, "...será aberta vista dos autos à acusação e à defesa sucessivamente, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para requerimento de provas e diligências".

processos da competência do tribunal popular, uma vez que os jurados, que são os juízes de fato, não participam da primeira fase do processo, no qual são coletadas as provas que irão dar suporte à decisão, as palavras do acusado, contando a sua versão acerca dos fatos, tornam-se elemento de defesa por excelência.

9.5.1.4- As peculiaridades do direito à ampla defesa no processo criminal e sua repercussão nos efeitos da revelia.

Conseqüência direta dessa diferença do conteúdo da ampla defesa entre os processos criminal e civil se manifesta no instituto da revelia, a qual no processo civil, além de importar na perda de oportunidade do exercício do direito de defesa e na veracidade dos fatos alegados na petição inicial, no processo criminal, de ordinário, ela pode ter duas conseqüências: (1) tornar dispensável a intimação pessoal do incriminado para participar dos atos processuais; (2) ocasionar a suspensão do processo.

Essas conseqüências da revelia 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 das decisões interlocutórias, persistindo, porém, a necessidade de que seja intimado da sentença, mesmo por edital[1687]. De toda sorte, em se tratando de decisão de pronúncia, devido à regra específica prevista no art. 414 do CPP, sendo o crime inafiançável, a intimação, mesmo ele estando revel, terá de ser pessoalmente, daí por que, como a comunicação processual não pode ser feita de forma editalícia, a conseqüência é a suspensão do processo[1688]. Ocorrida a revelia no início do processo, 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

---

[1687] O art. 392, incisos IV, V, VI, do CPP, ao tratar de regras específicas para a intimação da sentença, dispõe sobre as hipóteses 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.

[1688] Ver item 9.4.1.3, supra.

conseguinte, 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 em mira 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 em 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 feita dessa forma, deve trazer como conseqüência a suspensão processual[1689]. 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 processo e dos termos da acusação. 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 inequívoca, 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 conseqüência direta da revelia. Esta, por si só, não é causa da suspensão, 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. Não basta, naturalmente, que se tenha prova de que o incriminado, antes de fugir ou mesmo quando já foragido, foi comunicado informalmente por alguém de que tinha sido oferecida uma denúncia relacionada ao crime do qual ele participou.

Esse dispositivo tem suscitado muitas críticas. As mais contundentes se dirigem, primacialmente, ao fato de a paralisação do processo acarretar, tal qual acontece na hipótese da revelia para a intimação da decisão de pronúncia e para o julgamento no plenário do tribunal do júri, 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 que a solução seja a 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. Ademais, 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, provas essas cujas idoneidades têm muito a ver com o espaço temporal que dista 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 acontecimento[1690].

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 pelo fato de um fato criminoso ocorrido já há algum tempo não ter sido julgado ou somente tendo sido

---

[1689] Cf. item 9.5.1.2.

[1690] 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.

julgado depois de vários anos. Dizer que fica suspensa a prescrição do crime, se por um lado 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, não resolve o desgaste sofrido pelo Judiciário perante a sociedade[1691]. 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.

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 conseqüência 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 observada.

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*. Esse princípio, previsto pela primeria 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 tortura. Na época em que ela era institucional e

[1691] 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.)

prevista como meio eficiente de obtenção de prova para condenar alguém, o milanês, com espontosa 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"[1692]. 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 conseqüência, prejudiciais, todas as leis que se opóem aos sentimentos naturais do homem."[1693]

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 anycriminal case to be a witness against himself*). Ainda no Direito Comparado, há registro expresso da garantia do direito ao silêncio também na Constituição espanhola, 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 próprios* e a *não se confessarem culpados* (art. 24, 2)[1694].

No plano internacional, a garantia da não-auto-incriminação encontra espaço dentre as declarações de direitos, sendo mencionada de forma cogente como uma

---

[1692] Op. cit., p. 54.
[1693] Ibid. p. 54
[1694] Nas Constituições da Alemanha, França, Itália e de Portugal não há, explicitamente, a garantia do direito ao silêncio. 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 consangüinidade 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,* 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.

manifestação passiva da autodefesa, pertencendo, por conseguinte, ao contexto da ampla defesa[1695]. O princípio do *nemo tenetur se detegere* restou estabelecido no Pacto Internacional dos Direitos Civis 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 idéias 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 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 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 desenvolvesse 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 aprisionada. O argumento era de que, nessa situação, a pessoa está mais vulnerável, passível de pressões psicológicas e submissas à autoridade policial, razão pela qual era recomendável, em casos tais, preocupação mais acentuada por parte do constituinte.

Além de a interpetação 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 conseqüente perda do seu efetivo alcance humanitário, que não se contenta em preservar apenas quem está preso quanto à violência ao instituto natural de defesa, praticada contra quem é obrigado a se incriminar, submetendo-se à força de quem quer

[1695] 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.

investigar o fato. Impor 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 a 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 condenado[1696]. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime. 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 indiretamente, em incriminação do depoente[1697]. 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. De certo 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, em tese, incriminá-la[1698].

É irrelevante, igualmente, que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito[1699]. Esse subterfúgio

---

[1696] Conforme esse entendimento, cf: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 392. GOMES. Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 51.

[1697] Até porque, tecnicamente, 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. A sua imparcialidade reside, justamente, na circunstância de não ter participação nos fatos em apuração.

[1698] STF, HC 73.053-3, DJ 26.09.1995, p. 31.400.

[1699] 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 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: nemu 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 auto-incriminação, que tem sua manifestação mais eloqüente 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 auto-incriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à 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

passou a ser utilizado pelas 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 incriminar[1700].

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 detegere*, o que confere a garantia da não-auto-incriminação 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 de um crime. Costuma-se dizer, sob a influência dos textos internacionais, que o

---

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.

[1700] Nesse sentido, cf: "COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - 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 DEFERIDO. - O privilégio contra a auto-incriminação - 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.

direito de não se incriminar possui duas vertentes: (1) o direito de não declarar contra si mesmo e (2) o direito de não confessar[1701].

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 a expressão *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*. O que o constituinte diz, quando ele 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 mentir*[1702]. Apenas a mentira para se livrar da imputação criminosa é tida como uma forma de defesa[1703]. 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 denunciação caluniosa (art. 339 do CP) ou de auto-acusação falsa (art. 341 do CP).

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 identidade*[1704]. No Direito português, reporta COSTA PIMENTA[1705] 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.

[1701] 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.

[1702] Cf. OLIVEIRA. Op. cit., p. 386; MIRABETE. Op. cit., p. 282. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1996. p. 277.

[1703] 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.

[1704] 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."

[1705] 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*).

Ainda que tenha o dever de dizer a verdade sobre a sua identidade, esclarece GERMANO MARQUES DA SILVA[1706] que a legislação portuguesa, em atenção ao direito ao silêncio, "... não estabelece qualquer sanção para o argüido que, prestando declarações sobre os fatos que lhe forem imputados, falte à verdade." 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 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 justiça*[1707].

Segundo a essência do direito ao silêncio, a pessoa não pode ser violentada no seu instinto natural de preservação, o que implica procurar defender-se, quando se sente atacado, de modo que a ela não pode ser imposta a tarefa de cooperar ou colaborar para a sua punição[1708]. 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 fazer*[1709]. Assim, o direito ao silêncio, além de se tratar de princípio que se

---

[1706] Op. cit., p. 277.
[1707] Cf. DELMANTO. Op. cit., p. 307.
[1708] Essa era a crítica que BECCARIA fazia à legislação em vigor na época.
[1709] O julgado está assim sumariado: "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." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro FRANCISCO REZEK,

contém 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, o que é fundamental destacar, 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 de 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. 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 produzisse a prova pretendida seria mediante a força, o que, convenhamos, 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 crime[1710].

A diferença que se há de fazer é entre produção forçada de prova contra si daquela que é produzida, ainda que para outro fim ou de forma involuntária, pela pessoa a quem é imputada a prática de um 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 procedimento médico 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 corte mensal, 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

---

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.

[1710] STF, HC, Relator Ministro CELSO DE MELLO, RT 697/386.

Supremo Tribunal Federal[1711]. 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, no escopo de que seja feita a perícia[1712].

Do mesmo modo aconteceu em um 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 que era a sua verdadeira mãe[1713]. Como a mãe suspeita não aceitou submeter-se à coleta de material genético, esperou-se uma oportunidade para arrecadar uma ponta de cigarro por ela jogada fora, 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.

1711 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' e 'segurança pública' que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5°, 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 súplica 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.

1712 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 auto-incriminação, 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.

1713 O episódio ficou mais conhecido como o caso "pedrinho". A criança, ainda menor de idade, agora está vivendo com os pais biológicos e a pessoa que o havia retirado do berçário condenada.

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. Poder-se-ia dizer 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, mesmo contra a sua vontade, ela pode ser utilizada para o fim de incriminá-la. Essa é a posição, como visto, sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal e que parece ser a mais acertada.

Tem surgido, porém, discussão quanto ao 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 da 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 intimidade[1714].

MARTINE JACOT, no artigo publicado em "O correio da Unesco", em junho de 2000[1715], 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 é obrigada a fornecer amostra de saliva para a elaboração de seu mapa de DNA[1716].

[1714] O assunto desperta maior indagação, na medida em que, amanhã, pode ser que o critério de identificação civil e criminal abandone o sistema datiloscópico e passe a exigir o fornecimento de amostra de saliva ou de sangue para esse fim. 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.

[1715] p. 38.

[1716] Ibidem. p. 38.

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 MOREIRA[1717], a cláusula americana se circunscreve ao interrogatório do suspeito na polícia e ao acusado em Juízo, quando ele presta depoimento oral. Isso porque, 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 ele quer responder e as que não são de seu interesse, diante da preocupação de não se incriminar[1718].

Tendo em 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 verdade[1719]. Ademais, agrega BARBOSA MOREIRA que o que não faz parte do depoimento sai da esfera de proteção da garantia exposta na Quinta Emenda[1720], 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

---

[1717] O processo penal norte-americano e sua influência, In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 103. p. 100.

[1718] 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 Amendmente rights on a selective basis... they cannot individually select which questions they would decline to answer for fear of incrimanating themselves.*") p. 100.

[1719] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte–americano e sua influência. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 103. p. 100.

[1720] DEL CAMEN apud BARBOSA MOREIRA, diz que "O privilégio contra a auto-incriminação se estende apenas para a auto-incriminação no testemunho; ele não proíbe a auto-incriminação física" ("*The privilege against self-incrimination extends only to testimonial (or communicative) self-incrimination; it does not prohibit physical self-incrimination.*"). (Ibid).

por desacato ao tribunal (*contempt of court*), em virtude de não aceitar submeter-se ao exame determinado pelo juiz[1721].

No mesmo sentido, JOAN PICÓ informa que o Tribunal Constitucional da Espanha tem o entendimento de que não se contrapõe à garantia de não-auto-incriminação o dever de submissão a testes periciais[1722]. URBANO CASTRILLO[1723], *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 Européia de Direitos Humanos, firmou orientação no sentido de que não se trata de procedimento *inumano ou degradante*, não sendo proibida pelo dispositivo em referência a extração sanguínea[1724]. 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 prática, recurrirse al empleo de la fuerza física, que sería em este caso degradante e incompatible con la prohibición contenida em el artículo 15 de la Constitución*." [1725] Na linha desse pensamento, o autor em referência[1726] cita decisão do Tribunal Supremo no sentido de 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, adverte que as Regras Mínimas das Nações Unidas (Palmas 1992) permitem que,

> *... únicamente com carátcter excepcional pueden acordarse tales intervenciones aunque no cuenten com el consentimtimiento del afectado, em el caso de gravedad del hecho y falta de peligro para el imputado, ejecutadas por um profesional de la medicina y com el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona.*

[1721] Ibid. 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.
[1722] Apud GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano:* estudo introdutório. p. 222.
[1723] *La prueba ilícita penal*: estúdio jurisprudencial. 2. ed. Aranzadi, 2000. p. 96.
[1724] 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."
[1725] Ibid.
[1726] 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 implicitamente por el artículo 15 de la Constitución*".

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 justificação[1727].

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 PIMENTA[1728], "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 e, na medida do possível, o poder de quem a ele se submeter[1729].

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 obrigar, à força, que a pessoa execute, 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 alargada 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

[1727] O art. 18, 1, da Constituição da Espanha preceitua: "É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem."
[1728] Op. cit. p. 205.

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 o reconhecem 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.

Tem-se dito que está em vias de passar a ser utilizado pelas autoridades de trânsito um equipamento sofisticado que se presta a identificar e determinar o teor alcoólico na corrente sanguínea, sem que haja 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 que não é o caso de inquinar 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. O soro da verdade, por outro lado, 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 dizendo a respeito do detector de mentira, mesmo que haja o consentimento do acusado, pois a dignidade humana é inegociável quando se trata de provas que comprometem a liberdade da declaração[1730].

[1729] Ibid., p. 457.

[1730] 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 o 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 perito, 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**"** e esclarecer, 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 seja *bons costumes*, parece, à toda evidência, que esses bons

9.5.2.2- Direito ao interrogatório como materialização da autodefesa e decorrência lógica do direito ao silêncio.

Uma conseqüência 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 interno, 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."[1731] Seguindo essa ordem de idéias, J. MAIER[1732] 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. Conquanto 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 MARQUES[1733], "O direito de audiência não consiste apenas no direito de o argüido 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 conseqüência 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 *argüido*, puramente formal e presumivelmente culpado, mas como uma pessoa que tem um aversão dos factos e das circunstâncias a transmitir ao tribunal, que por lei 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. O direito do argüido a ser ouvido (être entendu de son

---

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*.

[1731] O direito do acusado de audiência ou de ser ouvido não está expressamente contemplado nas Constituições da França, Itália e Espanha.

[1732] Apud TOURINHO FILHO. Op. cit., v. 3, p. 267.

[1733] Op. cit., p. 276.

> juge) é não só um direito essencial do argüido, mas também o de o escutar, um dever jurídico e moral da autoridade judiciária[1734].

No nosso sistema, o direito de audiência não é tão elástico quanto no sistema lusitano. Em verdade, o direito do acusado de ser ouvido 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 explicações necessárias para convencer o julgador de sua inocência[1735]. 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 prova[1736].

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 que ele dê, com base na verdade ou na mentira, a sua versão sobre o ilícito, serve, igualmente, para que o juiz avalie o caráter, 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 do que lhe é imputado nos autos[1737].

MIRABETE[1738] sustenta que, em nosso sistema, o interrogatório do acusado é *meio de prova*, mas não se pode ignorar que se trata, outrossim, de *ato de defesa*, uma vez que

---

[1734] SILVA. Op. cit., p. 276.

[1735] O Código de Processo Penal prevê várias oportunidades para a realização do interrogatório, a partir ainda da fase pré-processual. 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; logo após o recebimento da denúncia ou queixa (arts. 394 e 395 do CPP); no plenário do Júri (art. 365); 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.

[1736] LEAL.Câmara. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942. v. 1, p. 475.

[1737] *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, [19--] v. 2, p. 27.

não se pode negar que dele o incriminado pode valer-se para se defender da acusação. Atento para a modificação substancial ocorrida com a edição da nova Constituição, EUGÊNIO PACELLI[1739] 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 FILHO[1740], 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 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, continha 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. Observe-se que o legislador processual penal, em nenhum momento disse que o acusado tinha o direito ao silêncio, mas apenas que ele não estava *obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas*. Entre não estar obrigado a responder as perguntas e ter o direito de se defender por meio do silêncio há diferença substancial.

Muito embora EUGÊNIO PACELLI[1741] entenda que a circunstância de o interrogatório persistir como uma espécie de prova não acarreta maiores problemas, não é bem assim, pois 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

---

[1738] Op. cit., p. 277.
[1739] Op. cit., p. 379.
[1740] Op. cit., v. 3, p. 266.

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 condenação[1742]. Tratado 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 MARQUES[1743], 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 profissional[1744]. Assim se posiciona igualmente TOURINHO FILHO[1745], 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 o advento 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 ALVES[1746], 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 2003, cuidou 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, do 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

---

[1741] Op. cit., p. 379.

[1742] A doutrina tradicional, ao especificar as características do interrogatório, destaca ao seu caráter (1) *personalíssimo* (a pessoa interrogada tem de ser o próprio acusado, de modo que, se vários os réus, os interrogatórios serão 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 se admitindo 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).

[1743] 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, diante da redação originária do art. 187 do Código de Processo Penal, modificada pela Lei nº 10.792, de 2003.

[1744] Na Constituição do Uruguai, expressamente, está dito que "(...) La declaración del acusado deberá ser tomada em presencia de su defensor." (art. 16, segunda parte).

[1745] Op. cit., v. 3, p. 275.

[1746] 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.

natureza jurídica de direito de autodefesa, compreendida dentro do contexto da cláusula constitucional da ampla defesa[1747].

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-América[1748]. Essa observação, feita no § 2º do art. 185 do Código de Processo Penal, veio institucionalizar o que vinha ocorrendo na prática, notadamente quando o juiz, antes de fazer propriamente o interrogatório do acusado, tem proposta de suspensão condicional do processo a fazer[1749].

Ao acusado é assegurado o direito de ser interrogado, sob pena de a sua não-realização, quando isso é possível, poder ocasionar, desde que demonstrado o prejuízo que daí tenha resultado, 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

---

[1747] A bem da verdade, a Lei nº 10.792, de 2003, trouxe várias 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 audiências as perguntas que não fossem respondidas pelo interrogado, aqui já mencionadas, 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 reperguntadas 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 pelo fato 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.

[1748] A recomendação do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América contém a seguinte redação: "Nas declarações 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).

[1749] Nesses casos, antes de fazer a audiência, o juiz comunicava ao advogado ou ao defensor dativo a intenção de fazer a proposta da suspensão condicional do processo, solicitando que ele conversasse com o acusado, para lhe

claro que o direito a novo interrogatório depende da existência de algo que o justifique, o legislador subconstitucional, dando atenção à reclamação da doutrina, modificou o texto do art. 196 por meio da Lei nº 10.792/2003, a fim de esclarecer que o pedido das partes, no afã de que seja reinterrogado o acusado, deve ser fundamentado.

Considerado o interrogatório como um dos instrumentos postos à disposição para a materialização do princípio da ampla defesa, outra conseqüência importante exsurgida dessa concepção é que, ao contrário do que defende parte da doutrina apoiada em jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, passa 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, por outro lado, o processo vai ser julgado por outra pessoa.

Não é por outra razão que o Código de Processo Penal não disciplina a expedição da carta precatória para o interrogatório do acusado, uma vez que essa forma é contraproducente, porque faz com que o juiz ao qual confiada a missão de decidir a sorte do processo não participe do ato processual mais importante, aquele em que o magistrado tem a oportunidade de conhecer quem ele vai julgar[1750]. Em interessante e aprofundado estudo sobre o tema, MARCO ANTONIO MARQUES SILVA[1751], 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."

Tem 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

---

dar a orientação técnica sobre o assunto e conveniência de sua aceitação. Agora, com a nova redação do art. 185, § 2º, do CPP, esse procedimento adotado por alguns juízes tornou-se obrigatório.

[1750] É sabido que o depoimento reduzido a termo, quando muito, é a mera sombra do que foi dito em audiência. A essência ou a alma do que 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.

[1751] *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 17.

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, que não se contenta na constatação da culpa a título de dolo ou de culpa em sentido *stricto sensu*[1752]. 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, passar à dosagem da pena, tendo em mira cumprir o direito fundamental de individualizar a pena, tal como garantido no art. 5º, XLVI, caput, primeira parte, da Constituição de 1988[1753].

Não se pode esquecer, com supedâneo em lição haurida de ENRICO ALTAVILLA[1754], 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

---

[1752] Toda decisão judicial supõe, necessariamente, salvo em se tratando de questão puramente de direito – o que, pode-se dizer sem receio, nunca acontece no ambiente criminal –, a determinação prévia da existência ou não de um fato, bem assim de suas circunstâncias. Cada um dos litigantes oferece ao juiz suas versões sobre o fato, o que faz com que o julgador tenha de optar por uma das duas versões apresentadas (às vezes uma parte apresenta mais de uma) ou mesmo construa uma terceira. Não é por outro motivo que a primeira preocupação do juiz, ao se debruçar para decidir um caso, é quanto à descoberta da verdade fática, para só então se ocupar das conseqüências jurídicas daí decorrentes (aspectos legais). Segundo MITTERMAYER, "em toda sentença dada sobre a culpabilidade de um acusado há uma parte essencial que decide se foi cometido o delito, se o foi pelo acusado, e que circunstâncias de fato determinam a penalidade" (DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova.* 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958. p. 25). A missão investigadora do juiz, no exame das provas, assemelha-se à do historiador. Assim como este, o magistrado, para revelar a verdade, sob nomes diferentes, utiliza-se dos rastros, vestígios ou sinais deixados pelo acontecimento. Evidentemente que as coisas, fatos ou seres existentes ou que já existiram, em certo sentido, são únicos, sendo impossível a reprodução em idênticas condições de tempo, lugar e outras circunstâncias. De todo modo, podem ser repetíveis em condições às vezes idênticas às anteriores, exceto quanto às circunstâncias de tempo e lugar, ou, ainda, em condições quase idênticas ou com diferenças mínimas e não merecedoras de serem tomadas em consideração (Ibid., p. 29). A "percepção é uma alucinação verdadeira" e "... a história e, conseqüentemente os casos judiciais, são uma ficção, uma fantasia ou novela verdadeiras, em cuja composição ou elaboração desempenha um grande papel a imaginação inventiva" (Ibid., p. 34). Na história, cria-se uma ficção que busca corresponder a uma realidade concreta que se deu em condições determinadas de tempo e espaço. Costumo afirmar, quando leciono sobre a teoria da prova no processo penal, que o juiz não julga os fatos *in natura*, tal como eles se verificaram no mundo fenomênico, mas apenas a versão desses fatos, de acordo com a prova carreada aos autos. Não seria despropositado, assim, asseverar que o juiz, na verdade ontológica, não julga os fatos, mas o que se conseguiu deles reproduzir na instrução do processo. Se assim é, parece de todo despropositado que, no processo penal, o julgador que colhe os depoimentos, especialmente o prestado pelo acusado, não fique vinculado ao julgamento.

[1753] 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 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 o acusado.

[1754] *Psicologia judiciária:* personagens do processo penal. 4. ed. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor. 1959. p. 5.

acusado, claro que toda a actividade processual deste deve ser o centro de polarização de qualquer investigação."[1755]. O juiz, quando julga o processo sem ele próprio ouvir 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 sobre ele nos autos. Por isso mesmo, atento a essa realidade, no projeto de lei enviado pelo Governo Federal à Câmara dos Deputados para modificar o Código de Processo Penal, propõe-se a sedimentação do princípio da identidade física do juiz, mediante a previsão de que "O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença." Essa inovação é bem-vinda e espera-se que ela não tarde a ser aprovada pelo parlamento brasileiro.

Outra repercussão que advém da identificação da natureza jurídica do interrogatório como subprincípio 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 tomada depois da 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 testemunhas, 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 essa 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.

[1755] Ibid., p. 9.

Seguindo essa idéia, e tendo em mira uniformizar o sistema criminal, no projeto de lei enviado pelo Executivo ao Legislativo, propondo modificação ao Código de Processo Penal, da mesma forma como ocorre no juizado criminal, o interrogatório do acusado somente ocorrerá após a tomada das declarações da vítima, da inquirição das testemunhas e, caso seja necessário, dos esclarecimentos dos peritos, das acareações, do reconhecimento de pessoas e coisas (art. 400, caput)[1756]. Como se vê, a tendência é situar o interrogatório como um efetivo direito de defesa, permitindo, assim, que o acusado, ao exercer o direito de ser ouvido pelo juiz, possa reportar-se e contraditar todas as provas apuradas contra si.

9.5.2.3- Exercício do direito ao silêncio que não pode servir de fundamento para a condenação do acusado.

Com a Constituição de 1988, sim, pode-se dizer que no sistema jurídico brasileiro está catalogado o direito ao silêncio, daí por que, ainda 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 e de 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, preferiu silenciar[1757]. O constituinte, a esse respeito, apenas retificou a legislação

---

[1756] O art. 400, caput, do Projeto de Lei está assim redigido: "Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de trinta dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

[1757] 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 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

subconstitucional a fim de adequá-la à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em reiterados julgados, acompanhando o entendimento da doutrina, firmou posição no sentido de que aquela observação então registrada no art. 186 do Código de Processo Penal se encontrava revogada[1758].

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, igualmente como os arts. 186 e 191, todos do CPP, em suas redações originais, foram revogados 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 silêncio*[1759].

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 interpretado 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 defeso ao juiz, na sentença, fazer alguma consideração quanto ao silêncio do acusado, a impressão negativa que daí resulta não deixa de ser sopesada na sua valoração dos fatos.

---

assim seja, 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.

1758 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Classe: HC - Processo: 8451, UF: 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.

1759 Ibid.

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-la[1760]. Por isso mesmo, o advogado hábil 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, quanto menos o acusado falar, melhor, pois evita que ele, mesmo por via reflexa, incrimine-se, entre em contradição ou revele, desde logo, a sua linha de defesa.

Assim como calar perante o juiz não é estratégia da melhor defesa, também falsear a verdade no interrogatório, nem sempre se mostra producente. Aqui o que determina não é propriamente o grau de instrução do acusado, senão as suas condições pessoais que podem, em uma situação como a do interrogatório, ser favoráveis ou desfavoráveis à defesa[1761]. Do mesmo modo como ocorre no testemunho, o acusado, mesmo quando 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,

---

[1760] Sempre que leciono sobre o direito ao silêncio, costumava dizer que, durante os meus mais de dez anos de magistratura, nunca me tinha deparado com hipótese em que o acusado manifestasse, na minha presença, o direito de ficar em silêncio diante de uma determinada pergunta. Porém, isso ocorreu uma vez, em um processo 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.

[1761] Note-se que, em rigor, o acusado é uma espécie de testemunha de seus próprios atos, de modo que ele está sujeito, como alerta ENRICO ALTAVILLA, 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 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 idéias do seu curso normal; k) da imaginação; l) da emoção; m) das ilusões; n) das alucinações; o) da perturbação da memória; p) da

podendo não se recordar tudo o que fez contra os outros...[1762]". 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 sincero[1763]. 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 ele possui para tentar convencer, com as suas palavras, aquele que vai julgá-lo, além de se constituir no ato processual mais importante.

É comum o advogado, ao aceitar a causa do cliente, dizer a este que ele terá de cumprir a parte dele, 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 aquilo que está dizendo, imagine-se como não fica o acusado que é inocente[1764]. 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 deslizes cometidos ou a má-impressão deixada perante o julgador podem ser decisivos para a condenação[1765]. Por isso

---

falta de interesse; q) da paixão; l) da paranóia; m) da imbecilidade; n) da histeria; o) da melancolia; p) do tempo: a exatidão da recordação tende a diminuir com o passar do tempo.

[1762] 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.

[1763] Todo depoimento possui um 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 pássaro*, e aquele que é conturbado, sinuoso e inseguro, como o *vôo de urubu*. 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 conseqüência 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 conseqüência 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 álibi, uma aparência de veracidade." (Op. cit., p. 16).

[1764] 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.

[1765] Em pesquisa informal, feita mediante conversas com vários juízes 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*

mesmo, o advogado diligente procura, de toda maneira, orientar o seu cliente como deve comportar-se diante do juiz[1766]. Ainda que, por questão de ordem ética, o advogado não deve determinar o conteúdo do interrogatório, afinal de contas a escolha entre dizer a verdade ou mentir é algo que consulta a intimidade do cliente, ele tem de mostrar as conseqüências das afirmações e pode, até mesmo, acrescentar o que seria recomendável falar[1767].

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 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. Nesse passo, o art. 260, caput, do Código de Processo Penal estaria 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. Contudo, no julgamento do Habeas Corpus 79244/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,

---

sceleris, decorre da impressão que se teve com o interrogatório, servindo a prova testemunhal para corroborar com a premissa.

[1766] 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.

[1767] 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 delinqüente, 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 um empregado da fazenda assassinou um colono, militante do Movimento dos Sem-Terra – MST. O crime, o primeiro assassinato de integrante do MST que se teve notícia no Rio Grande do Norte, 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 publicu*, 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 atitude assumida pelos órgãos não oficiais relacionados à reforma agrária, pressionando os advogados nomeados para que desistissem de defender o acusado, o processo não podia ter andamento. No "Caso Collor", o renomado advogado ANTONIO

em votação unânime, concluiu que do direito ao silêncio, consagrado em nosso sistema jurídico após a Constituição de 1988, "... não decorre o de recursar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas que entenda possa vir a incriminá-lo." [1768] 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 80592/PR, relatado pelo Ministro SYDNEY SANCHES[1769], cujo julgamento ocorreu em 3 de abril de 2001, a Primeira Turma do Supremo Tribunal 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 preferindo calar-se*. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, à unanimidade, em voto da lavra do Ministro FERNANDO GONÇALVES[1770], 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.

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.

1768 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.

1769 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 INTERROGATÓRIO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S.T.F. PARA O JULGAMENTO DO "WRIT". INDEFERIMENTO DESTE. 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 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."

1770 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - Processo: 346677, UF: RJ. TURMA, Data da decisão: 21/09/2002. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp Acesso em: 4 fev. 2005.

Conclui-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.

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 do 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 garantístico, 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 idonêos, 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 acusado ser ouvido no inquérito, 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. 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 policial. Como o interrogatório, em termos de efetividade como meio de defesa, não traz nenhuma conseqüência para a conclusão do inquérito, mostra-se patente que há necessidade de modificar-se essa sistemática, no mínimo para que ele seja ouvido antes do indiciamento.

De toda sorte, partindo da premissa de que o interrogatório, em nosso sistema, seja na esfera policial ou 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.

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, 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 preocuação 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 Constituição de 1988, a presença do acusado é exigida como instrumento necessário para a materialização do postulado da ampla defesa[1771].

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 sob a orientação de que o interrogatório é 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.

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

[1771] Sobre essa maior participação do acusado na fase pré-processual, na visão da Escola da Nova Defesa Social, cf. item 1.3.9, supra. Em relação às Escolas Clássica e Positiva, cf. itens 1.3.3 e 1.3.4, supra.

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 deste, 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 aquele 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 permitirá que membro do órgão ministerial tenha melhor conhecimento sobre aquele que ele está acusando da prática do crime[1772].

Ademais, como para pedir a absolvição o *parquet* não está orientado pela cláusula da presunção de não-culpabilidade ou do *in dubio pro reo*, para que ele postule nesse sentido é indispensável a sua participação no interrogatório, pois a interpretação que sobressai da leitura do termo com o conteúdo das respostas dadas pelo acusado nunca é capaz de dar 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

[1772] Em muitos casos, tem-se a certeza de que, caso o Ministério Público tivesse ouvido o acusado antes do oferecimento da denúncia, ou se ele estivesse presente no interrogatório, fatalmente não teria sido ajuizada a denúncia ou seria pedida a absolvição.

interrogando[1773]. 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 denúncia. Ademais, esse prévio contato do Ministério Público com o indiciado parece de imprescindível importância para o fim de permitir que órgão estatal 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 no interrogatório, após ouvir a palavra do acusado[1774].

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.

[1773] Como aqui já foi dito, a redução a termo das palavras da pessoa ouvida em juízo, quando muito, fornece uma idéia do que realmente 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 dito -, 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.

[1774] Isso na prática tem ocorrido com freqüência. 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.

O prêmio à delação[1775] é assunto de ordem ética que enseja contundente divergência entre os doutrinadores. No campo das relações pessoais, a delação pode ser vista como uma traição, o que é reprovável mesmo em relação a companheiros da empresa criminosa. Por isso mesmo, no momento em que o Estado, por meio da lei, incentiva e oferece um prêmio a quem se presta a delatar outrem, ele está fomentando a traição. Por outro lado, ela pode representar o comprometimento de lealdade que um dos envolvidos no crime tem para com o Estado e a sociedade em si, no sentido de dizer a verdade e esclarecer um fato que é do interesse de toda a comunidade. Encarada dessa forma, nada obsta, pelo contrário, tudo recomenda que o Estado, por meio da lei, ofereça vantagens para quem queira colaborar com a justiça[1776].

Esse assunto mereceu a atenção de BECCARIA. Ele disse que a praxe adotada por alguns tribunais de oferecer "...impunidade ao cúmplice de grave delito que delatar os seus companheiros"[1777] possui seus inconvenientes e suas vantagens. Quanto aos inconvenientes, o escritor milanês suscitou a circunstância de o *governo autorizar a traição*, o que, para ele, é "... detestável mesmo entre os criminosos."[1778], ao passo que, de outra banda, "... o tribunal mostra a própria dúvida, a fraqueza da lei que implora a ajuda de quem a ofende." Como vantagem, o autor de *Dos delitos e das penas* evidenciava a contribuição que a delação dava ao esclarecimento de crimes graves e para "... mostrar que quem não mantém fidelidade às leis, isto é, ao público, é provável que não a mantenha a cada um em particular."[1779]

De qualquer maneira, coerente com o seu pensamento de que essas regras precisavam ser definidas em lei, a fim de evitar que os juízes, por motivos menos nobres, escolhessem os casos sem critério definido para aplicar o prêmio, ele defendia que a

---

[1775] A delação não se confunde com o testemunho. A palavra delação, no seu sentido técnico, refere-se às afirmações feitas por um dos envolvidos no crime, consistente em incriminar outrem, dando detalhes da participação deste no ilícito. O testemunho, ao contrário, refere-se a declarações dadas por um pessoa que não teve participação na empresa criminosa.

[1776] Embora reconheça que a delação premiada venha sendo muito utilizada no Direito Comparado, especialmente nos sistemas americano e italiano, LUIZ FLÁVIO GOMES diz que essa política legislativa é eticamente condenável, na medida em que passa a mensagem de que trair traz benefícios, difundindo uma cultura antivalorativa, o que se constitui um equívoco no sentido pedagógico, além de ser uma prova contundente da pública e notória ineficiência do Estado para combater a criminalidade, na medida em que ele sente a necessidade de valer-se da traição de *um criminoso* (*Lei de lavagem de capitais*: delação premiada e aspectos processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 346-348. Sobre o tema, cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 316-323.

[1777] Op. cit., p. 63.

[1778] Ibid. p. 63.

impunidade deveria ser objeto de uma lei geral. Ele via no prêmio à delação uma forma de imprimir no cidadão o receio de reunir partícipes para a prática do crime, pois "... previniria as associações, com o temor recíproco que cada cúmplice teria de não expor senão a si mesmo"[1780]. Com isso, ao contrário de revelar fraqueza perante aquele que tivesse praticado o crime, a ciência a este de que a legislação sinaliza com a impunidade no caso de contribuição serviria para inibi-lo em associar-se para a atividade delinqüente.

O legislador brasileiro, quanto à premiação da delação, mostrou-se sobremaneira tímido. No Código Penal incentivou-se, apenas, a *confissão espontânea*, com a premiação do acusado por meio de atenuante na dosagem da pena pela contribuição prestada ao esclarecimento quanto a sua participação no crime (art. 65, III, d, do Código Penal)[1781]. Note-se que o fato de o acusado revelar, ou não, a participação de outrem é indiferente para esse tipo de atenuante. O que a lei premia é o altruísmo do acusado em admitir a sua participação no delito. Depois, o legislador ordinário ousou um pouco mais e considerou como *causa de diminuição* da pena, nos crimes praticados por organizações criminosas, a *colaboração espontânea do agente* idôneo a *levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria*. (art. 6º da Lei nº 9.034, de 1995).

Aqui, o legislador brasileiro passou a premiar a delação. Note-se que, na hipótese da Lei nº 9.034/95, o incentivo não é para a mera *confissão espontânea*, mas para a *colaboração espontânea* que tenha o condão de esclarecer sobre as circunstâncias de crimes praticados pela organização – não apenas aquele que está sendo apurado –, assim como de sua autoria. Indo um pouco mais além, a delação foi erigida em nosso sistema jurídico a causa de isenção de pena, pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (art. 1º, § 5º)[1782]. Assim, nos crimes de lavagem de dinheiro ou de ocultação de bens, direitos e valores, definidos no art. 1º e nos seus §§ 1º e 2º da Lei 9.613/98, quando o autor, co-autor ou partícipe *colaborar*

[1779] Ibid., p. 64.

[1780] Mais precisamente, afirmou BECCARIA: "Parecer-me-ia que uma lei geral, prometesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito, fosse preferível, a uma declaração especial em cada caso particular, porque, assim, preveniria as associações, com o temor recíproco que cada cúmplice teria de não expor senão a si mesmo; o tribunal não tornaria ousados os criminosos, aos quais se pedisse ajuda em casos particulares." (Ibid., p. 64).

[1781] Antes da reforma da parte geral do Código Penal, operada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, para que a confissão espontânea fosse caracterizada como atenuante, exigia-se, como condição, que a autoria fosse ignorada ou que atribuída a outrem.

[1782] Art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613, de 1998: "A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime."

espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, o juiz poderá, como prêmio, diminuir a pena de um a dois terços, substituí-la pela pena restritiva de direitos ou então, conceder o *perdão judicial*, deixando de aplicá-la.

