

OBRAS DO AUTOR

- A polícia à luz do direito: a polícia civil e o Projeto de Código de Processo Penal. (Obra coletiva, coordenada por Bismuel B. de Moraes.) São Paulo: RT, 1991.
- Constituição de 1988 e processo – regimentos e garantias constitucionais do processo.* (Co-autoria de José Rogério Cruz e Tucci.) São Paulo: Saraiva, 1989.
- Curso de direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 1989, vol. II e III.
- Curso de direito processual: processo civil de conhecimento II.* São Paulo: Bushatsky, 1976.
- Da ação de divórcio.* São Paulo: Saraiva, 1978.
- Da ação de do processo civil na teoria e na prática.* 2. ed. São Paulo: Saraiva e Rio de Janeiro: Forensis, 1978 e 1985.
- Da contumácia no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1964.
- Devoto processo legal e tutela jurisdicional.* (co-autoria de José Rogério Cruz e Tucci.) São Paulo: RT, 1992.
- Direito criminal.* Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. (Obra coletiva, coordenada por José Henrique Pierangeli.) Belo Horizonte: Del Rey, 2001, vol. 3.
- Direito interporal e a nova codificação processual penal.* São Paulo: Bushatsky, 1975.
- Direito processual civil e direito privado – ensaios e pareceres.* São Paulo: Saraiva, 1989.
- Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1993.
- Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1978.
- Do julgamento conforme o estado do processo.* 3. ed. São Paulo: Bushatsky e Saraiva, 1974, 1982 e 1988.
- Do mandato de segurança contra ato jurisdicional penal.* São Paulo: Saraiva, 1978.
- El proceso penal (Sistema penal y derechos humanos): El proceso penal en Brasil.* (Obra coletiva, coordenada por Eugenio Raúl Zaffaroni.) México: Porrúa, 2000.
- “Habermas corpus” ação e processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1978.
- “Habermas corpus” : Processo e processamento da ação de “habermas data”.* (Obra coletiva coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambler.) São Paulo: RT, 1998.
- Atualizada organizada por Antonio Sérgio A. de Moraes Plombo* São Paulo: Malheiros, 1997.
- Juizados especiais criminais – interpretação crítica. Reflexões sobre o art. 1.º da Lei 9.099/95.* (Obra coletiva organizada por Antonio Sérgio A. de Moraes Plombo) São Paulo: Malheiros, 1997.
- Jurisdição, ação e processo penal.* Belém: Cejup, 1984.
- Jurisdição Penal – Justiça criminal moderna: Visão do direito processual penal moderno.* (Obra coletiva, coordenada por Jaques de Camargo Pentecado.) São Paulo: RT, 2000.
- Justiça Penal. – Tortura, crime militar, “habermas corpus” : “Habermas corpus” nos tribunais superiores.* (Obra coletiva, coordenada por Jaques de Camargo Pentecado.) São Paulo: RT, 1998.
- Linhamentos do processo penal romano.* São Paulo: Edusp/Bushatsky, 1976.
- Manuais do juizado especial de pequenas causas.* São Paulo: Saraiva, 1985.
- Manual do juizado especial de pequenas causas.* São Paulo: Saraiva, 1980.
- Persecução penal, prisão e liberdade.* São Paulo: Saraiva, 1980.
- Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro.* (co-autoria de Sérgio Marcos de Moraes Plombo e outros.) Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- Procedimentos e outros temas de direito processual civil.* São Paulo: Bushatsky, 1976.
- Senença e coisa julgada civil.* Belém: Cejup, 1984.
- Temas e problemas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1982.
- Teoria e problemas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1986.
- Teoria e prática do “habermas corpus” e do mandato de segurança.* Belém: Cejup, 1986.
- Tratado da locação predial urbana.* (Co-autoria de Álvaro Villaga Azevedo). 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1980, 1982 e 1988, vol. I e II.
- Tribunal do Jaz – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira.* (Obra coletiva – co-ordenador.) São Paulo: Saraiva, 1999.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tucci, Rogério Lauria

Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático) / Rogério Lauria Tucci. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Bibliografia

ISBN 85-203-2319-7

1. Processo penal I. Título.

02-3725

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito processual penal 343.1

CDU-343.1

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

# TEORIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

*Jurisdição, ação e processo penal  
(estudo sistemático)*

*marta wood  
19, jan. 08*

EDITORA  REVISTA DOS TRIBUNAIS

## RÉGRAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

SUMÁRIO: 12.1 Normatividade constitucional do processo penal – 12.2 Direitos e garantias individuais – 12.3 Direito à tutela jurisdicional do Estado – 12.4 Garantia do direito à jurisdição pelo processo – 12.5 Devido processo legal – 12.6 Devido processo penal – 12.7 Garantias constitucionais inerentes ao devido processo penal – 12.8 Corolários constitucionais do devido processo penal – 12.9 Atuações judiciais de caráter processual constitucional no âmbito da jurisdição penal.

### 12.1 Normatividade constitucional do processo penal

Torna-se relevante, outrossim, no estudo ora desenvolvido, a verificação dos *regramentos constitucionais do processo penal*, tidos, em generalizada e equivocada acepção, como “princípios constitucionais do processo penal”.<sup>1</sup>

A atual Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, a exemplo das precedentes, e de modo igualmente expresso, contém várias preceituações alusivas ao Direito Processual Penal, implicativas da orientação determinante da edição de normas disciplinadoras do processo penal.