A delação agora passa a ser hipótese de *perdão judicial* quanto à aplicação da pena, i. é, como prêmio à colaboração dada à justiça, o agente pode vir a ser isentado do cumprimento da pena. Nesse caso, na sentença, o juiz condena o acusado, porém o isenta da pena, em cumprimento a essa política criminal de incentivar a delação como forma de tornar o processo criminal mais eficiente[1783]. Na mesma passada, o legislador brasileiro, com a edição da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, concebeu a delação premial como negociação bilateral que pode levar à extinção da punibilidade. De acordo com a lei em foco, pode ser negociada a concessão de *perdão judicial*, com efeito extintivo da punibilidade, em qualquer crime, nos casos em que o autor colabore efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que isso acarrete a (1) identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, (2) localização da vítima com a sua integridade física preservada, e (3) recuperação total ou parcial do produto do crime e que se tenha em conta a personalidade do agente e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso (art. 13 e parágrafo único)[1784]. Observe-se que o legislador, ao contrário das outras

---

[1783] O perdão judicial como forma de isenção de pena já era previsto no Código Penal, antes mesmo da reforma da parte geral, ocorrida em 1984, para cinco hipóteses: art. 140, § 1º, 1, I e II; art. 176, parágrafo único; art. 180, § 3º; art. 240, § 4º, I e II; art. 249, art. 259, § 2º. Posteriormente, a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, introduziu mais duas figuras: art. 121, § 5º; art. 129, § 8º. Por fim, a Lei nº 6.898, de 30 de março de 1981, introduziu mais um caso: art. 242, parágrafo único. A Lei das Contravenções Penais igualmente contempla várias hipóteses de perdão judicial como isenção de pena.

[1784] Art. 13: "Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso." Da forma como o dispositivo está regulado, tem-se que a hipótese se refere a crime de extorsão mediante seqüestro – "localização da vítima com a sua integridade preservada". Essa impressão é compartilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da decisão exarada nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 2000200218762-SP, cuja ementa, redigida pelo Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, pontificou: "Os benefícios do perdão judicial e da diminuição da pena, sob a óptica dos arts. 13 e 14 da Lei n.º 9.807/99, não se aplicam ao roubo qualificado, pois a teleologia da norma buscou atender à situação permanente e duradoura do crime de extorsão mediante seqüestro, situação visível pelo fato da colaboração se dar na investigação e no processo, realidades distantes do tempo de consumação do tipo do art. 157." (Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. EXAME FÁTICO. DISCUSSÃO ACERCA DE EXTENSÃO DE NORMA. ARTS. 13 E 14 DA LEI N.º 9.807/99. PERDÃO JUDICIAL E DIMINUIÇÃO DA PENA. ROUBO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE. INCONGRUÊNCIA COM O PERMISSIVO LEGAL, Relator

hipóteses, não diz que o agente, com o perdão judicial, fica isento da pena, senão que ele tem a punibilidade extinta, ou seja, a sua conduta não é punida.

Mantendo essa política legislativa, na edição da Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002 – dispõe sobre o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes ou drogas ilícitas –, poderá o juiz, em razão de proposta do Ministério Público, deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 a 2/3, nos casos em que o acusado promover a revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou a localização do produto, substância ou droga ilícita[1785].

Esses incentivos à confissão e à delação não se atritam com a natureza defensiva do interrogatório, muito pelo contrário, com ela se harmonizam. Ao fazer a comunicação de que o acusado detém o direito ao silêncio como estratégia de defesa, o juiz deve informá-lo, ainda, das conseqüências que podem advir de sua eventual colaboração na persecução criminal, pois essa colaboração serve de defesa indireta, na medida em que pode atenuar a pena, diminuí-la e até mesmo extinguir a punibilidade. No instante em que o acusado está cooperando, ele está, igualmente, defendendo-se, pois a efetividade e eficiência da defesa não se confundem com a tese de exculpação ou de negativa de autoria, podendo, em muito casos, ser exercida apenas no sentido de que, na condenação, o juiz leve em consideração circunstâncias determinantes para a aplicação de pena menos grave (reconhecimento de circunstâncias judiciais, atenuantes e de causas de diminuição de pena, de concurso formal ou de crime continuado, etc.), de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou de aplicação do perdão judicial[1786].

Revestindo-se a sentença concessiva do perdão judicial de natureza eminentemente declaratória de extinção da punibilidade, sem que daí resulte qualquer reflexo penal, seja em relação à primariedade, seja aos efeitos civis, o caráter defensivo desses

---

Ministro Celso de Mello, Classe: ERESP - Processo: 2000200218762, UF: SP, QUINTA TURMA, un. Data da decisão: 26/10/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 15 fev. 2005.

[1785] O veto presidencial ao caput e ao § 1º do art. 32 da Lei nº 10.409, de 2002, prejudicou um pouco a compreensão do incentivo à delação nos casos de tráfico de entorpecentes.

[1786] Muito já se discutiu, na doutrina, quanto à natureza jurídica do perdão judicial. Para uma corrente, ela era (1) extintiva de punibilidade, para outra (2) condenatória com todos os efeitos secundários e, por fim, para uma terceira, (3) ela era absolutória. Para dirimir essa divergência, na reforma da parte geral do Código Penal, implementada em 1984, elencou o perdão judicial como umas das causas de extinção de punibilidade (art. 107, IX). Ainda assim, diante da persistência de dúvidas, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula, com a qual esclareceu que "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório."

incentivos legais à confissão tem-se por evidenciado, daí por que não se há de pensar em desarmonia desses institutos em relação ao direito ao silêncio.

9.5.3- Direito de recorrer (duplo grau de jurisdição) como expressão do princípio da ampla defesa.

Ainda a respeito da ampla defesa, há discussão, na doutrina e na jurisprudência, se o preceito constitucional garante ao acusado o pleno acesso às instâncias jurisdicionais superiores, com a finalidade de modificar as decisões que contrariem os seus interesses. A discussão sobre o assunto tem início com a interpretação do enunciado do princípio em foco, na medida em que o constituinte não se contentou em dizer, de forma simplista, que ao acusado é assegurado o direito de defesa, porquanto foi mais além, ao deixar plasmado que "... são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Nesse debate, cabe investigar o alcance da expressão *recursos*, empregada pelo constituinte na qualidade de um dos instrumentos por meio do qual ao acusado é assegurada a ampla defesa. A Constituição americana, conquanto na Sexta Emenda tenha sido detalhista a respeito do direito de defesa, nada acrescenta em relação ao recurso. Nas Constituições alemã, espanhola e portuguesa, por sua vez, em que pese a cláusula do direito de defesa também tenha merecido atenção expressa do constituinte, o princípio tal como nelas previsto não tem redação sequer parecida com a adotada pelo texto brasileiro. A Constituição alemã faz constar, apenas, que "Todos têm o direito de ser ouvidos legalmente perante os tribunais" (art. 103, 1), a da Espanha que "Todos têm direito ... à defesa e... a utilizar os meios de prova adequados a sua defesa..." (art. 24, 2) e a de Portugal que "O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa" (art. 32º, 1).

Conforme foi visto no item 9.5, na Constituição de 1891 foi assegurada *a mais plena defesa*; na de 1937, *as necessárias garantias de defesa;* na de 1946, *a ampla defesa;* na de 1967, a *ampla defesa, com os recursos a ela inerentes* e, na atual, *a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*[1787]. Se na de 1967 podia-se entender que a palavra *recursos*

[1787] ADA PELLEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO sustentam que a Constituição Imperial de 1824, no art. 158, garantia, expressamente, o duplo grau de jurisdição (*Recursos no processo penal:* teoria geral

não foi utilizada no sentido técnico-jurídico, pois o que o constituinte quis deixar claro era que deveriam ser propiciados os *meios* indispensáveis para que o acusado pudesse, efetivamente, defender-se no processo, agora, em virtude da redação empregada na Constituição de 1988, tal assertiva não se mostra mais pertinente.

O constituinte, de forma detalhista, cuidou de deixar claro que a ampla defesa compreende, igualmente, a possibilidade de usar os *meios* e os *recursos*. Observe-se que *meios*, consoante definição lançada pelo Dicionário Aurélio - Século XX[1788], além de significar maneira de agir, modo, forma, caminho, maneira, quer dizer, também, "Recurso(s) empregado(s) para alcançar um objetivo." Por conseguinte, partindo da regra de hermenêutica segundo a qual não há palavras inúteis e que quando são grafadas de forma diferente elas têm significado diferente, a única explicação plausível para o constituinte ter utilizado as expressões *meios* e *recursos* como formas de exercício do direito à ampla defesa é a de que esta última foi escrita no seu sentido técnico-jurídico. Isso porque, na acepção leiga, recurso, ainda consoante o ensinamento do Aurélio, é *meio*, *expediente*, *meio para resolver um problema*[1789], ou seja, no sentido não técnico, quer dizer a mesma coisa que meio.

Na tentativa de solucionar as inquietações quanto ao que se deve entender pela expressão *meios,* acrescentada pelo constituinte no núcleo do direito à ampla defesa, AÍLTON STROPA GARCIA[1790], valendo-se da definição do dicionário Aurélio para a referida palavra, diz que ela não deve ser confundida com *recursos*, posto que "Meio é a forma como a defesa é levada a cabo." e "Recurso é o expediente que se usa para se fazer valer os meios." Para o doutrinador em referência, meio é a *forma* e recurso o *expediente*. O autor procura, assim, fazer a distinção entre as expressões *meios* e *recursos* usadas pelo constituinte no enunciado da cláusula da ampla defesa sem levar em conta a significação técnica da última. Acontece que *expediente*, de acordo com o Dicionário Aurélio – Século XX[1791], corresponde aos

---

dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 23). Acontece que a Carta de 1824, além de não ter um dispositivo específico para a ampla defesa, também não assegurava, por meio da redação do art. 158, o duplo grau de jurisdição. O comando normativo em referência apenas dispunha que "Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos." Não havia, como se vê, garantia específica, nem muito menos expressa, da ampla defesa.

[1788] HOLANDA, Aurélio Buarque de. *[Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa]*. Rio de Janeiro. s.d.

[1789] Ibid.

[1790] *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, p. 426.

[1791] Op. cit. p. 426.

"Meios que se usam para eliminar dificuldades, embaraços, etc., para se alcançar um determinado fim." Assim, conforme já foi aqui ressaltado, no sentido comum, *meios* e *recursos* querem dizer a mesma coisa. Como a expressão *meios* não tem um conceito técnico na linguagem do Direito, a forma adequada de compreender o enunciado normativo passa, necessariamente, pela consideração de que a palavra *recursos* foi colocada no texto constitucional em exame na sua acepção jurídica.

Em reforço ao pensamento aqui esposado, no julgamento do Agravo Regimental interposto no Agravo de Instrumento nº 336713/SP, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, em decisão unânime, tendo como relator funcionado o Ministro MOREIRA ALVES[1792], referindo-se à lei processual ordinária como o instrumento legislativo para esboçar a sistemática recursal, afirmou, sem rodeios, que "... o direito constitucional à ampla defesa se exercita em conformidade com os recursos como disciplinados nessa legislação." Consoante esse entendimento firmado no aresto aqui examinado, para a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, o direito ao recurso está inserido na cláusula da ampla defesa.

E assim deve ser, até porque, a bem da verdade, o recurso é um *aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa*[1793]. O recurso está para a relação processual instaurada perante a segunda instância, assim como a ação para a primeira. Isso porque, como decorrência lógica do princípio acusatório, se para dar início ao processo e conseqüente movimentação da justiça de primeiro grau, faz-se mister que o autor oferte a ação, do mesmo modo, para que se instaure o processo perante o segundo grau, há necessidade de que o órgão jurisdicional competente seja provocado por meio do recurso[1794].

1792 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Data da decisão: 04/09/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 06 abr. 2005.

[1793] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. Op. cit., p. 32.

[1794] Se a segunda instância é tão inerte quanto à primeira, de modo que ela, para conhecer de um assunto, precisa ser provocada pela parte por meio da interposição do recurso, com o advento do sistema acusatório puro, instaurado pela Constituição de 1988, surgiu controvérsia contra a constitucionalidade dos recursos de ofício, previstos no Código de Processo Penal (arts. 574, I e II, 625, § 3º, e 746). SCARANCE FERNANDES assevera que no recurso *ex officio* não há ofensa ao princípio acusatório, uma vez que "... não há uma nova acusação, nem alteração daquela originariamente oferecida pelo Ministério Público na denúncia, pois o reexame necessário pelo tribunal, assim como ocorre com o recurso voluntário, somente instaura uma nova fase procedimental, não outro processo." (PENTEADO, Jacques de Camargo (coord.). Constituição da república, código de processo penal e sua reforma, In *Justiça penal*: crítica e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 70.). Em verdade, não se trata de recurso de ofício, pois o recurso é algo inerente às partes, somente podendo ser por elas interposto. Juridicamente, não seria razoável supor-se que o juiz fosse obrigado a recorrer de sua própria decisão. Por isso mesmo, é mais adequado dizer que, por medida de política criminal, o legislador elegeu

Este, assim, é uma espécie de direito de ação que surge dentro da própria relação processual, que tem o condão de permitir que a parte sucumbente chame para dirimir a controvérsia o tribunal ao qual compete reexaminar o assunto. O direito ao recurso, por conseguinte, possui a mesma natureza do direito de ação, pelo que se evidencia a sua inclusão no conceito da ampla defesa[1795].

9.5.3.1- Direito ao duplo grau de jurisdição.

Se a ampla defesa assegura ao acusado não apenas o direito de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo em primeira instância, mas também o de impugnar as decisões que lhe são desfavoráveis, a conclusão daí decorrente é de que ele tem o direito ao duplo grau de jurisdição. Alinhado a essa posição, EUGÊNIO PACELLI, de modo enfático, aduz que "o duplo grau de jurisdição integra o exercício da ampla defesa, como uma de suas manifestações, e, mais, diríamos nós, uma de suas manifestações mais importantes." Tendo em consideração a organização judiciária traçada na Constituição, ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO[1796] alegam que, mesmo implicitamente, a Constituição brasileira estabelece princípio autônomo de garantia do duplo grau de jurisdição, decorrente da forma como é feita a "... estrutura dos órgãos da chamada jurisdição superior."

Por duplo grau de jurisdição, todavia, deve-se entender somente o direito de exaurir o debate sobre o assunto perante a justiça de partes, não o de levar a discussão da lide

---

situações em que as decisões de primeira instância, necessariamente, têm de ser revisadas pelo segundo grau. Nesses casos, como afirmam ADA PELLEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO, a rediscussão da matéria pela instância superior trata-se de *condição de eficácia da sentença* (Op. cit., p. 35). Ainda sobre o assunto, cf. MIRABETE. Op. cit., p. 614.

[1795] Ibid. HÉLIO TORNAGHI ensina que o recurso pode ser visto de diversas maneiras, sendo a mais acertada aquela que entende tratar-se de uma ação nova que exsurge dentro do mesmo processo (*Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 306-307. Após, menciona que EMÍLIO BETTI e GIOVANNI LEONE conceituam o recurso *como espécie e modalidade do direito de ação* e JOSÉ FREDERICO MARQUES, com apoio em lição de CARLO UMBERTO DEL POZZO, que o recurso é uma espécie de direito que nasce dentro do processo, "... no próprio momento em que a decisão judicial declara qual o direito existente e põe fim à atividade processual já realizada..." (Op. cit., v. 4, p. 182). Contudo, quando se diz que o recurso é uma espécie de direito de ação, tem-se em consideração que ele é um instrumento disponibilizado para que o interessado possa ter acesso à jurisdição de grau superior, do mesmo modo que a ação habilita o autor a provocar o exercício da atividade jurisdicional de primeira instância. O direito de ação e de recorrer, por conseguinte, são formas mediante as quais é veiculada a defesa no processo, sendo o primeiro destinado ao exame da lide, o segundo para o seu reexame.

[1796] Ibid., p. 23.

para todos os órgãos jurisdicionais previstos na organização judiciária[1797]. Isso quer dizer que as decisões de primeira instância, sejam elas interlocutórias ou definitivas, devem ser passíveis de recurso, até porque, como alertam ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO[1798], "... um sistema de juízo único fere o *devido processo legal,* que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático." A garantia do duplo grau de jurisdição, porém, comporta exceção, como se verifica nas hipóteses de competência por prerrogativa de função. Nesses casos, o acusado não tem direito de impugnar a decisão com recurso similar ao de apelação, de modo que, nem sempre, ele poderá rediscutir o assunto, salvo em relação à questão meramente de direito, referente a assunto constitucional ou infraconstitucional federal, por meio da interposição do recurso extraordinário ou especial[1799]. Se a competência originária for do Supremo Tribunal Federal, aí a decisão se faz em única e última instância, sem com isso se ter por arranhada a cláusula do duplo grau de jurisdição, até porque, consoante a forma de organização judiciária do sistema brasileiro, não haveria outro órgão jurisdicional para exercer o poder de revisão[1800].

Contudo, isso não impede que, como forma de *simplificação* e *racionalização* do sistema recursal, o ordenamento processual seja elaborado deixando a oportunidade para a manifestação do inconformismo com a decisão interlocutória para depois da sentença, de modo que, no recurso de apelação, a matéria objeto daquela venha a ser impugnada. Essa foi a técnica adotada pelo legislador do Código de Processo Penal, pois, via de regra, em nossa legislação criminal, diferentemente do que ocorre no Processo Civil – em que todas as

---

[1797] Consoante a organização judiciária brasileira, a justiça de partes é formada pelos órgãos de primeira e segunda instâncias. Na justiça comum, que é a que nos interessa, a justiça de partes compreende os juízes de primeira instância e os tribunais regionais federais, na Justiça Federal, e tribunais de justiça, na Justiça Estadual. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são tribunais de federação, cujas missões ordinárias são de uniformizar e dar a última palavra, aquele quanto às questões constitucionais, e este a respeito das matérias infraconstitucionais federais. Um exerce o controle da *inteireza positiva*, da *autoridade* e da *uniformidade* da Constituição e o outro cumpre a mesma tarefa, em relação ao Direito subconstitucional. (Cf. SILVA JÚNIOR. *Poder judiciário democrático-constitucional.* p. 163-166.) Em relação às justiças especializadas eleitoral e trabalhista, o duplo grau de jurisdição não compreende os recursos de terceiro grau para o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente.

[1798] Op. cit., p. 25-26.

[1799] O recurso de apelação é de motivação livre, servindo para impugnar as questões fáticas e de direito. Por motivação livre entenda-se a desnecessidade de vincular a manifestação recursal a uma hipótese específica prevista na legislação, tal como ocorre nos recursos de apelação das decisões do tribunal do júri, extraordinário e especial. Em relação a essas duas últimas espécies recursais, note-se que, além de a *motivação ser vinculada* às hipóteses previstas na Constituição (art. 102, III, alíneas *a*, *b* e *c,* e art. 105, III, alíneas *a*, *b* e *c*), a discussão somente pode surgir a respeito da matéria de direito, diante da Súmula 279, editada pelo Supremo Tribunal Federal ("Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário"). Observe-se que por *recurso extraordinário*, assinalado na Súmula 279 do STF, deve-se entender o recurso extraordinário propriamente dito e o especial.

[1800] Ibid., p. 24.

decisões interlocutórias são passíveis de recurso de agravo –, não se admite a impugnação da decisão interlocutória por meio de recurso específico, salvo nas hipóteses previstas no art. 581 e nos casos destacados em leis especiais[1801].

Quanto à abrangência do duplo grau de jurisdição, ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO[1802] esclarecem que a cláusula diz respeito não só ao recurso da decisão definitiva, mas igualmente à interlocutória, sendo que, por técnica legislativa, esta pode ficar para ser reexaminada quando do julgamento do recurso daquela, uma vez que não ocorre a preclusão da matéria. Com essa forma de organização da sistemática recursal, a matéria objeto da decisão interlocutória poderá ser impugnada e reexaminada como preliminar do recurso de apelação. Como instrumento hábil para equacionar eventuais danos irreparáveis para o acusado, decorrentes da decisão interlocutória, ele pode utilizar-se do habeas corpus, enquanto outros interessados, como o Ministério Público e o assistente, podem valer-se do mandado de segurança[1803], da correição parcial e mesmo da reclamação[1804].

[1801] O sistema recursal adotado pelo Código de Processo Penal é bastante razoável. De regra, salvo nas hipóteses do art. 581, as decisões interlocutórias são irrecorríveis, podendo o assunto decidido por essa forma comportar impugnação quando do manejo do recurso de apelação. Assim, a parte não fica prejudicada, pois ela pode, como matéria preliminar do recurso de apelação, insurgir-se contra a decisão interlocutória. Em alguns casos, como na hipótese da decisão interlocutória que nega pedido de decretação da prisão preventiva, o recurso cabível é apenas quando o pronunciamento judicial é de indeferimento do pleito, pois, quando acolhida a pretensão, o acusado, caso tenha o interesse em sustar a medida, pode utilizar-se do habeas corpus. O método do Código de Processo Penal, expressado no art. 581, é de que a decisão interlocutória impugnável por meio de recurso específico, distinto do de apelação, é instrumento colocado à disposição do autor da ação, uma vez que ao acusado sempre é possível o manejo do habeas corpus que, nessas hipóteses, trata-se de ação autônoma de impugnação de decisão judicial, exercendo função própria de recurso.

[1802] Op. cit., p. 26.

[1803] Cf. 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. O autor, com suporte na jurisprudência dos tribunais, defende o emprego do mandado de segurança no processo criminal, a fim de impugnar questões incidentes que não têm o condão de pôr fim à relação processual nem dizem respeito ao *status libertatis* do acusado. Isso porque, se a questão é afeta ao direito de liberdade do acusado, o remédio previsto é o habeas corpus, o que leva à consideração de que, raramente – para não se dizer nunca –, haverá hipótese para a interposição do mandado de segurança pelo acusado. Observe-se que a própria história da criação do mandado de segurança confirma essa tese, pois este instituto foi concebido, a partir da inteligência brasileira, que queria dotar o processo civil de um instrumento idêntico ao habeas corpus, previsto unicamente para o processo criminal. Em um primeiro instante, RUI BARBOSA, com a sua eloqüência, lutou pela admissão do habeas corpus para a defesa de questões cíveis, porém, perante o Supremo Tribunal Federal, acabou sendo sufragada a tese em contrário do então Ministro PEDRO LESSA. Isso fez com que surgisse a idéia de criar-se o mandado de segurança para proteger direitos não amparados pelo habeas corpus. Em razão disso, na dicção constitucional sobre o mandado de segurança, assim como ainda hoje é, ao inseri-lo dentre os direitos fundamentais, sempre se diz que ele é cabível para proteger direito líquido e certo não *amparado* pelo habeas corpus (art. 5º, LXIX, da Constituição).

[1804] Sobre a ação de reclamação, cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. Na obra mais completa escrita sobre o assunto – tese apresentada na obtenção do grau de Doutor pela Pontifícia Católica de São Paulo/PUC, tendo merecido nota dez com distinção e louvor –, o autor disseca o tema, partindo da premissa de que a reclamação se trata de ação

Ademais de o recurso afinar-se com um processo de cunho democrático, no qual se impõe, como medida indispensável de controle da legalidade e justiça dos pronunciamentos judiciais, a previsão de formas de impugnação das decisões dos órgãos jurisdicionais[1805], várias outras razões lhe dão fundamento, como a necessidade psicológica, a falibilidade humana e mesmo razões de ordem histórica. O duplo grau de jurisdição, porém, repita-se, como advertem ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO[1806], somente é razoável quanto ao esgotamento da discussão da matéria perante a jurisdição de partes, porquanto os recursos extraordinário e especial possuem a função de fazer com que o Supremo Tribunal Federal, no primeiro caso, e o Superior Tribunal de Justiça, no segundo, desempenhem as suas missões de controle da *inteireza positiva*, da *autoridade* e da *uniformidade* do ordenamento jurídico nacional ou, em outras palavras, dêem a última palavra, respectivamente, sobre as matérias de ordem constitucional e infraconstitucional federal.

Sem embargo dessas considerações, agregue-se que, com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ocorrida em 1992, a garantia do duplo grau de jurisdição restou positivada em nosso ordenamento jurídico, pois consta do documento internacional em referência – que se não possui *status* constitucional, constitui-se lei ordinária federal –, como direito fundamental do acusado o de "... recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior" (art. 8.2, *h*, da CADH). Do mesmo modo, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de modo enfático, está dito que "Qualquer pessoa declarada culpada de um delito terá o direito de apelar da decisão e depois para uma instância superior, em conformidade com a lei" (art. 14.5). Tem-se, assim, que, no plano jurídico internacional, o duplo grau de jurisdição está catalogado como um direito fundamental decorrente da ampla defesa[1807].

---

constitucional prevista na própria Constituição, que se assemelha ao mandado de segurança, de modo que ela não pode ser criada por meio de sua previsão nos regimentos internos dos tribunais.

[1805] GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES. Op. cit., p. 23.

[1806] Op. cit., p. 25. Os autores mencionados ainda fazem a consideração de que o duplo grau de jurisdição, outrossim, não engloba os recursos de terceiro grau das justiças trabalhista e eleitoral, como já foi salientado supra.

[1807] GOMES, Luiz Flávio. *As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiros e interamericano:* estudo introdutório. p. 204.

9.5.3.2- Ofensa ao princípio da ampla defesa do prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.

Sendo o duplo grau de jurisdição uma conseqüência lógica do direito de defesa, e estando, desde a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, ocorrida em 1992 e complementada com o reconhecimento da competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, inserido em nosso ordenamento jurídico, senão como norma constitucional, na qualidade de preceito infraconstitucional, o direito de o acusado "... recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior" (art. 8.2, *h*, da CADH) não pode haver, no nosso sistema jurídico, supressão do segundo grau de jurisdição.

Em consonância com essa premissa verdadeira, ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO[1808] sustentam que, "... a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro em nível supralegal, mediante a norma do art. 8, n. 2-h, do Pacto, que assegura o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior." O ordenamento jurídico brasileiro adota essa regra, de modo que garante às partes o direito ao duplo grau de jurisdição. No processo criminal, como se disse, conquanto as decisões interlocutórias ordinariamente não sejam recorríveis, a matéria nelas tratada, quando não há a previsão de admissibilidade do recurso em sentido estrito, não é atingida pela preclusão, de modo que sempre pode ser objeto de discussão, como preliminar, quando da impugnação da sentença, por meio da interposição da apelação. Na sistemática recursal do Código de Processo Penal, assim como ocorre no Processo Civil, salvo quando se trata de sentença exarada com suporte em decisão tomada pelo tribunal do júri, sempre é admissível o manejo do recurso de apelação, por meio de fundamentação livre[1809].

[1808] Op. cit., p. 24. Com esteio na interpretação emprestada ao art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, os autores defendem que a regra prevista na convenção, com a sua ratificação, ingressa em nosso ordenamento jurídico com *status* de direito fundamental declarado na Constituição. De todo modo, diante do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do dispositivo em comento, pelo menos se pode dizer que a ratificação teve o condão de fazer com que a norma passe a fazer parte da legislação ordinária, com conseqüente revogação das normas que continham disposição em contrário. Por outro lado, pode-se ainda sustentar que, com a introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição, todos os tratados e convenções aprovados pelo Congresso Nacional, independentemente do quórum, foram recepcionados como emenda constitucional.

[1809] Nos processos da competência do tribunal do júri, para conciliar o princípio da *soberania dos vereditos*, estampado como direito fundamental no art. 5º, XXXVIII, *c*, da Constituição, com o do *duplo grau de jurisdição*, extraído da cláusula da *plenitude de defesa*, prevista na alínea *a* do mesmo dispositivo, o legislador infraconstitucional normatizou o recurso de apelação das decisões emanadas desse segmento da magistratura

Todavia, em alguns casos – arts. 393, I, 594, do CPP e o 35 da Lei 6.368/76, art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 e art. 9º da Lei 9.034/95 –, o legislador subconstitucional condiciona o direito de interpor o recurso ao prévio recolhimento à prisão. Em outras palavras, o legislador cientifica ao acusado que a admissibilidade de seu recurso e, com isso, o direito de exaurir a justiça de partes está condicionado à circunstância de ele, desde logo, passar a cumprir o que determina a decisão judicial[1810]. Se o acusado não passar a cumprir a decisão que ele quer impugnar, não lhe será admitido o direito de pedir o reexame da matéria ao órgão de segundo grau. Observe-se que a discussão aqui não se refere à natureza jurídica da prisão determinada pela decisão judicial passível de recurso, mas sim da circunstância de a prisão, além de ser determinada, constituir-se em requisito objetivo de admissibilidade do recurso cabível[1811]. A ausência do recolhimento à prisão, nesses casos, é eleita como fato impeditivo da admissibilidade recursal[1812]. Com isso, quando o juiz decreta a prisão com a decisão ainda passível de recurso e diz que este somente será cabível caso haja o prévio

---

com a técnica da *motivação vinculada*. Assim, nos termos do art. 593, III, do CPP, o recurso de apelação das decisões do tribunal do júri somente são cabíveis nas hipóteses em que (1) ocorrer nulidade posterior à pronúncia (as nulidades anteriores são sanadas com a decisão de pronúncia); a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (nesse caso, em segunda instância, para manter a soberania dos vereditos, o tribunal competente fará apenas a retificação, não anulando o julgamento - § 1º do art. 593.) for constatado erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança (tribunal fará apenas a retificação, não anulando o julgamento - § 2º do art. 293); a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (no caso de provimento do recurso, o tribunal de justiça ou o regional federal remeterá o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão do princípio da soberania dos veredictos).

[1810] ADA PELLEGRINI, ANTONIO MAGALHÃES e SCARANCE FERNANDES aduzem que a identificação da natureza jurídica do recurso com a tutela constitucional do direito à ampla defesa permite que se abone a clássica divisão do juízo de admissibilidade do recurso entre os requisitos objetivos e subjetivos. Concluem os doutrinadores em referência que, diante da natureza jurídica do direito de recorrer, "... pode-se estabelecer um paralelo entre as *condições da ação* e as *condições dos recursos*." (Op. cit., p. 73). Assim, da mesma forma como acontece com a ação, existem condições de admissibilidade dos recursos, que não se confundem, em rigor técnico-processual, com os seus pressupostos de admissibilidade. As condições de admissibilidade, que configuram o *direito ao recurso*, são: (1) possibilidade jurídica (cabimento); (2) legitimação para recorrer; (3) interesse-utilidade em recorrer (Op. cit., p. 76-88). Quanto aos pressupostos recursais, que são os requisitos indispensáveis para a constituição ou desenvolvimento válido de uma relação processual, tem-se: (1) a investidura do juiz ou tribunal; (2) capacidade de ser parte; (3) regularidade formal da interposição da peça recursal; (4) tempestividade; e (5) ausência de fatos impeditivos ou extintivos (Op. cit., p. 90-107).

[1811] Seguindo a tese de divisão do juízo de admissibilidade recursal entre as condições e os pressupostos recursais, tem-se que a exigência do prévio recolhimento à prisão não traz conseqüência propriamente ao direito de interpor o recurso, pois se trata de irregularidade de ordem formal necessária para a constituição válida da instância recursal.

[1812] Preocupados em ressaltar a contrariedade à cláusula do duplo grau de jurisdição da exigência do prévio recolhimento à prisão como fato impeditivo da admissibilidade do recurso, ADA PELLEGRINI, ANTONIO MAGALHÃES e SCARANCE FERNANDES dizem que não consideram "... fato impeditivo do conhecimento do recurso o não recolhimento à prisão nos casos em que a lei o exige, devendo ser outra a interpretação a ser dada aos dispositivos em tela" (Op. cit., p. 105). Note-se que os autores em foco não dizem que, na classificação por eles alvitradas, o prévio recolhimento à prisão não se enquadra como pressuposto de admissibilidade, conquanto se trata de fato impeditivo ao recebimento do recurso. Eles apenas anunciam que não concordam com essa regra adotada pelo legislador, o que é corroborado com os argumentos esposados mais adiante (Op. cit., p. 136-139).

recolhimento à prisão, ele está negando o duplo grau de jurisdição ao acusado que se recusar a cumprir uma decisão com a qual ele não concorda. Isso quer dizer que, nada obstante o interesse-necessidade-utilidade em interpor o recurso, o acusado, a não ser que se recolha à prisão, não terá o seu direito de pedir a revisão do julgamento admitido.

Nessa ideação, tem-se que a exigência do prévio recolhimento do réu à prisão, como pressuposto à admissibilidade do recurso de apelação ou em sentido estrito, configura cerceamento do direito de defesa, uma vez que suprime o direito de recorrer, com conseqüente negativa de acesso ao duplo grau de jurisdição, daí por que devem ser considerados inconstitucionais os arts. 594 do Código de Processo Penal, 35 da Lei 6.368, de 1976, 2º, § 2º, da Lei 8.072, de 1990, e 9º da Lei 9.034, de 1995 ou então se deve entender que os dispositivos em foco se encontram revogados, em razão do plasmado no Pacto de San José da Costa Rica.

O Superior Tribunal de Justiça, após divergência entre os seus pares, consolidou o seu entendimento a respeito do assunto, mediante a edição da Súmula nº 9, cujo enunciado assim está vazado: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."[1813] O conteúdo do entendimento sumular denota que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão tendo em conta ressaltar a natureza cautelar da prisão decretada com base nos arts. 594 do CPP, 35 da Lei 6.368/76, 2º, § 2º, da Lei 8.072/90 e 9º da Lei 9.034/95, de modo a afastar a alegada inconstitucionalidade desses dispositivos, ao fundamento de que eles contemplavam hipóteses de execução provisória de pena privativa de liberdade[1814]. Acontece que a questão não deve ser debatida sob essa perspectiva. O assunto não se destina à natureza cautelar da prisão imposta com a

---

[1813] O Superior Tribunal de Justiça, na apreciação Resp. 159.148, pela sua Sexta Turma, em acórdão relatado pelo Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, assim decidiu: "O princípio da presunção de inocência, hoje está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A carta Política, outrossim, registra o devido processo legal; compreende o 'contraditório e ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes'. Inteligência do art. 594 do CPP. Não se pode condicionar o exercício de direito constitucional – ampla defesa e duplo grau de jurisdição – ao cumprimento de cautela processual". (FRANCO; STOCO (Coords.). Op. cit., p. 319.) O Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em voto da Desembargadora Federal SYLVIA STEINER, de forma lapidar assim decidiu: "(...) O direito ao duplo grau de jurisdição é assegurado pela Constituição Federal, e expresso na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Não pode ser condicionado ao recolhimento à prisão. Ordem concedida" (Ibid.)

[1814] Note-se que o princípio da presunção de não-culpabilidade, em um de seus efeitos, assegura que a prisão, antes da sentença condenatória irrecorrível, somente é admissível como medida de natureza cautelar, de modo que a sua necessidade há de ser demonstrada, a fim de que haja justificativa para a sua decretação. Cf. item 9.2, supra.

sentença ainda não revestida pelo manto da coisa julgada. Como se verá mais adiante, quando aqui for tratado do assunto pertinente à prisão processual, o encarceramento do acusado, determinado com o pronunciamento judicial com base na ausência de primariedade ou de bons antecedentes é plenamente possível em nosso ordenamento jurídico, pois, nesse caso, não há contradição com a cláusula da presunção de não-culpabilidade.

Por conseguinte, que o juiz pode decretar a prisão com a sentença ou com a pronúncia não se há de objetar. O problema é quanto ao prévio recolhimento à prisão como requisito para a admissibilidade do recurso, uma vez que a norma jurídica, nesse caso, contempla restrição ao direito à ampla defesa, na medida em que suprime do acusado a possibilidade de esgotar a discussão da matéria perante as justiças de partes. A Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça, portanto, aborda a questão sob a ótica do princípio da presunção de não-culpabilidade, quando em verdade a agressão das normas em comento diz respeito ao preceito da ampla defesa, assegurado não só na Constituição de 1988, como igualmente no Pacto de San José da Costa Rica.

Seguindo a mesma linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case,* sufragado pelo Tribunal Pleno na apreciação do Habeas Corpus nº 72.366-7/SP, em que o relator foi o Ministro NÉRY DA SILVEIRA[1815], por maioria, decidiu que a norma encartada no art. 594 do Código de Processo Penal foi recepcionada pela Constituição de 1988, visto que não conflita com o princípio da presunção de não-culpabilidade e acrescentou, por outro lado, que o preceito contido na Convenção Americana de Direitos Humanos não teve o condão de revogá-la. Infelizmente, não prevaleceu a tese, sustentada por cinco dos onze Ministros, no sentido de que o CADH tinha revogado o disposto no art. 594 do CPP.

[1815]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594: NORMA RECEPCIONADA PELO REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988. TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 13/09/1995. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 12 abr. 2005. No julgamento, restaram vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORRÊA, FRANCISCO REZEK, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE. Por conseguinte, o resultado foi de seis votos favoráveis contra cinco, o que demonstra como a matéria foi debatida na Excelsa Corte. Na discussão sobre o assunto, prevaleceu a posição do relator, tendo como primeiro argumento que a prisão decretada com base na ausência de primariedade ou de bons antecedentes tinha natureza cautelar. Quanto à abordagem sobre a previsão contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o relator, acompanhado pela maioria, firmou a tese de que o art. 594 do CPP não foi revogado pela norma internacional, pois não "... há ver, na Convenção em referência, regra de maior eficácia do que o sistema da Constituição, nem se pode entender que norma internacional faça inserir, em nosso ordenamento, preceito em conflito com a Constituição. Esta, como se acentuou, consagra, também, o duplo grau de jurisdição, tal como a Convenção." (Ibid.) À evidência que o caso não é de colisão entre o preceito contido na Convenção e o que prescreve a Constituição. O que faltou ser considerado é que a Constituição, com a consagração dos direitos fundamentais em seu texto, declara apenas os direitos essenciais mínimos necessários à

De par com essa tese, no julgamento do RHC 9.342, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, consoante o voto do relator, Ministro EDSON VIDIGAL[1816], firmou passo na orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "... a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, o direito ao réu de recorrer em liberdade..."

Também não se mostra afinada com a cláusula da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição a norma prevista no art. 595 do Ordenamento Processual Penal, que erige a fuga da prisão como causa de deserção do recurso. Nesse caso, a fuga da prisão se apresenta como fato impeditivo ao desenvolvimento válido da relação processual em segunda instância instaurada por meio do recurso, o que origina, outrossim, limitação à ampla defesa. Todavia, coerente com o posicionamento firmado a respeito do art. 594 do Código de Processo Penal, o Supremo Tribunal Federal confirmou, em reiterados pronunciamentos, a validade da regra estampada no art. 595, que impõe a deserção do recurso, na hipótese em que, estando o acusado preso ou tendo ele se recolhido à prisão para fins de que o seu recurso fosse admitido, ao depois, foge do cárcere[1817].

9.5.4- Inviolabilidade da advocacia.

Na análise do alcance da cláusula da ampla defesa, ressaltou-se que ela compreende a defesa técnica e a autodefesa. Já na declaração de direitos da Constituição americana restou inserida, no preceito que trata da declaração do direito fundamental à defesa, a garantia de que o acusado será assistido por um advogado. No nosso sistema, como foi visto, embora não conste, dentre os direitos fundamentais inscritos no art. 5º, norma expressa

---

dignidade humana, sendo possível criar outros ou aumentar o alcance das garantias por meio de instrumentos legislativos infraconstitucionais.

[1816] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL. PROCESSUAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 8072/90, ART. 2º, II. INCONSTITUCIONALIDADE. CPP, ART. 594. LIMITAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE. NÃO-DERROGAÇÃO PELO PACTO DE SÃO JOSE DA COSTA RICA. "HABEAS CORPUS". Classe: RHC - Processo: 9342, UF: SP. Data da decisão: 14/12/1999. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp . Acesso em: 12 abr. 2005.

[1817] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. APELAÇÃO. FUGA, PRIMEIRA TURMA, un. Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Classe: HC - Processo: 82007, UF: SP, Data da decisão: 27/09/2002. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 12 abr. 2005.

.

na Constituição, senão quando trata da garantia ao preso (art. 5º, LXIII), assegurando ao acusado a assistência de um advogado, em compasso com a legislação infraconstitucional, não se admite que o processo criminal tenha trâmite sem que ocorra a sua efetiva defesa por um causídico, devendo o juiz, na hipótese de o acusado não ter condições financeiras ou não ter interesse em contratar alguém para defendê-lo, nomear um defensor dativo ou mesmo um que seja *ad hoc*, nesse caso especificamente para participar do processo quando o advogado constituído não praticar ato essencial ou não comparecer à audiência marcada para a instrução criminal.

Com a edição da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, a garantia da efetividade da defesa técnica ficou reforçada, na medida em que a presença do advogado, no sentido de auxiliar e orientar o acusado, passou a ser exigida a partir mesmo do interrogatório (art. 185, caput, do CPP). Ademais, não apenas se assegurou a presença do advogado ao interrogatório, como se estabeleceu a necessidade de que seja dado ao acusado o *direito de entrevista reservada* com seu defensor antes de iniciado o ato processual, assim como se previu a possibilidade de que este, desde que pertinentes e relevantes, faça perguntas para serem respondidas no interrogatório (arts. 185, § 2º, e 188 do CPP).

Conquanto não tenha nenhum dispositivo inserido dentre os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição, que assegure expressamente o direito à assistência do acusado por um advogado, essa garantia encontra guarida no art. 133 da Norma Maior, ao dispor que "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." A indispensabilidade da intervenção do advogado para que a atividade jurisdicional, por força do preceito constitucional em destaque, seja tida como válida contém valor político-jurídico que traduz a idéia que essa função é um *munus* público, não uma *mera defesa de interesses privados* (STJ, MS 1.275/91, Relator Ministro GOMES DE BARROS)[1818].

Não corresponde, porém, ao monopólio do *jus postulandi*, pois, de conformidade com entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal[1819], esse postulado constitucional não impede "... a outorga por lei, em hipóteses excepcionais, do *jus*

[1818] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da república federativa do brasil anotada / notas de doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 276.
[1819] Ibid., p. 277.

postulandi a qualquer pessoa, como já ocorre na ação penal de habeas corpus, ou ao próprio condenado – sem referir a outros – como se verifica na ação de revisão criminal (STF, RTJ 146/49)". Quanto ao *jus postulandi* na seara criminal, que se insere na cláusula da ampla defesa como garantia ao acusado, ao lado da defesa técnica, do direito à autodefesa, a matéria já foi dissecada no estudo lançado no item 9.5.1.2, supra deste escrito.

O que cabe aqui abordar é o princípio da inviolabilidade da advocacia, como forma de reforço ao princípio da ampla defesa na seara criminal. Note-se que a inviolabilidade da advocacia deve ser vista como um corolário lógico da cláusula da ampla defesa, de modo que ela é prevista mais como garantia do acusado do que propriamente do advogado ou de sua classe profissional. O causídico, para bem defender o seu cliente, deve ser cercado de garantias que lhe confiram altivez e meios para lutar em prol do acusado. Com efeito, em decorrência desse princípio, ao advogado não pode ser vedado o direito de acesso às repartições públicas, especialmente em relação às delegacias de polícia e aos estabelecimentos carcerários, não sendo lícito, sequer, que o juiz restrinja ou dificulte o atendimento de advogado, em horário destinado a expediente interno (STJ, RDA 189/283)[1820].

O art. 7º, inciso VI, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, de forma peremptória, insere dentre as prerrogativas do advogado, anunciadas como garantia à liberdade de defesa, o direito de ingressar livremente nas salas de sessões dos tribunais, nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça e serviços notariais. Quanto às delegacias e prisões, segundo o mesmo dispositivo, o ingresso do advogado em suas dependências deve ser franqueado mesmo fora do expediente e independentemente da presença do delegado ou do diretor do presídio[1821]. Note-se que, como aqui já foi ressaltado, ao preso, por força do art. 5º, LXIII, é assegurada, como direito fundamental, a assistência de advogado, daí por que, coerente com essa assertiva, o legislador infraconstitucional, ao traçar, com régua e compasso, as nuances do exercício da advocacia, catalogou, dentre as prerrogativas funcionais, o direito de o defensor "comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos,

---

[1820] Ibid. p. 277.

[1821] Indo mais além, na alínea *c* do inciso VI do art. 7º do Estatuto da Advocacia, está dito que fica assegurado, igualmente, o ingresso "em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado."

detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis (art. 7º, III, da Lei nº 8.906, de 1994).

O pleno acesso do advogado diz respeito especialmente aos autos de processos judiciais e administrativos (art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94), inclusive ao inquérito policial (art. 7º, IV, da Lei nº 8.906/94). Com efeito, o inquérito policial, conquanto seja sigiloso, não o é em relação ao advogado, daí por que a este deve ser franqueado o acesso aos autos investigatórios, além de ter o direito de participar da instrução[1822]. O que não caracteriza cerceamento ao exercício da advocacia é a prática de atos sigilosos pela autoridade policial, de modo que esta não precisa, antecipadamente, informar ao advogado os futuros passos que serão dados na investigação do caso. Ademais, há determinados atos investigatórios, como é o caso da escuta telefônica devidamente autorizada, em que o advogado somente é comunicado da ocorrência e tem a possibilidade de consultar os autos, após a sua realização, sem que, com isso, tenha-se por arranhado o princípio constitucional da inviolabilidade da advocacia.

Registre-se que, consoante o art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.906, de 1994, o exercício da advocacia compreende não apenas o trabalho desempenhado perante os órgãos jurisdicionais, no patrocínio do interesse do cliente mediante a postulação nos processos judiciais, mas igualmente as atividades de *consultoria, assessoria e direção jurídicas*. Por conseguinte, as consultas e orientações dadas pelos advogados são formas de atuação profissional, pautadas pelas garantias da inviolabilidade estampada pela Constituição. Esse assunto foi discutido no Décimo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal[1823], tendo alguns países defendido a distinção entre as atividades de consultoria e orientação propriamente jurídicas, que exigem conhecimentos técnico-jurídicos, daquelas que, embora prestadas por escritórios de advocacia, não são, em essência, de natureza jurídica, mormente aquelas de caráter empresarial. Isso porque se tem verificado, na experiência internacional, que cada vez mais os escritórios de advocacia vêm desempenhando o papel de orientação empresarial quanto à forma de lavagem dos recursos oriundos,

---

[1822] O art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, assim, dispõe que é direito do advogado "Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos."

[1823] *The Eleventh United Nations Congresso n Crime Prevention na Criminal Justice*: *main theme – sinergies and responses: strategic in crime prevention nad criminal justice*, realizado em Bangkok, na Tailândia, no período de 15 a 18 de abril de 2005.

especialmente, de crimes de terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e pessoas, contrabando de armas e de corrupção.

Não há, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, posicionamento a respeito dessa importante distinção, sendo pertinente assinalar que, no referido Congresso Internacional, realizado no primeiro semestre do ano de 2005, em Bangkok, o Brasil, por meio de sua delegação, manifestou simpatia pelo assunto, sufragando o entendimento quanto à necessidade de fazer a separação da atividade do escritório de advocacia propriamente jurídica da que é prestada com imiscuição no campo específico de outras áreas profissionais. Ora, não se mostra razoável que a intermediação de uma operação financeira feita sob a orientação e direção de escritório de advocacia, só por esse fato, tenha a sua documentação acobertada pela imunidade, enquanto outra, processada sob as mesmas condições, conduzida, porém, por um escritório de consultoria empresarial, não se encontre protegida pela norma constitucional. Se assim for, a cláusula constitucional servirá para criar desigualdade entre os escritórios que operam nessa área, dando margem à concorrência desleal em prol dos escritórios advocatícios.

Sem embargo dessa distinção, não se pode, evidentemente, confundir *consulta e orientação jurídicas* com *participação* na empreitada criminosa. Assim como a imunidade judiciária não ampara, dependendo das circunstâncias nas quais são verberadas as palavras ofensivas a outrem, o advogado sequer contra a prática de crime de injúria e/ou difamação pelas afirmações orais ou escritas verberadas na atuação em juízo, evidentemente ele responde pela prática de ilícito, quando orienta ou dirige o seu cliente no agir criminoso. É que na imunidade da função de advogado não se compreende, obviamente, a orientação e direção da ação ilícita do cliente. O advogado, por exemplo, não pode orientar o seu cliente quanto à forma de empregar ou movimentar a propriedade de bens, direitos ou valores oriundos dos crimes relacionados no art. 1º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, sob pena de prática do crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto no citado diploma legal[1824], sem prejuízo de sua responsabilidade criminal pelo delito antecedente, caso em relação a ele também tenha tido alguma participação.

[1824] Os crimes relacionados no art. 1º da Lei em referência são os (1) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (2) de terrorismo; (3) de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material

A relação entre o advogado e o crime organizado, estreme de dúvidas, é a situação mais delicada quanto aos limites da imunidade do exercício da advocacia. O advogado de integrantes do crime organizado, em alguns casos, passa a *orientar* quanto à condução dos negócios que representam o *braço lícito* do grupo, quando, na verdade, trata-se apenas de método inteligente de *lavagem* dos recursos financeiros e bens provenientes do crime[1825]. Na Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pelo Congresso Nacional para apurar o tráfico ilícito de entorpecentes, verificou-se a participação de vários advogados na empreitada ilícita. Inicialmente recrutados como advogados, posteriormente, em razão da imunidade, são chamados pelos integrantes da organização criminosa a desempenhar funções que findam fazendo com que os causídicos passem a ser responsáveis também pelo crime.

9.5.4.1- Imunidade judiciária como corolário lógico da inviolabilidade do exercício da advocacia.

Como conseqüência natural da inviolabilidade da advocacia, o advogado detém imunidade quanto às afirmações feitas em prol da defesa do acusado, desde que elas tenham relação com o *thema decidendum*. Em verdade, essa *imunidade judiciária*, agora alçada à categoria de princípio constitucional, já era prevista em nosso Direito, diante da redação do art. 142, I, do Código Penal. De acordo com a norma penal em referência, não caracteriza o crime de *injúria ou difamação* "a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador." Note-se que a imunidade conferida ao advogado, em decorrência da

---

destinado à sua produção; (4) de extorsão mediante seqüestro; (5) contra o sistema financeiro nacional; e (6) praticado por organização criminosa.

[1825] Tem sido cada vez mais comum a prisão de advogados na intermediação de negócios escusos de seus clientes, principalmente nos casos de suborno. Vários relatos já foram mostrados nas redes de televisão. Do mesmo modo, não raro, os causídicos, nas visitas aos presídios, fazem o contato do preso que dirige a organização criminosa, com os integrantes do grupo que estão em *atividade*. Isso foi o que ocorreu em relação ao traficante mais conhecido pela alcunha de *Fernandinho Beira-mar*, quando se verificou um verdadeiro abuso do direito de visita dos advogados ao seu cliente famoso. Como ele tinha vários advogados, as visitas que lhe eram feitas por estes eram sobremaneira freqüentes, o que fazia com que ele tivesse um contato praticamente diário com os demais integrantes do seu grupo, que estão em liberdade, em plena atividade do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Para obviar esse problema, o Congresso Nacional, por meio da edição da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, instituiu na execução da pena o *regime disciplinar diferenciado*, para abrigar, dentre outras hipóteses, presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, com a adoção, além de outras medidas, de restrição quanto à visita, somente sendo permitida a de duas pessoas por semana, sem contar as crianças, pelo tempo máximo de duas horas cada (art. 52, § 1º, da Lei nº 7.210, de 1984).

inviolabilidade da advocacia, não abrange o crime de calúnia. No mesmo sentido, a Lei nº 8.906, de 1994 – Estatuto da Advocacia –, no art. 2º, § 3º, estabelece que, "no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei." e, mais adiante, no art. 7º, § 2º, esclarece que não constitui "... injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele". A extensão da imunidade ao crime de desacato, porém, foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, adotada no julgamento da ADI 1.127-8.

As ressalvas de que a *imunidade criminal*, relativa apenas aos crimes de injúria e de difamação, circunscreve-se às ofensas feitas *na discussão da causa* (art. 142, I, do CP) e *nos limites desta lei* (art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94) demonstram que a garantia não é absoluta, não podendo, assim, o advogado, sob o pretexto de que está defendendo o acusado, aproveitar-se da ocasião para ofender alguém. Por isso mesmo, chamada *imunidade judiciária ou criminal*, que acompanha o advogado no exercício de sua profissão, pressupõe conexão das ofensas com o interesse que está em litígio (STF, RT 610/426)[1826] , ainda que remoto o nexo entre o litígio e a ofensa (STF, RT 585/412)[1827]. Daí por que, caso a ofensa irrogada não guarde vínculo com a discussão da causa, o agir não está protegido pelo manto da imunidade judiciária (STJ, RHC 352)[1828]. Por outro lado, é irrelevante a circunstância de as palavras ofensivas terem sido lançadas fora dos autos, sendo suficiente, para a incidência da norma protetiva, que as afirmações expressadas de forma oral ou escrita tenham sido feitas na linha de defesa do acusado (STF, RT 543/431)[1829], até porque, consoante o art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906, de 1994, a imunidade diz respeito ao comportamento do advogado no exercício de sua profissão, prestada em *juízo ou fora dele*. De todo modo, em compasso com a orientação jurisprudencial, LUÍS ROBERTO BARROSO[1830] esclarece que

> O art. 142 do CP, ao dispor que não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador – excluídos, portanto, os comportamentos caracterizadores da calúnia – estendeu, notadamente ao advogado, a tutela da imunidade judiciária, desde que, como ressalta a jurisprudência dos tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o *thema decidendum* e não se refiram ao próprio juiz do processo (STF, RTJ 146/588).

[1826] DELMANTO, Celso. et. al. Op. cit., p. 142.
[1827] Ibid. p. 142.
[1828] Ibid., p. 308.
[1829] Ibid. p. 308.
[1830] Op. cit., p. 277.

Destaque-se, da lição haurida de LUÍZ ROBERTO BARROSO, que a doutrina nacional, de há muito tempo, pacificou o entendimento de que a *licentia conviciandi* não pode ser utilizada em detrimento da administração judicial, daí por que a ofensa *verbis* ou *factis* feita ao juiz não está acobertada pela imunidade[1831]. NELSON HUNGRIA[1832], com a sabedoria de sempre, argumenta que "... Acima do interesse da indefinida amplitude de defesa de direitos em juízo está o respeito devido à função pública, pois, de outro modo, estaria implantada a indisciplina no foro e subvertido o próprio decôro da justiça.", pelo que a ofensa irrogada contra o magistrado, mesmo que *em razão da lide e na discussão dela*, poderia constituir, quando feita em audiência, o crime de desacato[1833].

Ainda em proteção à ampla defesa, o advogado, por força do art. 207 do Código de Processo Penal e do art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906, de 1994, está proibido de depor no processo[1834], tornando-se defesa, igualmente, até mesmo a busca e apreensão. Se assim não fosse, o acusado não se sentiria seguro para contar a verdade ao seu advogado, pois este, depois, poderia não só chantageá-lo, como igualmente ser chamado à inquirição na qualidade de testemunha, com o dever de dizer o que sabe, sob pena de processado pelo crime de falso testemunho.

9.5.4.2- Inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e comunicações, incluídas as telefônicas ou afins.

Realçando a inviolabilidade do exercício da advocacia, garantida pela Constituição em prol da liberdade de defesa, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

---

[1831] CELSO DELMANTO et. al. reconhecem que a doutrina, a esse respeito é pacífica, com raras manifestações dissonantes – citam as posições em contrário de CUSTÓDIO DA SILVEIRA e de GABRIEL NETUZZI PERES –, mas defendem que essa posição adotada também pela jurisprudência "... limita uma exclusão ampla, sem apoio no texto da lei." (Op. cit., p. 307.)

[1832] Op. cit., v. 6. p. 119-120.

[1833] Ibid., p. 121. Mais adiante, aprofundando o seu pensamento sobre o tema, o renomado criminalista sustenta que "Notadamente os juízes devem ficar resguardados dos convícios e baldões dos que pleiteiam perante êles. Se erram ou cometem abusos, sejam submetidos a processo disciplinar ou penal; mas é de todo intolerável que a majestade da toga seja conspurcada pelas diatribes inspiradas, na quase totalidade dos casos, pelo unilateralismo interesseiro de litigantes e advogados. Podem estes usar de linguagem vivaz para com o juiz, mas não ofensiva de sua dignidade ou reputação." (Ibid., p. 122).

[1834] A vedação plasmada no art. 207 do Código de Processo Penal engloba, igualmente, todas as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. Assim, essa norma é destinada não apenas aos advogados, como também aos senadores e deputados (art. 53, § 5º, da Constituição), médicos, padres, psicólogos, etc.

estabelece, no art. 7º, inciso II, que é direito do advogado ser respeitado quanto à inviolabilidade física de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, excepcionando, porém, a possibilidade de busca e apreensão embasada em ordem judicial[1835]. Em interpretação literal da norma em destaque, a inteligência que sobressai é a de que a inviolabilidade somente pode ser tergiversada por meio da medida judicial de busca e apreensão. Assim, não seria possível, por exemplo, a interceptação das comunicações telefônicas ou eletrônicas mantidas pelo advogado com os seus clientes, pois, como se sabe, materialmente, a execução de medida judicial que determina a quebra do sigilo do contato mantido pela via telefônica ou eletrônica não se faz por meio do mandado de busca e apreensão.

Não deve, porém, ser essa a interpretação. A ressalva contida na parte do inciso II do art. 7º da Lei 8.096, de 1994, deve ser entendida no sentido de que a quebra da inviolabilidade do exercício da advocacia é cabível naquelas mesmas hipóteses em que se admite a busca e apreensão. Note-se que, da forma como redigida a norma em exame, o que se quis deixar claro foi que o ingresso de alguém no local de trabalho do advogado, sem a sua permissão, exige a apresentação do respectivo mandado de busca e apreensão, garantia, aliás, que já está expressa no art. 5º, XI, da Constituição. Por conseguinte, desde que seja hipótese em que se admite busca e apreensão de documento ou objeto em poder de advogado, não se aplica a cláusula da inviolabilidade, sendo admissível, portanto, até mesmo a interceptação telefônica ou de dados.

A esse respeito, observe-se que o art. 243, § 3º, do Código de Processo Penal, categoricamente, em sua melhor interpretação, admite a busca a apreensão de objeto, coisa ou documento que esteja em poder de advogado, desde que, em relação a esse último, ele se constitua *elemento do corpo de delito* (art. 243, § 3º, do CPP). Com efeito, a busca e apreensão, nos termos do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, pode ter como objeto uma pessoa física – a alínea *a* fala, impropriamente, na busca e apreensão de *criminosos* e também das vítimas –, coisas, instrumentos, objetos, armas, munições, cartas e qualquer elemento de convicção. Quando o legislador cuidou de fazer a restrição à busca e apreensão

[1835] A norma está assim redigida: "Art. 7º: São direitos do advogado: (...) ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados,

em relação ao advogado, mencionou-se, apenas, a hipótese em que a medida é determinada para o fim de apreensão de *documento*. Por conseguinte, a interpretação do dispositivo em estudo leva à conclusão de que apenas em relação à busca e apreensão de documento em poder do advogado do acusado é que se restringe a admissibilidade da medida judicial à hipótese em que se trata de apreender aquilo que constitui elemento do corpo de delito.

Daí se conclui que, quando a busca e apreensão determinada contra advogado tiver como objeto outra coisa diferente de documento, ela pode ser levada a efeito mesmo quando não seja elemento do corpo de delito. Caso se queira dar outra interpretação ao art. 243, § 3º, do Código de Processo Penal, no sentido de entender que a busca e apreensão quando se trata de algo em poder de advogado se restringe a documento que se constitua *elemento do corpo de delito*, isso levaria ao absurdo de ter-se como inadmissível tal medida até mesmo quando a diligência tivesse como objeto pegar o *corpo da vítima*, que estivesse enterrado no interior do escritório[1836]. A cautela do legislador em relação aos documentos em poder do advogado se justifica porque esses papéis dizem diretamente respeito à sua atividade profisional, daí por que, nesse caso, a diligência só pode abranger aqueles que se constituam ou sejam parte do corpo de delito.

De mais a mais, não se pode dizer que o escritório de advocacia, salvo na hipótese de o documento se constituir *elemento* do corpo de delito, está imune a mandado de busca e apreensão. É preciso saber se o que está guardado no escritório ou local de trabalho diz respeito, efetivamente, ao exercício da profissão. Se, por exemplo, o causídico tiver participado do crime, não se pode, à evidência, sustentar que o documento sob a guarda dele é inviolável, como medida de proteção à liberdade e amplitude da defesa. Nesse caso, o advogado detém a posse do documento devido a sua condição de um dos responsáveis pela prática do ilícito, daí por que ele deve ser tratado como outra pessoa quando é acusado de um crime.

Na hipótese, antes de advogado, ele é acusado do crime e, em que pese deve merecer tratamento em consonância com a dignidade da pessoa humana, obviamente que como tal há de ser tratado. Fazendo essa distinção e realçando, ainda, que é possível não

---

de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB".

apenas a expedição de busca e apreensão em escritório de advocacia, mas também a quebra do seu sigilo telefônico, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal."[1837]

Ainda se poderia dizer que a busca e apreensão ou a quebra da inviolabilidade do exercício da advocacia pode ser determinada, igualmente, quando o acusado não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a busca e quando ele não possuir o documento em razão de sua função. Sem embargo de essas situações serem possíveis, elas não são fáceis de comprovação. Observe-se que, mesmo quando a pessoa, graduada em Direito, seja impedida do exercício da advocacia, não se pode, a *priori*, dizer que ela não recebeu o documento devido a sua qualificação profissional. A pessoa impedida de advogar pode, muito bem, e isso acontece com freqüência, prestar assessoria não remunerada, dando as devidas orientações a quem lhe confia a guarda de documento. O mais complicado, no entanto, é quando se trata de assunto referente à família do advogado. Nesse caso, ele pode ter acesso aos documentos não em razão de sua condição profisional, porém devido ao grau de parentesco.

Em síntese, a busca e apreensão em escritório de advocacia, assim como a quebra da inviolabilidade do exercício dessa profissão, é admissível nas seguintes hipóteses:

[1836] Há notícia de caso em que um corretor de imóveis matou e enterrou o corpo da vítima no interior do seu escritório.

[1837] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO TELEFÔNICO. ADVOGADO. QUEBRA. Relator Ministro FÉLIX FISCHER, Classe: ROMS - Processo: 10857, UF: SP, QUINTA TURMA, un. Data da decisão: 16/02/2000. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, CRIMINAL. HC. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. QUEBRA BASEADA NAS DECLARAÇÕES DE UMA SÓ PESSOA. ANÁLISE RESTRITA À SUA CAPACIDADE DE CONFIGURAR INDÍCIO DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. APTIDÃO NÃO ATACADA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. DISPONIBILIZAÇÃO ESPONTÂNEA DE INFORMAÇÕES PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE AFASTADA EM RELAÇÃO AOS SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO E FALTA DE INTERESSE JURÍDICO EM RELAÇÃO AOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. INSTALAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DEVIDO A FATORES DE ORDEM FAMILIAR E PESSOAL. PRERROGATIVAS QUE NÃO PODEM ACOBERTAR DELITOS. NATUREZA ABSOLUTA INEXISTENTE. DIVULGAÇÃO DE DADOS DECORRENTES DAS QUEBRAS. DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. CRIMES DIVERSOS DOS ORA ANALISADOS. LEGALIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. LIMINAR CASSADA. ORDEM DENEGADA. Relator Ministro GILSON DIPP, Classe: hc - Processo: 20087, UF: SP, QUINTA TURMA, un. Data da decisão: 29/09/2003. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 18 set. 2005.

(1) o advogado tiver participado do crime; (2) o advogado não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a busca; (3) o advogado não possuir os papéis em razão de sua função; e (4) mesmo no exercício da profissão, em relação a coisas, instrumentos, objetos, armas, munições relativos ao crime em apuração em poder do advogado[1838]; e (5) em se tatando de documento, ainda que o advogado o tenha recebido devido ao exercício da advocacia, se ele se constituir em elemento do corpo de delito.

Anote-se, por fim, que não há necessidade de que a autoridade policial, ao empreender diligência para cumprir o mandado de busca e apreensão em residência ou escritório de advogado, expedido de conformidade com decisão judicial, fazer-se acompanhar de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, porquanto o Supremo Tribunal Federal[1839] suspendou a última parte do art. 7º, II, da Lei nº Lei 8.096, de 1994, por meio de medida liminar concedida na ADI 1.127-8-DF, em que consta como Relator o Ministro PAULO BROSSARD, retirando, assim, a eficácia "da expressão 'e acompanhada de representante da OAB' no que diz respeito à busca e apreensão determinada por magistrado."[1840]

9.6- Princípio da liberdade.

Um sistema jurídico de cunho democrático, forjado sob a batuta dos direitos fundamentais, possui como esteio a garantia da liberdade, bem jurídico com grau de importância similar ao direito à vida. Naturalmente que o direito à vida é o maior dos direitos, mesmo quando considerado em comparação com a cláusula da liberdade; no entanto, não menos procedente é a assertiva de que a vida, sem liberdade, não tem muito sentido. O *liberalismo*, vivificado a partir da doutrina política dos iluministas, renovado, com colorido mais denso e em sintonia com o mundo contemporâneo, de acordo com a pregação dos

---

[1838] Observe-se que o mandado de busca e apreensão pode ser expedido para o fim de determinar que seja efetuada a prisão de acusado que esteja escondido no interior de escritório de advocacia ou para permitir que seja feita a procura do cadáver da vítima e, se for o caso, a devida exumação.
[1839] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 06/10/94. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em 25 jul. 2005.
[1840] Ibid.

direitos fundamentais, coloca o direito de liberdade como um dos eixos principais sobre o qual deve gravitar o sistema jurídico[1841].

Nessa perspectiva, o Direito Criminal deve ser mínimo, de modo que ele somente há de ser elaborado para os casos em que os demais ramos do Direito não contenham normas coercitivas bastantes para dar resposta ao comportamento anti-social do agente. Sem embargo de ser mínimo, a solução alvitrada por esse ramo jurídico precisa ser nos termos da *justiça restaurativa*, de modo que, tanto quanto possível, a solução para o problema deve ser perquirida tendo como instrumento a *negociação*, sem a aplicação de pena propriamente dita, mediante a sua substituição por *medidas alternativas*, ou então, mesmo quando seja o caso de impor-se a sanção, preferir-se a pena restritiva de direitos à de privação do direito de liberdade.

Essa política criminal, inerente ao sistema criminal democrático arquitetado sob a plataforma dos direitos fundamentais, tem repercussão, como não poderia deixar de ser, na concepção do instituto da prisão como medida processual a ser adotada durante o trâmite do processo, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. A despeito de tudo o que foi dito, se ninguém pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado, tem-se que, em rigor, não parece razoável que a pessoa seja mandada para o cárcere, antes de encerrado o processo. Note-se que o direito à liberdade é um dos direitos fundamentais que, conforme foi dito, confunde-se, em certa medida, com o próprio direito à vida.

Assim, o instituto da prisão representa, antes de mais nada, mesmo quando tratado como medida processual, limitação a esse direito fundamental, daí por que os seus contornos iniciais são gizados na Constituição. BASILEU GARCIA[1842], do alto de sua autoridade, afirma que as situações ensejadoras da prisão implicam limitações que "... atingem os direitos fundamentais, o direito à liberdade corpórea, relacionam-se com a segurança do cidadão e, pois, só podem decorrer, como exceções inevitáveis, dos próprios textos que firma as garantias individuais."

[1841] LORCA NAVARRETE, comentando a exposição de motivos da Lei Orgânica da Espanha nº 6, de 24 de maio (disciplina o procedimento do habeas corpus), revela que nela se afirma que a Constituição espanhola configura um ordenamento jurídico "... cuya pretensión máxima es la garantia de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra de la propria Constitución, como um valor superior del ordenamiento." (*Derechos fundamentales y jurisprudencia*. p. 77)

Por isso mesmo, as preocupações contra a aplicação da prisão se fizeram sentir já na Magna Carta inglesa de 1215, imposta pelo barões contra o Absolutismo do Rei João Sem Terra, com a consignação de que "Nenhum homem livre será detido ou preso..., senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra."[1843] Como não poderia deixar de ser, BECCARIA, na exposição da filosofia liberal na campo criminal, insurgia-se contra a ausência de segurança pessoal ao agente que respondia pela prática de delito, pois o magistrado possuía "... o arbítrio de prender um cidadão, de tirar a liberdade de um inimigo por pretextos frívolos, de deixar impune um amigo, a despeito dos mais fortes indícios de culpabilidade."

Seguindo essa orientação, a declaração de direitos enxertada à Constituição americana por meio da Quinta Emenda estabeleceu a exigência da obediência ao devido processo legal para que fosse decretada a limitação ao direito de liberdade ("... ninguém... será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo judicial..."). Essa garantia fundamental restou, igualmente, sufragada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), com o preceito expresso no art. 9º, sob a máxima de que "Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado." No mesmo passo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) deixou plasmado que "Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser objeto de detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser por motivo e em conformidade com procedimentos previstos em lei (art. 9.1)".

Realçando a natureza acautelatória da prisão processual, o PIDCP acrescenta, no art. 9.3, *in fine*, que "A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir regra geral, mas a libertação delas poderá estar subordinada a garantias que assegurem sua presença em todos os atos do processo penal e, se for o caso, para a execução da sentença." Finalizando o estatuto internacional do direito de liberdade, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) ressalta que "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas"(art. 7.2), para

---

[1842] *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3, p. 8.

[1843] LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentário ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 2, p. 180. CÂMARA LEAL igualmente destaca que a restrição à liberdade individual diz respeito a um dos direitos fundamentais do cidadão, de modo que a prisão somente pode ser decretada com

arrematar que "Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários." (art. 7.3).

9.6.1- Prisão processual no Direito Comparado.

O direito à liberdade tem merecido, levando-se em consideração essa filosofia liberal, o devido destaque nas constituições contemporâneas. A Constituição alemã de 23 de maio de 1949 (ainda em vigor), promulgada logo após a Segunda Guerra Mundial, é um exemplo perfeito de como as limitações ao direito à liberdade devem merecer acentuada inquietação por parte do constituinte. Na primeira parte do caput do art. 104, 1, da Carta tedesca, o constituinte deixa consagrada a idéia de que a "A liberdade da pessoa só pode sofrer restrição por força de uma lei formal e com observância das formas por ela prescritas."

O constituinte alemão escreve que "Só ao juiz cabe decidir sobre a possibilidade de privação da liberdade e sobre a sua prorrogação" (art. 104, 2, primeira parte), daí por que "Quando a privação da liberdade não tiver sido ordenada pelo juiz, deverá ser suscitada sem demora a sua intervenção (art. 104, 2, segunda parte), pois "Ninguém pode ficar detido por ordem da polícia para além do fim do dia que se segue à sua detenção." (art. 104, 2, terceira parte). Ainda não satisfeito com as garantias emanadas da leitura dos referidos dispositivos, o constituinte alemão, na primeira parte do art. 104, 3, reforça a mensagem de que a pessoa, detida sem ordem judicial, deve ser "... levada à presença do juiz o mais tardar no dia imediato ao da detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa." Na segunda e última parte do art. 104, 3, da Constituição da Alemanha, está expresso que o juiz, após ter a audiência com o detido, deve, "sem demora, emitir ordem escrita de prisão ou ordenar a libertação do detido." Por fim, o art. 104, 4, estabelece a *comunicação imediata* a um parente ou a alguém da confiança da pessoa detida, da "decisão judicial que ordene ou prorrogue a privação da liberdade.

Pela leitura dos dispositivos constitucionais alemães referentes ao direito à liberdade, observa-se a distinção entre privação de liberdade sem e com ordem judicial. A

---

suporte em embasamento legal e esteio em culpa formada, sob pena de caracterizar-se como arbitrária (Ibid., p. 179).

privação de liberdade sem ordem judicial se assemelha a nossa prisão realizada por autoridade policial quando o agente é pego em flagrante delito. No Código de Processo Penal Alemão, essa modalidade de prisão é chamada *apreensão provisional* (*vorläufige Festnahme*)[1844]. Como a autoridade policial não prende, mas apenas faz a detenção, a intervenção do juiz se dá para, se for o caso, decretar a prisão. Essa distinção tem a vantagem de deixar claro que, nada obstante a privação da liberdade ocasionada pela detenção feita pela autoridade policial, o juiz deve analisar o caso para decidir se deve, ou não, decretar a prisão.

Fazendo comentários a respeito da prescrição contida no art. 104, 3 da Carta alemã, JULIO MAIER[1845] adverte que, como a detenção preventiva da pessoa somente pode ser determinada por ordem escrita de autoridade judicial, exige-se que ela seja levada imediatamente à presença do juiz, a fim de que este, após ouvi-la, decida se é caso de ser decretada a prisão ou a liberdade. Por isso mesmo, para o autor citado, a privação de liberdade, efetuada pela autoridade policial, não corresponde propriamente à prisão, senão a um "*momento primário del estado de detención que solo puede ordenar el juez...*"[1846], pois a "*... efetiva constitución en prisión (orden de detención, § 114, OPP) resulta en la OPP de uma resolución de mérito del juiz sobre los elementos de convicción existentes...*"[1847]

Outro aspecto que chama a atenção, no tratamento constitucional dado à matéria no sistema alemão, é que não basta a comunicação da prisão à autoridade judicial, porquanto se impõe que a pessoa seja apresentada imediatamente ao juiz competente, no mais tardar até o dia seguinte (§ 115 do Código de Processo Penal da Alemanha), admitindo-se, quando isso não seja possível, que a apresentação seja feita ao juiz municipal mais próximo (§ 155 do Código de Processo Penal da Alemanha)[1848]. Por fim, resta considerar que a garantia do direito à comunicação da privação da liberdade, feita na pessoa de um parente ou pessoa da confiança do preso, é quanto à decisão do juiz que ordena a prisão, e não da detenção efetuada pela autoridade policial.

A Constituição espanhola também contém diversas normas a respeito da forma como se admite a limitação ao direito de liberdade. No art. 17, 1, a referida constituição

---

[1844] *La ordenanza procesal penal alemana*: su comentário y comparación com los sistemas de enjuiciamiento penal argentino. Buenos Aires: Depalma, 1982. v. 2,p. 73
[1845] Ibid., p. 73-74.
[1846] Ibid, p. 74.
[1847] Ibid. p. 74.

estabelece o primado do devido processo legal para a perda do direito de liberdade e, no número 2, diz que "A prisão preventiva não poderá durar mais do que o tempo estritamente necessário para a realização das averiguações tendentes ao esclarecimento dos fatos e, em qualquer caso, no prazo máximo de setenta e duas horas o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial." O art. 171, 3, por sua vez, assegura que "Toda pessoa detida deve ser informada de forma imediata, e de modo que lhe seja compreensível, dos seus direitos e das razões da detenção, não podendo ser obrigada a prestar declarações", assim como garante, na segunda parte, "... a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos que a lei estabelecer." Por fim, o art. 171, 4, dispõe que "A lei regulará um processo de habeas corpus com vista à imediata colocação à disposição do juiz de toda a pessoa detida ilegalmente" e que "A lei também determinará a duração máxima da prisão provisória."