Assim também implicitamente, ao estatuir, no § 2.º do art. 5.º, que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Integram-se, destarte, uns e outros, na formação do sistema em que se consubstancia o ordenamento jurídico brasileiro, postos todos com a finalidade de plasmar as diversificadas instituições jurídicas que o compõem,

<sup>1</sup> V., a respeito das concepções de *princípio* – no singular, posto que único – e de *regras*, ou *regramentos*, nosso e de outros, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*, cit., p. 6, 8 e 12-18; e, também, Capítulo 13 *infra*.

e, correlata e especificamente, estabelecer, por inteiro e com científica indole, a normatividade do Direito Processual Penal.

Essas regras, na sua essencialidade, de Direito Processual Constitucional, firmando *direitos subjetivos individuais* e as correspondentes *garantias*, são, exatamente, os por nós denominados *regramentos constitucionais do processo penal*, que podem ser alinhados a partir da concepção de Direito Processual como "expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional do Estado através de procedimento demarcado formalmente em lei".<sup>2</sup>

## 12.2 Direitos e garantias individuais

Por isso que reclamam, para a sua perfeita compreensão, e conseqüente determinação de uns e de outras, o estabelecimento das noções de *direitos individuais* e das respectivas *garantias*.

*Direitos individuais*, fundamentais à existência do ser humano, considerado como tal e membro da coletividade, são aqueles que, alusivos "à pessoa, são inerentes ao homem e qualificam a sua natureza, enquanto coexistem socialmente dentro do Estado".<sup>3</sup>

Apresentam-se, na realidade — como, em incensurável doutrinação, lastreada na de ALCORTA, aduz ALFREDO BUZARD<sup>4</sup> —, como elementos constitutivos da personalidade do homem, de sorte a serem exercitáveis exclusivamente pelo titular, e sem outra limitação que a do direito recíproco.

Vem a pélo, nesse enfoque, a seqüência da indicada ensinança, complementada também com a de PIMENTA BUENO, e a saber: "Ainda que elementos da personalidade do homem, manifestam-se os direitos individuais na própria pessoa, nas coisas e nas ações. Na pessoa, em todos os atos que se referem à liberdade individual; nas coisas, enquanto a seu uso e disposição exclusivos, meios de adquirir, de existência e de bem-estar; e enquanto às ações, relativamente a todas as manifestações da palavra oral ou escrita e a todo o exercício que lhe toque. Este conceito do ilustre publicista argentino coincide substancialmente com o que foi formulado no Brasil por PIMENTA BUENO: "Os direitos individuais, que se podem também denominar naturais, primitivos, absolutos, primordiais ou

pessoais, são faculdades, as prerrogativas morais que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são atributos essenciais de sua individualidade, são propriedades inerentes à sua personalidade: são partes integrantes da entidade humana".<sup>5</sup>

Mas de nada valeria — aditamos<sup>6</sup> — a projeção do ideal de definir os direitos do homem, notoriamente uma das mais importantes conquistas do século XVIII, se a respectiva declaração não se fizesse prover de meios hábeis à sua realização por um dos poderes do Estado, autônomo e independente dos demais; vale dizer, se não se vissem garantidos por instrumentos aptos à sua assecuração, ao seu reconhecimento ou à sua satisfação por órgãos estatais aos quais conferidos poderes para sua precavção, determinação ou efetivação.

Dá, então, o indispensável e inafastável dualismo — *direitos e garantias*<sup>7</sup> —, na certeza de que a outorga destas, mediante precavções constitucionais, importa em tutelar os direitos que amparam por via de instrumentos correspondentes, quer à sua grandezza, quer à sua dignidade e importância: "Aqueles foram elevados à eminência constitucional; mas aos direitos deve corresponder a tutela e o grau de sua reação há de medir-se pela intensidade da ofensa. O Estado, se quer cumprir a sua finalidade, precisa subministrar recursos idôneos para conseguir a mais completa proteção dos direitos individuais".<sup>8</sup>

Posto que especificada ao tema versado, faz por merecer transcrição, também, sugestiva menção de RUY BARBOSA às *garantias constitucionais de direitos individuais*, *verbis*: "Garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana. Nele se contempla a igualdade legal, a consciência, a palavra, o ensino, a associação, o domicílio, a propriedade. Tudo o que essa região toca, se inscreve sob o domínio das garantias constitucionais, no sentido mais ordinário desta locução".

<sup>2</sup> Cf., ainda, ALFREDO BUZARD, "Juízo de amparo" e mandado de segurança (contrastes e confrontos), cit., p. 185-186.

<sup>3</sup> Em nosso *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 34-35, referendando os magistérios versados no texto.

<sup>4</sup> *Direitos e garantias individuais*, obviamente.

<sup>5</sup> Cf., novamente, ALFREDO BUZARD, "Juízo de amparo" e mandado de segurança (contrastes e confrontos), cit., p. 185-186.

<sup>6</sup> RUY BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1934, vol. VI, p. 278.

<sup>2</sup> Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 80.

<sup>3</sup> Cf. ALFREDO BUZARD, "Juízo de amparo" e mandado de segurança (contrastes e confrontos), *Revista da Faculdade de Direito da USP* 1/185, São Paulo, 1961.

<sup>4</sup> ALFREDO BUZARD, "Juízo de amparo" e mandado de segurança (contrastes e confrontos), cit., p. 185.

Em suma, estabelecidos os *direitos* fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as *garantias* a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante ações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes.

E tal, enfim, é a sua perene interligação, que chegam, às vezes, a confundir-se,<sup>10</sup> de sorte a instarem as mais profundas perquirição e reflexão acerca dos respectivos conceitos, inclusive para mais perfeita exegese das preceituções constitucionais que os contemplam.

Esse, aliás, o escopo da exposição em curso, a ser desde logo minudenciado.

### 12.3 Direito à tutela jurisdicional do Estado

Assumido, pelo Estado, o monopólio da administração da justiça, há de ser conferido ao membro da comunidade (inclusive, evidentemente, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito de invocar prestação jurisdicional com relação a determinado interesse em conflito com o de outrem.

Trata-se, por certo, como já frisado, de *direito subjetivo material*,<sup>11</sup> público, universalmente consagrado, em que se especifica o *direito de petição*, e definido por JOSÉ ANTONIO TOME GARCIA<sup>12</sup> como o direito de peticionar aos órgãos do Poder Judiciário, consubstanciando-se no meio adequado e imposterável de obter o amparo jurisdicional a outro direito.

*Direito de petição*, genericamente considerado, segundo precisa definição de PONTES DE MIRANDA,<sup>13</sup> consiste no poder de "requerer, observar e reclamar contra autoridades ou denunciar abusos delas, mediante petição", exercitável perante qualquer um dos Poderes do Estado.<sup>14</sup>

(10) V., e.g., de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*, cit., p. 10 e ss., com referências expressas a "garantia da tutela jurisdicional do Estado", "direito à tutela jurisdicional do Estado", "direito à jurisdição" e "direito à jurisdição e garantia do processo".

(11) Dicação por nós preferida, embora utilizada também a de *direito judiciário substantivo* (cf., e.g., JOAQUIM CANDITO MENDES DE ALMEIDA, *Processo penal, ação e jurisdição*, cit., p. 15).

(12) JOSÉ ANTONIO TOME GARCIA, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 39.

(13) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 2. ed., São Paulo, RT, 1971, t. V, p. 628.

(14) V., também, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 1, p. 54; JOSÉ

Especificamente considerado, todavia, distingue-se em *direito à tutela jurisdicional*, ora sob análise, e *direito de petição*, estatuído no inc. XXXIV, a, do art. 5.º da CF, e alusivo à "iniciativa de uma ou de um grupo de pessoas", consistente "na faculdade outorgada ao cidadão de apresentar reclamação aos órgãos públicos em defesa de seus direitos".

Assim, juntamente com JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI,<sup>15</sup> procuramos deixar assentado, acrescentando, com explícita indicação do magistrado de JOSÉ ALMAGRO NOSETTE,<sup>16</sup> *verbis*: "A despeito de possivelmente terem uma origem comum, não se pode assimilar el deber de impartir justicia que corresponde, en exclusiva, a los órganos judiciales, con el deber de informar, remover obstáculos administrativos, atender reclamaciones en via de gestión, oír proposiciones o sugerencias, recibir quejas, que caracteriza la actuación de otros órganos del Estado no jurisdiccionales en relación con aquel derecho de petición".

Denomina-se, precisamente, *direito à tutela jurisdicional do Estado*, e, como tal, tem sido definido, sucessivamente, nas mais importantes *declarações de direitos humanos*, a saber:

a) *Declaração Universal dos Direitos dos Homens*, proclamada pela Organização das Nações Unidas - ONU, em 10.12.1948 (cujo art. X é do seguinte teor: "Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com equidade, por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações; ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida, em matéria penal");

b) *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, subscrita em Roma, no dia 04.11.1950 (sendo assim redigido seu art. 6.º, 1: "Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela");

c) *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, de 16.12.1966 (tendo o art. 14, 1, a seguinte redação: "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial");

CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., vol. 1, p. 426-427.

(15) No livro intitulado *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*, cit., p. 11, nota 2.

(16) JOSÉ ALMAGRO NOSETTE, *Protección de los derechos humanos en España. Re-*

al, instituído por lei, no tocante a qualquer acusação de caráter penal contra ela formulada ou para a determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil<sup>17</sup>); e

d) *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, assinada em 22.11.1969 (sendo assim enunciado o seu art. 8.º, 1: "Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...").

Encontram-se, outrossim, na esteira das antecedentes, repristinados no art. 5.º, XXXV, da vigente Constituição Federal brasileira, assim redigidos: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

E efetiva-se, como visto, pelo concreto exercício desse direito - *direito à jurisdição* -, por um dos sujeitos da relação jurídica material, que parcialmente a representa; vale dizer, pela propositura da *ação (ação da parte)*.<sup>17</sup>

Esta, peculiarizada, também, pelo *ônus de atuar*, que se põe a par ou à margem do *direito à jurisdição*,<sup>18</sup> se subsume, na forma igualmente explicitada, na *ação judiciária*, cuja finalidade é a de aplicação do direito<sup>19</sup> ao caso concreto submetido à apreciação dos órgãos jurisdicionais.