Em análise dos preceitos da Constituição espanhola referentes à garantia do direito de liberdade, tem-se que, indo além da previsão contida da Convenção Européia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, editada em Roma em 4 de novembro de 1950 (art. 5º, 3), que determina a apresentação, sem demora, ao juiz de toda pessoa detida, a Constituição da Espanha fixa um prazo improrrogável para que a pessoa detida seja liberada ou posta à disposição da autoridade judiciária. LORCA NAVARRETE[1849] revela que o instituto do habeas corpus serve para assegurar ao preso o direito de ser ouvido pelo juiz, a fim de expor suas razões contra as causas da detenção e para que, assim, o magistrado decida, efetivamente, sobre a manutenção ou não da prisão. Desse modo, conquanto não esteja previsto, como na Constituição alemã, o direito do preso de ser apresentado, logo após a sua detenção, ao juiz, a pessoa, quando tiver a pretensão de discutir a legalidade da privação de sua liberdade, faz jus à interposição do habeas corpus, cujo procedimento lhe assegura o direito de ser ouvido pessoalmente pelo magistrado. Em exame dos arestos do Tribunal Constitucional da Espanha de 10 e 12 de março do ano de 1987, LORCA NAVARRETE expõe, em compêndio, o entendimento sobre a matéria daquela Alta Corte de Justiça:

> 1) La prisión provisional es uma decisión judicial de caráter excepcional que incide negativamente en el status de libetad personal del inculpado, y por lo mismo es, com toda evidencia, restrictiva del derecho fundamental reconocido en el articulo 17, apartados 1 y 4, CE. 2) La institucipón de la prisión provisional se halla situada entre el derecho estatal de perseguir eficazmente el delito, por um lado, y el deber

[1848] Ibid, p. 83-85.
[1849] *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. p. 77.

> estatal de asegurar el âmbito de la libertad del ciudadano, por outro, y, habida cuenta de que aqeulla consiste em uma privación de la libertad, há de rregirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cuatelar. 3) La vulneración de la ley que regula la duración máxima de la prisión provisional supone uma vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado por el artículo 17 CE (...). 4) En la interpretación y aplicación de lãs normas reguladoras de la prisión provisional debe tenerse em cuenta, ante todo, el carácter fundmaental del derecho a ala libertad que tales normas restingen, y la situación excepcional em que la prisión provisional coloca al imputado en uma causa penal: en esta dirección, la jurisprudência ha reiterado que, en matéria de derechos fundamentales, la legalidad ordinária ha de ser interpretada de la forma más favorable a la libertad de l inculpado (favor libertatis). 5) Dado el carácter anteriormente necionado de dimensión ética del artículo 17 CE en su conjunto – implícita por supuesta su transcendente juridicidad -, opinamos, con algún sector doctrinal que ya se a pronunciado al efecto, que existe por parte del Estado uma obligación de indemnizar em los casos de prisión preventiva cuando la inocência se acredite posteriormente.

Malgrado sem similar detalhismo, a Constituição italiana alberga disposições que disciplinam o direito à liberdade. Na primeira parte do art. 13, a Magna Carta da Itália sufraga a regra geral de que "A liberdade pessoal é inviolável" para, na segunda, dizer que nenhuma *detenção* ou *outra restrição à liberdade* será admitida, senão "... por ato fundamentado da autoridade judicial, nos casos e nos termos da lei". Todavia, na sua terceira parte, está esclarecido que "Em casos excepcionais de necessidade e urgência, *taxativamente* indicados na lei, a autoridade de segurança pública pode adotar providências provisórias, que têm de ser comunicadas, dentro de quarenta e oito horas, à autoridade judicial, e, se este não as valida nas quarenta e oito horas seguintes, elas considerar-se-ão revogadas e privadas de qualquer efeito". Por fim, na quinta parte do dispositivo constitucional em foco, consigna-se que compete à lei infraconstitucional estabelecer *os limites máximos da prisão preventiva.* O mestre italiano GIUSEPPE BETTIOL[1850], em exame desses dispositivos estampados na Constituição italiana, observa que "La libertad individual, como expresión de un valor absoluto, en una Constitución democrática debe ser reputada inviolable." Agrega, ainda, que somente a autoridade judicial pode determinar a prisão processual, ressalvando-se, apenas, "... *en casos excepcionales de necesidad y urgência, indicados taxativamente por la Ley*", em que os agentes de polícia podem efetuar, sem autorização do juiz, a detenção de alguém[1851].

No caso em que a detenção é efetuada pela autoridade policial sem a autorização judicial, o que só se admite quando a pessoa é surpreendida *con graves indícios* e

---

[1850] *Instituciones de derecho penal e procesal*. p. 224.
[1851] Ibid. p. 224.

desde que subsista *fundada sospecha de fuga*, a limitação da liberdade possui caráter *provisional* devendo ser comunicada ao juiz, no prazo de 24 horas, a fim de que este a confirme, ou não[1852]. Aforada essa hipótese, toda e qualquer privação do direito de liberdade reclama decisão motivada do juiz, nas hipóteses e na forma prevista na legislação infraconstitucional[1853].

Merece registro, por fim, a forma como foi tratado o instituto da prisão processual na Constituição portuguesa, sem dúvidas, o texto constitucional que melhor esmiuçou as nuances que envolvem a matéria. No art. 27, 1, a Carta de Portugal assenta que "Todos têm direito à liberdade e à segurança" e, após dizer, no número 2 do mesmo artigo, que a privação de liberdade pressupõe sentença condenatória emanada de autoridade judiciária, esclarece, no número 3, que esse princípio resta excepcionado, nos seguintes casos:

> a) Prisão preventiva em flagrante delito ou por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior;
> b) Prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
> c) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
> d) Sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
> e) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante a autoridade judicial competente.

Nos números 4 e 5 do art. 27, a Constituição lusitana garante ao preso o direito de ser informado, sem demora, das razões de sua prisão ou detenção e lhe assegura o direito à indenização, quando a privação da liberdade ocorrer sem a devida atenção às regras constitucionais. Sem embargo dessas disposições, o constituinte ainda destinou o art. 28 para preceituar normas específicas a respeito da *prisão preventiva*, sendo assinalado, no número 1, o prazo de 48 horas para que o juiz, mediante decisão, manifeste-se pela *validação ou manutenção* da prisão efetuada *sem culpa formada*, sendo assegurado ao preso, de qualquer modo, o direito de ser interrogado e de defender-se. No número 2 do artigo em comento, consagra-se a idéia da excepcionalidade da prisão preventiva, na medida em que se adverte

---

[1852] Ibid. O autor esclarece que foi a primeira vez que se disciplinou, em uma Constituição italiana, a hipótese de limitação do direito de liberdade, sem autorização judicial, pelo agente policial. Até então, o assunto era deixado para ser tratado, livremente, pelo legislador infraconstitucional. BETTIOL aplaude a tomada de posição do constituinte italiano, devido à excepcionalidade da medida, conjugada com o perigo que ela suscita quanto a possíveis arbitrariedades. (Ibid.)

[1853] Ibid., p. 225.

que ela "... não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por medida de liberdade provisória prevista em lei." Assim como prevê a Constituição alemã, a portuguesa dispõe do direito do preso de que a decisão judicial que *ordene ou mantenha uma medida de privação de liberdade* seja, desde logo, comunicada a um parente ou pessoa da confiança do detido (art. 27, 3). Por último, no número 4, garante-se que, seja ela determinada antes ou depois da formação de culpa, a prisão preventiva deve observar o prazo estabelecido na lei subconstitucional.

9.6.2- Histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.

No Direito brasileiro, o disciplinamento a respeito das hipóteses de prisão da liberdade como medida processual sempre ocupou posição de destaque nas constituições. Em verdade, antes mesmo da Constituição imperial de 1824, o Príncipe Regente, preocupado com as arbitrariedades praticadas contra o direito de liberdade, editou o Decreto de 23 de maio de 1821, com o qual condicionou, salvo à hipótese de prisão flagrante delito, a restrição da liberdade à prévia ordem escrita de *juiz ou magistrado criminal*, exarada com base em *culpa formada*[1854]. Malgrado a redação do decreto em exame, não se pense que, a partir daí, tinha

[1854] O Decreto de 23 de maio de 1821 estava redigido nos seguintes termos: "considerando que alguns governadores, juízes criminais e magistrados, abusando de sua jurisdição, mandavam prender por mero arbítrio, e antes de culpa formada, pretextando denúncias secretas, suspeitas veementes e outros motivos, para impunemente conservar presos homens que na sociedade deviam gozar dos bens que ele promete e o primeiro dos quais é, sem dúvida, a segurança individual, ordenava que dali por diante, nenhuma pessoa livre no Brasil pudesse jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, salvo o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente; e que nenhum juiz ou magistrado criminal poderá expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada." (LEAL. Op. cit. p. 180.) Registre-se, ainda, que, na época, a justiça de primeira instância, organizada nos termos do que dispunham as Ordenações Filipinas, possuía os cargos de "*Juízes de vintena*, nomeados pelas câmaras das cidades ou vilas para exercício de um mandato de um ano, com competência, dentre outras menos significativas, para o julgamento verbal de processos até determinado valor de alçada, além de prender, para entregar ao juiz ordinário, os acusados de prática de delito; *Almatocés*, com mandato de um mês, com atribuições mais de caráter administrativo do que propriamente judicante, cabendo recurso para os juízes ordinários; *Juízes Ordinários*, eleitos em segredo, dois para cada triênio do ano, com competência, além das atribuições administrativas, para julgamento dos feitos cíveis e criminais, em muitos deles juntamente com os vereadores, cabendo-lhes, ainda, apreciar os recursos interpostos dos Almatocés; *Juízes de Fora*, nomeados pelo Rei para um mandato de três anos, possuindo as mesmas atribuições dos juízes ordinários; *Juízes dos Órfãos,* escolhidos da mesma forma que os ordinários ou os de fora, com competência específica para os casos de inventário e interesses de menores; *Juízes das Sesmarias*, eram nomeados pela Mesa dos Desembargadores do Paço ou pelo Governador da Capitania, em lista tríplice elaborada pelas câmaras das vilas, nos casos em que as partes não preferissem o julgamento pelos juízes ordinários, com competência para a medição e demarcação das sesmarias; *Juízes do Crime das Cidades do Rio de Janeiro e da Bahia*, escolhidos e com as mesmas atribuições dos juízes de fora, sendo que os do Rio de Janeiro também tinham a função de policiamento dos bairros; *Ouvidores da Comarca*, nomeados pelo Rei para um mandato de três anos, exerciam a correição dos juízes de primeira instância, e, dependendo da alçada, deveriam conhecer dos agravos e apelações das decisões dos juízes ordinários e dos agravos dos juízes de fora, além de diversas outras atribuições de ordem administrativa, cabendo recurso de suas decisões para os Tribunais

sido estabelecida, em nosso sistema, a regra de que a prisão, salvo em flagrante delito, somente fosse admissível mediante decisão prolatada por juiz no exercício de atividade jurisdicional. Isso porque, na organização judiciária da época, não havia uma separação propriamente dita entre as atividades judicantes e as de cunho policial, de modo que os juízes, como era próprio do sistema inquisitivo adotado até então, praticavam atos investigatórios próprios da autoridade policial.

Por isso mesmo, as funções judiciais, em princípio, não eram privativas de bacharel em Direito, podendo ser executadas por leigos e pela polícia[1855], enquanto alguns cargos, como o de Juiz do Crime da Cidade do Rio de Janeiro, além da função judicante, conferiam a atribuição de policiamento dos bairros[1856]. Como se isso não fosse bastante, "Os delegados e subdelegados eram nomeados pelo chefe de polícia, sendo que este era escolhido dentre Desembargadores e Juízes de Direito, competindo-lhes o comando da jurisdição criminal na província, exercendo, ao lado das funções administrativas, as judiciais"[1857], razão pela qual "O chefe de polícia era hierarquicamente superior aos Juízes de Direito e aos Juízes Municipais, dando-lhes ordens quanto às investigações e controlando a atividade judicante."[1858]

Logo em seguida, a Constituição Imperial de 1824, mantendo o tom do decreto em foco, estabeleceu como regra o direito de liberdade, condicionando a prisão à existência de *culpa formada* ("Ninguém poderá ser preso sem culpa formada...", art. 179, § 8º, primeira parte, e "À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.", art. 179, § 10, primeira parte), ressalvando, porém, a prisão em flagrante[1859], caso em que, no prazo de 24 horas, quando a prisão fosse efetuada próxima à residência do juiz, ou no prazo razoável, o juiz deveria entregar ao acusado a nota de culpa por ele assinada, fazendo "... constar ao réu o motivo da

---

de Relação e, ainda, os *Juízes árbitros*, para os casos em que as partes escolhessem aqueles que deveriam pôr fim ao litígio." (SILVA JÚNIOR. *Poder judiciário democrático-constitucional.* p. 126.)

[1855] Ibid., p. 131.

[1856] Ibid., p. 125.

[1857] Ibid., p. 132.

[1858] Ibid. p. 132.

[1859] A segunda parte do § 10 do art. 179 da Constituição Imperial ainda esclarecia que a exigência da culpa formada para a decretação da prisão também não compreendia as prisões militares, determinadas para fins de manutenção do disciplinamento e recrutamento do Exército, assim como para os casos de prisão cível, ordenada em razão do descumprimento de mandado judicial ou obrigação.

prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as (art. 179, § 8º, segunda parte)[1860].

Na primeira parte do § 9 do mesmo dispositivo, o constituinte consagrou o direito à liberdade provisória mediante a prestação de fiança ("Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos, que a Lei a admite" e, na segunda, o direito de livrar-se solto ("... em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto.) Com essa disciplina, consagrou duas hipóteses de prisão: em flagrante delito e por ordem escrita de autoridade competente. A autoridade competente era aquela definida em lei, que podia ser administrativa, policial ou não, e judicial.

Conquanto sem o mesmo número de dispositivos, o constituinte de 1891 manteve a idéia anterior, mediante a declaração de que "À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente." (art. 72, § 13). Assim, quando não houvesse prisão em flagrante, para que uma pessoa fosse presa, exigia-se que ela resultasse de decretação imposta na decisão de pronúncia. Como exceção a essa regra de exigência da decisão de pronúncia para a decretação da prisão, ressalvou-se que, naquelas hipóteses previstas em lei, a autoridade competente poderia, igualmente, determinar a prisão. No parágrafo seguinte, reafirmou-se a necessidade da existência de culpa formada para que a pessoa, ainda que presa em flagrante, permaneça privada do exercício do seu direito de liberdade e que, nos casos em que a lei admitir, o pagamento de fiança impede que o cidadão seja *levado à prisão ou nela detido ("*Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.")

[1860] Note-se que com essa regra constitucional não se assegurou o direito de a prisão ou detenção ser comunicada ao juiz, mas sim de este comunicar ao preso o motivo de sua prisão. Nos dias de hoje é de se estranhar a redação do dispositivo em referência, no entanto não se pode perder de vista que, àquela época, as funções policiais e judicantes se confundiam. Daí não era razoável dizer-se que a prisão fosse comunicada ao juiz.

A Constituição de 1934 modificou a redação da carta anterior[1861]. Com efeito, na primeira parte do inciso 21 do art. 133, confirmou a regra de que "Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.", deixando, porém, de ressaltar com assento constitucional a exigência de que a permanência na prisão seja condicionada à presença de *culpa formada*. Ademais, retirou a decretação da prisão *depois da pronúncia do indiciado* como regra, para colocar, em seu lugar, a *ordem escrita da autoridade competente*.

Note-se que, de acordo com a Constituição de 1891, salvo no caso de flagrante delito, a prisão somente podia ser determinada em razão da decisão de pronúncia, a não ser quando, nos casos determinados em lei, ela pudesse ser decretada por ordem escrita da autoridade competente. Na segunda parte do mesmo dispositivo, enxertou-se a importante exigência da incontinenti comunicação da prisão sem ordem judicial ao juiz, ao determinar-se que "A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora." Não se estabeleceu o prazo de 24 horas ou de outro que fosse previsto na lei subconstitucional, para a comunicação da prisão em flagrante ao juiz, contentando-se o constituinte em dizer que ela deveria ser *imediatamente*.

Ainda sobre a prisão processual, o constituinte da Carta de 1934 declarou que "Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos." (art. 133, inciso 21). Também aqui se verifica distinção, pois o constituinte abandonou a expressão consubstanciada na idéia de que, quando prestada a fiança, a pessoa não *será levada à prisão*, para dizer que, nessa hipótese, a pessoa não *ficará presa*. Certamente o constituinte identificou impropriedade na redação constitucional anterior, pois a prestação de fiança, pelo menos quando se trata da hipótese de flagrante delito, pressupõe a prisão da pessoa. Assim, o mais correto não seria dizer que ela não *será levada à prisão*, mas sim que não *ficará presa*[1862].

[1861] Como principal inovação, a Constituição de 1934 inseriu em nosso sistema jurídico a regra que torna defesa a decretação de prisão por dívidas, multas ou custas (Art. 112, inciso 30). Sequer se fez ressalva à prisão civil nos casos de depositário infiel e de inadimplemento de prestação alimentícia. Assim, sob a orientação da Constituição de 1934, a prisão civil era vedada, posição que, infelizmente, já na Constituição de 1937, foi abandonada e, embora resgatada com a Constituição de 1946, retornou com ressalvas em relação à situação de depositário infiel e de mora quanto ao pagamento de obrigação alimentícia.

[1862] Esse assunto será retomado no item 9.6.5.2.1, infra, quando será estudada a natureza jurídica da prisão em flagrante. Lá se defende que, em verdade, a autoridade policial ou quem suas vezes fizer não efetua tecnicamente a prisão, pois faz apenas a detenção. A prisão propriamente dita sempre depende de determinação judicial. Por

Em consonância com a pouca relevância dada aos direitos fundamentais pela Constituição de 1937, sob a batuta da referida ordem constitucional a questão referente à restrição do direito de liberdade por medida processual foi tratada em um único inciso do art. 122. De todo modo, ela teve o mérito de retomar, como regra geral, a redação da Constituição de 1891, pois, a par de manter a nossa tradição constitucional de excepcionar a restrição do direito de liberdade à hipótese de flagrante delito, preceituou que, afora essa circunstância, "... a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente." (art. 122, inciso 11, primeira parte).

Ademais, na segunda parte da norma em foco, o constituinte deixou claro que para a manutenção da prisão em flagrante era necessária a existência de *culpa formada*, porém, revelando a sua ideologia ditatorial, excepcionou a possibilidade de que a pessoa, a despeito da ausência dessa *culpa* sumária, ainda assim, ficasse recolhida à prisão, quando, nos termos da lei, houvesse determinação da autoridade competente ("Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada"). Sem embargo desses aspectos, a Constituição de 1937 não fez nenhuma consideração a respeito da fiança nem muito menos consignou a exigência de comunicação *imediata* ao juiz da prisão, quando por ele não fosse determinada, conforme constava das Cartas anteriores.

Passada a Segunda Guerra Mundial, com o conseqüente declínio das ditaduras, a Constituição de 1946, embalada pela volta do movimento em prol da defesa dos direitos fundamentais, que contagiou todos os países sob o comando da Organização das Nações Unidas, centrou especial atenção aos direitos fundamentais, conferindo especial destaque ao tema referente ao direito de liberdade. No art. 141, § 20, o constituinte permaneceu com a idéia geral de que, salvo no caso de flagrante delito, a prisão somente pode ser efetuada por "... ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei". Aqui não se falou mais em pronúncia do indiciado, uma vez que já se encontrava em vigor o atual Código de Processo Penal, o qual reservou esse tipo de decisão apenas para os processos da competência

---

conseguinte, quando ocorre a detenção em flagrante, a autoridade policial não leva a pessoa para a prisão, tão-somente faz a sua detenção, cabendo ao juiz decidir, após a comunicação que lhe é feita pela primeira, se decreta

do tribunal do júri, sob a modalidade de juízo de admissibilidade da segunda fase do procedimento previsto para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida[1863].

No § 21 do artigo em foco, o constituinte retomou a tradição de ressaltar que "Ninguém será levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança permitida por lei." Por fim, no § 22 do art. 141 ficou restabelecida a exigência da *comunicação imediata* da prisão ou detenção à *autoridade competente*, cabendo a esta, no caso de a prisão ser considerada ilegal, conceder seu relaxamento ("A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada à autoridade competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.")[1864]

A Constituição de 1967 não trouxe nenhuma novidade quanto à matéria, tendo, porém, conferido ao tema redação mais enxuta e deixado para o legislador infraconstitucional a plena regulamentação a respeito do instituto da fiança. Em relação a esta, o constituinte disse, apenas, na segunda parte do § 12 do art. 153, que "A lei disporá sobre a prestação de fiança.".[1865] Antes, na primeira parte do mesmo dispositivo, manteve a regra de que, com exceção da hipótese de prisão em flagrante delito, somente é admissível a prisão de alguém quando houver ordem escrita de autoridade competente ("Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita de autoridade competente.) Na terceira e última parte da norma em estudo, o constituinte preservou a exigência da *imediata comunicação* da prisão, tendo o mérito de ressaltar que essa informação deveria ser prestada ao juiz. Note-se que, até então, as constituições anteriores tinham assinalado que a comunicação deveria ser feita, ainda que imediatamente, à *autoridade competente*, sem especificar que esta teria de ser o

---

a prisão preventiva ou se concede a liberdade provisória. Por isso mesmo, sendo caso para a liberdade provisória, o juiz não deve *levar à prisão* o detido.

[1863] JOSÉ FREDERICO MARQUES, em comentário ao Código de Processo Penal sob a orientação da Constituição de 1946, esclarece que, "Na Justiça penal, a prisão que não se efetua em flagrante decorre: a) de sentença penal condenatória; b) de sentença de pronúncia; c) de decreto de prisão preventiva; d) de violação das normas sobre a liberdade provisória." Eis aí a razão pela qual o constituinte de 1946 abandonou a tradição de ressalvar a prisão mediante decisão de pronúncia, uma vez que o Código de Processo Penal modificou a natureza e função dessa espécie de decisão, acrescentando outras decisões que podem albergar o decreto de prisão.

[1864] No § 32 do art. 141 da Constituição, o constituinte ainda resgatou a idéia estampada na Constituição de 1934 da inadmissibilidade da prisão civil por dívida, multa ou custas, porém ressalvou a possibilidade dessa espécie de prisão nos casos de *depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar*. A partir daí, as Constituições posteriores, muito embora tenham expressado como regra a proibição da prisão civil, sempre fizeram constar aquelas duas exceções.

[1865] Na redação originária da Constituição de 1967, a declaração de direitos fundamentais constava dos parágrafos do art. 150. Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada por muito como uma nova constituição, tal a profundidade das modificações por ela inseridas no texto básico, os direitos fundamentais passaram a constar do art. 153.

juiz, daí por que o legislador infraconstitucional poderia disciplinar o regramento constitucional ao seu talante.

Da análise do escorço histórico-constitucional do direito fundamental à liberdade, nota-se que sempre foram previstas duas hipóteses diferentes de prisão: com ou sem ordem escrita. A prisão sem ordem escrita é aquela efetuada no caso de flagrante delito, disciplinada pelos constituintes de então, como forma excepcional de cerceamento do direito de liberdade. Já a prisão efetuada por força de ordem escrita era determinada por um juiz ou autoridade administrativa eleita pela lei como competente[1866]. Por outro lado, diferentemente de constituições de outros países, não se observa distinção entre detenção e prisão. Para todos os efeitos, consoante a nossa tradição constitucional, a prisão em flagrante sempre foi tratada como uma forma de prisão, sendo que, para a sua legalidade, reclama-se a sua imediata comunicação à autoridade competente, ficando expresso, na Constituição de 1967, que essa comunicação há de ser feita ao juiz.

9.6.3- Sistema prisional no Código de Processo Penal de 1941.

O sistema prisional concebido pelo Código de Processo Penal, ao longo do tempo, tem sofrido sensível mutação, até porque, conforme revela a sua Exposição de Motivos, tendo sido regido pela idéia fixa de conferir ao Estado um instrumento de força para a sedimentação do regime ditatorial manejado com mão-de-ferro pelo então Presidente GETÚLIO VARGAS, nada mais natural que essa característica se fizesse presente de forma mais marcante na disciplina do direito de liberdade das pessoas[1867]. No art. 282 do CPP restou repetida a redação do art. 122, inciso 11, da Constituição de 1937[1868].

[1866] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 4. p. 216. Na sua análise sobre o preceito constitucional tal como ele estava posto na Constituição de 1967, PONTES DE MIRANDA assevera que "Ou há prisão em flagrante delito, ou, nos casos previstos na lei, mediante ordem escrita da autoridade competente." (Ibid.p. 216). Esclarece, ainda, que o conceito quanto ao que é autoridade competente é missão a ser cumprida pelas leis processuais. (Ibid. p. 216).

[1867] No tópico 1.4.4, supra, faz-se exaustiva explanação do viés autoritário que comandou a elaboração do Código de Processo Penal, refletido pela mera leitura de sua *exposição de motivos*.

[1868] Observe-se que, ainda hoje, o art. 282 conserva aquela mesma redação, vazada nos termos seguintes: "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."

Em análise da norma em destaque, CÂMARA LEAL[1869], após informar que ela se trata de reprodução do texto constitucional, agrega que, exceto na hipótese de prisão em flagrante, o cerceamento do direito de liberdade exige ordem escrita, decorrente de pronúncia, admitindo, ainda, "... em certos crimes, a prisão preventiva do indiciado, quando haja interesse para sua decretação", consoante a disciplina dos arts. 311 a 316 do Ordenamento Processual Penal. Em rigor, a prisão, quando não efetuada em flagrante delito, passou a ser admissível por meio da sentença condenatória, da decisão de pronúncia e do decreto de prisão preventiva. Nos termos do Código de Processo Penal de 1941, em sua idéia original, em relação aos crimes mais graves, o acusado, só por só, não teria o direito de responder a processo em liberdade, bastando, para tanto, que ele tivesse sido preso em flagrante ou então que a pena máxima fosse igual ou superior a dez anos. A regra, assim, era que, quanto aos crimes mais graves, por medida de segurança, o acusado respondia, por força da lei, a processo encarcerado, até porque tais ilícitos eram inafiançáveis. Aliás, a prisão preventiva era admissível, em princípio, apenas em relação aos crimes inafiançáveis, posto que, quando afiançável o ilícito, somente nos casos em que o agente fosse vadio, houvesse dúvida quanto a sua identidade ou ele não fornecesse ou indicasse elementos suficientes para esclarecê-la ou fosse reincidente específico em crime doloso (art. 313, incisos I e III) é que a prisão preventiva poderia ser decretada.

Já àquela época, a prisão preventiva tinha natureza cautelar, de modo que para a sua decretação exigia-se, como é próprio das tutelas de urgência, o *fumus boni iuris* ou probabilidade da condenação, que repousa na prova da materialidade do delito, ou *corpus delicti* (prova da existência do crime) e a probabilidade da autoria (indícios suficientes da autoria)[1870]. Esta era a chamada *prisão preventiva facultativa*. Ainda assim, havia, ao lado da *prisão preventiva facultativa*, a *prisão preventiva obrigatória* ou *compulsória*, decorrente de disposição legal. Com efeito, em compasso com a redação originária do art. 312 do Código de Processo Penal, "A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos." Essa previsão normativa não constava da legislação anterior, pelo que se constituiu, o dispositivo em destaque, nas

[1869] Op. cit, v. 2. p. 181.
[1870] MARQUES. Op. cit., v. 4, p. 60. A esse respeito, JOSÉ FREDERICO MARQUES, ocupando-se do assunto, na abordagem do instituto da prisão preventiva tal como ele estava consignado na redação originária do Código de Processo Penal, acentuava que "Existe a prova da existência do crime, quando demonstrada está a prática de fato típico na integralidade de seus elementos"(Ibid.), enquanto "... há indícios suficientes de autoria quando o réu é o provável autor do crime."(Ibid.)

palavras de CÂMARA LEAL[1871], "... uma grande inovação no capítulo da prisão preventiva, tornando-a obrigatória nos crimes cuja pena máxima igual ou superior à reclusão por dez anos.", hipótese em que não ficava ao arbítrio do juiz decretá-la ou não, pois a lei lhe impunha o dever de determiná-la.

BASILEU GARCIA[1872] informa que esse instituto, em verdade, não se constituiu propriamente em uma novidade, porquanto ele havia sido disciplinado no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, mais precisamente no art. 194, norma que foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que, conquanto na época os Estados tivessem competência para legislar sobre processo, não podiam afastar-se da legislação federal no tocante ao tema referente às restrições à liberdade individual[1873]. A prisão preventiva obrigatória, como se observa, não tinha natureza acautelatória, pois era prevista tendo em conta apenas a quantidade da pena máxima estabelecida para o crime, independentemente da demonstração de sua necessidade.

Sem embargo da prisão preventiva obrigatória ou compulsória, o art. 393, no inciso I, preceituava, como efeito necessário da sentença condenatória passível de recurso, a decretação da prisão do acusado, facultando-se-lhe o direito de recorrer em liberdade, apenas quando, afiançável o crime, fosse efetuado o devido pagamento[1874]. Por isso mesmo, embora sujeita a recurso, a sentença condenatória produzia, desde logo, importantes reflexos sobre a liberdade do acusado[1875], pois, quando se tratava de crime inafiançável, o recolhimento à prisão, em razão da sentença condenatória, era inexorável. Apenas quando o crime era afiançável, o acusado podia, mediante o pagamento, obstar o seu encarceramento.

[1871] Ibid., p. 267.

[1872] *Comentários ao código de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. v. 3, p. 156. De toda sorte, o Código de Processo italiano de 1930 estabeleceu a *prisão preventiva obrigatória*, dentre outros casos, para os crimes praticados contra a personalidade do Estado, cuja pena de reclusão não fosse inferior a dois anos nem superior a dez (TOURINHO FILHO. Op. cit., v. 3, p. 467.)

[1873] O art. 194 do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul assim dispunha: "A ordem de prisão deve ser expedida: a) no caso de homicídio ou lesão pessoal gravíssima, salvo se estes fatos são justificáveis ou cometidos casualmente; b) nos atentados à propriedade, quando as penas excedem de quatro anos de prisão celular; c) se o indiciado, durante a formação da culpa, pratica novo delito, ameaça a parte ofendida ou tenta corromper ou intimidar as testemunhas." (GARCIA. Op. Cit. v.3 . p. 155).

[1874] Quando o acusado já se encontrava preso em razão de prisão preventiva, naturalmente que a condenação tinha como efeito a manutenção do encarceramento, conforme, aliás, estava expresso no art. 393, I, do Código de Processo Penal. CÂMARA LEAL registra que o precedente desta regra estava no art. 406, III, do Código de Processo Penal do Distrito Federal. (Op. Cit. v. 3. p. 27).

[1875] GARCIA. Op. cit., v. 3, p. 568.

Mantendo a mesma simetria, no art. 408, § 1º, do Código de Processo Penal, dentre os efeitos da decisão de pronúncia, constava a manutenção do acusado na prisão, quando ele já se encontrava recolhido ao cárcere, ou então a decretação da prisão, na hipótese em que ele estava respondendo o processo em liberdade. Do mesmo modo, se o crime era inafiançável, a conseqüência cogente da decisão de pronúncia era o recolhimento do acusado à prisão, porém, quando se tratava de crime afiançável, para continuar em liberdade, fazia-se de mister o pagamento da quantia arbitrada pelo juiz, sob pena de ser encarcerado[1876].

Assim, nos casos de prisão preventiva obrigatória, prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia, a restrição do direito de liberdade era compulsória, não havendo necessidade de o juiz expor os motivos de sua determinação. A prisão durante o curso do processo tinha presença tão marcante no sistema da legislação criminal que a liberdade provisória era vista por FREDERICO MARQUES como espécie de *medida cautelar em prol do réu*[1877]. O autor identificava a liberdade provisória como uma medida de *contracautela* admissível apenas "... para evitar danos ao *status libertatis*, em caso de prisão cautelar."[1878]

Nos casos menos graves, ainda na principiologia própria do Código de Processo Penal, em sua redação primeira, admitia-se a prestação da fiança, por parte do acusado, mediante a qual, desde que não satisfeita nenhuma das condições para a decretação da *prisão preventiva facultativa*, ele tinha o direito de ficar em liberdade provisória, quando o recolhimento à prisão decorria de prisão em flagrante, sentença condenatória recorrível ou decisão de pronúncia. A circunstância de o crime ser afiançável, por conseguinte, era a condição necessária para que a pessoa, nos casos de prisão em flagrante decorrente de sentença condenatória recorrível e de decisão de pronúncia e em todos os casos em que a pena máxima fosse igual ou superior a dez anos (prisão preventiva obrigatória), pudesse responder

---

[1876] LEAL. Op. cit., p. 68.
[1877] Op. cit. v. 4. p. 128.
[1878] Ibid., p. 129. Em outras palavras, o que o renomado doutrinador queria dizer era que a liberdade provisória pressupõe, antes de mais nada, a ocorrência de uma prisão válida do acusado. A liberdade provisória, por conseguinte, seria a contracautela que tem o condão de dar à pessoa o direito de retornar ao seu estado de liberdade. Quando a prisão é ilegal, o que o acusado tem direito é ao relaxamento da prisão, e não propriamente à liberdade provisória. Essa distinção, na época, era importante, uma vez que em se tratando de crime inafiançável ou para o qual prevista a prisão preventiva obrigatória, conquanto a pessoa não tivesse o direito à liberdade provisória, poderia, na hipótese de a prisão ter sido processada de forma ilegal, recuperar a liberdade, por meio do pedido de relaxamento de prisão. Nessa conformação, como a prisão em flagrante, nesses casos, por si só, importava em justificativa para que a pessoa permanecesse presa, a única forma de a pessoa conseguir

em liberdade o processo criminal até, pelo menos, o julgamento do eventual recurso de apelação pelo juízo *a quo*.

Verifique-se que, nesse contexto, a prisão em flagrante tinha não apenas a finalidade de captura de quem era surpreendido praticando ou logo após ou depois da prática do delito, como igualmente de servir de medida acautelatória. Assim, quem era preso em flagrante, desde que não fosse admissível a fiança, deveria, apenas por esse fato, permanecer preso durante todo o transcurso do processo. Desse modo, de acordo com o tratamento inicial dado ao tema da prisão pelo Código de Processo Penal, a prisão em flagrante tinha como fim não apenas fazer a captura de quem era flagrado, como também de servir de medida de cautela, porquanto a sua ocorrência, por si só, era justificativa para que, nos casos mais graves, o agente ficasse recolhido ao cárcere, sem que houvesse necessidade de motivar-se o encarceramento com suporte em uma das hipóteses insculpidas para a decretação da prisão preventiva.

Como se não bastasse, o Código de Processo Penal de 1941, sob a influência de alguns códigos estaduais que estiveram em vigor até a reunificação das leis processuais[1879], ainda disciplinou a prisão administrativa, que diferia da criminal, essencialmente, porque, ao contrário desta, como acentuava CÂMARA LEAL, era "... imposta em virtude de lei civil ou administrativa e pela autoridade civil ou administrativa."

Note-se que todo esse tratamento dispensado pelo ordenamento processual penal ao tema da prisão coadunava-se com a ideologia ditatorial pregada na Constituição de 1937, Carta Política que estava em vigor à época e serviu de parâmetro para a elaboração da legislação subconstitucional. As mudanças eram mais do que necessárias, até porque, depois da Segunda Guerra Mundial, houve o retorno, com outra roupagem, do liberalismo iniciado por meio da declaração de direitos humanos pelas Nações Unidas e consolidado, no sistema

---

a sua libertação era por meio do pedido de relaxamento de prisão, sob o argumento de ilegalidade quanto à forma com que havia sido efetuada a sua captura.

[1879] Os Códigos de Processo Penal do Distrito Federal (arts. 105 e 106), da Bahia (arts. 1.664 e 1.965) e de Santa Catarina (arts. 1.964, 1.965 e 1.966) tratavam da prisão administrativa (LEAL. Op. cit., p. 292). Lembra BASILEU GARCIA, porém, que preceito dessa natureza já constava nos arts. 262, 264 e 265 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Op. cit., p. 198-199). Em sua obra, o nobre jurista acrescenta que esse instituto não contém registro no Direito Comparado, o que suscita a idéia que ele tenha sido uma criação da inteligência jurídica nacional (Ibid., p. 199).

criminal, diante das idéias emanadas na doutrina da Nova Defesa Social, tendo como um dos precursores o francês MARC ANCEL[1880].

9.6.4. Mudanças operadas no sistema prisional do Código de Processo Penal.

Ainda antes da Constituição de 1988 houve modificação profunda sobre o assunto. A despeito do caráter também retrógrado da Constituição de 1967, sob a batuta desta, implementou-se substancial reestruturação de todo o sistema prisional na órbita do processo. A grande reforma do sistema prisional teve início por obra da Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, que modificou todo o Capítulo II do Título IX do Código de Processo Penal, merecendo destaque especial a revogação da malsinada prisão preventiva obrigatória[1881]. Entretanto, ainda remanescia o caráter ditatorial do Código de Processo Penal, especialmente quanto ao tratamento dispensado ao instituto da prisão, na medida em que esta era imposta ao acusado nos processos da competência do tribunal do júri até o seu julgamento em plenário, não permitindo a interposição do recurso de apelação em liberdade e, o que era mais absurdo, mesmo nos casos em que a sentença era absolutória, o incriminado, caso interposto recurso pelo Ministério Público, deveria permanecer na prisão, quando a pena máxima prevista para o delito era igual ou superior a oito anos[1882].

Para modificar essa disciplina inadequada e, assim, revogar as disposições normativas que impunham a exigência de o denunciado se recolher à prisão para poder apelar ou em virtude de decisão de pronúncia, mesmo que não houvesse justificativa para tanto, editou-se a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, também denominada Lei Fleury[1883].