Por outras sintéticas e conclusivas palavras, o *direito à tutela jurisdicional*, ou direito à jurisdição, é conferido, indistinta, incondicionada, genérica e abstratamente, a todos os membros da comunidade, por força da vedação à lei de exclusão da apreciação, pelo Poder Judiciário, de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Como muito bem explicado por LIEBMAN,<sup>20</sup> em magistério por nós já difundido, e ora (necessariamente) repristinado, nessa sua indeterminação

<sup>17</sup> V., sobre os conceitos de *relação jurídica* e *ação da parte*, capítulo 10, *supra*.

<sup>18</sup> Cf., uma vez mais, nossa *Apresentação* do já citado livro *Processo penal, ação e jurisdição*, de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, p. VIII-IX.

<sup>19</sup> Certamente *positivo*, no âmbito da jurisdição penal; e *objetivo*, no da extrapenal.

<sup>20</sup> ENRICO TULLIO LIEBMAN, L'azione nella teoria del processo civile, cit. vol. II, p. 445.

e abstração máxima, o poder de agir não se reveste de maior significação "na vida do processo, pois conferido a todos e em qualquer circunstância, não permite distinguir um caso do outro, nem mesmo estabelecer uma ligação entre o processo e a espécie para a qual foi instaurado".

Só mesmo - permitimo-nos aduzir - quando se concretiza, com o seu exercício, mediante a *ação*, é que adquire real e marcante expressividade, sobrelevada abaixo, em imediata sequência.

Todavia, a indicada e transcrita precetivação constitucional "reclama, para sua vivificação, que o *direito à jurisdição* se dinamize, com o respectivo exercício, ou seja, com a sua individualização e concreção, pela *ação da parte*" (em regra, um dos titulares dos interesses em conflito), "que tenha o seu direito lesado ou ameaçado de lesão, e, por isso mesmo, necessariamente *conectada a uma situação de direito material* deduzível, através dela e por meio de peça escrita, denominada *petição inicial*, em juízo".<sup>21</sup>

E isso, como também já aventado, objetivando preservar, pelo reconhecimento (processo de conhecimento), pela satisfação (processo de execução), ou pela assecuração (processo cautelar, ou medidas cautelares), direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação.

#### 12.4 Garantia do direito à jurisdição pelo processo

Essas derradeiras asserções prestam-se, igualmente, para patentear, desde logo, que o apontado inc. XXXV do art. 5.º da CF estabelece, realmente, uma relação jurídica material entre o Estado e a pessoa física ou jurídica integrante da comunidade, em que a *titularidade do direito subjetivo à tutela jurisdicional* (situação jurídica ativa) é a este conferida, e a do *dever de prestação jurisdicional* (situação jurídica passiva) é atribuída àquele, que o efetiva, na forma já exposta, mediante a atuação dos órgãos do Poder Judiciário.

E, também, que mencionada atuação (*ação judiciária*) se desenvolve por meio do *processo (devido processo penal)*, como será demonstrado adiante, que, embora iniciado, em regra (como o de conhecimento), pela *ação da parte*, com ela, no entanto, não se confunde.<sup>22</sup>

Esta - ação do autor -, assim como a atuação de ofício do juiz, na execução de sentença condenatória (não constituirá, por certo, demasia

<sup>21</sup> Cf., de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processos. Regramentos e garantias constitucionais do processo*, cit., p. 13.

<sup>22</sup> V., a respeito, item 10.2 *supra*, com supedâneo no magistério de ALFREDO BUZARD, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, cit., p. 90.

repetir), "origina a ação judiciária, que se efetiva através do processo, único meio de aplicação do direito aos casos ocorrentes, por obra dos órgãos jurisdicionais, e complemento inarredável do preceito constitucional que o inspira, *garantia* concreta de sua realização".<sup>23</sup>

Apresenta-se, destarte, o processo como *garantia* outorgada pela Constituição Federal à efetivação do direito (subjetivo material e público) à *jurisdição*; vale dizer, à tutela jurisdicional do Estado.

### 12.5 Devido processo legal

Aliás, como ela própria o afirma – já agora no inc. LIV do mesmo art. 5.º –, e, com todas as letras, enfaticamente, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (grifos nossos).

Trata-se, no dizer de PEDRO J. BERTOLINO,<sup>24</sup> ao analisar assembladas preceituções constitucionais do direito argentino, e especificando-as ao processo penal, da "primeira e mais genérica manifestação técnico-jurídica" do *due process of law*, correspondente ao estabelecimento da *garantia constitucional* em si mesma considerada.

E que determina, em nosso já difundido entendimento,<sup>25</sup> a impetiosidade, num proclamado Estado de Direito, de:

a) processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituções constitucionais (*substantive due process of law*) segundo o desdobramento da concepção norte-americana: a face substancial do devido processo legal mostra-se na aplicação, ao caso concreto, de normas preexistentes, que "não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas";<sup>26</sup>

b) aplicação das normas jurídicas, sejam do *ius positum*,<sup>27</sup> sejam de qualquer outra forma de expressão do direito,<sup>28</sup> por meio de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que, como visto, é o processo (*Judi-*

(23) Cf., ainda, de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo*, cit., p. 14.