[1880] Sobre a corrente da Nova Defesa Social, vide tópico 1.3.9, supra.

[1881] ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, crítico ferrenho da prisão preventiva obrigatória, lamenta que essa *draconiana forma de medida cautelar*, sem embargo da volta à normalidade democrática por obra da edição da Constituição de 1946, somente foi revogada após decorridos 26 anos de sua vigência (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 178.

[1882] REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 107.

[1883] Essa lei é denominada Fleury em alusão ao Delegado de Polícia do Departamento de Ordem Política e Social – DOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, comandante do esquadrão da morte que atuou nos porões da ditadura militar, instaurada a partir de 1964. Alvo de diversas denúncias da execução de presos, para evitar a prisão do então delegado, que seria inexorável diante do que prescrevia o Código de Processo Penal, a solução encontrada foi modificar a lei, criada casuisticamente para beneficiá-lo. Como conta PERCIVAL DE SOUZA, em recurso ofertado pelo Ministério Público de decisão de impronúncia, o então Desembargador da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo ANTÔNIO ALVES BRAGA, desassombradamente, votou pela reforma da decisão de primeira instância, pronunciando o Delegado Sérgio Fleury pela prática de homicídio, com conseqüente determinação de sua prisão (a pronúncia tinha o condão de impor a prisão do acusado), no que foi acompanhado por seus pares (*Autópsia do medo*: vida e morte do delegado sérgio paranhos fleury. São Paulo:

Sem embargo de a lei em referência ter sido editada com o claro propósito de beneficiar o então todo-poderoso Delegado do DOPS paulista Sérgio Fleury, não se pode negar que ela representou um notável avanço na nossa legislação processual, porquanto, a partir daí, mesmo quando a sentença fosse condenatória, antes de seu trânsito em julgado, se não fosse o caso de decretação da prisão preventiva, para que a pessoa fosse levada à prisão, haveria a necessidade de demonstrar-se, no pronunciamento judicial, que o acusado não tinha bons antecedentes ou que ele não era mais primário[1884].

Com efeito, ao modificar as redações dos arts. 408, § 2º, e 594, caput, do Código de Processo Penal, a Lei nº 5.941, de 1973, estabeleceu que, em caso de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória passível de recurso, a prisão somente há de ser decretada nas hipóteses em que o acusado for considerado de *maus antecedentes ou for reincidente*. A regra, que era da prisão processual obrigatória quando fosse dada a pronúncia ou fosse o acusado condenado, deu lugar a outra diametralmente oposta, que privilegia o direito de liberdade mesmo nesses casos, o que só não deve ser observado se houver demonstração de que o acusado não tem bons antecedentes ou não é primário. Complementando a obra, a lei em referência alterou, ainda, o caput do art. 596, a fim de ressaltar que "A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade", pois era um absurdo que assim não fosse[1885].

Nada obstante, uma outra modificação significativa, quanto ao sistema prisional do Código de Processo Penal, ainda estava por vir. De fato, a alteração fundamental do instituto da prisão processual se materializou com o enxerto do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, operada pela vinda a lume da Lei nº 6.416, de 24 de maio de

---

Globo, 2000. p. 319). Ao tempo em que se tentou modificar o acórdão por meio de recurso perante o Supremo Tribunal Federal, o Governo encaminhou à Câmara Federal projeto de lei, a fim de modificar as regras do processo e, com isso, beneficiar o Delegado Fleury. Relata PERCIVAL DE SOUZA que, "... em recordista velocidade legislativa", o projeto se transformou na Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973, segundo a qual os réus considerados *primários* e portadores de *bons antecedentes* não mais seriam automaticamente presos com a sentença condenatória passível de recurso ou com a decisão de pronúncia (Ibid.). O interessante é que a decisão do Tribunal de Justiça foi dada em 22 de outubro de 1973 e, logo um mês após, estava em vigor a Lei Fleury. *O tempo exíguo para uma providência dessa envergadura*, anota PERCIVAL DE SOUZA, "... soou como uma advertência. Fleury e o Sistema que encarnava eram capazes de fazer o que entendesse fosse preciso em qualquer esfera de poder. O cano das armas era mais poderoso, e que não se tivesse nenhuma dúvida a respeito, qualquer toga. Que todos saibam, que todos percebam, que todos compreendam quem é o poderosíssimo doutor Fleury." (Ibid.)

[1884] Cf. SIQUEIRA, Geraldo Batista de. *Processo penal:* comentários à lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973. Bauru: Editora Jalovi Ltda., 1980.

[1885] A Lei Fleury ainda modificou a redação do art. 474 do Código de Processo Penal, a fim de estabelecer o tempo de duração da defesa no plenário de julgamento do tribunal do júri.

1977. Essa alteração no Código de Processo Penal teve considerável repercussão no tratamento da matéria, pois, a partir daí, a prisão em flagrante perdeu a grande importância que detinha, ao passo que todo o tratamento dispensado à fiança, em sua parte mais significativa, por força dessa modificação, foi derrogada.

Note-se que, consoante a disciplina inicial do Código de Processo Penal, quando a pessoa era presa em flagrante, caso o crime não fosse afiançável, de regra, ela, independentemente de estarem presentes, ou não, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva estampados no art. 312 do referido diploma legal, respondia todo o processo recolhida ao cárcere. O juiz, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante, tinha o compromisso, apenas, de examinar a legalidade da medida, caso em que, atendida a formalidade estabelecida no Código de Processo Penal, deveria mantê-la. Salvo quando se tratasse de crime afiançável ou do qual o preso se livrasse solto, ordinariamente, não havia a possibilidade de conceder-se a liberdade provisória. Em outras palavras, sendo inafiançável o crime ou dele não se livrando solto o acusado, de regra, não havia a previsão de concessão da liberdade provisória pelo juiz. Nesse caso, quando muito, o juiz poderia decretar o relaxamento da prisão, o que pressupõe a detectação de ilegalidade na forma como se deu a prisão em flagrante.

Exatamente para obviar esse tratamento severo, o art. 310 do CPP, ainda em sua redação original, excepcionava essa regra, nos casos em que o juiz, ao analisar o auto de prisão em flagrante, identificasse situação em que o ato tido como ilícito pudesse ter sido praticado com base em uma das excludentes de criminalidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito). Malgrado a constatação da crescente criminalidade, o Executivo, acertadamente, resolveu modificar a legislação processual, tendo em mira diminuir as hipóteses de encarceramento, de modo a reservar a prisão processual apenas para os casos em que ela fosse de imperiosa necessidade[1886]. No escopo de abrandar essa disciplina e reformular a política legislativa então vigente, por meio da Lei nº 6.416, de 1977, o legislador inseriu um parágrafo único ao

[1886] A leitura da exposição de motivos da referida lei, de autoria de ARMANDO FALCÃO, então Ministro da Justiça do Governo do Presidente ERNESTO GEISEL, esclarece a política legislativa seguida na sua edição. Na justificativa apresentada ao Congresso Nacional, salientou-se que "Parece fora de dúvida que a gravidade da situação exige a imediata reformulação de alguns dispositivos legais, de modo a reservar o recolhimento à prisão para os criminosos de maior periculosidade, possibilitando aos estabelecimentos existentes dedicar-se com maior rigor àqueles cuja conduta representa mais acentuado perigo..." (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova lei*

art. 310 do CPP, a fim de deixar expresso que, em todos os casos de prisão em flagrante, ao receber a devida comunicação, o juiz, caso não sinta a presença de nenhum dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva, deve, depois de ouvir o Ministério Público, conceder, independentemente de pagamento da fiança, a liberdade provisória ao preso[1887].

A idéia confessada na exposição de motivos era reduzir, seguindo a orientação moderna, a prisão processual apenas para os casos em que fosse demonstrada a sua necessidade *aos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública*[1888], até porque, conforme acentuado nas justificativas para a remessa do projeto de lei, com freqüência, nas hipóteses de prisão em flagrante, "... a medida é relaxada pelo juiz competente ou é anulada por via de *habeas corpus*, patenteando-se a sua desnecessidade em muito casos"[1889], daí por que, com a nova lei, a prisão provisória em geral foi "... reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da Justiça, à segurança social e à ordem pública."[1890]

Com isso, a legalidade da prisão em flagrante deixou de ser fundamento para a manutenção da pessoa no cárcere, servindo propriamente apenas para validade da captura de quem era pego no momento da prática do ilícito. Daí em diante, a prisão em flagrante em si deixou de ser motivo para que a pessoa permanecesse presa, pois, ao receber o auto de prisão em flagrante, passou a ser dever do juiz examinar não só a legalidade da medida, que era o que bastava anteriormente, como ainda analisar se há algum dos motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

---

processual penal: comentários à lei 6.416, de 24 de maio de 1977. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.)

[1887] A comunicação ao Ministério Público da prisão em flagrante serve para que este órgão ministerial exerça o controle externo da atividade policial, ao tempo em que fiscalize o respeito ao preceito fundamental do direito de liberdade. A Lei Complementar nº 75, de 1993, que dispõe sobre o Ministério Público da União, impõe à autoridade policial, com a norma encartada no art. 10, a comunicação *imediatamente* ao Ministério Público competente da prisão de toda e qualquer pessoa, com indicação do lugar onde se encontre o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão. Obviamente que o texto normativo em destaque se refere apenas à prisão em flagrante, devendo-se entender por *cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão* o conhecido auto de prisão em flagrante. Essa norma, também aplicável ao Ministério Público Estadual por força do que dispõe o art. 80 da Lei nº 8.625, de 1993, teve o condão de revogar o caput do art. 310 do Código de Processo Penal, naquilo em que ele determinava ficar a decisão do juiz sobre a prisão em flagrante condicionada a prévio conhecimento do fato pelo Ministério Público. Ora, a partir de então o *parquet* passou a ter ciência da prisão em flagrante por ato da própria autoridade policial, sendo despicienda, por conseguinte, a comunicação por meio do juiz. O Ministério Público deve, tão-logo seja comunicado da prisão em flagrante, peticionar ao juiz, não apenas para pedir que o preso permaneça preso, como igualmente para que, se for o caso, seja determinada a sua soltura. Isso agiliza a apreciação da matéria, evitando que a pessoa fique no cárcere, enquanto aguarda a comunicação triangular polícia-justiça-ministério público.

[1888] Ibid., p. 125.

[1889] Ibid., p. 126.

[1890] Ibid. p. 126.

Em comentário a essa modificação introduzida pela Lei nº 6.416, de 1977, ADA PELLEGRINI[1891], ao esclarecer que a introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal teve o condão de ampliar a possibilidade de concessão da liberdade provisória, no sentido de autorizá-la nos casos de prisão em flagrante quando na hipótese não houver autorização para a decretação da prisão preventiva, arremata que, com esse novo tratamento dispensado ao assunto, haverá igualmente a determinação de "... liberdade provisória, também no flagrante, sem necessidade de fiança, e mediante termo de comparecimento, quando: a) não houver prova de existência do crime (*rectius*, do fato criminoso em sua materialidade) e indícios (ou melhor, probabilidade) suficientes da autoria; b) não houver necessidade da prisão para garantir a ordem pública a instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal."[1892]

Para todos os efeitos, com esse novo tratamento dado à matéria pela legislação de regência, estabeleceu-se, de forma definitiva, que a prisão processual, seja ela decorrente de prisão preventiva ou de prisão em flagrante, possui caráter eminentemente acautelatório, de modo que, daí em diante, toda e qualquer limitação do direito de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, à exceção da prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e da decisão de pronúncia[1893], passou a exigir decisão fundamentada da autoridade judicial, com esteio nos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Por fim, essa alteração legislativa operou significativa mutação para a fiança. Consoante aqui foi 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

---

[1891] *A nova lei processual penal*. p. 136.

[1892] Ibid. Com essas considerações, ADA PELLEGRINI ressalta que a prisão, mesmo aquela decorrente de flagrante delito, tem natureza acautelatória, de modo que, para a sua subsistência, há necessidade de que seja demonstrada a sua necessidade, que é elemento dessa espécie de medida de urgência. Anote-se, ainda, que, posteriormente, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, introduziu, como mais um fundamento para a decretação da prisão preventiva, a hipótese em que houver necessidade de garantia da ordem econômica.

[1893] Nesses dois casos, para a decretação da prisão, não há necessidade de satisfação dos requisitos estampados no art. 312 do Código de Processo Penal, mas apenas que o acusado não seja primário ou não possua bons antecedentes.

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 afiançável[1894].

Por via de conseqüência, 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, como ainda é, 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 relaxamente da prisão, o agente somente poderia obter a liberdade por meio do pagamento de 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, a pessoa presa em flagrante, para ter o direito à liberdade provisória, 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. 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 modificação introduzida pela Lei nº 6.416, de 1977, para que o agente preso em flagrante adquira o direito à liberdade provisória é suficiente a circunstância de não haver nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, do CPP). Por conseguinte, seja o crime afiançável ou inafiançável,

[1894] Afora, é claro, os casos em que o acusado se livrava solto, o que ocorria, como ainda ocorre, quando para o crime não era prevista pena privativa de liberdade ou, quando prevista, o máximo da pena em abstrato não superava três meses (art. 321, I e II, do CPP).

em compasso com a orientação estampada no parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, desde que não haja nenhum dos motivos para a decretação da prisão em flagrante, o juiz deve conceder a liberdade provisória. Em outras palavras, isso implica dizer que mesmo nos crimes mais graves é possível a concessão da liberdade provisória, mesmo quando ocorre a prisão em flagrante, independentemente do pagamento de qualquer quantia em dinheiro. Isto é, basta, apenas, que não esteja presente nenhum dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Percebe-se facilmente que, em relação à prisão em flagrante, nos casos em que o crime é afiançável, não se pode exigir o seu pagamento como condição para que a pessoa tenha o direito de ficar em liberdade provisória. Se assim for, isso fará com que se dê tratamento mais rigoroso para aqueles que praticam crimes menos graves, que são justamente os afiançáveis. Ora, se o crime é inafiançável, por conseguinte, delito mais grave, para que o agente, quando preso em flagrante, fique em liberdade basta que não haja nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, como se pode exigir, nos crimes afiançáveis, que são menos graves, que além de não haver motivo para a decretação da prisão preventiva ainda se exija que ele pague a fiança? Evidentemente que aquele que pratica crime menos grave não pode ser tratado de forma mais severa pelo ordenamento jurídico.

A solução viável para a questão é firmar o entendimento de que a fiança, como condição para a obtenção da liberdade provisória em caso de flagrante delito, em interpretação sistemática do Ordenamento Processual Penal, encontra-se revogada. Se ela for aplicada tal como está disposto no nosso sistema, irá servir, ao contrário do fim para o qual foi concebida, para conferir tratamento mais rigoroso àqueles que cometem crime mais brando, o que é, logicamente, impensável e inadmissível.

O que não se tem como correto é efetuar a prisão e, sem que presente nenhum 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 tendo, por conseguinte, o menor sentido lógico dar tratamento mais rígido para os crimes afiançáveis.

Ademais, na medida em que a prisão processual somente é aceita com natureza acautelatória, tem-se que é direito do agente, independentemente de o crime ser afiançável ou não, responder ao inquérito ou ao processo judicial em liberdade, salvo se verificada uma das hipóteses que permitem a prisão preventiva.

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 malferição ao direito de liberdade. Como regra fundamental, a Constituição cidadã 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 inocência[1895].

Ao invés de atritar-se com o princípio da presunção de não-culpabilidade, o instituto da prisão processual com ele se afina, na medida em que, como conseqüência natural daquela cláusula constitucional, este se mostra com caráter eminentemente acautelatório,

---

[1895] 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 da existência do princípio da presunção de não-culpabilidade ou da inocência. Até porque, de forma lapidar, já se disse 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 da 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,

medida excepcional que só há de ser adotada quando for demonstrada a sua extrema necessidade[1896]. Assim pensa CLARIA-OLMEDO[1897], ao esclarecer 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 limitaas al estrictamente necesario*..." Agregue-se que não há 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, de conformidade com ensinamentos promanados de doutrinadores de escol, como FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, WALTER P. ACOSTA, MAGALHÃES NORONHA, HÉLIO TORNAGHI e outros não menos expressivos, 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, a prisão processual 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 nalguns 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.

Se se constitui a prisão processual num mal, desenganadamente, é um mal necessário. Aliás, no particular, FLAMOND, mencionado por TOURINHO FILHO[1898], 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. Impende observar que a sua razão de ser

---

SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 4 jul. 2005)

[1896] No item 9.2.4, supra, ao se analisar 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 conseqüência realçar a natureza cautelar e excepcional da prisão processual.

[1897] Apud TOURINHO FILHO. Op. cit., v. 3. p. 491.

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 criminosa, 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.

Como se nota, 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, independentemente de a pessoa ter, ou não, praticado um crime, 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,* 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 preventiva. 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 doutrinada 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

---

[1898] Op. cit., v. 3. p. 464.

direito de liberdade cerceado, senão, ao contrário, servir de *instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal*[1899]. Na mesma oportunidade, sua Excelência acrescentou que *a privação cautelar da liberdade individual é qualificada pela nota da excepcionalidade*[1900] , 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 *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 a inquérito ou a 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 em 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.

[1899] 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.

[1900] Ibid. Cf. ainda RTJ 134/798, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO.

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 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 indiciada em inquérito policial ou acusada 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 temporária ou preventiva. Para tanto, a circunstância de o agente ser reincidente ou ter maus antecedentes, isoladamente, não confere base para que seja determinada a prisão. Todavia, após a sentença condenatória ou a decisão de pronúncia, para que o autor mantenha o seu direito de liberdade, a legislação infraconstitucional passa a ser mais rigorosa, reclamando, além da ausência de fundamento para a decretação da prisão preventiva, que o condenado ou pronunciado tenha bons antecedentes e seja considerado primário, sob pena de poder ser imposta a sua prisão.

9.6.5.1- Prisão com ordem judicial.

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 competente*. Com isso, além de revogar a

prisão administrativa[1901], o constituinte estabeleceu, para a hipótese, *reserva de jurisdição*, de modo que nem mesmo a Comissão Parlamentar de Inquérito pode determinar o encarceramento de alguém[1902]. Apenas o juiz, no exercício da atividade jurisdicional, é quem detém competência para determinar a prisão[1903].

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 correcional. 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, assim como deve proceder a autoridade policial, quando se trata de hipótese de inquérito policial[1904].

[1901] Alguns doutrinadores e mesmo algumas decisões judiciais sinalizaram para o entendimento de que, em verdade, 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). Em verdade, 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 excepciona, com procedência, EUGÊNIO PACELLI (Op. cit., p. 539). 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.

[1902] Cf. item 7.2.3.1.2, supra.

[1903] "Competência – Extradição – 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.)

[1904] 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.

As espécies de prisão com ordem judicial (art. 5º, LXI, primeira parte, da Constituição), disciplinadas na legislação subconstitucional, são as prisões temporária (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989); preventiva (art. 311/316 do CPP), resultante de sentença condenatória (art. 393, I, do CPP); e de pronúncia (art. 408, § 1º, 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. As outras duas somente são admissíveis na fase decisória do processo, a do art. 393, I, do Código de Processo Penal, no momento da sentença, em que se encerra o ofício jurisdicional do processo de conhecimento por parte do juiz de primeira instância, e a do art. 408, § 1º, do CPP, quando o juiz singular põe fim à primeira fase dos processos que apuram os crimes dolosos contra a vida, com remessa dos autos para o tribunal do júri, a fim de que lá a matéria seja, finalmente, decidida.

As duas primeiras têm nítida característica acautelatória e requisitos e fundamentos que, a certa medida, confundem-se, a tal ponto que a prisão preventiva, por ser mais abrangente, torna raras as hipóteses em que se recorre à prisão temporária. As prisões determinadas com a sentença definitiva e a decisão de pronúncia, respectivamente, nos termos das hipóteses plasmadas nos arts 393, I, e 408, § 1º, do Ordenamento Processual Penal, possuem fundamentos específicos e substancialmente diferençados dos que são pré-traçados para as prisões preventiva e temporária, o que gera acesa discussão quanto à natureza acautelatória.

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 Colônia[1905], conforme se viu com o exame do Decreto de 23 de maio de 1821[1906]. 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 *indiciado*[1907]. 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 infindáveis 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 de que estejam presentes os requisitos da materialidade do ilícito (prova da existência do crime) e de indício suficiente de autoria.

[1905] Em comentário sobre o tema, TOURINHO FILHO lembra que, na época do Brasil Colônia, "... permitia-se ao Magistrado 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."

[1906] Cf. item 9.6.2, supra.

[1907] 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 no sentido de que a incomunicabilidade também não alcançava o advogado do indiciado, sob pena de 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).

Em verdade, assim como toda e qualquer medida de urgência cautelar, para a decretação da prisão preventiva mister que seja demonstrada a sua necessidade, o que se faz mediante a presença de um dos seus fundamentos, que representa o *periculum in mora* ou *periculum in libertatis* (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei pena), além dos seus pressupostos (materialidade e indício de autoria)[1908].

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 necessária[1909]. Na esteira desse pensamento, nas palavras do Ministro CELSO DE MELLO[1910], 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."[1911]

Por isso mesmo, ainda que direcionada para os crimes mais graves, a saber, aqueles para os quais prevista pena de reclusão[1912], a natureza da infração, por si só, não se

---

[1908] Aqui não cabe discussão quanto aos aspectos referentes à primariedade ou aos antecedentes criminais. É que à decretação de prisão preventiva reclama-se, em primeiro plano, que presentes a materialidade do ilícito e indícios suficientes de que o réu seja o seu autor, agregando-se àqueles requisitos um dos fundamentos plasmados no art. 312 do CPP. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nessa linha de entendimento, tem deixado consignada, 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, os maus antecedentes e a reincidência não são suficientes para a sua imposição.

[1909] "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).

[1910] 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.

[1911] Ibid.

[1912] Excepcionalmente, admite-se a prisão preventiva em crimes punidos com detenção, quando o agente é vadio, ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar os elementos para esclarecê-la (art. 313, II, do CPP). O Código de Processo Penal ainda faz referência à admissibilidade da decretação da prisão

revela circunstância apta para motivar a privação cautelar do *status libertatis*[1913]. 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 *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 fiança[1914]. 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 lídima 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

---

preventiva, independentemente do tipo de pena estabelecida para o crime, quando o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, salvo quando já tiver ocorrido a prescrição da reincidência (art. 64, I, do Código Penal), que se dá cinco anos depois do cumprimento ou da extinção da pena.

[1913] "A gravidade do crime imputado, um dos malsinados ´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).

[1914] Em passagem do voto dado no HC 80719-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.)" (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).

para a decretação da medida acautelatória[1915]. Ademais, o mero temor de fuga do agente, sem que apontada situação concreta que justifique a real possibilidade de sua ocorrência[1916], como é o caso em que escorado na suposição de que o agente possui condições materiais ou facilidade de trânsito pelo território nacional ou internacional[1917], 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 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 Juízo[1918].

9.6.5.1.2- Prisão temporária.

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 Maior[1919], ademais de tornarem defesas, daí em diante, as chamadas *prisões para averiguações*, que eram efetuadas por

---

[1915] Cf. STF, RHC 59.386-PE, Relator Ministro SOAREZ MUÑOZ.

[1916] "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.

[1917] "Por outro lado, não é tão-somente o poder de mobilidade ou de trânsito pelos territórios nacional ou internacional que 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)

[1918] 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.

[1919] 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 trata 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, levava em consideração se nem mesmo durante o período de exceção, no qual há restrição quanto ao exercício de

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 temporária*[1920].

A exposição de motivos da lei em referência diz, textualmente, que ela visa "... a 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."[1921], 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."[1922]

Analisando a exposição de motivos e o conteúdo da lei que instituiu a prisão temporária, VALDIR SZNICK[1923] 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." [1924] 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

---

alguns direitos fundamentais, não se admite a decretação da incomunicabilidade, por maiores razões isso não seria admissível no estado de normalidade.

[1920] 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).

[1921] SZNICK, Valdir. Op. cit., p. 484.

[1922] Ibid., p. 485.

[1923] Ibid., p. 485.

[1924] Como reporta VALDIR SNICK, quando da edição da lei em referência, instituindo em nosso meio a prisão temporária, houve muita discussão a respeito de sua constitucionalidade, e mesmo 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.

ágil e competente da polícia, mas violadoras dos mais notórios preceitos constitucionais, concebíveis como medidas típicas de regimes de exceção."[1925]

Sem embargo da controvérsia surgida a respeito, com alguns doutrinadores sustentando que essa espécie de prisão padecia 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 policial[1926]. E assim parece, desde que, é claro, faça-se a interpretação do preceito legal adequando-o à principiologia da Constituição que, 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, 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 se dão quando (a) imprescindível para as investigações[1927]; (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 1989[1928]. A interpretação literal do comando normativo em

---

[1925] Op. cit., p. 29.

[1926] Nesse sentido, EUGÊNIO PACELLI assinala "... que a prisão temporária, ao contrário da prisão preventiva, dirige-se exclusivamente à tutela das investigações policiais, daí porque 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 conseqüência 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.)

[1927] 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, em nenhuma hipótese, a prisão temporária 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.

[1928] Conforme o inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 1989, a prisão temporária caberá nos seguintes crimes: (1) homicídio doloso; (2) seqüestro ou cárcere privado; (3) roubo; (4) extorsão; (5) extorsão mediante seqüestro; (6) estupro; (7) atentado violento ao pudor; (8) rapto violento; (9) epidemia com resultado de morte; (10)

exame levaria 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[1929].

Por isso mesmo, passou-se a entender que a circunstância de o crime ser um daqueles definidos no art. 1º, nas alíneas do inciso III, da Lei nº 7.960/89 é imprescindível para que seja possível a imposição da prisão temporária. 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 temporária[1930]. 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, consoante 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)[1931].

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

---

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.

[1929] Essa é a posição de MIRABETE (Cf. Op. cit., p. 393).

[1930] 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 insculpido no art. 155 do CP, o qual não está inserido no rol do art. 1º, III, da Lei n.º 7.690/89. (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).

[1931] 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 – trata das hipóteses de decretação da prisão preventiva – 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

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 PACELLI[1932].

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 200038000241551-MG, relatado pelo Desembargador Federal MÁRIO CÉSAR RIBEIRO[1933], vazada nos seguintes termos:

> 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 de *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. Por conseguinte, para que seja decretada a prisão temporária há necessidade de que, antes, tenha havido o seu prévio indiciamento. Pois bem. Conforme aqui já foi dito, para que ocorra o indiciamento de alguém, a legislação processual penal exige que seja formado o sumário de culpa, que consiste na reunião de elementos probatórios concernentes à *certeza da*

---

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).

[1932] Op. cit., p. 532. PACELLI argumenta, com inteira procedência, que para a prisão preventiva "... devem estar presentes necessariamente, tanto a 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.)

[1933] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Data da decisão: 12/06/2002, Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 12 jul. 2005.

materialidade e *indícios de autoria.* 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 tem-se como requisito a circunstância de o agente ter sido indiciado, 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, daí se observa que, nesses casos, já se pode decretar a 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, na prática, não se vê 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, não há razoabilidade em solicitar-se a temporária, cujo prazo máximo é de cinco anos, prorrogável por outro tanto, salvo na hipótese de crime considerado hediondo, em que o lapso temporal se estende por trinta dias, prorrogável por mais trinta, se demonstrada a sua absoluta necessidade (art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90)[1934] .

Têm razão os doutrinadores que apontam incompatibilidade da prisão temporária com os ditames da Constituição, caso se queira utilizar essa medida como instrumento a ser manejado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, no sentido 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 criminosa.

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 alçada o direito de liberdade, até porque a lógica deve ser *investigar-se primeiro para depois prender-se,* e

[1934] Com quase quatorze anos de magistratura federal, só me deparei com um único pedido de prisão temporária, mesmo assim para um caso em que a medida adequada era a prisão preventiva, até porque o crime não estava inserido no rol do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/89.

não o contrário, *prender-se primeiro e investigar-se depois*.[1935] 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 autoria[1936].

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, angariar elementos probatórios mais consistentes para 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[1937].

[1935] 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 – e 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.)

[1936] 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. IMPROPRIEDADE 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.

[1937] Pesquisa na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, disponibilizada na internet, feita em 13 de julho de 2005, não contém o registro de nenhum acórdão daquela Corte que tenha como tema central a "prisão temporária". O mesmo se diga em consulta feita, na mesma data, nas páginas eletrônicas do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, PRISÃO. TEMPORÁRIA, Disponível em: http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 13 jul. 2005.)

9.6.5.1.3- Natureza acautelatória da prisão imposta com a sentença condenatória passível de recurso.

Malgrado as prisões processuais denominadas preventiva e temporária, o direito de liberdade ainda pode 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 ainda passível de recurso[1938]. 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, imponha a prisão com a sentença condenatória, há necessidade de que o acusado seja considerado reincidente ou possuidor de maus antecedentes[1939].

Logo após a promulgação da Constituição de 1988 houve acirrada discussão quanto à persistência da prisão insculpida no art. 594 do Código de Processo Penal, porém, 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 prisão prevista no art. 594, combinado com o art. 393, I, ambos do Código de Processo Penal, não foi revogada pela Constituição, como aprovar a leitura do primeiro dispositivo naquilo em que erige como condição para a admissibilidade do recurso o anterior recolhimento ao cárcere[1940]. 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.

[1938] Na abordagem feita no item 9.5.3.2, supra, demonstrou-se que a ofensa ao princípio da ampla defesa ocorre quando se erige o prévio recolhimento à prisão como requisito objetivo para a admissibilidade do recurso.
[1939] Essa é a denominada Lei Fleury, tão criticada quanto incompreendida. Sobre o assunto, cf. 9.6.3, supra.
[1940] 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*.

É preciso perceber, entretanto, que esse tipo de prisão a ser decretada pelo juiz com a sentença difere substancialmente das prisões preventiva e temporária. A temporária somente é possível na fase do inquérito policial e a preventiva a qualquer momento, antes ou depois de iniciada a relação processual, inclusive 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 pode dar-se durante a 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 possui 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, tem sua necessidade fundamentada na circunstância de o acusado ser reincidente ou possuir maus antecedentes.

A circunstância de ser prisão decretada pelo juiz no momento em que profere a sentença, definindo a culpabilidade do acusado, tem feito com que a questão seja 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 essa espécie de prisão como forma de execução provisória da pena determinada na sentença, subordinada à condição resolutiva (provimento do recurso), essa parte da doutrina sustenta que ela está em descompasso com a cláusula constitucional da presunção de não-culpabilidade, razão pela qual está revogada pela Constituição de 1988.

Tal entendimento sofre 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 fundamente 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 em título executivo idôneo para que se desse início à execução provisória da condenação. EUGÊNIO PACELLI[1941], 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"[1942]. Contudo, devido à mutação legislativa, que exige, para a decretação da prisão com a sentença, a sua fundamentação no fato de o acusado não ser reincidente ou não possuir maus antecedentes, essa medida, ao contrário do que sustenta AFRÂNIO SILVA JARDIM[1943], passou a ser 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, o juiz, para decretar a prisão com a sentença, salvo o caso da preventiva, tem 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 determinada na sentença com base no art. 594 do Código de Processo Penal, 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

---

[1941] Op. cit., p. 536.
[1942] 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).
[1943] Ibid. p. 276.

jurisprudência, não podem constituir-se em 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, tenho como procedente a afirmação de AFRÂNIO JARDIM[1944], quando mostra que em nosso meio essa execução provisória tem sido admitida, sem maiores discussões, quando se trata do recurso extraordinário.

De qualquer maneira, se não há necessidade do trânsito em julgado em si da sentença condenatória para que haja início da execução da pena imposta pela autoridade judiciária, pela sistemática adotada em nosso regime, não parece razoável admitir-se que ela tal 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 e instaurada em segunda instância por meio do ajuizamento do recurso de apelação[1945]. 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 chamar de *jurisdição de partes*[1946].

[1944] Assim se posiciona o referido doutrinador: "Claro e indiscutível que, na hipótese de recurso extraordinário, como é da tradição 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 tenha dele dado conta ou tirado todas as conseqüências jurídicas". (Op. cit., p. 278)

[1945] 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.

[1946] 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 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 manter a unidade do pensamento judicial sobre as questões de ordem constitucional e infraconstitucional federal.

Como aqui foi dito antes, conforme o exame do tratamento dispensado pela legislação brasileira ao tema, mostra-se coerente sustentar-se 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 preventiva[1947]. Durante esse tempo, a circunstância de o acusado ser primário ou não, possuir bons antecedentes ou não apresenta-se insuficiente para a justificação dessa medida acautelatória.

Em qualquer hipótese, ainda que o acusado seja reincidente e não possua bons antecedentes, para a decretação da prisão preventiva, o juiz tem de escorar a sua 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 existe 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 mais do que natural 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, parece razoável 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. Não há 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 são 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. A prisão com a sentença condenatória ainda

[1947] Pelos motivos já esposados no item 9.6.4.1.2, supra, não há necessidade, aqui, de falar-se na prisão temporária.

sujeita a modificação por força do recurso interposto pelo sucumbente se escora 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 detém como suporte a conclusão judicial quanto à responsabilidade penal do incriminado, mesmo que esta ainda possa 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 permaneça com o seu direito de liberdade incólume não se haverá de exigir apenas que a situação não se enquadra 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 exsurge fundamento para a decretação de sua prisão.

Em resumo, a fim de destacar as distinções entre a prisão preventiva e a processual embasadas 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 se permite discussão aprofundada sobre os fatos e o mérito da questão. Quanto à prisão processual decretada com base no art. 594 do Código de Processo Penal: (1) somente pode ser determinada na sentença; (2) os seus fundamentos são os plasmados no art. 594 do Código de Processo Penal (reincidência ou maus antecedentes); (3) tem como requisito não apenas a materialidade do crime, mas também a certeza da culpabilidade; (4) contém juízo de valor sobre a culpabilidade; (5) observa o princípio do *in dubio pro reo*; e (6) somente é imposta depois que assegurado ao acusado o exercício pleno do direito de defesa perante a Primeira Instância.

Nada obstante essas distinções, a prisão decretada com fundamento no art. 594 do Código de Processo Penal detém natureza acautelatória, pois ela não é mero efeito da

sentença condenatória, porquanto para a sua imposição há de ser demonstrada a necessidade do encarceramento do acusado antes mesmo do exaurimento da ampla defesa, o que se faz com o exame das conseqüências advindas da circunstância de ele não ser primário ou de não ter bons antecedentes.

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 cárcere[1948]. Ademais, a partir do momento em que se define essa espécie de prisão como integrante do gênero *prisão processual ou provisória*, há de se ter em conta que a fundamentação dessa parte da sentença há de se escorar na demonstração da *necessidade*, ou seja, *essencialidade* de que assim seja determinado.

Isso parece óbvio e, ademais, está expressamente pautado na Constituição. Conforme aqui já se disse, para que haja a flexibilização de um direito fundamental é preciso, salvo aqueles casos de ação mantenedora da ordem, que haja ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, a não ser quando há cláusula de reserva de jurisdição, como é o caso de prisão, em que a determinação somente pode partir de autoridade judiciária[1949]. Como se isso não fosse bastante, de forma mais do que expressa, o constituinte, em relação à prisão, demonstrando toda a sua preocupação com o assunto, deixou evidenciado que, salvo a hipótese de flagrante delito, a prisão não poderá ser determinada *senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*[1950].

[1948] 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.

[1949] Esse assunto foi minuciosamente examinado nos itens 7.2.3.1, 7.2.3.1.1, 7.2.3.1.2 7.2.3.1.3, 7.2.3.1.3.2, 7.2.3.1.3.2, supra.

Por conseguinte, a prisão decorrente da sentença condenatória, a fim de coadunar-se com a principiologia constitucional, tem de possuir natureza acautelatória e dessa forma ser tratada, de modo que a sua admissibilidade passa pela demonstração da *necessidade* de sua imposição. A necessidade da prisão imposta com a sentença condenatória sujeita a recurso há de ser demonstrada pela análise circunstanciada dos elementos expendidos no art. 594 do Código de Processo Penal. Assim, para que o juiz esteja autorizado a decretar a prisão cautelar com base no art. 594 do CPP, não basta afirmar, na decisão, que o réu não é primário ou que não possui bons antecedentes. O magistrado haverá, em todo caso, de demonstrar não apenas que o acusado não é primário ou que não possui bons antecedentes, como também que isso, aliado às circunstâncias que ficaram registradas na sentença – na qual se afirmou a culpabilidade do agente –, recomenda a prisão do acusado.

Isso porque o fato de o acusado ser reincidente, dado apenas objetivo, não referenda, por si só, a decretação da prisão com a sentença condenatória. Evidentemente tem de saber-se se a pena é privativa de liberdade e, mesmo nesse caso, se não é o caso de suspendê-la (sursis). Sem embargo disso, mesmo em se tratando de pena privativa de liberdade, tem de ser feito exame quanto a sua adequação ao caso, ou seja, sua necessidade. Por exemplo, imagine-se a hipótese em que a reincidência seja decorrente de crime culposo ou outro ilícito que, embora praticado com dolo, não revela, da parte do agente, maior grau de periculosidade. Nesse caso, a despeito de o acusado ser reincidente, não há justificativa para que seja decretada a prisão com a sentença. Diferente se dá, por exemplo, nas hipóteses em que o agente, condenado pelo crime de furto, conte, em seus antecedentes criminais, condenação anterior pelo mesmo tipo de ilícito, praticado em circunstâncias assemelhadas.