(24) PEDRO J. BERTOLINO, *El debido proceso penal*, cit., p. 35.

(25) V., novamente, de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo*, cit., p. 15-16.

(26) Cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., vol. 1, p. 67; com lastro na doutrinação de BERNARD H. SIEGAN, *Economic liberties and Constitution*, Chicago, University Press, 1980.

(27) Isto é, a lei, considerada *stricto sensu*.

(28) Correntemente denominada *fonte do direito*.

*cial process*): o denominado *substantive due process of law* reclama, para sua plena efetivação, um instrumento hábil à determinação exegética de preceituções disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade;<sup>29</sup> e

c) assecuração, no processo, de *paridade de armas*<sup>30</sup> entre as partes que o integram como seus sujeitos parciais, visando à determinação da *igualdade substancial*: esta somente será atingida quando, ao equilíbrio de situações, preconizado abstratamente pelo legislador, corresponder a realidade processual.

Nesse derradeiro enfoque, como adverte TARZIA,<sup>31</sup> não há como promover à iniciativa procedimental com exclusiva vantagem de uma das partes,

(29) V., a respeito, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, *Advocacia – o direito de recorrer à justiça*, *RevPro* 10/38, São Paulo, RT, 1978; e, no mesmo sentido, EDUARDO J. COUTURE, *El "devido proceso" como tutela de los derechos humanos*, *La Ley* 10-12/IV/805-806, Buenos Aires, 1956; HERNANDO DEVIS ECHANDIA, *El derecho procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humana*, *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, Zavalla, 1985, p. 171-172; PEDRO J. BERTOLINO, *El debido proceso penal*, cit., p. 36, lendo-se nesta que, tanto quanto "el gobernado tiene derecho a un proceso que 'le debe' el gobernante", o "órgano público que realiza el proceso penal tiene, como límite de su actuación, el realizarlo 'como es debido'".

(30) Locução hodiernamente generalizada na doutrina processual: *uguaglianza delle armi*, *égalité des armes*, *equality of arms*, *Waffengleichheit* (cf., e.g., GIOVANNI MARIA UBERTAZZI, *Divieto di discriminazione e uguaglianza delle armi nel processo civile*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/552 e ss., Milão, Giuffrè, 1977; EDOARDO VITA, *Processo civile e diritti dell'uomo*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 2/568 e ss., Milão, Giuffrè, 1977; MARIO CHIAVARRO, *Processo e garanzia della persona*, 2. ed., Milão, Giuffrè, 1982, vol. II, p. 19 e ss.; GIUSEPPE TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e potere del giudice nel processo civile*, *Problemi del processo civile di cognizione*, Pádua, Cedam, 1989, p. 311 e ss.; WALTER J. HABSCHEID, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini, Maggioli, 1985, p. 136; GIULIO UBERTIS, *Principi di procedura penale europea (Le regole del giusto processo)*, Milão, Raffaello Cortina, 2000, p. 37 e ss.; INAKI ESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, 2. ed., Barcelona, Bosch, 1995, p. 137 e ss.; ANTONIO SCARANJE FERNANDES, *Processo penal constitucional*, São Paulo, RT, 1999, p. 50 e ss.; ANTONIO MÁGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, RT, 2001, p. 41 e ss.; PAULA BAIER FERNANDES MARTINS DA COSTA, *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, São Paulo, RT, 2001, p. 89 e ss.).

(31) GIUSEPPE TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, cit., p. 312-3 e 314; com livre tradução do original no texto, *verbis*: "un contraddittorio non solo formale ma sostanziale, nel quale le parti siano avvertite delle iniziative giurisdiziarie e poste in condizione di compierli quelle deduzioni che l'esercizio dei poteri del giudice renda necessarie".

sem a correlata atribuição de poder de reação à outra: o processo legitimamente instituído e regulamentamente desenvolvido reclama, ao revés, ponderosa e equitativa direção de agente do Poder Judiciário e plena *contraditoriedade* entre as partes, ou seja, "um contraditório não somente formal, mas substancial, no qual as partes sejam qualificadas da iniciativa judicial e postas em condição de cumprir as determinações tidas pelo órgão jurisdicional como necessárias".

Não pode deixar de ser registrado, a esse propósito, o entendimento segundo o qual não há como ser confundida a igualdade das partes, no processo penal, com o contraditório.

Adotando-o, asseire ANTONIO SCARANÇE FERNANDES<sup>32</sup> que "o contraditório pressupõe partes em situações opostas, se não substancialmente, pelo menos formalmente, no plano processual. Com a garantia do contraditório, as duas partes têm assegurada a ciência dos atos e termos da parte contrária, com possibilidade de retutá-los. O princípio da igualdade, por outro lado, coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrangê. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contendedores o contraditório também se assegura tratamento igualitário".

Todavia, embora, realmente, os respectivos contêntos não se confundam, há uma vinculação tal entre ambos que não se pode imaginar a efetividade de um sem a do outro: como clarifica PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA,<sup>33</sup> se, "por um lado o contraditório não precisa da igualdade entre as partes para existir, por outro ele restaura a igualdade entre os interesses conflitantes perante e para o juiz. O contraditório controla a inquisitividade do juiz e contribui para a imparcialidade. Nesse sentido, embora o contraditório possa acontecer independentemente da igualdade, seu exercício eficaz produz, de forma diversa da paridade de armas, o equilíbrio entre os sujeitos processuais parciais".<sup>34</sup>

(32) ANTONIO SCARANÇE FERNANDES, *Processo penal constitucional*, cit., p. 58; e, também, Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal, *Os 10 anos de Constituição Federal - Temas diversos* (obra coletiva, coordenada por Alexandre de Moraes), São Paulo, Atlas, 1999, p. 198-199.

(33) PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA, *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 97.

(34) V., ainda, sobre a igualdade no processo penal ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 73 e ss.; JOAN PICO I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 132-3; JUAN MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal (una explicación basada en la razón)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 146-147; SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed., Brasília,

Acrecente-se que, relativamente ao *processo judicial*, o *devido processo legal* se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis<sup>35</sup> para que este possa atingir, devidamente, a sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal).

E consubstancia-se, sobretudo, como igualmente assentado, numa *garantia* conferida pela Lei das Leis, Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados *fundamentais*,<sup>36</sup> mediante a efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regulamentar desenvolvido*, com a concretização de todos os seus componentes e corolários, e num *prazo razoável*.

Esses *direitos fundamentais* são, efetivamente, tidos nessa *garantia*, "explícita ou implicitamente, como inerentes ou essenciais ao membro da coletividade na vida comunitária -- e a saber: a) direito à integridade física e moral; e à vida; b) direito à liberdade; c) direito à igualdade; d) direito à segurança; e) direito à propriedade; f) direitos relativos à personalidade (a par, obviamente, do *direito ao processo*)". E, não só deles, como, também, "de todos os direitos subjetivos materiais, emergentes dos diversificados relacionamentos jurídicos resultantes da convivência social, concretamente lesados ou ameaçados de lesão".<sup>37</sup>

E, no tocante à determinação de *prazo razoável* para a finalização do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, trata-se, igualmente, de *garantia* preconizada, não somente em tratados e convenções in-

Brasília Jurídica, 2000, p. 183 e ss.; e, em senso antagônico ao do texto, GIULIO UBERTINI, *Principi di procedura penal europea*, cit., p. 37: "La parità delle armi. Il contraddittorio, peraltro, postula che agli antagonisti sia riconosciuta una posizione di parità...". (A paridade das armas. O contraditório, por outro lado, reclama que aos antagonistas seja reconhecida uma posição de igualdade...").

(35) Aponta-os, não exaustivamente, INÁKI ESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, cit., p. 76-77, asserindo que, a partir da concepção americana, a *garantia do devido processo legal* compreende uma série de elementos combinados, que "asseguram uma determinada forma de processo em torno dos valores de equidade, imparcialidade, independência, igualdade, publicidade, racionalidade, certeza e universalidade", a par de outros requisitos específicos contidos na Constituição.

(36) V., sobre a noção de *direitos fundamentais*, ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 27 e ss.; ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal*, cit., p. 45 e ss.; ALEXANDRE DE MORAES, *Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988, Os 10 anos de Constituição Federal*, cit., p. 65 e ss., com farta indicação bibliográfica.

(37) Cf., de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*, cit., p. 16-17, com referência à doutrinação de IGNACIO BURGOA, *Las garantías individuales*, 11. ed., México, Porrúa, 1978, p. 186.

ternacionais, como nas Leis Magnas dos povos cultos,<sup>38</sup> e também contida em nossa Constituição Federal, por força do disposto no § 2.º do art. 5.º.

Afigura-se, realmente, inaceitável a delonga na finalização dessa espécie de processo, com a ultrapassagem do tempo necessário e suficiente à consecução de sua finalidade, qual seja a de definição de relação jurídica penal concreta estabelecida, em decorrência de prática delitosa, entre o ser humano, membro da comunidade, enredado na *persecutio criminis*, e o Estado: o imputado tem, indviduosamente, direito à pronta resolução do conflito de interesses de alta relevância social que os respectivos autos retratam, pelo órgão jurisdicional competente.<sup>39</sup>

Como anota PEDRO J. BERTOLINO,<sup>40</sup> sobrelevando o tema da duração do processo penal, "el límite que la garantía del 'devido proceso (penal)' importa se proyecta hacia un continuo temporal. En suma, nos es en modo alguno *razonable* que el enjuiciamiento penal se prolongue mas allá de lo necesario para el cumplimiento de sus fines propios, alargamiento que, en definitiva, incide sobre el imputado y respecto a sus legítimos derechos a que se define su situación frente a la función penal del Estado".

Com efeito, tendo-se na devida conta as graves consequências psicológicas (no plano subjetivo), sociais (no objetivo), processuais,<sup>41</sup> e até mesmo

(38) Cf., e.g., Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3, c; Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 6, 1; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, 1; Constituição da Espanha, art. 24, 2; Carta Magna Canadense, art. 11, c; Constituição Nacional da Argentina, art. 39.