Com a costumeira lucidez, TOURINHO FILHO[1951], ao examinar o art. 393, I, em conjunto com o art. 594, ambos do Código de Processo Penal, assevera ser indispensável, para a decretação da prisão, que o juiz faça a devida motivação, porquanto, nos termos do art. 4º, LXI, ele deve dizer por que o acusado deve ser preso. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porém, tem ido mais longe e, a par de exigir a fundamentação para a decretação da prisão com a sentença, ainda impõe que a motivação do decreto prisional seja lastreada em um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva. Assim ficou expresso no

---

[1950] Os itens mencionados na nota anterior reforçam o que está dito aqui, especialmente o item 7.2.3.2. Cf., ainda, o item 9.6.5.1.
[1951] Op. cit., v. 4, p. 267-268.

julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 16755, decidido à unanimidade pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo a relatora a Ministra LAURITA VAZ[1952], em parte da ementa do acórdão por ela redigido, deixando consignado que,

> Prevalecendo a interpretação mais substancial do princípio constitucional da presunção de inocência, tem-se que a regra é o direito de o réu apelar da sentença penal condenatória em liberdade; a exceção, recolher-se à prisão. A custódia cautelar somente será decretada quando presentes seus pressupostos (art. 312, CPP), os quais deverão ser declinados pelo juiz sentenciante, fundamentando a medida extrema, não sendo bastante a mera referência a maus antecedentes ou a reincidência (art. 594, CPP).

No mesmo sentido é a posição unânime adotada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus 37448, relatado pelo Ministro PAULO MEDINA[1953]. Na passagem de seu voto, o ministro assentou que o nosso arcabouço constitucional não dá guarida a "... decretos prisionais que impõem, de forma automática e sem fundamentação, a obrigatoriedade da prisão para que o réu exerça seu direito de recorrer."[1954], chegando a afirmar que "A exigência judicial de ser o réu recolhido à prisão para manejar recurso de apelação 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 deve apontar os elementos concretos ensejadores da medida"[1955]. Pelo que se nota, o Superior Tribunal de Justiça, por meio das suas duas turmas que apreciam matéria criminal, possue o entendimento unânime no sentido de que, mesmo quando se trata da prisão prescrita nos termos do art. 594 do Código de Processo Penal, o juiz há de fundamentá-la em uma das hipóteses previstas no art. 312 do mesmo diploma legal.

[1952] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 50, INCISO II, DA LEI N.º 6.766/79). RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO AO CÁRCERE PARA APELAR POR SER O RÉU REINCIDENTE E POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES (ART. 594, CPP). AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REFORMULAÇÃO DE ENTENDIMENTO, Data da decisão: 11/04/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 14 jul. 2005.

[1953] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO PARA APELAR. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVO AUTORIZANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. Data da decisão: 16/01/2004, Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp Acesso em: 14 jul. 2005.

[1954] Ibid.

[1955] Ibid.

Sufragando a mesma posição, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, no Habeas Corpus nº 84104-DF, relatado pelo Ministro JOAQUIM BARBOSA[1956], ao ressaltar que a prisão não é mero efeito da sentença condenatória, pois a medida contemplada no art. 594 do Código de Processo Penal detém natureza acautelatória, acrescentou que esse dispositivo "... deve ser interpretado em conjunto com o art. 312 do mesmo diploma." Essa, porém, não foi a tese acolhida à unanimidade pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 81183-MG. Realmente, na apreciação do caso em referência, na redação da ementa do acórdão redigido pelo Ministro CARLOS VELLOSO[1957], ficou escrito que

> O juiz, na avaliação dos antecedentes do réu, não fica sujeito às informações sobre a sua vida pregressa, vale dizer, se já foi preso ou respondeu a inquéritos policiais ou processos judiciais anteriormente, podendo, à vista das circunstâncias do crime e de sua personalidade, medir seu grau de periculosidade e concluir não ter ele bons antecedentes, assim sem o direito de apelar em liberdade. Precedentes do STF.

Feita a ressalva contida no item 9.5.3.2 deste trabalho no sentido de que caracteriza malferição ao princípio da ampla defesa condicionar o direito ao recurso ao prévio recolhimento à prisão, mostra-se adequada a posição amparada no acórdão acima, de modo que, conforme aqui sustentado, o juiz pode, com base na apreciação dos elementos contidos nos autos, inferir quanto à ausência de bons costumes por parte do acusado e, assim, sem que necessária a referência a um dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, determinar a prisão.

Ainda assim, o assunto não está de todo resolvido. É que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Sexta Turma, possui pronunciamentos no sentido de que

---

[1956] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR (CPP, ART. 594). SENTENÇA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. ORDEM DENEGADA, Data da decisão: 04/05/2004, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 15 jul. 2005.

[1957] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUESTÕES NOVAS. APELAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MAUS ANTECEDENTES. CPP, ART. 594. I. Relator Ministro CARLOS VELLOSO, TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 27/11/2001, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 15 jul. 2005. Anteriormente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal também já havia decidido na mesma linha de atendimento, consoante se pode ver da ementa transcrita a seguir: "(...) 2. Se o réu, além de indiciado em vários inquéritos policiais e denunciado em processos criminais, com desfecho favorável (arquivamento, absolvição, extinção de punibilidade), já sofreu condenação (anterior ao novo delito) por crime contra o patrimônio (receptação), com trânsito em julgado, não pode ser considerado como de bons antecedentes, para o efeito do beneficio de apelar em liberdade.." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro SIDNEY SANCHES, Classe: HC - Processo: 70847, UF: SP, Data da decisão: 20/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 15 jul. 2005). No

os maus antecedentes não podem ser caracterizados, tomando-se como parâmetro a existência de outros processos criminais em curso contra o réu ou em razão de seu indiciamento em inquéritos policiais[1958]. Seguindo as mesmas pegadas, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça[1959] tem afirmado que os maus antecedentes não podem ser considerados tendo como lastro informações colhidas de outros processos ainda em andamento contra o incriminado ou de inquéritos policiais contra ele instaurados, mesmo que essas informações sejam analisadas dentro do contexto do feito sob julgamento. Na decisão unânime da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, exarado nos autos do Habeas Corpus 39515-SP, o Ministro ARNALDO ESTEVES[1960], na condição de relator do processo, consignou na ementa a sua posição pessoal sobre o assunto, segundo a qual o conceito de maus antecedentes não deve ser confundido com a definição de primariedade, de modo que o envolvimento do agente em fatos do passado pode ser levado em consideração, não só para fins de fixação da pena-base (art. 59 do Código Penal) como para decretação da prisão com a sentença condenatória (art. 594 do Código de Processo Penal).

Indo mais além, com toda a propriedade, salienta o relator em referência, em socorro de sua tese, que a simples "... existência de um processo criminal, ainda em andamento contra o réu, ou seu mero indiciamento em inquérito policial, não deve ser considerado, por si só, fora de qualquer contexto, como mau antecedente, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa circunstância judicial, que é aferir a maior ou menor propensão

---

mesmo sentido, cf. STF, HC 75424-SP, Primeira Turma, Unânime, Relator Ministro SYDNEI SANCHES, DJ 3 abr. 1998, p. 03.

[1958] "(...)Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial." (BRASIL. Superior Tribunal Federal. PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO. PROVA CONTROVERTIDA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTA INJUSTIÇA OU ERRO FLAGRANTE NO VEREDICTO CONDENATÓRIO. MAUS ANTECEDENTES. ENTENDIMENTO. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 241, STJ. DUPLA INCIDÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS CONTRA O CONDENADO. ILEGALIDADE PELA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. REFAZIMENTO DA PENA-BASE, Relator Ministro PAULO MEDINA, Classe: HC - Processo: 31693, UF: MS, Data da decisão: 27/10/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 16 jul. 2005.

[1959] BRASIL. Superior Tribunal Federal. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE RELATIVA À MENORIDADE NA DATA DO FATO DELITUOSO. REGIME INICIAL FECHADO. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. MAUS ANTECEDENTES DECORRENTES DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO E EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO PELO MESMO FATO CRIMINOSO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA COM RESSALVA, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES, Classe: HC - Processo: 39515, UF: SP, Data da decisão: 22/03/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 16 jul. 2005.

[1960] Ibid.

do agente no envolvimento em fatos, em tese, delituosos."[1961] Ademais, após registrar que "... não deixa de ser um despropósito conferir a determinado agente que responde a quatro ações penais decorrentes de inquéritos instaurados por roubos a mão armada em concurso de pessoas, praticados em dias diversos, o mesmo tratamento dispensado àquele envolvido em apenas um episódio dessa natureza.", o Ministro ARNALDO ESTEVES, naquele mesmo julgamento, curvou-se à posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, ao expor que "... segundo o recente magistério jurisprudencial, '(...) Viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional" (RESP 675.463/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 13/12/2004, p. 454), sendo vários os precedentes desse Tribunal afirmando, ultimamente, que, "(...) Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial" (HC 31.693/MS, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 6/12/2004, p. 368).

A tese abraçada pelo Superior Tribunal de Justiça não parece a mais adequada, até porque não se enxerga, nesses casos, ofensa ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Ora, o juiz, ao tomar em consideração outros atos praticados pelo agente não o está julgando pelas eventuais ilicitudes que ele tenha praticado e que não estão sendo objeto do processo submetido a seu julgamento. Se assim fosse, o magistrado não poderia, por exemplo, na dosimetria da pena, levar em conta a circunstância de uma pessoa ser dada à

[1961] Ibid. O que parece correto é que esses maus antecedentes devem ser analisados conforme processos judiciais e inquéritos instaurados para a apuração de fatos anteriores àquele que está sendo julgado. Ou seja, não se pode ter em consideração processos e inquéritos policiais instaurados para buscar a responsabilidade por crime ocorrido depois do fato que está sendo analisado no processo sob julgamento. Pouco importa, para tanto, se os processos ou inquéritos, nos quais se faz o exame dos antecedentes, foram iniciados antes ou depois do processo que está sendo examinando. Isso decorre do fato de não se pode ter como maus antecedentes atos praticados pelo agente depois que ele cometeu o delito que está sendo julgado. Ainda assim, essa posição pode não se coadunar com a realidade dos acontecimentos. Imagine-se um caso de crime de homicídio, em que o marido, por motivo de ciúmes, venha a matar a esposa. Até então ele era uma pessoa cordata e de comportamento irrepreensível. Vamos dizer que, por isso mesmo, tenha respondido todo o processo em liberdade, uma vez que não se observou nenhum dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva (para manutenção da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), sendo, no final, condenado a quinze anos de prisão, sob o regime inicial fechado. Quando da sentença, o juiz, com esteio nas informações passadas pelas testemunhas inquiridas no processo, teve como certo que o acusado todos os dias, comparece a um bar, onde bebe até perder as condições de orientar-se, sem, porém, protagonizar nenhum ato de violência. Nesse caso, ainda que não se possa decretar a prisão para a manutenção da ordem pública, seria mais do que razoável admitir-se que a circunstância anotada, contextualizada como crime em julgamento, fosse sopesada para fins de conclusão quanto à decretação da prisão ou não .

embriaguez habitual e a freqüentes brigas nos finais de semana, quando estivesse a analisar um crime de homicídio. Isso seria, naturalmente, um absurdo. Por outro lado, tenha-se que a análise da vida pregressa do acusado é de vital importância para que o juiz possa compreender, em toda a sua amplitude, quem é aquela pessoa que ele está julgando e, com base nisso, cumprir o preceito constitucional da individualização não apenas da pena, mas igualmente do tratamento que a ele deve ser dispensado no processo (art. 5º, XLVI, da Constituição)[1962].

No voto acima analisado, o Ministro ARNALDO ESTEVES[1963], de forma lapidar, chama a atenção que, conquanto não se possa, pelo fato de existirem duas ações penais em andamento e duas outras já com sentença condenatória, porém sem o trânsito em julgado, todas pelo mesmo fato criminoso (roubo qualificado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes), considerar o acusado reincidente, essas circunstâncias, a sua maneira de ver, deveriam "... ser consideradas como maus antecedentes, até porque não encerram qualquer juízo de censura, mas simples constatação da existência de fatos anteriores potencial e penalmente relevantes, sem significar violação ao princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, inc. LVII)."

As considerações do Ministro ARNALDO ESTEVES são irrespondíveis e parece desarrazoado mesmo que, no julgamento do processo, essas quatro ações criminais contra o acusado, todas com imputação da prática de crime de roubo a mão armada e em concurso de agentes – o mesmo tipo de crime que estava sendo analisado naquele momento, não tenham sido consideradas como idôneas para serem analisadas no sentido de subsidiar a formação de convencimento a respeito dos maus antecedentes, sob o argumento de que tal representa malferição à cláusula constitucional da presunção de não-culpabilidade.

De toda forma, sem embargo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à inadmissibilidade de inferir-se os maus antecedentes com suporte em outros processos judiciais em andamento ou em inquéritos policiais instaurados contra o acusado para apurar fatos criminosos anteriores ao delito em julgamento e quanto à necessidade de que a prisão com a sentença condenatória, a despeito do que preceitua o art. 594 do Código de

[1962] O princípio inserto no art. 5º, XLVI, da Constituição, em seu verdadeiro alcance, não garante, apenas, a necessidade de o juiz, ao condenar, individualizar a pena, mas a levar o processo tendo em conta as circunstâncias individuais do agente.

Processo Penal, seja fundamentada em uma das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), tem-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com especial destaque para a Segunda Turma, respalda a tese aqui sustentada de que o juiz, ao prolatar a sentença, pode, ao sopesar os maus antecedentes colhidos em razão do exame de outros processos ainda em andamento e inquéritos instaurados contra o denunciado, impor a prisão como medida acautelatória, uma vez que esses elementos denotem a propensão do agente a envolver-se em práticas delituosas, o que recomenda o seu encaminhamento ao cárcere, mesmo antes do final do processo.

9.6.5.1.3.2- Prisão com a sentença condenatória nos crimes hediondos e a eles equiparados (Lei nº 8.072, de 1990), de crime organizado (Lei nº 9.034, de 1995) e nos casos de crime de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613, de 1998).

Ao lado da regra geral 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, foi a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, que 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 eles 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 JESUS[1964], surgiram três correntes: (1) o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, não foi 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 não tem o direito de apelar em liberdade. A prisão, nesse caso, seria mero efeito da sentença condenatória, sem nenhuma natureza acautelatória, à semelhança do que ocorria com a inteligência que decorria do art. 594 do Código de Processo

[1963] Ibid.
[1964] Op. cit., p. 599.

Penal, em sua redação originária; (2) o art. 35 da Lei nº 6.368/76 não foi revogado pela disposição contida na Lei dos Crimes Hediondos, mas apenas derrogado, 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 é mero efeito da sentença condenatória, porém, excepcionalmente, por meio da devida fundamentação, o juiz pode justificar porque permitirá que ele tenha o direito de apelar em liberdade[1965]; e (3) o art. 35 da Lei nº 6.368, de 1976, foi revogado pelo art. 2º, § 2º, da Lei 8.072, de 1990[1966], daí por que o acusado condenado por tráfico de drogas pode apelar em liberdade, desde que assim seja determinado, fundamentadamente, pelo juiz na sentença.

A segunda e terceira correntes, ambas adotadas, em alguns julgados, pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido prático, são equivalentes. Para ambas, de regra, o acusado, com a sua condenação por crime de tráfico de entorpecentes, somente pode apelar em liberdade nos casos em que o juiz assim dispuser, 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 único, com a seguinte redação ...*[1967]. Ora, o próprio legislador ratificou que o art. 35 da Lei nº 6.368/76 permaneceria em vigor, ao dizer que lhe seria acrescido um parágrafo único.

[1965] 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, compondo 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/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.

[1966] 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.)

[1967] 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 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."

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 ele 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 vigor[1968]. 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, foi 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, ficou vedada 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 *decisum*, para tanto, o juiz há de escorar o seu decreto prisional com a motivação de que essa medida se faz necessária[1969].

Aliás, como foi aqui demonstrado, de acordo com a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, sem embargo do que dispõe o art. 594 do Código de Processo Penal, para que seja decretada a prisão com a sentença condenatória, reclama-se a fundamentação dessa parte da decisão em um dos motivos que confere guarida à prisão preventiva, tal como está declarado no art. 312 do Código de Processo Penal[1970].

[1968] JESUS. Op. cit., p. 599-600.
[1969] Esse assunto foi explorado no item 9.6.5.1.3.1.
[1970] Para não repetir o que foi dito no item 9.6.5.1.3.1, recomenda-se a leitura do que ali ficou consignado, especialmente os comentários sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como se isso não fosse suficiente, como se sabe, a Lei nº 6.368, de 1976, foi revogada pela Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002[1971]. Assim, pode-se dizer que, mesmo em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a matéria referente à prisão com a sentença condenatória é regulamentada pela Lei nº 8.072, de 1990. O que se impõe, agora, é saber qual é o tratamento dispensado pela Lei dos Crimes Hediondos, ou melhor, identificar qual é a diferença dela em relação à regra geral impressa no art. 594 do Código de Processo Penal, combinada com o art. 393, I, do mesmo corpo de leis. Vejamos, enquanto a regra geral prevista na lei processual penal 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

---

[1971] Assim que foi editada a Lei nº 10.409, de 2002, surgiu divergência na doutrina quanto à circunstância de o procedimento criminal por ela instaurado para apuração e punição dos crimes de uso e tráfico ilícito de produtos, substância e drogas ilícitas, com conseqüente modificação daquele que era previsto na Lei nº 6.368, de 1976, ter, ou não, efetivamente entrado em vigor. Isso porque no art. 27 da Lei nº 10.409/2002, ficou assentado que o procedimento por ela instaurado serviria para reger os processos por ela definidos. Acontece que os arts. 14 a 26 da Lei nº 10.409, de 2002, que descreviam os crimes, foram inteiramente vetados pelo Presidente da República. Assim, parte considerável da doutrina passou a defender que o procedimento esmiuçado na Lei nº 10.409, de 2002, não poderia ser aplicado aos crimes da Lei nº 6.368, de 1976, que, em razão do veto presidencial aos arts. 14 a 26 da primeira lei em referência, continuou em vigor. Todavia, essa orientação doutrinária não recebeu a chancela jurisprudencial. O Superior Tribunal de Justiça, que nesse tema é a última palavra, de forma uníssona, firmou passo na linha de entendimento de que a Lei nº 10.409, de 2002, está em vigor. Não apenas consolidou essa posição, como, de soslaio, reconheceu a caracterização de nulidade quando o juiz deixa de adotar o novo procedimento. Divergiu apenas quanto a se essa nulidade seria relativa ou absoluta. Com efeito, para a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento "(...) se firma no sentido de que a nulidade decorrente da inobservância do procedimento da Lei n.º 10.409/2002 é relativa, não havendo como reconhecê-la, se dela não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do CPP e da Súmula n.º 523 do STF. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DA LEI 10.409/02. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES DO STJ. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. Relator Ministro LAURITA VAZ, Classe: HC - Processo: 30875, UF: MG, Data da decisão: 5/10/2004. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.) Já para a Sexta Turma, a nulidade é absoluta, pois "O procedimento previsto na Lei nº 10.409/02 confere, em consonância com o ideário constitucional, maior amplitude à defesa do réu." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. RITO ESPECIAL. ART. 38 DA LEI 10.409/02. AMPLA DEFESA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. PREVISÃO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Classe: HC - Processo: 32516, UF: MS, Data da decisão: 1/3/2005. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.)

prisão. Apenas quando o juiz quisesse que esse não fosse o efeito da sua decisão é que teria de *fundamentar* o porquê ele acha que o acusado deve ficar em liberdade. Com essa visão da lei em foco, a prisão não precisaria de justificativa ou motivação. O que o juiz teria de justificar ou motivar seria quando ele achasse que o acusado tinha o direito de continuar em liberdade, malgrado a sentença condenatória contra ele proferida. Como se vê, esse entendimento se apresenta frontalmente contrário a tudo o que já se disse aqui a respeito da cautelaridade da prisão processual, sob pena de inadequação para com a Constituição de 1988. 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.

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 seqüestro, 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. Com a referida lei, a intenção foi de 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 preso[1972]. Se ele, durante todo o processo, estaria preso, com mais razão no cárcere deveria permanecer se, no final do processo, o juiz prolatasse sentença condenatória. Por conseguinte, o legislador, ao redigir o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, partiu da falsa premissa de que a vedação da liberdade provisória resultaria, necessariamente, na circunstância de o acusado sempre responder recolhido à prisão pelos crimes hediondos e a estes equiparados.

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

---

[1972] Essa questão será vista com mais detalhe adiante, no momento em que for examinado o direito à liberdade provisória com ou sem fiança.

acusado tem o direito de recorrer em liberdade, somente tem 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 precisa, evidentemente, dizer nada quanto à necessidade de ele permanecer encarcerado. Ora, o decreto prisional não está contido na sentença condenatória, mas sim em decisão anterior. Essa é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça[1973]. Diferente se mostra quando o acusado, mesmo em se tratando de crime hediondo ou a ele equiparado, responde todo o processo em liberdade.

De fato, nas hipóteses em que o agente do ilícito está solto, caso o juiz, na sentença, não diga nada a respeito da decretação da prisão, ele assim permanecerá, pois o recolhimento à prisão, consoante se colhe da jurisprudência emanada tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal e aqui examinada, pressupõe decisão fundamentada[1974]. Portanto, em verdade, não há diferença substancial entre a prisão com a sentença nos crimes em geral 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, ele terá de dar a devida fundamentação, como aliás está manifestado na segunda parte do inciso LXI do art. 5º da Constituição.

[1973] " (...) 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 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. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.)

[1974] 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 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.)

A Lei nº 9.613, de 3 de março 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, na primeira parte do art. 3º, veda a concessão de fiança e liberdade provisória nesses crimes, razão pela qual, na segunda parte da referida norma jurídica, repete a idéia do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, no sentido de esclarecer que, "... em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade". Aplica-se a essa previsão normativa tudo o que se disse aqui a respeito da prisão com a sentença em caso de crimes hediondos ou a eles equiparados. Por fim, ainda sobre o tema, a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que estabelece normas procedimentais aplicáveis aos crimes praticados por organizações criminosas, a chamada Lei Contra o Crime Organizado, no art. 9º, expõe que "O réu não poderá apelar em liberdade...", norma que não se conforta 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.

9.6.5.1.4- Prisão com a decisão de pronúncia.

O que foi dito em relação à prisão determinada como fundamento no art. 594 não se aplica à prisão encartada na decisão de pronúncia, nos termos do art. 408, § 2º, do Código de Processo Penal, muito embora aqui nesse caso, assim como naquele, a lei determina que a prisão pode ser determinada, quando o acusado não for primário ou não possui bons antecedentes. 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 há 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 sentença de pronúncia contém preceito meramente condenatório, sem qualquer imiscuição quanto ao mérito da querela, na 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 o *ex catedra* TOURINHO FILHO[1975] 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 *jus 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 no 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

[1975] Op. cit., v. 4, p. 64.

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 FILHO[1976], ao analisar os aspectos referentes ao art. 411 do Código de Processo Penal, ensina que o juiz, para deixar de pronunciar e, assim, absolver o acusado, deve estar acompanhado de provas que *sejam estreme 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 defesa pressupõe "... que não haja nenhuma dúvida sobre a existência da excludente de antijuridicidade."[1977]

Por conseguinte, calcada a decisão de pronúncia, ao contrário do que se dá com a sentença condenatória, apenas em juízo de verossimilhança quanto à responsabilidade criminal, tem-se que ela, em certa medida, assemelha-se, e muito, à hipótese em que o juiz está habilitado a decretar a prisão preventiva. É verdade que a decisão de pronúncia é exarada no final da primeira fase dos processos da competência do tribunal do júri, o que pressupõe não apenas a oitiva do acusado e das testemunhas em juízo, como o pleno exercício do direito de defesa do incriminado, daí por que, de regra, nesse momento processual, ele faz seu juízo a respeito da prisão com base em uma cognição que não se pode chamar de sumária, como ocorre, com freqüência, nos casos em que se decide sobre a prisão preventiva. Mas ainda assim, não se pode esquecer que nessa decisão não há juízo de culpabilidade e que, nesse momento, na dúvida, o juiz deve inclinar-se pela pronúncia.

Por isso mesmo, sendo coerente com o que vem sendo aqui sustentado, o mais razoável é que o recolhimento à prisão com a decisão de pronúncia somente possa ocorrer caso o juiz tenha presente um dos fundamentos que autoriza a prisão preventiva (art. 312 do CPP). Aqui sim se mostra adequado adotar aquela posição do Superior Tribunal de Justiça,

---

[1976] Op. cit., v. 4, p. 60.

[1977] Ibid. No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA escreve que, para a absolvição liminar, o juiz "... há de apoiar-se em prova líquida, considerando que está subtraindo o réu do seu juiz natural que é o júri (*Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 237). Essa doutrina não se aplica apenas à absolvição sumária, mas igualmente à impronúncia e, até mesmo, à desclassificação para delito da competência de juízo singular, nos termos do art. 410, caput, do Código de Processo Penal. A base desse entendimento é de que, em obséquio à soberania do júri popular, sempre que o juiz, após as razões finais, receber os autos a fim de deliberar se o caso é para remeter, ou não, a julgamento para o tribunal do júri, deverá, na dúvida, entender pelo envio do processo, com conseqüente prolação da decisão de pronúncia, possibilitando, assim, à sociedade, representada por um conselho, composto por sete pessoas recrutadas dentre as que residem na localidade onde ocorreu o ilícito, exercer o direito-dever conferido pela Constituição de julgar o acusado.

quanto a exigir que o juiz, ao decretar a prisão, de qualquer forma, faça a sua motivação em um dos fundamentos exigidos para a prisão preventiva (art. 312 do CPP)[1978].

9.6.5.1.5- Alternativas à prisão processual no Direito Comparado.

O defeito maior da legislação brasileira é que, conquanto tenha havido significativo avanço no sentido de se estabelecer, por meio da previsão de medidas e penas alternativas, opções ao juiz em detrimento da aplicação da pena privativa de liberdade, não há, em nosso sistema processual essa permissibilidade. Algo nesse sentido, ainda que de modo restrito, foi inovado com a edição da Lei nº 5.256, de 6 de abril de 1967, ao permitir-se, como sucedâneo da prisão preventiva para aqueles que gozam do direito à prisão especial, que o juiz, ouvido o Ministério Público, autorize a prisão do indiciado ou acusado na própria residência, sendo-lhe vedado, sem prévio consentimento judicial, dela ausentar-se. Na mesma linha, a Lei de Execução Penal, no art. 117, admite o recolhimento a residência particular, porém apenas quando o condenado for maior de setenta anos, acometido de doença grave, ou, no caso de mulher, for gestante ou tiver filho menor ou deficiente físico ou mental.

Os advogados e membros do Ministério Público, por expressa previsão normativa, têm o direito de ficarem recolhidos, quando se trata de prisão processual, em sala especial de Estado Maior ou em prisão domiciliar. Porém, a tentativa de aplicação da prisão domiciliar para os casos em geral de prisão preventiva tem esbarrado no pensamento

---

[1978] Até certo ponto adotando essa posição, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu "(...) A prisão preventiva, seja em sede de sentença de pronuncia, seja para apelar, em se tratando de medida de caráter excepcional e que não mais existe como de aplicação obrigatória, para sua decretação exige-se a demonstração clara e absoluta da necessidade do confinamento do agente acusado ou mesmo condenado pela pratica do crime. (...)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC - PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA DE PRONUNCIA APELO EM LIBERDADE. DESFUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA, QUINTA TURMA, un., Relator Ministro FLAQUER SCARTEZINI, Classe: HC - Processo: 5372, UF: CE, Data da decisão: 24/3/1997. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.) Porém, reconhecendo a possibilidade de decretar-se a prisão com a decisão de pronúncia com suporte apenas na ausência de primariedade ou de falta de bons antecedentes, também assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "A prisão provisória, de natureza processual, medida que implica sacrifício à liberdade individual, deve ser concebida com cautela, em face do princípio constitucional da inocência presumida, impondo-se, por isso que a mesma tenha por base motivos concretos, susceptíveis de autorizar a medida constritiva de liberdade.
- Não tem direito a apelar em liberdade de sentença de pronúncia o réu portador de maus antecedentes, que acaba de cumprir pena por tráfico de drogas e responde a outro processo pelo mesmo crime. (...)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. PRONÚNCIA. PRISÃO PROVISÓRIA. FUNDAMENTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA, SEXTA TURMA, un., Relator Ministro VICENTE LEAL, Classe: HC - Processo: 8413, UF: SP, Data da decisão: 4/5/1999. Disponível em: www.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp. Acesso em: 17 jul. 2005.)

sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, de regra, tal não é admissível[1979] . Para piorar, há até mesmo norma que expressamente proíbe, quando a prisão preventiva é aplicada nos processos de extradição, que haja substituição pela *liberdade vigiada*, *prisão domiciliar* e sequer pela *prisão albergue* (art. 84, parágrafo único, da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980)[1980].

Nesse aspecto, o tratamento legislativo pátrio está um passo atrás do ordenamento jurídico estrangeiro. Conforme pesquisa do Direito Comparado sobre a matéria, TOURINHO FILHO[1981] traz a lume várias legislações que procuram substituir, conforme seja o caso, a prisão preventiva por outras medidas. Conforme o citado doutrinador[1982], (a) na Índia, Chile, Filipinas, México, Argentina e Tchecoslováquia, a prisão provisória, dependendo do crime e desde que preenchidas as condições estabelecidas em lei, pode ser substituída pelo *compromisso de comparecer* aos atos da investigação prévia ou da instrução; (b) no Japão e na China, a prisão processual tem como alternativa o *confinamento*, com o qual o agente fica obrigado a manter-se em determinado lugar, o que guarda similitude com a nossa prisão domiciliar; (c) na Alemanha, a substituição pode ser pela retenção do *passaporte e/ou tomada do documento de identidade*[1983]; (d) no Egito, Noruega e Alemanha, a alternativa é a *obrigação de o réu se apresentar, periodicamente, à autoridade*; (e) no Chile, em alguns casos, o cidadão pode ficar sob *custódia de terceiro*, sendo que no Japão a custódia cabe a um *parente*, enquanto na Coréia, a uma *instituição beneficente* e na Rússia, a um *sindicato*; (f) assim como no Brasil, a Itália, Dinamarca e Albânia, o réu pode ficar em *prisão domiciliar*.

[1979] "Habeas corpus'. - Correto o parecer da Procuradoria-Geral da República, ao salientar que, não se determinando a reabertura da instrução criminal, não há que se falar em excesso de prazo, persistindo a prisão preventiva cujo fundamento de garantia da ordem pública não é atacado. Por outro lado, tratando-se de prisão preventiva não há que se cogitar de livramento condicional, nem há base legal para a pretendida prisão domiciliar. 'Habeas corpus' indeferido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Classe: HC - Processo: 81654, UF: MS, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 02/04/2002 Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 5 jul. 2005.)

[1980] "Habeas corpus. Acórdão do Plenário do STF que defere extradição. Subsistência da prisão preventiva, que é pressuposto necessário para o regular processamento da extradição, até o trânsito em julgado da decisão que defere o pedido extradicional, após o qual o extraditando será entregue ao Governo requerente. Não admissão de liberdade vigiada e prisão domiciliar ou albergue, nos termos do parágrafo único do art. 84 da Lei nº 6.815/80. Precedentes: HC nº 71.172/RJ e HC nº 76.241/RJ. Habeas corpus indeferido." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministra ELLEN GRACIE, Classe: HC - Processo: 81709, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, Data da decisão: 22/04/2002, Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 5 jul. 2005.)

[1981] Op. cit., v. 3, p. 496-497.

[1982] Ibid. p. 496.

[1983] Alguns juízes, ao conceder a liberdade provisória, a fim de diminuir a capacidade de livre trânsito do agente, determina o recolhimento do passaporte.

Tendo em conta os males da prisão, primacialmente quando se trata de natureza processual, no Direito Comparado, de fato, tenta-se encontrar alternativas a essa medida. A França – berço do Liberalismo, precursora do Iluminismo e do movimento de declaração dos direitos fundamentais com dimensão internacional –, como destaca VALDIR SZNICK[1984], contém como característica peculiar o *controle judicial* como sucedâneo da prisão cautelar, novidade que foi introduzida no sistema daquele país por meio da Lei nº 570.643, de 17 de julho de 1970. Tendo como objetivo reforçar a garantia dos direitos individuais do cidadão, o art. 137 do Código de Processo Penal francês permite que o juiz, ao invés de determinar a prisão processual, imponha ao agente uma ou mais medidas que, a despeito de restringir o direito de liberdade, não implicam o encarceramento. Elas podem ser da seguinte ordem[1985]:

> 1. Não sair dos limites territoriais determinado pelo juiz.
> 2. Não se ausentar do seu domicílio ou da residência fixada pelo juiz de instrução.
> 3. Não se dirigir a determinados lugares ou se dirigir só nos lugares determinados pelo juiz de instrução.
> 4. Informar ao juiz de instrução de todo o deslocamento fora dos limites determinados.
> 5. Apresentar-se periodicamente aos serviços ou autoridades.
> 6. Responder às convocações de toda a autoridade ou pessoa qualificada, designada pelo juiz de instrução, que deve ser discretos sobre os fatos.
> 7. Remeter ao Cartório (ou à Polícia) todos os documentos justificadores de identidade (documento de identidade, especialmente o passaporte), recebendo um documento, identificador de identidade (o nosso documento de liberdade condicional).
> 8. Abster-se de conduzir veículos ou outros meios (aviões, naves) conforme o caso, entregar no cartório a carteira de motorista (ou de piloto).
> 9. Abster-se de receber ou se encontrar com certas pessoas, especialmente designadas pelo juiz de instrução.
> 10. Submeter medidas de exame, tratamento ou cuidados, mesmo sob regime de hospitalização, mesmo em caso de desintoxicação.
> 11. Fornecer caução (nossa fiança), cujo montante em uma ou mais vezes, será fixada pelo juiz.
> 12. Não se dedicar a certas atividades profissionais, quando a infração for cometida em seu exercício, ou nova infração pode ser cometida.

A legislação alemã, no mesmo tom da francesa, diz que a prisão, como tutela cautelar, somente deve ter lugar quando medidas menos radicais forem suficientes para o fim pretendido com a restrição de liberdade[1986], além de prever a sua substituição sob a condição

---

[1984] *Liberdade, prisão cautelar e temporária*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1994. p. 327.
[1985] Ibid., p. 328.
[1986] ERNST BELING, depois de ressaltar que, no Direito Alemão, a prisão como medida provisional somente é admissível quando houver suspeita de fuga ou existir evidências de que o agente, solto, poderá destruir os rastros do crime ou que poderá induzir as testemunhas a falsear a verdade ou de subtrair-se de seu dever de prestar depoimento, agrega que, mesmo diante desses fundamentos, não se deve adotar essa providência quando "... se

de o agente apresentar-se periodicamente ao magistrado. A Carta alemã ainda registra a possibilidade de o juiz estipular determinações, como impor ao acusado o dever de não sair de sua casa, domicílio ou residência ou uma determinada área sem a devida autorização judicial, ou somente sob a vigilância de uma determinada pessoa, e mesmo estabelecer uma caução adequada, prestada pelo próprio autor ou por um terceiro[1987]. Outra medida interessante, prevista no Ordenamento Processual Penal da Alemanha, diz respeito ao *embargo do patrimônio*, medida coercitiva aplicada em substituição à prisão provisional, que consiste em bloquear os ativos financeiros do agente, de modo a acarretar a perda do direito de disposição de sua fortuna, para os casos em que, presentes os pressupostos para a detenção, ele se encontra em lugar incerto e não sabido[1988].

Igualmente se verifica no Código de Processo Penal português, ao se deixar consignado que a prisão preventiva somente deve tomar lugar quando *se considerar inadequadas ou insuficientes* as medidas alternativas (art. 202º, 1). Conforme salienta JOSÉ PIMENTA[1989], a prisão preventiva, tal como ela está disciplinada no sistema português, "... só é legalmente cabida quando, percorrido o catálogo das medidas de coacção anteriormente enumeradas, estas sejam julgadas, em face das concretas circunstâncias do caso, *inadequadas* – isto é, inidôneas para satisfazer as exigências cautelares que o processo pontualmente reclama – ou *insuficientes"*. Várias são as medidas de coação substitutivas da prisão preventiva alvitradas pela legislação portuguesa[1990]. Por exemplo, ela autoriza ao juiz impor ao agente a *obrigação de apresentação periódica* a uma entidade judiciária ou a um órgão de polícia criminal, no horário e dias que ficarem determinados[1991].

---

puede contrarestar el peligro para el proceso com médios más suaves y admisibles (por exj., mediante vigilancia policíaca)." (*Derecho procesal penal*. Traducción Miguel Fenech. Buenos Aires: DIN Editora, 2000. p. 379).

[1987] MAIER. Op. cit., v. 2, p. 86.

[1988] BELING. Op. cit., p. 384.

[1989] PIMENTA. Op. cit., p. 501.

[1990] Como regra geral, o Código de Processo Penal de Portugal fixa a idéia de que nenhuma medida cautelar será aplicada se não restar, no caso concreto, evidenciada "a) Fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do argüido, de perturbação da ordem e da tranqüilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa." (art. 204º). Do mesmo modo como se posiciona a jurisprudência brasileira, JOSÉ PIMENTA explica que "... por mais sólidas que seja as provas já recolhidas contra o argüido, por mais certa que se mostre a condenação e a pena, só a verificação de, pelo menos, *um* deste requisitos pode legitimar a aplicação e a manutenção de uma verdadeira medida de coacção" (Op. cit., p. 506. Grifo no original). Com inteiro acerto acrescenta o processualista português: "Pouco importa, de resto, o 'escândalo' da opinião pública perante uma eventual restituição à liberdade de um arguido não julgado, e em relação ao qual, existindo já provas de culpabilidade, se não fazem sentir exigências cautelares concretas que justifiquem a prisão preventiva. É que o poder judicial está sujeito à lei e, sobretudo, ao direito, e não à opinião da maioria." (Ibid.)

[1991] Ibid., p. 493. Essa permissibilidade se dá quando a pena prevista para o crime não é superior, no máximo, a seis meses (art. 198º do Código de Processo Penal de Portugal). Nesse caso, para a determinação do horário e

Pode ser aplicada, ainda, a *suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos*, o que pode importar, até mesmo, na suspensão do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito. Instituto interessante, dentre essas medidas cautelares alternativas, é a que admite a imposição de *proibição de permanência* (permanecer, ou não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou conselho, onde o crime tenha sido cometido ou onde residam os ofendidos, seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes)*, de ausência* (não se ausentar para o estrangeiro, ou não se ausentar sem autorização, não se ausentar da povoação, freguesia ou conselho do seu domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo em lugares predeterminados, nomeadamente para o lugar do trabalho) *e de contactos* (não contactar com determinadas pessoas ou não freqüentar certos lugares ou certos meios), hipóteses preceituadas para os casos em que a sanção do crime não é superior a três anos.

No Décimo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, entre 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 casa[1992]. 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 que se fiscaliza mediante o monitoramento por uma tornozeleira eletrônica[1993].

---

dos dias em que deverá ocorrer a apresentação do agente, deve-se levar em conta as exigências profissionais e o local de moradia deste.

[1992] Essa recomendação constou do seminário, inserido na programação do evento, intitulado *Protenciación de la reforma de la justicia penal, incluída la justicia restaurativa*.

[1993] *As ricas também choram*. Revista Veja, São Paulo, ed. 1.914, n. 29, p. 85, jul. 2005. MARTHA STEWART ganhou fama no Estados Unidos porque construiu um verdadeiro império ensinando mulheres a cozinhar, decorar a casa e cuidar do jardim.

9.6.5.1.6- Adoção de medidas alternativas à prisão processual no sistema brasileiro.

Consoante ressaltado no tópico supra, a legislação processual brasileira ainda não adotou, a título de regra, as medidas alternativas como sucedâneo à prisão processual, muito embora isso já esteja bem definido quanto à prisão-pena e essa seja a função do processo arquitetado sob a batuta do Estado Democrático-Constitucional[1994]. De qualquer forma, sob a influência do sistema americano, o legislador nacional concebeu medida acautelatória como sucedânea da prisão preventiva, pelo menos no Juizado Especial, 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, 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, nesses casos de lesão corporal envolvendo casais, ao contrário de impor a prisão do autor do fato, pode determinar o seu afastamento do lar, domicílio e demais locais freqüentados 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, vem propondo 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 freqüência 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

[1994] Cf. o item 9.1.1.3, supra.

domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima 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 a ordem judicial.

Nesse aspecto, observa-se que a proposta de reforma merece aplauso, cabendo acrescentar, 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, medidas que já são adotadas, porém, sem que haja explicitação no ordenamento jurídico de sua adequação como sucedâneo da prisão preventiva[1995].

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 delito[1996]. Tal é concebido, igualmente, em todos os ordenamentos jurídicos, conforme foi salientado do exame das Constituições alemã, francesa, italiana, espanhola e portuguesa[1997]. Na apreciação do Direito Comparado, observou-se que nele, de regra, faz-se a distinção entre detenção e prisão, esta somente sendo admissível por ordem judicial, aquela quando é efetuada durante o exercício do poder-dever 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

---

[1995] No recente episódio envolvendo o empresário MARCUS VALÉRIO, que seria a pessoa responsável pela movimentação dos 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.

[1996] Cf. item 9.6.2, supra, parte em que se faz o escorço histórico do sistema prisional no Direito Constitucional brasileiro.

[1997] Cf. item 9.6.1, supra, foi feita a análise sobre a prisão processual no Direito Comparado.

fato ao juiz e ele, 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 determina a soltura do preso[1998].

As Constituições brasileiras, porém, nunca fizeram tal distinção tendo sempre cuidado de dizer que a prisão, de regra, 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 flagrante.[1999] 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*, agindo em seu nome (art. 301 do Código de Processo Penal)[2000].

Conseqüentemente, para a doutrina tradicional a prisão em flagrante é uma das espécies de prisão, que muito difere da preventiva, justamente porque, a fim de que ela ocorra, não haveria necessidade de satisfação dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, mas sim uma das situações descritas nos incisos do art. 302 do mesmo ordenamento jurídico[2001]. Esse pensamento dogmático foi forjado diante da compreensão da sistemática

---

[1998] Para não repetir o que foi dito no item 9.6.1, supra, sugere-se conferir o que foi dito naquela parte do trabalho.

[1999] 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.

[2000] Note-se que, de acordo com o art. 301 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante, para as autoridades policiais e seus agentes, constitui-se em um *dever*, ao passo que para do povo tal constitui uma *faculdade*. Qualquer do povo *poderá*, enquanto a autoridade ou agente policial *deverá*, prender 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 em um direito do cidadão, mas nem por isso deixa de ser, igualmente, uma *responsabilidade de todos.*

[2001] 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 tirado 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 em 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

originária do Código de Processo Penal conferida ao tema, em que a prisão em flagrante, por si só, justificava a permanência da pessoa no cárcere, bastando, para tanto, que o crime não fosse afiançável ou dele não fosse o caso de livrar-se solto[2002]. Mas, consoante 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 mesmo na qualidade de medida processual detentiva[2003].

Com a modificação da norma em destaque, para que alguém fique preso, há necessidade de que ele satisfaça um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva[2004], não bastando, para justificar a manutenção dessa situação, a circunstância de a pessoa ter sido flagrada no momento em que praticava o delito. Se é assim, sem embargo de essa nova conformação jurídica realçar a natureza acautelatória do flagrante delito, surge a seguinte dúvida: A prisão em flagrante, diante do que está dito no parágrafo único do art. 310, a fim de que a pessoa seja conservada na prisão, há de transformar-se em prisão preventiva ou ela mantém-se sob aquela denominação, embora embasada nos mesmos fundamentos do outro instituto? A resposta passa por exame mais detalhado do tratamento dispensado à matéria pela Constituição, a fim de que seja, a partir da definição de sua natureza jurídica, feita a devida conclusão.

9.6.5.2.1- Natureza jurídica da detenção em flagrante.

Apresenta-se de suma importância definir-se a natureza jurídica da prisão preventiva e, com isso, estabelecer se ela, com a comunicação feita ao juiz, deve ser tratada tecnicamente como hipótese de prisão diferente da prisão preventiva. Em outras palavras, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, se for o caso, deve manter a prisão, apenas

---

materialidade, quanto à autoria, dos elementos preponderantes em todo e qualquer processo, sobre os quais basicamente gira toda a investigação judicial. 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 tranqüilidade 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 cautelar.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p 121-129.

[2002] 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).

[2003] Para não ser repetitivo, remete-se o leitor para a exposição feita sobre o assunto no item 9.6.4.

homologando-a, ou decretá-la, transformando-a em preventiva? Na doutrina, 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 da prisão em flagrante, não propriamente para dizer se ela possui, ou não, função acautelatória[2005], mas para esclarecer se ela é um prisão administrativa ou judicial. Veja-se que a prisão em flagrante, ainda quando ela é feita por um do povo, corresponde à ação que é realizada em consonância com o poder-dever de polícia do Estado, função que é cometida aos órgãos administrativos integrantes do Executivo e por eles desempenhada[2006]. 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 efetuada com ela 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 administrativa, que seria, exatamente, a prisão em flagrante.

Para contornar essa questão e, de outro lado, sustentar a sua natureza processual, TOURINHO FILHO[2007] assegura que, conquanto a *prisão-captura* seja um ato dimanado do poder de polícia do 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, MIRABETE[2008] escreve que "A prisão

---

[2004] 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.

[2005] Atento para os efeitos da mudança ocorrida com o acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, TOURINHO FILHO afirma que, daí em diante, não há 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).

[2006] Acertadamente, diz TOURINHO FILHO que, mesmo quando o juiz efetua a prisão em 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.

[2007] Ibid., p. 424.

[2008] Op. cit., p. 370.

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,* ela 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 em flagrante é, ao mesmo tempo, um ato administrativo e medida processual acautelatória. Ou ela 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 da prisão somente deve ocorrer se presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Por conseguinte, com essa tese, na origem, a prisão em flagrante é um genuíno ato administrativo, contudo, depois, passa a ser jurisdicizado, 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 do preso no cárcere[2009].

A *vexata quaestio*, porém, tem-se por resolvida caso se faça uma distinção bastante importante. Para todos os efeitos, somente quem pode determinar 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. Ele não deve homologar ou manter a prisão em flagrante, simplesmente porque, em verdade, até então, o que tinha havido era a 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

---

[2009] 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 indisfarçável 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).

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, 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. Ele terá de proferir, se for o caso, decisão fundamentada de decretação da prisão preventiva[2010], transformando, dessa forma, aquela medida administrativa de detenção em prisão processual. 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 está 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 II)[2011].

A tese aqui sustentada, por outro lado, serve para resolver um problema que emerge da leitura do inciso LXVI do art. 5º da Constituição. Com efeito, ao catalogar dentre os direitos fundamentais a garantia de que o cidadão tem o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, o constituinte comete uma aparente impropriedade, ao dizer que, sempre que tiver o direito de responder o processo solto, o cidadão não deverá ser *levado à prisão*. Ora, se a pessoa, por expressa disposição constitucional, não deve ser levada à prisão quando ela tem o direito à liberdade provisória, como então ela pôde ser presa em flagrante delito pela

---

[2010] Embora AFRÂNIO SILVA JARDIM parta de pressuposto distinto, pois para ele a prisão em flagrante, ao lado da preventiva, é uma das espécies de medidas de natureza acautelatória no âmbito do Processo Penal, o referido membro do *parquet* fluminense sustenta que a nova 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).

[2011] O melhor 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.

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 solta? Nesse caso, teria a autoridade policial descumprido a cláusula constitucional, pois ela teria *levado à prisão* quem, posto ter sido reconhecido o direito à liberdade provisória, não deveria. 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 prisão?[2012] O impasse dogmático é evidente: o direito à liberdade provisória pressupõe que a pessoa tenha sido presa legalmente, enquanto a Constituição diz que quem detém esse direito à liberdade provisória não pode ser *levado à prisão*.

A *vexata quaestio* dogmática é resolvida na medida em que se entender, 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 ele 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 conseqüência, infirma qualquer pretensão de querer situá-la como medida processual acautelatória com a qual se determina a prisão de alguém, pois ela serve, apenas, para a detenção, devendo, a conseqüência daí decorrente, relaxamento da prisão, decretação da prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória ser analisada e decidida pelo juiz[2013].

[2012] Certa feita, em um 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.*

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 policial*.

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); (6) ser encaminhado para estabelecimento adequado (art. 5º, XLVIII e L); e (7) respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX). À exceção das garantias de permanecer calado, de ter *assistência jurídica,* 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[2014], 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.

[2013] O nosso sistema, como anomalia, prevê que, em se tratando de crime para o qual prevista a pena de detenção, a própria autoridade policial pode conceder, mediante fiança, a liberdade provisória.

[2014] Cf. itens: (a) 9.5.2, que trata do direito ao silêncio; (b) 9.5.1.2, que aborda o direito à assistência jurídica como conseqüência natural do princípio da ampla defesa; (c) 9.6.5.2.1, que cuida da natureza jurídica da

Quanto às formalidades que devem ser adotadas na prisão sem ordem judicial, a Constituição garante ao preso a *informação dos 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 por ele vier a ser dito[2015]. Inclusive, no auto de prisão em flagrante deve constar a advertência ao preso 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 Federal[2016] 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"[2017], pelo que se conclui que "A Constituição não determinou, em conseqüência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso." [2018]

Insere-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 a pessoa 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 civil[2019].

Essa determinação constitucional já estava contemplada na legislação subsconstitucional, porquanto o Código de Processo Penal, com a sua redação originária de

---

detenção preventiva; (d) 8.2.3.1, que analisa a dignidade humana no tratamento dispensado ao acusado e ao condenado, o que se aplica, naturalmente, a quem é colocado ao cárcere a título acautelatório.

[2015] Nos filmes americanos é comum assistir-se a leitura desses direitos feita pelo agente policial no momento da prisão.

[2016] 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.

[2017] Ibid.

[2018] Ibid.

[2019] Cf. item 7.2.3.1.3, supra, que faz a distinção entre as missões confiadas às polícias militar e civil.

1941, 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)[2020]. 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, o que serve 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.

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 delinqüência 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 da detenção em flagrante delito. Aqui não se defende que seja levado ao pé da letra o que está escrito no inciso LXVI de que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança." O alcance desse dispositivo já foi aqui explicado no item 9.6.5.2.1, que antecede a este. Ele não impede que a pessoa seja encaminhada ao cárcere, apenas deixa claro que no momento em que a pessoa é pega em flagrante delito não há, ainda, propriamente prisão, mas apenas detenção, uma vez que aquela depende, sempre, de decisão escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Deve-se ter em consideração que a detenção em flagrante delito exige, como formalidade para a sua plena legalidade, que a autoridade policial cuide 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

[2020] Redação determinada pela Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005.

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 anunciar, 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)[2021], o legislador infraconstitucional esclareceu que "A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios." (art. 102)[2022].

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.

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 ela 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).

[2021] No art. 93 da Lei nº 7.210, de 1984, ainda há a previsão da casa do albergado, destinada para o cumprimento de pena 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 infraconstituiconal, é encaminhar o detido para o estabelecimento destinado para os presos provisórios.

[2022] 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).

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, sempre se deu dessa maneira. Na Constituição alemã, a despeito de o art. 104, 2, segunda parte, dizer que a comunicação da privação da liberdade feita sem ordem judicial ter de ser comunicada, sem demora, ao juiz, a fim de que ele 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 juiz[2023]. 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 juiz[2024]. O mesmo não sucede 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 pode 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 cogente, afirma que para a decisão em habeas corpus, o juiz só deve mandar que o detido ou preso lhe seja apresentado imediatamente, se assim entender ser necessário. O tratamento dado ao tema pelo legislador infraconstitucional faz com que essa

---

[2023] Esse assunto foi explorado no item 9.6.1, supra, quando se tratou da prisão processual no Direito Comparado. Naquela parte se mostrou que o Código de Processo Penal Alemão (§ 115) 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 português.

[2024] 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.

importante medida raramente seja adotada pelos juízes, a ponto de DAMÁSIO DE JESUS[2025] anotar que tal apresentação se constitui em *letra morta na prática*[2026].

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 brasileiras[2027], 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 à pessoa, dentro do prazo de 24 horas[2028]. Naquela época não havia ainda 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

---

[2025] Op. cit., p. 504.
[2026] Dentre as sugestões apresentadas por Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, criada pela Associação dos Juízes Federais – Ajufe, consta proposta de que o juiz, caso entenda necessário, antes de decidir o pedido de concessão de liberdade provisória, designe audiência para a oitiva do preso e das testemunhas eventualmente indicadas.
[2027] Cf. item 9.6.2, supra.

deveria ser endereçada à *autoridade competente*, o que dava margem a que o legislador subconstitucional disciplinasse 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, mas 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 estabelece, efetivamente, o prazo para a remessa ao juiz do auto de prisão em flagrante. Tal prazo é assinalado, isto sim, para que a autoridade policial entregue ao detido a nota de culpa (art. 304 do CPP). Porém, como a nota de culpa é documento que deve constar do auto de prisão em flagrante, tem-se entendido que essa formalização da detenção efetuada pela autoridade policial deve estar concluída e entregue, no mesmo prazo, ao juiz, a fim de que este observe a sua regularidade formal, para decidir se é caso de relaxamento da detenção e, não sendo esta a hipótese, decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória[2029].

Porém, parece que essa não é a melhor solução. 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 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

---

[2028] 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.
[2029] Cf. MIRABETE. Op. cit., p. 378.

então, passe a controlar os passos da autoridade policial, até mesmo no que concerne à conclusão do auto de prisão em flagrante no prazo legal de 24 horas[2030]. 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 provisória[2031]. 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 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 Judiciário[2032].

Isso é importante porque não são raros 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, dê-se 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.

[2030] Por isso mesmo, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal criada pela Ajufe propôs a modificação do art. 306 do Código de Processo Penal. Com isso, no 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 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".

[2031] Antes do envio do auto de prisão em flagrante, certamente será difícil o juiz fazer alguma conclusão a respeito da legalidade, ou não, da detenção. Mas poderá, em muitos dos casos, decidir que a pessoa deve, tão logo tenha prestado o seu interrogatório, ser colocada em liberdade provisória. Isso na prática ocorre algumas vezes.

[2032] 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 à 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

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 aquele a contar com a assistência da família 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.

A Constituição, no entanto, deixou de determinar que a comunicação da prisão seja estendida ao Ministério Público para que, na qualidade de fiscal da lei, este observe a legalidade ou conveniência da prisão. 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. 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, ao ser comunicado, 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

---

encerramento do expediente forense do dia seguinte. Quando isso ocorre, há o risco de que o juiz somente venha a tomar conhecimento da prisão depois de passadas mais de 24 horas.

do auto de prisão em flagrante[2033]. Essa comunicação imediata da detenção em flagrante ao Ministério Público serve não apenas 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, como para agilizar a apreciação do caso, evitando, assim, que o juiz, como ocorria anteriormente, 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 que haja 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 Público[2034]. 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."[2035] Ademais, como já adiantou a Excelsa Corte, o descumprimento da formalidade reclamada no inciso LXII do art. 5º da Constituição, não sendo circunstância comprometedora da materialidade dos delitos e de sua respectiva autoria, pode ensejar a responsabilidade das autoridades envolvidas, não, porém, dar ensejo ao relaxamento da prisão sob o fundamento de que ilegal[2036].

[2033] Aliás, em razão do entendimento aqui defendido, segundo o qual o Ministério Público há de ser comunicado também da prisão em flagrante, tem-se que se encontra revogada a determinação contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, de 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*. O silêncio do órgão ministerial deve ser interpretado como concordância quanto à legalidade da prisão e, ainda, em relação à decretação da prisão preventiva pelo juiz.

[2034] Se a necessidade da comunicação imediata da detenção em flagrante ao Ministério Público é uma conseqüência natural 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.

[2035] 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.

[2036] 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 GALLOTI, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, afastou a tese de nulidade da prisão, ao argumento de não que demonstrado o prejuízo "... decorrente de ausência de comunicação do flagrante à família..." (BRASIL. Supremo Tribunal

9.6.5.2.2.2- Relaxamento da prisão como conseqüência da ilegalidade da prisão sem ordem judicial.

O desrespeito às formalidades declaradas na Constituição na qualidade de direitos fundamentais, conquanto em alguns casos representa mera irregularidade, no mais das vezes configura ilegalidade, cuja conseqüência é fazer surgir outra garantia fundamental do detido, que é o de ter o direito ao relaxamento da prisão. De regra, 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 afiançável. Antes da norma contida no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, incorporada ao nosso sistema por meio da Lei nº 6.416, de 1977, conforme aqui se disse antes, a prisão ou detenção em flagrante tinha natureza acautelatória[2037].

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, que fosse apontada alguma ilegalidade no ato 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 prisão preventiva.

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 só, não deverá determinar a prisão do detido, 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

---

Federal. Data da decisão: 28/06/1996. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

[2037] Para não ser repetitivo, cf. o item 9.6.5.2.1, supra.

pode, e deve, reconhecer o direito ao relaxamento à prisão, mas, no mesmo pronunciamento, apresenta-se por demais razoável que ele esteja autorizado, desde que enxergue a presença de um dos fundamentos encartados no art. 310 do Código de Processo Penal, a decretar a prisão preventiva. Se assim não se entender, seria o mesmo que dizer que o juiz, observada a ilegalidade da prisão com o exame do auto de prisão em flagrante, tem de determinar o relaxamento da prisão, com conseqüente 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 77042/RJ, realizado por sua Primeira Turma, à unanimidade, tendo como relator funcionado o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE[2038], 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 62855/SP, a Suprema Corte, sob a pena do então Ministro RAFAEL MAYER[2039], também em votação unânime da 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, 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) ela 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

---

[2038] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. NULIDADE: AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, NOTA DE CULPA E 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.

[2039] 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.

seja por meio de petição ajuizada sob essa nomenclatura, seja por interposição de habeas corpus, o mais adequado é que se demonstre, ainda, que não há nenhuma das justificativas do art. 312 do CPP para que a pessoa seja conservada no cárcere.

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.[2040] 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. Assim, cabe ao legislador subconstitucional gizar as situações em que a pessoa é considerada em flagrante delito, o que é feito, em nosso sistema, por meio do que está escrito nos incisos I a IV do art. 302 do Código de Processo Penal. 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. Ou seja, a primeira missão confiada ao juiz é averiguar se a detenção sem ordem judicial era, ou não, cabível. Aliás, na maioria das vezes, a ilegalidade da detenção

---

[2040] Obviamente que, em princípio, qualquer pessoa pode ser detida em flagrante delito. Contudo, há as seguintes exceções: (1) *Presidente da* República: devido à dicção normativa do art. 86, § 3º, da Constituição, o Presidente não pode ser preso, ainda que em flagrante, devido a fato estranho ao exercício de suas funções. (2) *Diplomatas estrangeiros*: em decorrência de tratados e convenções internacionais (art. 1º, I, do CPP), os diplomatas estrangeiros gozam de imunidade penal, o que compreende, igualmente, a vedação a detenção em flagrante delito. (3) *Menores de idade*: uma vez que a imputabilidade penal estabelecida na Constituição somente começa a partir dos dezoito anos, tem-se que as pessoas que não tenham alcançado a maturidade criminal não são propriamente detidas em flagrante delito, mas sim em *flagrante de ato infracional*, tal como regulado pelo art. 173 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (4) *Parlamentares*: nos termos do art. 53, § 1º, da Constituição, sendo o crime afiançável, não pode o parlamentar ser detido em flagrado. Essa garantia se estende aos Deputados Estaduais, nos termos do art. 27, § 1º, da Constituição. (5) *Magistrados*: os juízes somente podem ser detidos em flagrante delito quando o crime for inafiançável (art. 33, II, da Lei Complementar nº 35, de 1979 – LOMAN). (6) *Membros do Ministério Público*: o membro do Ministério Público Federal ou Estadual só pode ser detido em flagrante delito caso o crime seja inafiançável (Lei nº 8.625, de 1993, art. 40, III e Lei Complementar nº 75, de 1993, art. 18, II, *e*). (7) O*s crimes de menor potencial ofensivo*: nos crimes de menor potencial ofensivo, assumindo o autor do fato o compromisso de comparecer ao Juizado Especial, a autoridade policial deve deixar de formalizar a prisão em flagrante (art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95). No que diz respeito aos advogados, não se faz nenhuma restrição quanto à possibilidade de sua detenção em flagrante delito quando o crime é afiançável. O que consta na Lei nº 8.906, de 1994, é o direito de ter a presença de representante da OAB, quando a detenção ocorra em situação relacionada com o exercício da advocacia, exigindo-se, nos demais casos, a devida comunicação ao seu órgão de classe. O Supremo Tribunal Federal, porém, em boa hora, ao apreciar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, suspendeu a expressão "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade", constante do art. 7º, inciso IV do Estatuto da Advocacia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, TRIBUNAL PLENO, Relator Ministro PAULO BROSSARD, Classe: ADI - Processo: 1127, UF: DF, TRIBUNAL PLENO, m.v. Data da decisão: 06/10/1994. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

reside, justamente, na circunstância de a prisão não ter sido efetuada em real situação de flagrante delito.

Se a situação não era de flagrante delito, a conclusão que se tem é que a prisão, quanto à substância mesmo, não é legal, padece de vício de ilegalidade, de modo que deve ser relaxada, sem que isso, porém, como dito linhas acima, impeça que, se for o caso, seja decretada a prisão preventiva. Não sendo pertinente o detalhamento dos casos em que alguém é considerado em situação de flagrante delito na própria Constituição, cabe ao Código de Processo Penal cumprir essa tarefa. Quando da edição da Constituição de 1988, o Código de Processo Penal em vigor, elaborado ainda sob a batuta da Constituição de 1937, definia em que situações uma pessoa é considerada em flagrante delito (art. 302, I a IV, do CPP).

De acordo com a legislação processual penal, a doutrina identifica três tipos de flagrante delito, tal como está posto nos 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[2041]. 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)[2042]; e (4) *flagrante presumido ou ficto*, quando o agente é encontrado *logo depois*, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que

---

[2041] Essa é a classificação adotada por MIRABETE (Op. cit., p. 371); EUGÊNIO PACELLI (Op. cit., p. 502-503); TOURINHO FILHO (Op. cit., v. 3, p. 431). Para FREDERICO MARQUES, há apenas dois tipos: *flagrante real* (incisos I e II do art. 302 do CPP) e *quase-flagrante* (incisos III e IV do art. 302 do CPP). (Op. cit., v. 4, p. 77).

[2042] A expressão *logo após*, utilizada pelo legislador, tem ocasionado divergência doutrinária e jurisprudencial. Não há critério objetivo, havendo registro de regularidade de prisão em flagrante que se efetuou dois dias depois de incessante perseguição, enquanto, em outros casos, embora a detenção tenha ocorrido dentro das 24 horas, ainda assim, não foi em situação de flagrante. Para o leigo, e mesmo para a maioria dos policiais, flagrante delito com base na expressão *logo após* se confunde com o prazo de 24 horas. É comum o agente que pratica o crime fugir e, sob a orientação de seu advogado, esperar passar as 24 horas, a fim de, com isso, *livrar o flagrante*. Acontece que a caracterização do flagrante delito, nesse caso, realmente comporta complexidade doutrinária, daí por que não se há de esperar que um agente policial, pessoa que, nas mais das vezes, não possui sequer a formação de segundo grau, tenha discernimento para fazer uma avaliação mais aprofundada da questão – não se pode esquecer que esse tipo de detenção, de regra, é feita pelo policial militar. Em razão mesmo dessas circunstâncias, a orientação passada pelo comando militar é para que seja considerada em flagrante a pessoa que for encontrada dentro do lapso temporal de 24 horas contado a partir da hora em que foi praticado o crime.

façam presumir ser ele o autor do delito (art. 302, IV)[2043]. 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[2044].

Afastada essa discussão meramente acadêmica, seja como for, 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, especialmente quando se trata das hipóteses dos incisos III e IV[2045]. O que caberá ao juiz, assim, sem embargo das muitas controvérsias a respeito do alcance das disposições contidas nos incisos do art. 302 do

---

[2043] Essas espécies previstas na legislação são assim classificadas em razão do momento em que é realizado o flagrante. Além dessa classificação, que leva, como se disse, em conta o momento em que a detenção foi efetuada, pode-se identificar o tipo de flagrante também pela forma empregada. Essas modalidades de flagrante delito são: *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 criminosa. 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. Doutro 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 a sumular a matéria, 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 nº 9.034, de 1995 (art. 2º), 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, naturalmente, é ilegal.

[2044] Certamente a preocupação em classificar a figura do inciso II do art. 302 do CPP como flagrante próprio tem a intenção de emprestar uma interpretação restritiva à locução *acaba de cometê-la*, empregada pelo legislador. Isso se revela, em sua plenitude, na preocupação demonstrada por TOURINHO FILHO ao se debater quanto ao que se deve entender por tal locução. Para ele, "... quando o inc. II do art. 302 do CPP fala em 'acaba de cometê-la', quer significar, com tal dizer, a infração que ainda está crepitando, havendo entre a sua prática e a prisão uma relação de quase absoluta imediatidade." (Op. cit., v. 3, p. 432). Isso é importante a fim de evitar que essa figura se confunda com as outras duas estampadas nos incisos III e IV do mesmo artigo. De todo modo, essa preocupação em delimitar o alcance da dicção *acaba de cometê-la* não haverá de deixar de ser cumprida caso essa hipótese de flagrante seja classificada corretamente como situação em que o agente não é surpreendido quando *está cometendo a infração*, mas sim quando *acaba de cometê-la*, daí por que, em rigor, não se trata de *flagrante próprio*, mas de *quase-flagrante*. A distinção basilar que há de ser feita entre as figuras dos incisos II e III é que, naquele há perseguição, enquanto neste não, o agente é pego no local do crime, além de neste se exigir imediatidade maior entre a prática do crime e a detenção.

[2045] O Supremo Tribunal Federal, faz muito tempo, possui posição firmada no sentido de que na hipótese do inciso III do art. 302 do CPP, a prisão deve ser "... resultante de perseguição iniciada logo após o delito, de modo a caracterizar a imediatidade e continuidade que a legitimariam como prisão em flagrante." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro RAFAEL MAYER, Classe: RHC - Processo: 60895, UF: GO, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 06/05/1983 Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005. A esse respeito, a fim de analisar se na situação não houve quebra de solução de continuidade quanto a essa perseguição, mostra-se razoável que se tenha em consideração o que dispõe o art. 209, § 1º, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Penal.

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 lhe decretar a privação do direito de liberdade como medida acautelatória.

9.6.5.2.3- Direito à liberdade provisória com ou sem fiança.

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 *liberdade 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 duração[2046]. 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, por lapso temporal, que não tenha caráter perpétuo a sua supressão. 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 evidenciar[2047], 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 regra, permanece incólume, até que advenha sentença condenatória transitada em julgado impondo a pena de prisão.

[2046] Dentre os direitos fundamentais, a Constituição torna defesa não apenas a prisão perpétua, mas também aquela que, embora seja demarcada no tempo, possua *caráter perpétuo* (art. 5º, XLVII, da Constituição).

Em outro passo, a liberdade provisória, no seu sentido técnico-processual, tem outro alcance, que não se confunde com aquele. 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 ficar em liberdade. Porém, uma vez detida ou presa como medida processual, caso não haja necessidade de que a pessoa fique ou permaneça no cárcere, ela 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 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 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 de freqüentar determinados locais etc. 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, ele pode decretar a prisão preventiva, ou então o recolhimento à prisão devido ao trânsito em julgado de sentença condenatória.

A provisioriedade 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*." (Grifei). Por conseguinte, insere-se na alçada do legislador subconstituicional dizer em que

---

[2047] 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.

casos é admissível a liberdade provisória e quando ela deve ser, ou não, exigida conjuntamente ou condicionada ao pagamento de fiança. Perceba-se que, se a liberdade provisória pressupõe uma prisão ou detenção anterior e formalmente válida, mas que não deve manter-se, devido à ausência dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, 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 liberdade 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, ele, ao traçar as linhas da liberdade provisória, terá, necessariamente, que render homenagens ao entendimento de que a prisão processual, seja ela qual for, possui natureza acautelária, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, conforme aqui já foi exposto à exaustão[2048].

No modelo atual, adotado a partir do acréscimo do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, 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, o juiz deve conceder a liberdade provisória[2049]. Essa parece ser a posição que deve permanecer, sob pena de malferição à idéia, defendida em vários julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, de que a prisão cautelar, sendo medida excepcional, somente há de ter lugar quando for *absolutamente necessária*[2050].

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 06.09.94, ao tempo em que define os crimes hediondos, torna-os, conjuntamente com a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o crime de

---

[2048] Cf. item 9.6.5.1.1, supra, no qual se realça a necessária natureza acautelatória de toda e qualquer prisão processual, sob pena de afronta à cláusula constitucional da presunção de não-culpabilidade.
[2049] Cf. item 9.6.4, supra, no qual o tema foi visto com mais profundidade.
[2050] 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.

tortura, insuscetíveis de liberdade provisória. As Leis nºs 9.034, de 1995, e 9.613, de 1998, também vedam a liberdade provisória nos crimes organizados e nos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

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 o direito fundamental do homem, só podendo ser decretada se fundamentada nos requisitos da *fumaça do bom direito* e do *perigo de dano* caso o agente fique em liberdade. Se nesses crimes o agente não tem o direito à liberdade provisória, a conseqüência 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; (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* (prisão ou detenção em flagrante) e por *ordem judicial* (prisão processual), haveria outra, criada pelo 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 flagrante delito. Por conseguinte, fora desta situação, mesmo que a autoridade policial venha a encontrar pessoa que tenha praticado um crime para o qual a lei diz que não se admite liberdade provisória, aquela, sem que tenha uma ordem judicial, não poderá, em nenhuma hipótese, efetuar uma detenção que seja considerada válida[2051].

[2051] No Rio Grande do Norte houve um caso que despertou acirrado debate perante os meios de comunicação, envolvendo situação que se enquadra na questão posta em debate. Isso se deu em um rumoroso caso de homicídio, tipificado como hediondo, em que os agentes praticaram o crime e fugiram. Algum tempo após, eles

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 1967[2052]. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, em várias passagens, deixou assentado que o fato de o crime ser hediondo não impede que seja concedida a 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 se decidiu no exame do Habeas Corpus 8071/SP, emblemático caso envolvendo o jornalista PIMENTA NEVES, acusado de matar a sua namorada, também jornalista, em crime de homicídio classificado como hediondo. No julgamento daquele processo, assim ficou redigida, na parte que interessa, a ementa de autoria do Ministro CELSO DE MELLO[2053], referente ao acórdão unânime da Segunda Turma da Colenda Corte:

> 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,

---

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.

[2052] 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.

[2053] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 26/06/2001. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

> 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, a despeito da vedação expressa contida na lei, presta-se para afastar a aceitação da 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 ficou sustentado, a detenção em flagrante serve, 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 que seja decretada a prisão preventiva.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado em outra direção. Com efeito, em julgamento unânime da Primeira Turma, a Excelsa Corte, em votação relatada pelo Ministro SIDNEY SANCHES[2054], fez constar da ementa que, ocorrida a prisão em flagrante, tratando-se de crime hediondo, em princípio, não se deve aplicar a 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[2055], 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."

[2054] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: HC - Processo: 82316, UF: PR, Data da decisão: 11/02/2003. Disponível 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.

[2055] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Data da decisão: 05/10/1999. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 25 jul. 2005.

Com o devido respeito, mas essa tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal tem 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 para a pessoa que pratica crime para o qual 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, 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 pode 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 garantístico, LUIZ FLÁVIO GOMES[2056] 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 GOMES[2057], 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 ser ordenada caso esteja presente um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

Com a tese sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, o flagrante delito, em se tratando desses crimes para os quais a lei especial torna defesa a liberdade provisória, ganha substancial importância e passa a ter, assim como ocorria na idéia 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 se tenha nenhum motivo para que assim

---

[2056] *Lei de lavagem de capitais:* delação premiada e aspectos processuais penais. p. 359.
[2057] Ibid. p. 359.

seja. Esse pensamento, além de afrontar a natureza acautelatória de toda e qualquer prisão de ordem processual, tem o condão de resgatar a anterior função desempenhada pela prisão em flagrante no sistema prisional, que havia sido afastada desde a introdução do parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, o que, para todos os efeitos, é um tremendo retrocesso.

No Superior Tribunal de Justiça, felizmente, o assunto tem merecido outra consideração. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma têm firmado passo na linha de entendimento de que é irrelevante o fato de a lei dizer que não é admissível a 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 há necessidade de que haja plena justificativa. 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 MEDINA[2058], 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 dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2°, 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 pelo Ministro LAURITA VAZ[2059], no aresto firmado no Habeas Corpus 38466/SC, assim decidiu:

[2058] 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.
[2059] Data da decisão: 16/11/2004

> 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.
> 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 feita pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a se assegurar a possibilidade de haver a concessão de liberdade provisória, naqueles crimes para os quais existe vedação legal ao gozo desse direito, apenas nas hipóteses em que não ocorra a prisão em flagrante. Essa parece ser a posição mais adequada e a que se compatibiliza com a natureza acautelatória de toda e qualquer prisão processual. De outra parte, a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal, com as vênias devidas, não se mostra razoável. Tome-se como exemplo o caso PIMENTA NEVES, objeto do voto do Ministro CELSO DE MELLO, que aqui foi transcrito. Nos termos da tese 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 ele ficasse na prisão.

Com essas considerações, parece, sem sombra de dúvidas, que a proposição correta é aquela alvitrada na quarta proposição formulada, segundo a qual, conquanto a norma jurídica vede a liberdade provisória, ainda assim, somente deve ser mantida ou decretada a prisão caso seja necessária, daí por que, a circunstância em si de ter havido, ou não, a prisão em flagrante é de somenos importância, assim como ocorre em relação aos demais crimes, devido à regra insculpida no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, como, aliás, vem decidindo, acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça.

De mais a mais, a Constituição, ao utilizar a expressão *quando a lei admitir a liberdade provisória*[2060], não disse que o legislador poderia, tendo em consideração apenas a natureza do crime, vedá-la para determinados casos. Em interepretação 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

[2060] Art. 5º, LXVI, última parte.

certos delitos a pessoa não pode responder o processo em liberdade[2061] . 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, caso o constituinte tivesse a intenção de vedar a liberdade provisória para crimes específicos, teria procedido da mesma forma como fez ao vedar a concessão de fiança para os crimes definidos como hediondos, de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, tal como se nota da leitura do inciso XLIII do art. 5º da Constituição.