(39) V., a respeito, PEDRO J. BERTOLINO, *El debido proceso penal*, cit., p. 79; JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *Eficacia de la persecución penal y garantías procesales en la Constitución de Córdoba*, Córdoba, Lerner, 1987, p. 26-27; ALEJANDRO D. CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, p. 130 e ss.; JOSÉ ANTONIO TOME GARCIA, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, cit., p. 57-58 e 118-121; VICENTE GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 137-139; DANIELLE SAINT-LAURENT, *Principes de droit constitutionnel et pénal*, Québec, Module, 1986, p. 126-127; ANDRÉ MOREL, *Certain garanties de criminal procedure, The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (obra coletiva), 2.ª ed., Toronto - Calgary - Vancouver, Carswell, 1989, p. 497 e ss.; MARIA GABRIELA AIMONETTO, *La "durata ragionevole" del processo penale*, Turim, Giapichelli, 1997, p. 10 e ss.; DANIEL DOMÍNGUEZ HENAIN, *Ley 24.390 Prisión Preventiva - Plazo máximo cómputo del encarcelamiento cautelar*, Rosario, Juris, 1996, p. 3 e ss.; ROBERTO DELMANTO JÚNIOR, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 299 e ss. e 405.

(40) PEDRO J. BERTOLINO, *El debido proceso penal*, cit., p. 79.

(41) Dada a evidente possibilidade de apagar-se, ou enfraquecer-se, com o tempo, a lembrança do fato ou dos fatos, pelas testemunhas; ou do desaparecimento de outros expressivos elementos de prova - fragilizando-se, então, a defesa do imputado -, cf. DANIELE SAINT-LAURENT, *Principes de droit constitutionnel et pénal*, cit., p. 126-127.

pecuniárias, resultantes da persecução penal para o indivíduo nela envolvido, imperiosa torna-se a agilizacão do respectivo procedimento, a fim de que elas, tanto quanto possível, se minimizem, pela sua conclusão num *prazo razoável*.<sup>42</sup>

Esso, por certo, sem se perder de vista que, tanto quanto no trato de direitos indisponíveis em sede extrapenal, na jurisdição criminal<sup>43</sup> a idéia de prazo razoável contém outros componentes e outras exigências,<sup>44</sup> de sorte a tornar-se inafastável a inclusão, na concepção de *devido processo penal* (inclusive, evidentemente, no campo da elaboracão legislativa), do direito do indiciado ou acusado de obter pronunciamento judicial que "ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de ilegible restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal".<sup>45</sup>

## 12.6 Devido processo penal

Estes, por sua vez, e como tivemos oportunidade de demonstrar,<sup>45</sup> constituem, na força de sua conjunção, em sede penal, o *devido processo penal*, designacão apropriada (como tal, dotada de rigor técnico) à sua verificacão em particularizado campo processual de aplicacão.

Explica-o, com acuidade e precisão, PEDRO J. BERTOLINO,<sup>46</sup> ao asserir a possibilidade da "*especificidad penal* de la garantía constitucional del 'devido proceso'", e complementando, *verbis*: "Claro está que la denominación de 'penal' adscripta à la garantía menta, por cierto, el modo corriente con el cual se indica al derecho que en el proceso respectivo se actúa. Este es, digámoslo así, el sentido más apropiado y riguroso de la denominación".

Assim concebido, especifica-se o *devido processo penal* nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal;

(42) V., também, GERALD A. BEAUDOIN e W. S. TARNOPOLSKI, *La charte canadienne de droits et libertés*, Montreal, Wilson et Lafleur, 1982, p. 40; e, também, VICENTE GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, cit., p. 139.

(43) Cf., ainda, VICENTE GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, cit., p. 139.

(44) Cf., já agora, ALEJANDRO D. CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., p. 132. E daí - permitimo-nos complementar - a irrazoabilidade (consequentemente, a inconstitucionalidade, por afronta ao *devido processo penal*) do disposto no § 3.º do art. 2.º da Lei 8.072, de 25.07.1990, dilatando o prazo de prisão temporária para trinta dias, prorrogável por mais trinta (inclusive com total abstracão do disposto nos arts. 10 e 46 do CPP).

(45) V. nosso *Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários, Devido processo legal e tutela jurisdiccional*, cit., p. 19-21.

(46) PEDRO J. BERTOLINO, *El debido proceso penal*, cit., p. 20-21.

c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e h) da legalidade da execução penal.

Determinam elas, por sua vez, inequívoca e inexoravelmente, que a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a esta correlatos, sem o *devido processo penal*, em que se realize a *ação judiciária*, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais — quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental — que as complementam; e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflição e concretização de sanção (pena ou medida de segurança) imposta, como na afirmação do *ius libertatis*.

E tudo isso, com o pleno vigor, também, de três igualmente inafastáveis postulados, quais sejam os ainentes à inadmissibilidade de sujeição do ser humano à *perseveratio criminis* sem que tenha ocorrido a prática de fato típico, antijurídico e culpável, e haja, correlatamente, indícios de autoria (*nulla infortatio delicti sine crimen et culpa*); à jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança (*nulla poena sine iudicio*); e à vedação de realização satisfativa do *ius puniendi* antes de transitada em julgado sentença condenatória (*nulla executio sine titulo*).

Daí o generalizado consenso de que o ente humano, membro da comunidade, antes de sofrer a imposição de qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em regra antecedido de procedimento investigatório, e no qual garantidos:

a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial.