9.6.5.2.2.3.2- 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 conseqüências, teve a propriedade de fazer com que a fiança, em razão da forma como ela está prevista na legislação processual, praticamente não tivesse mais sentido[2062]. 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 prescrever 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 prisão em flagrante. Assim, ocorrida esta 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

[2061] 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.
[2062] Cf. item 9.6.4

pagamento do valor fixado. Por outro lado, se o delito fosse inafiançável, a pessoa, tendo sido presa em flagrante, somente conseguiria libertar-se caso o ato de detenção 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 são 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, que não haja nenhum dos motivos que autorizem 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 aquele que pratica crime inafiançável, que é mais grave, para ter o direito de recuperar a liberdade, seja suficiente a satisfação da primeira condição exigida daquele. 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 afiançável, para obter o direito à liberdade provisória em caso de flagrante delito, basta que não esteja presente nenhuma das causas previstas para o estabelecimento da prisão preventiva, no mínimo, o mesmo tratamento deve ser reservado para os autores de delitos menos graves, como são os casos dos crimes afiançáveis. 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, em 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, desastrada, 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, 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 conseqüência 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, oponha-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 se 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 que ele goze do direito de liberdade 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. Ela 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 essa 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. Note-se que, 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 esses crimes mais graves.

Certamente 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 tinha apercebido 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, ainda 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 constituinte somente quis vedar a possibilidade de concessão da fiança aos crimes que ele mesma especifica, pelo que

seria, como bem adverte LUIZ FLÁVIO GOMES[2063], no mínimo de duvidosa constitucionalidade a inclusão de outros delitos pelo legislador ordinário.

Com sua peculiar perspicácia, LUIZ FLÁVIO GOMES[2064], 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", daí por que 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." [2065] Verifique-se que no sistema americano a fiança é concebida 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 a processo em liberdade, pagou uma milionária fiança, quantia que para ser honrada exigiu a hipoteca de sua mansão. Em caso mais recente, 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 a processo em liberdade.

A tese aqui defendida, é de que, doravante, 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, seqüestro de bens ou mesmo de mera penhora. 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 conseqüente reserva, no todo ou em parte, da fiança prestada, a fim de que, com o trânsito em julgado, a quantia seja devidamente liberada[2066].

[2063] *Delação premiada e aspectos processuais penais.* p. 358
[2064] Ibid. p. 358.
[2065] Ibid. p. 358.
[2066] Certamente 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

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 do Código de Processo Penal ("O dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano 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 ele permanecesse no gozo da liberdade provisória[2067].

9.6.5.3- Responsabilidade civil do Estado decorrente da prestação jurisdicional criminal.

A Constituição de 1998 trouxe, dentre os direitos fundamentais, garantia que até então não constava da nossa história constitucional. Ela foi inserida com a dicção normativa do inciso LXXV do art. 5º da Constituição, no qual se preceitua que "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 sofridos*[2068]. Segundo anotação de CÂMARA LEAL[2069], esse direito à justa indenização, em nosso meio, tem como fonte primária o art. 86, § 2º, da Consolidação das Leis Penais, que atribuía à Nação ou ao Estado a responsabilidade quanto ao ressarcimento por *todos os*

---

criminal e a cível, na esteira da principiologia 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.

[2067] 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, porém o art. 344 do mesmo diploma legal acrescenta que, caso ele, condenado, não se recolha voluntariamente à prisão, a perda passa a corresponder à integralidade do montante dado em garantia. Como se observa, a perda da fiança em sua integralidade, a teor do tratamento dispensado pelo Código de Processo Penal, depende da condenação.

[2068] Cf. PORTO, Mário Moacyr. *Responsabilidade civil do estado*. Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte. Natal: CEJERN, 1995, v. 2. p. 15

[2069] 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.

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* foi concebida no Código de Processo Penal, agora como conseqüência 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."[2070] Em compasso com aquela orientação, esclarece EDUARDO ESPÍNOLA[2071] que o dispositivo em foco - *uma justa indenização pelos prejuízos sofridos* - refere-se, tão-somente, aos *danos pecuniários*, resultantes da condenação. Em sentido contrário, MIRABETE[2072] defende que, hodiernamente, "... não se deve negar a possibilidade de ser pedida pela vítima do erro judiciário a indenização por *dano moral*. (Grifo no original).

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 PIMENTA[2073] salienta que, no processo de revisão da decisão condenatória, sempre que ocorrer a modificação do julgado com conseqüente absolvição, o condenado sempre 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 de indenização por parte do

[2070] Ibid., p. 149.
[2071] Op. cit., v. 3, p. 447.
[2072] Op. cit., p. 686.

Estado, quanto "Aos prejuízos causados pelo Poder Judiciário, e os que forem conseqüência 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 SELING[2074], 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 político[2075]. Note-se que 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 20.11.1894, 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"[2076], 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"[2077].

[2073] Op. cit., p. 844.
[2074] Op. cit., p. 303-304.
[2075] No Direito Comparado, examinando-se a evolução história 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, como conseqüência do contrato social, afastava a necessidade de garantir-se o administrado 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.
[2076] *Elementos de Direito Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 358.
[2077] Op. cit., pág. 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

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, ainda que se identifique neles eventuais erros capazes de acarretar prejuízoes 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 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 inculpabilidade reconhecida.

Atualmente, o que constava de mera previsão infraconstitucional passou a fazer parte dos direitos fundamentais. Note-se que, 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 português[2078]. É que lá se fala, 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 acrescido à indenização devida para o caso em que a condenação criminal foi louvada em erro judiciário, outra hipótese de responsabilidade, agora em razão de a pessoa ficar *presa além do tempo fixado na sentença*.

---

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 freqüentes 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)

[2078] Diferente se deu na Constituição espanhola, pois ali o direito de indenização é assegurado para os prejuízos em geral oriundos do serviço jurisdicional.

9.6.5.3.1- Ressarcimento por condenação oriunda de erro judiciário.

A 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 diferennça 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. Isso porque, muito tempo antes da Constituição de 1988, a doutrina, conforme advertia EDUARDO ESPÍNOLA[2079] 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 consignado 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 pessoas[2080]. Ora, se a mera existência de um 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

[2079] Op. cit., p. 446.

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, que consta das 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, 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 FILHO[2081], 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 decisivamente para que o Judiciário fosse induzido a erro. 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.

A outra regra, que veda o dever de indenizar do Estado quando o erro judiciário se verifica em ação penal de iniciativa privada, registrada na alínea *b* do § 2º do art. 630 do Código de Processo Penal, 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 PORTO[2082],

---

[2080] 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 cuidado de acrescentar, ainda, que a enumeração do dispositivo em destaque é meramente exemplificativa. (Op. cit., p. 15).
[2081] Op. cit., p. 584.
[2082] Ibid. p. 584.

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 equivocado.

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 circusntância 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 se impõe a indenização, por exemplo, nos casos em que, determinado o recolhimento do indiciado ou acusado à prisão como medida acautelória, depois, no final do processo, ele vier a ser absolvido.

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 calcada em testemunhos inverídicos ou em documentos inautênticos, da mesma maneira como pode ocorrer 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 intepretar-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 sentença[2083]. Essa idéia, aliás, já era defendida até mesmo por GAROFALO, conforme foi visto no item 1.2.4.3, supra. Observe-se que, nada obstante as idéias retrógradas da Escola Positiva, que, sob a orientação de GAROFALO[2084], sustentava, até mesmo a prisão preventiva obrigatória e a medida de segurança antes da prática mesmo do crime, no pensamento esposado pela doutrina em destaque defendia-se 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 fosse contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos ou quando ela se fundasse em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, o dever de indenizar decorria do 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 se 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

[2083] 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.

[2084] Op. cit., p. 431.

WILDO[2085], 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 ER RO JUDICIÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. HIPÓTESE DE RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA.
> - A prisão cautelar, mesmo com posterior absolviação, 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 Recurso Extraordinário 4295/SC, no sentido de que "o decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior"[2086].

Certamente 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.

Note-se, por fim, que, 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 indevidas levadas a efeito pelas autoridades policiais, por se tratarem de atos administrativos, geram a responsabilidade civil do Estado com base na regra geral do art. 37, § 6º, da Constituição. Ademais, 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.

[2085] BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. n. 59. Jan/Mar 2005. p. 171.

10. ÚLTIMAS E CONCLUSIVAS PALAVRAS .

Diante do esposado neste escrito, podem ser sumariadas as seguintes conclusões.

1. O aparecimento do processo penal, não sem razão, coincide com o exsurgimento do movimento *iluminista* e, por via de conseqüência, com a declaração de direitos do homem – que mais tarde, com o primeiro movimento constitucionalista, passaram à categoria de direitos fundamentais –, inseriu-se no contexto das idéias que tinham em mente estabelecer limites ao Estado, no desiderato de fazer com que este, em suas ações, independentemente do escopo colimado, pautasse o seu agir tendo em conta que há direitos essenciais à pessoa humana que precisam ser respeitados. Antes do aparecimento do processo penal, o Estado exercia o direito de punir em obediência apenas a um *mero ritual*, no qual o que importava era a demonstração de sua força e a submissão de quem ousava afrontá-lo por meio de comportamento que não era considerado o adequado, daí por que o *julgamento* da pessoa, além de *secreto*, era feito sem que houvesse oportunidade de defesa, empregando-se a tortura como instrumento indispensável para a produção da prova necessária para o descobrimento da *verdade*, ademais de a publicidade dar-se, apenas, na fase da execução, uma vez que se mostrava oportuno que as penas corporais e capitais fossem levadas a efeito sob as vistas de todos, pois tal servia para demonstrar o *pleno domínio* que o Estado possuía sobre as pessoas e, de soslaio, incutir o *medo* em todos.

A ciência penal, aí compreendidos o Direito Penal material e processual, comparada com a civil, é uma ciência nova, porquanto somente exsurgiu na segunda metade do Século XVIII, a partir do pensamento esboçado, em tom filosófico, por BECCARIA no livro *Dos delitos e das penas* (1764), doutrina que, deduzida consoante o ideário iluminista, em companhia desse movimento filosófico, contagiou o mundo e fez com que irrompesse intenso processo *reformista* da legislação penal, com forte base *humanitária*.

2. Muito embora a doutrina geralmente confira destaque maior à cooperação de BECCARIA para o Direito Penal, em verdade, a sua maior contribuição, e que hoje é mais evidenciada, ocorreu no ambiente do Direito Processual Penal, na medida em que ele deve ser

---

[2086] Ibid., p. 174.

considerado o precursor da *defesa dos direitos humanos* na seara criminal, ao expor pensamento que tinha como núcleo o estabelecimento de regras essenciais à dignidade da pessoa humana, que precisam ser respeitadas pelo Estado, mesmo quando no exercício do *direito de punir*.

O estudo acurado da obra de BECCARIA revela que a maior parte de suas reflexões se concentrou em criticar a forma como eram feitos os julgamentos e tratadas as pessoas sujeitas à persecução criminal, cuidando de sugerir que fossem adotadas regras *humanitárias* nessa seara, a ponto de plantar as raízes dos princípios da ampla defesa, da publicidade, da celeridade, da prisão processual como exceção, da presunção de não-culpabilidade e da exigência da verdade real para a condenação, do direito ao silêncio, do sistema acusatório (separação entre o acusador e o julgador), da vedação da tortura e do tratamento desumano, enfim, de preceituar a cláusula do *devido processo legal*, na medida em que propôs a *processualização* do direito de punir do Estado como instrumento eficiente para evitar os seus abusos.

3. A repercussão *internacional* do *movimento criminal de cunho humanitário* principiado com o escrito *beccariano* consolidou-se, em primeiro estágio, na declaração de direitos estampada na Constituição da Virgínia (1776), para perpetuar-se, posteriormente, com a aprovação de dez emendas (1789), na Constituição dos Estados Unidos e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecida com a Revolução Francesa.

O *movimento de constitucionalização* das declarações de direitos, transformando-as em direitos fundamentais, revela não apenas a influência do pensamento *beccariano*, como, outrossim, que a maioria dessa espécie de direitos se concentra na área do processo penal, conquanto dizem respeito à ampla defesa, à celeridade, à publicidade, à prisão processual, ao direito ao silêncio, à inviolabilidade do domicílio, da intimidade, da vida privada e da imagem, ao sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, à vedação da tortura, à presunção de não-culpabilidade.

4. O processo criminal surgiu ao sabor e com a mesma *ratio essendi* dos direitos fundamentais, qual seja, *limitar os poderes* do Estado, daí por que se mostra pertinente procurar compreender a sua essência com base na doutrina que dá suporte a essa categoria de direitos, máxime quando se observa que os principais postulados deste ramo do Direito

radicam justamente nas cláusulas eleitas como indispensáveis para a dignidade da pessoa humana.

Tendo em conta que os direitos fundamentais se apresentam como a *espinha dorsal* do processo penal, não se há de olvidar que o mais adequado, quando se quer esboçar a *teoria* deste, é fazer a pesquisa científica focada na compreensão daqueles direitos essenciais, conforme eles estão insertos no texto da Carta Magna, sem perder de vista, é verdade, a sua dimensão internacional – o que implica exame quanto à forma como eles estão tratados no Direito Comparado e nas declarações de direito internacionais e regionais –, circunstância que denota ser apropriado laborar no sentido de estabelecer as bases do que deve ser entendido como *teoria constitucional do proceso penal*.

Por outro lado, o *neoconstitucionalismo* ou *Estado Democrático-Constitucional*, que emergiu após a Segunda Guerra Mundial – que, no Brasil, somente se fez sentir após a segunda metade dos anos oitenta, mais precisamente a partir da edição da Constituição de 1988 – e gerou o *processo de constitucionalização* do sistema jurídico em seu todo, mudou o paradigma do Direito, de modo que os direitos fundamentais, vazados em forma de princípios, conquanto antes desempenhassem função subalterna, sendo chamados com força normativa apenas para colmatar as lacunas do ordenamento jurídico, passaram a ocupar posição hegemônica no sistema jurídico, manifestando-se como normas de hierarquia superior às regras jurídicas estampadas na legislação infraconstitucional, de modo que esta tem não apenas de ser desenhada de acordo com os parâmetros dos princípios constitucionais, como possui a sua compreensão e alcance determinados por eles.

5. Os direitos fundamentais, que no ambiente criminal se apresentam como *limitações ao direito/poder-dever de punir do Estado*, por mais essenciais que sejam, são apenas relativos, daí por que, em tese, sempre é possível que haja a sua flexibilização, sendo que, no nosso sistema, afora a hipótese de flagrante delito, exige-se prévia decisão escrita e fundamentada oriunda de autoridade judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, salvo nos casos marcados pela cláusula de *reserva de jurisdição* – prisão processual, quebra de inviolabilidade do domicílio e de sigilo de comunicação telefônica –, em que somente o juiz tem legitimidade para tanto.

Sendo certo que apenas em caráter excepcional é que se deve determinar a flexibilização de um direito fundamental, podem ser eleitas as seguintes condições imprescindíveis para que seja tomada a decisão dessa natureza: (1) a regra é que a responsabilidade penal seja perquirida sem que haja a necessidade excepcional de flexibilizar direitos fundamentais; (2) o crime deve ser de certo grau de gravidade, de modo a justificar o uso de uma força maior por parte do Estado; (3) a medida, diante da necessidade do uso dessa força excepcional, deve ser imprescindível, sob pena de comprometimento da eficácia da ação estatal; e (4) a impossibilidade de se obter a eficácia do processo de outra maneira.

Quando a Constituição estabelece o direito fundamental, mas expressamente diz que ele somente pode ser restringido mediante *ordem*, *autorização*, *decisão judicial* ou *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária*, apenas o juiz, no exercício da atividade tipicamente judicante (*reserva de jurisdição*), pode determinar a sua quebra, como ocorre nos casos de determinação de prisão cautelar e da quebra da inviolabilidade do domicílio.

De outro lado, quando o direito fundamental está previsto, mas não há nenhum tipo de ressalva, antes disso querer dizer que ele é *absoluto*, em verdade, não apenas o juiz pode determinar a quebra da garantia, como até mesmo a Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que o faça de forma fundamentada.

6. Para a efetiva compreensão do alcance dos direitos fundamentais, conquanto se faça necessário levar em consideração as regras basilares da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais, no desiderato de que seja revelado em visão ampla e consistente o conteúdo *político* e jurídico dessa espécie de normas em nosso meio, faz-se mister contextualizá-los dentro do perfil do Estado Democrático-Constitucional, em compasso com os seus fundamentos e objetivos especiais, tal como eles estão preceituados na Constituição de 1988.

7. O devido processo legal, na qualidade de princípio da seara criminal, em sentido *lato sensu*, corresponde à assertiva de que para ser tido como *legal* e *legítimo* o exercício do direito de punir, o Estado há de ser obsequioso a todas as normas constitucionais concebidas para assegurar a dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, portanto, o *due process of law* compreende todos os direitos fundamentais pertinentes ao processo penal. Em

acepção mais contida, essa cláusula constitucional quer dizer que a *persecutio criminis*, independentemente do tipo de delito, deve ser pautada pelo processo, ou seja, a responsabilidade criminal somente pode vir a ser estabelecida sob o *crivo* do Judiciário, o que caracteriza o brocardo jurídico *nulla poena sine judicio*.

8. Apoiada na acepção *stricto sensu* do devido processo legal, com o propósito de apresentar *dogmaticamente* os direitos fundamentais que estabelecem a *teoria constitucional do processo penal*, em análise norteada não apenas pela *função* como também pelos *bens jurídicos tutelados*, essa categoria especial de direitos pode ser classificada em *direitos/garantias* referentes (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.

9. O devido processo legal, garantia que a persecução criminal seja processualizada como condição para a busca da responsabilidade penal, difere conforme seja a providência jurisdicional reclamada, daí por que, nas tutelas de urgência, nada obsta que o contraditório e a ampla defesa, desde que imprescindíveis para a eficácia da medida solicitada, sejam diferidos para momento posterior à prolação da decisão.

No vácuo do sistema democrático-constitucional, o processo criminal deve assumir, nas hipóteses pertinentes, *feição despenalizante*, o que é cumprido, em nosso sistema, pelos institutos da *transação penal* e da *suspensão condicional do processo*, *medidas alternativas* que não se confundem com as *penas alternativas*, pois viabilizam a solução do problema gerado pelo crime sem a imposição de pena.

Previstos para os crimes menos graves e nos quais o agente satisfaça as condições subjetivas eleitas pelo legislador, tanto a *transação penal* quanto a *suspensão condicional do processo* se constituem em direito subjetivo do agente ao qual imputada a ação delituosa, daí por que, em verdade, o Ministério Público, nos casos em que preenchidos os requisitos *objetivos* e *subjetivos* previstos em lei, não apenas *pode*, como *deve*, propor a resolução da questão criminal pela via despenalizante, sendo possível, diante de sua omissão, que a própria pessoa interessada postule ao juiz nesse sentido, com a possibilidade, até mesmo, da interposição de habeas corpus, em caso de indeferimento.

O princípio da *celeridade* processual, preceituado para a órbita criminal, conquanto seja indispensável para a *eficácia* do pronunciamento judicial, impõe-se como medida humanitária, porquanto a mera existência do processo penal carrega embutida uma sanção, diante dos efeitos negativos legados à honra e à imagem do agente, nos ambientes pessoais, familiares e sociais.

O princípio da *publicidade* que, em última *ratio*, implica a necessidade de que todas as decisões judiciais sejam suficientemente fundamentadas, somente deve ser restringido quando a *defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*, isso quando não prejudicar o *interesse público à informação*, tal como restou assentado com a nova redação do art. 93, IX, da Constituição, fornecida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

10. Ao contrário da maioria dos países – Estados Unidos, Alemanha, Itália e Espanha –, a Constituição brasileira, de forma expressa, como sanção para o desrespeito às garantias constitucionais, tisna com a nota de *ineficácia* a prova produzida por meio ilícito, o que afasta, de regra, a utilização do princípio da *proporcionalidade* como cláusula de exceção à *exclusionary rule*, porém permite que a teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisoned tree)* seja adotada, em nosso meio, de forma mitigada, no sentido de que a prova *derivada* somente seja considerada contaminada pelo vício da *originária* quando aquela tiver sido germinada *exclusivamente* desta, aplicando-se, assim, as teorias *da fonte independente* (*independent source*) e, em certa medida, do *descobrimento inevitável* (*inevitable discovery*).

11. Afastando-se da nomenclatura eleita por outras constituições e demonstrando clara preferência pela forma como o assunto foi tratado pela Constituição italiana, o constituinte brasileiro não disse que a pessoa é considerada *inocente*, mas sim que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, LVIII), razão pela qual a expressão mais correta é a da *presunção de não-culpabilidade*, até porque a essência desse preceito se faz sentir na avaliação da *prova*, isso mesmo quando tal se dá para fins de formação do *juízo de culpabilidade*.

Por conseguinte, o princípio da *presunção de não-culpabilidade* tem como decorrência os postulados da *verdade real*, do *in dubio pro reo* ou *favor rei*, o que quer dizer que, no momento processual próprio para o julgamento do mérito da lide, o juiz somente está autorizado a expedir decreto condenatório caso não tenha dúvidas quanto à *culpa* do acusado,

circunstância a evidenciar que a cláusula em foco, a par de não incidir em todo e qualquer pronunciamento judicial – exemplo da decisão sobre o recebimento, ou não, da denúncia –, não tem repercussão quanto ao agir da autoridade policial e do Ministério Público, os quais devem guiar-se pela regra do *in dubio pro societate*.

12. Desconstruindo o sistema misto até então vigente nos termos da legislação infraconstitucional, a Constituição de 1988 instaurou o *sistema acusatório (quase) puro*, razão pela qual o juiz, conquanto possa e deva ser chamado a se pronunciar sobre diligências que importem na tergiversação de direitos fundamentais, não pode, ele próprio, realizá-las, até porque, devido ao princípio em destaque, o nosso ordenamento jurídico não permite o *juízo de instrução*.

Como regra, o constituinte elegeu a polícia como o órgão legitimado para proceder à apuração das atividades ilícitas, todavia ela não detém a *privatividade* para essa função, podendo outros órgãos do Executivo, no contexto de sua missão fiscalizatória, realizar investigações, assim como fazem, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito e o Banco Central do Brasil, não havendo, igualmente, nenhum óbice para que o Ministério Público também detenha esse *poder investigatório*, até porque o inquérito policial, além de não ser imprescindível para a ação penal, somente deve ser instaurado quando houver necessidade de coletar elementos probatórios a respeito da existência do crime e de indícios de autoria.

13. A ação penal é espécie de *class action*, com a qual o Ministério Público, ainda que indiretamente atue em nome da vítima, defende o interesse *coletivo* da sociedade quanto à realização da justiça, legitimidade processual que, sob outro enfoque, representa para o acusado a garantia de que o titular da ação é alguém que não é movido por nenhum sentimento de vindita ou ódio, nem muito menos tem a idéia preconcebida de condená-lo, senão de laborar para que a solução seja a mais adequada para o caso, o que mostra que a ação penal de iniciativa privada é uma distorção do sistema, incompatível com o ideário do Estado democrático-constitucional.

14. A vítima é a grande esquecida do processo penal, razão pela qual, com suporte na concepção da *justiça restaurativa*, de mister que, no gerenciamento do problema criminal feito em Juízo, seja-lhe assegurado o acesso à justiça não apenas com a sua ampla

possibilidade de participação processual, mas igualmente com a condução da questão de modo que o resultado atenda parte de seus interesses, até mesmo aqueles que dizem respeito ao ressarcimento proveniente do dano material e/ou moral refletido pela ação criminosa.

15. Quanto ao direito à intimidade, até a Constituição de 1967, expressamente, somente se incluíam dentre os direitos fundamentais a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, mas coube ao constituinte da Carta vigente, sublinhando o seu caráter democrático, esclarecer que seriam invioláveis a *intimidade* em gênero e também a *vida privada*, a *honra* e a *imagem* das pessoas, o que compreende os *sigilos bancário e fiscal*, assim como veda a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, sem prévia decisão judicial conferindo autorização para tanto.

Em compasso com a premissa de que não há, por mais essencial que ele seja, direito fundamental absoluto, a interpretação mais adequada do art. 5º, XII, da Constituição é a de que, em se tratando de sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas e de dados, a quebra pode ser determinada pela autoridade judicial ou por Comissão Parlamentar de Inquérito, para fins de instrução processual cível ou criminal, enquanto na hipótese de comunicação telefônica, além de a medida somente ser cabível no caso de apuração penal e desde que na forma e nos crimes identificados na lei, a autorização válida só pode emanar de autoridade judicial, uma vez que há, em relação a ela, cláusula de *reserva de jurisdição*.

16. O princípio da ampla defesa, na seara criminal, historicamente sempre foi afeto apenas à pessoa contra a qual é assacada a prática de ilícito penal, característica essa mantida pela Constituição de 1988, ademais de ontologicamente guardar substancial diferença em relação ao processo civil, pois naquele não basta, para atender o seu comando, conferir a oportunidade para a produção da defesa, porquanto se exige que ela seja *efetiva* e *eficiente*, o que implica o reconhecimento do direito não apenas à defesa técnica como à autodefesa, que se traduz no direito de ser *intimado* pessoalmente de todos os atos do processo, de *participar* das audiências e assegura o *jus postulandi* quanto a determinadas postulações, com especial destaque para a manifestação do interesse em recorrer das decisões.

17. O *direito ao silêncio*, que se reveste na garantia do acusado de não ser obrigado a produzir prova contra si, é uma clara manifestação do direito de defesa, uma vez que o

interrogatório há de ser considerado uma das manifestações da autodefesa, o direito a ele reconhecido de ser ouvido pela pessoa responsável pelo seu julgamento e, em visão mais alargada, até mesmo pelo órgão ministerial, e compreende, ainda, o direito de recorrer ou de exaurir o duplo grau de jurisdição.

Os incentivos legais à confissão e revelação dos demais envolvidos na ação ilícita e nuances do crime, a chamada *delação premial*, incluem-se no direito à ampla defesa, mediante a qual o agente pode conseguir a *atenuação* ou *redução* da pena, *substituição* por pena restritiva de direitos ou mesmo o *perdão judicial*.

18. A inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados e da correspondência e comunicações, aí incluídas as telefônicas e afins, é prevista em nome do princípio da ampla defesa, o que não impede, naturalmente, até porque não se trata de garantia absoluta, que seja determinada a busca e apreensão, assim como a quebra em si dessa inviolabilidade, nas hipóteses em que (1) o advogado tiver participado do crime; (2) o advogado não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a busca; (3) o advogado não possuir os papéis em razão de sua função; (4) mesmo no exercício da profissão, a diligência tiver como objeto coisas, instrumentos, objetos, armas ou munições relativos ao crime em apuração[2087]; e (5) em se tatando de documento, ainda que recebido devido ao exercício da advocacia, ele se constituir elemento do corpo de delito.

19. A regra em um sistema democrático-constitucional é a preservação do direito à liberdade, dessumindo-se, daí, que a prisão, especialmente quando de espécie processual, é solução a ser alvitrada quando ela se mostrar da mais *extrema necessidade*, devendo a legislação contemplar hipóteses alternativas, apresentando-se a exigência de prestação da fiança, ao lado de outras medidas restritivas, como instrumento hábil para alcançar esse escopo.

20. Em verdade, a autoridade policial, ou quem as suas vezes fizer, ao pegar alguém em flagrante delito, não efetua a *prisão*, mas sim a *detenção*, cabendo ao juiz, após o exame do auto respectivo, *relaxá-la*, na hipótese em que contiver alguma ilegalidade de

[2087] Observe-se que o mandado de busca e apreensão pode ser expedido para o fim de determinar que seja efetuada a prisão de acusado que esteja escondido no interior de escritório de advocacia ou para permitir que seja feita a procura do cadáver da vítima e, se for o caso, a devida exumação.

ordem formal, ou então, vencida essa verificação, decidir pela concessão da *liberdade provisória* ou pela *decretação* da prisão preventiva, sendo esta cabível quando se mostrar imprescindível para a preservação da ordem pública ou econômica, em razão de conveniência da instrução processual ou para a *eficácia* do processo.

A *detenção* em flagrante, para fins do *efetivo* e *necessário* controle da privação do direito de liberdade sem ordem judicial, há de ser, consoante determina a Constituição, *comunicada imediatamente ao juiz*, à família ou à pessoa de confiança e, por extensão, ao Ministério Público, não se confundindo esta garantia com o dever da autoridade policial de encaminhar para o juiz e para o Ministério Público, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante.

21. A partir do instante em que se tem como verdade que a prisão processual só deve ser decretada quando se constituir medida necessária e imprescindível, a fiança deve ser prevista para toda e qualquer espécie de crime, notadamente para os delitos de corrupção, lavagem de dinheiro, contra o sistema financeiro e fiscal, casos em que ela serviria para fazer com que o agente demonstrasse, de modo claro, que não iria, sob pena de perda do valor acautelado em Juízo, durante o tempo de trâmite do processo, praticar ilícitos ou descumprir as condições impostas pelo juiz para o gozo da liberdade provisória, sem embargo de prestar-se para, em caso de condenação, assegurar à vítima a reparação dos danos quer materiais, quer morais.

22. Compreende-se dentre os direitos fundamentais o direito do acusado em ser ressarcido pelos danos materiais e morais provenientes não apenas do *erro judiciário*, como igualmente dos prejuízos germinados da *prisão indevida*, emprestando-se à segunda parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição interpretação mais elástica, no sentido de estabelecer que eles podem advir não só quando o agente passar na prisão mais tempo do que aquele previsto na sentença condenatória, como igualmente nos casos em que o recolhimento ao cárcere, determinado em razão da decretação da prisão preventiva, mostrar-se indevido, uma vez que, no final do processo, tenha ocorrido a sua absolvição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESO PENALE. *Il giusto processo.* Milano: Giuffrè Editore, 1998.

_____. *Direito, poder e opressão.* São Paulo: Alfa-Omega Editora, 1990.

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ALESSANDRI, Renzo; MAZZANTI, Manlio. *Lê innovazioni al códice penale e al códice di procedura penale dal 1960 ad oggi.* Firenze: Edizioni Laurus Robuffo, 1980.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los derechos fundamentales.* 4. ed. Tradução Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernando Barcellos. *Teoria geral dos direitos humanos.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, H. Mendes de. *Ordenações filipinas:* ordenações e elis 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.

ANCEL, Marc. *A nova defesa social*: um movimento de política criminal humanista. Trad. 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 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 sofísticos. 2. ed. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril cultural, 1983.

ASÚA, Jiménez de. *La ley y el delito*: princípios de derecho penal. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1959.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas:* interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADÍA, Juan Ferrando. *Teoría de la constitución.* Valência: Tirant lo blanc, 1992.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Teoria da constituição.* São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARBOSA, Rui. *Comentários à constituição federal brasileira.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 1993.

BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito policial.* 2. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1991.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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.

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 de 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.

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

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.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal:* denúncia, queixa e aditamento. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

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.

BUONO, Carlos Eduardo Athayde. *A reforma processual penal italiana:* reflexos no brasil: novos instituto processuais: procedimentos e ritos abreviados: a influência anglo-saxônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CAETANO, Marcelo. *Manual de ciência política e direito constitucional.* 6. ed. revista e ampliada. Coimbra: Livraria Almeidina, 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*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNEIRO, Augusto Accioly. *Os penitenciários.* 2. ed. Rio de Janeiro: Henrique Velho & cia., 1930.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Chile/Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América/Bosch y Cía. Editores, 1950. v. 2.

_____. *As misérias do processo penal.* Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: Connan Editora, 1995.

_____. *Principios del proceso penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

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

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:* estúdio 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.

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.

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.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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 lãs 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.

CONTI, Mário Sérgio. *Notícias do planalto*: a imprensa e fernando collor. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Líber 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.

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.

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: Lúmen Júris, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito.* 5. ed. Tradução Antônio José Brandão. Coimbra: Armédio 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 Italinao, 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 delinqüente 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.

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 Britanica 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. *Assembléia constituinte e legitimidade democrática*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

FARIAS, Edílson Pereira. *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.

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*: teoria del garantismo penal. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et alii. Madri: Trotta, 1997.

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. Trad. J Masaveu 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.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal.* Barcelona: Bosch, 1934.

FORTUNA, E et al. *Manuale pratico Del nuovo processo penale.* 2. ed. Padova: Editrice Dott Antoni Milani, 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 constituzione.* Bologna: Zanichelli Editore, 1988.

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.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal.* Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN Editora, 2003.

GAROFALO, Rafael. *Criminologia***.** 3. ed. Trad. Júlio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1916.

GASPARI, Élio. *A ditadura envergonhada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *A ditadura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional.* 29. ed. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.

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.

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.

GORENDER, 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*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *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.

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 nº. 7209/84. Curitiba: Juruá, 1992.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Inviolabilidade do domicílio na* constituição. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

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.

HERZ, Daniel. *A história secreta da rede globo*. 14. ed. Porto Alegre: Editor Ortiz S/A, 1991.

HIMÉNEZ, Londoño. *Tratado de derecho procesal penal*. Bogorá: 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.

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.

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.

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.

JIMÉNEZ, Hernando Londoño. *Tratado de derecho procesal penal.* Bogotá: Temis, 1989. t. 1.

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: Encyclopedia Britanica do Brasil Publicações Ltda. 1989. v. 13.

LIMA, Wiliam da Silva. *Quatrocentos contra um:* uma história do comando vermelho. 2. ed. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001.

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.

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.

MACHADO, Agapito. *Prisões:* legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2000.

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 comentário y comparación com los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos. Buenos Aires: Depalma, 1978. v. 1 e 2.

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 Girotto Silverberg. São Paulo: CONAN editora Ltda., 1995. v. 2.

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*. Trad. Pepal Linares. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

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.

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.

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: a divisão 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.

MORAIS, Fernando. *Chato:* o rei do Brasil, a vida de assis chateubriand. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

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.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso completo de processo penal.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Direitos fundamentais e argüição 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.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

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*. 3. ed. 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.

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 (Coord). *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.

PÓVOA, José Liberato da Costa; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas. *Prisão temporária.* São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

PRADO, Geraldo; SANTOS, Wiliam 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.

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: Peirópolis, 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.

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 Assembléia, 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.

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.

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.

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, Luiz Augusto Paranhos. *Comentários à nova constituição brasileira*. São Paulo: Atlas, 1992. v. 1.

SANCHÍS, Luiz Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Madri: Editorial Trotta, 2003.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *O direito e a vida dos direitos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

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.

SCHWARTZ, Bernard. *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. *Teoria de la constitución.* Madri: Alianza Editorial, 2001.

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.

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.

SILVA, César Antonio da. *Lavagem de dinheiro:* uma nova perspectiva penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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. *Poder judiciário democrático-constitucional:* uma apreciação política de sua estrutura. 1999.301 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Curso de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1999.

_____. *Crime organizado:* a nova lei. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Natal: CEJ/RN, 1995.

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.

STEVESON, Marco Anthony. *Prisão temporária.* São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

STRECK, Lênio 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, Lênio Luiz; CITTADINO, Gisele. Pluralismo: direito e justice 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.

TAVARES, Flávio. *Memórias do esquecimento.* 3. ed. São Paulo: Globo, 1999.

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, Dráuzio. *Estação carandiru.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal:* justiça como fundamento axiológico. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VÉRDU, Pablo Lucas. *Teoria 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.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*: parte geral. 11. ed. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez. Santiago: Editorial juridica de Chile. 1976.

WOLFFER, Ricardo Guzmán. *Lãs garantias constitucionales u su repercusión em el proceso penal federal.* México: Editorial Porruá, 1999.

ZAFFARONI. *Poder judiciário:* crises, acertos e desacertos. Trad. 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.

Artigos e periódicos:

A constituição na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo. Brasília: TRF da 1ª Região, 1997.

AJUFE. *Reforma do código penal e do processo penal:* propostas da Associação dos Juízes Federais do Brasil. Brasília: AJUFE, 2001.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trota, 2003.

As ricas também choram. Revista Veja, São Paulo, ed. 1.914, n. 29, p. 85, jul. 2005.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Considerações sobre a natureza jurídica da assistência de acusação no processo penal brasileiro. In*: Justitia*, São Paulo, 1971. n. 72.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.* n. 59. jan/mar 2005.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo.* Madri: Editorial Trota, 2003.

CARVALHO, Ivan Lira de. A regulamentação da escuta telefônica*:* abordagem primária, In: *Enfoque jurídico.* ago 1996, Suplemento do Informe TRF, 1ª Região.

CERVINI, Rául; OLIVEIRA, Wiliam 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.

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; AMBOS, Kai.(Orgs.). *Tribunal Penal Internacional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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.

FLACH, Luiz Maria. Prisão cautelar e plantão judicial. *In: Ajuris*, Porto Alegre, n. 27.

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, 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.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Constitucionalidade da prisão temporária.* Cadernos de doutrina e jurisprudência da associação paulista do ministério público, São Paulo, 1993.

GUASTINI, Ricardo. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trota, 2003.

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: IBCCrim, 1997.

JESUS. Damásio E. *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.

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.

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.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Presunção de não-culpabilidade, In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. n. 126.

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.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte–americano e sua influência. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 103.

PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Orgs.). *Conversações abolicionistas:* uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil do estado. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte.* Natal: CEJERN, 1995. v. 2.

RAMOS, André de Carvalho. 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.

Revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal. n. 141. jan/mar. 1999.

Revista do ConselhoNacional de política criminal e penitenciária. v. 1. n. 4. Brasília: Ministério da Justiça, jul/dez. 1994.

Seminário de cooperação judiciária internacional. [Palestras do Seminário de cooperação judiciária internacional]. São Paulo, 2003. 111 p.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira, IN: *Boletim da Faculdade de Direito Estudia Jurídica.* n. 48. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000.

Internet:

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: www.cjf.gov.br. Acesso em 7 fev. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 7 fev. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 7 fev. 2005.