Trata-se, por certo, da determinação de *juiz natural*, como tal tido o *legai*, ou *competente*, *pré-constituído*, de sorte a excluir-se os órgãos jurisdicionais *ad hoc* ou *post facto* — garantia que, na justiça criminal, apresenta-se *dupla*, a saber: ao imputado conter a certeza da inadmissibilidade de processamento da causa e julgamento por juiz ou tribunal distinto daquele tido como competente à época da prática da infração penal; e, à jurisdição penal, a segurança de que os regimentos da unidade e do município da administração da justiça, assim como o determinante da independência dos seus agentes, não serão ameaçados pela substituição de tribunais ou órgãos excepcionais e submissos a outro poder do Estado.<sup>47</sup>

(47) V., a respeito, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, cit., vol. I, p. 153 e ss.; VICENTE GIMENO SENDRA, *Constitución y*

E que, assim também, se especializa, segundo ensinamento de CANOTILHO e VITAL MOREIRA, endossado e difundido por CELSO RIBEIRO BASTOS,<sup>48</sup> nas exigências de determinação, tanto genérica quanto individualizada (mediante a edição de leis gerais e a especificação de regras de competência para fixação do "juiz da causa"), do *juiz legal*; de neutralidade e independência do juiz; e de observância das regras relativas à repartição de trabalho entre os órgãos jurisdicionais ("divisão funcional interna" ou distribuição equitativa de processos no plano horizontal da escala funcional).

b) a estatuição, em lei regularmente elaborada e promulgada, e vigente, de um procedimento destinado a investigação,<sup>49</sup> instrução e posterior julgamento acerca de fato tido como penalmente relevante;

c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente.<sup>50</sup>

*processo*, cit., p. 56 e 57; ROBERTO ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milão, Giuffrè, 1981, p. 137 — ressaltando a extensão, no plano processual, referentemente à competência do juiz, do postulado da irretroatividade da lei, determinante do *regime tempus criminis regit iudicem*; VIRGILIO ANDRIOLI, *La precostituzione del giudice*, *Rivista di Diritto Processuale*, cit., 1964, p. 328; IGNACIO BURGOA, *Las garantías individuales*, cit., p. 311; ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal*, cit., p. 262 e ss.; JUAN PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 97 e ss.; JAQUES DE CAMARCO PENTEADO, *A garantia do juiz natural e a Lei n. 9.299/96*, São Paulo, Oliveira Mendes, 1997, p. 22; ANTONIO SCARANCA FERNANDES, *Proceso penal constitucional*, cit., p. 115 e ss.

(48) CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, cit., vol. 2, p. 205. V., também, FRITZ BAUR, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milão-Nova Iorque, Giuffrè-Oceana, 1973, p. 10.

(49) A ser realizada, como acenado, anteriormente, no texto, sempre que entendida necessária, e com a efetiva assistência de defensor ao indiciado: faz-se, realmente imperioso que este tenha assistência técnica também na fase investigatória da persecução penal, de sorte a poder exercer com a amplitude constitucionalmente assegurada o direito de defesa (V., nesse derradeiro enfoque, nosso *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 387 e ss.; com lastro nos magistérios de CARLOS ENRIQUE EDWARDS, *El defensor técnico en la prevención policial*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 14-15; ALEJANDRO D. CARRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., p. 101; e JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, cit., p. 110-112; e, também, PAULA BAJER FERNANDES MARTINS DA COSTA, *Igualdade no direito processual penal brasileiro*, cit., p. 92-93).

(50) Sobre prazo razoável, v. item 12.5 *supra*; e, acerca da publicidade dos atos processuais e da motivação dos atos decisórios penais, de JOSÉ ROGÉRIO CRUZE TUCCI e nosso, *Constituição de 1988 e processo*, *Regimentos e garantias cons-*

A publicidade dos atos processuais constitui, na realidade, garantia do direito de defesa, situação em que as exceções à regra apresentam-se deveras limitadas.

Vem a pélo, a propósito da concepção de publicidade ("vir a público"), a ensinância de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR,<sup>51</sup> que, após expressar ser o voto tomado não somente em sua acepção técnica, mas igualmente vultoso, "de divulgabilidade", e que o público "é equívoco no campo jurídico", adiciona, veritas: "(...) publicidade é o atributo daquilo que, por qualquer motivo, deve ser divulgado, significando, ad litteram, na presença de todos, publicamente, de tal modo que quisque de populo, mesmo que não tenha interesse direto no fato, pode dele tomar conhecimento, informando-se a respeito, pela notoriedade e divulgação que dele se faz".

Igualmente, a de JOSÉ FREDERICO MARQUES,<sup>52</sup> que, colacionando diversas preleções, em especial a de H. DONNEDIEU DE VABRES, asser: "(...) a publicidade é uma garantia para o acusado, e também para o próprio juiz, que, sem ela, estaria pouco protegido contra críticas tendentes a fazer suspenhar-se de sua independência e imparcialidade".

<sup>51</sup> *tucionais do processo*, cit., p. 72; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 105-106; MARIO CHIAVARI, *Processo e garanzia della persona*, cit., vol. II, p. 221 e ss.; ROGER PERROT, *Le principe de la publicité dans le procédure civile. Le principe de la publicité dans la justice*, Paris, Techniques, 1969, p. 23; ANDRÉ VITU, *Le principe de la publicité dans la procédure pénale. Le principe de la publicité de la justice*, cit., p. 45 e ss.; nosso *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 261 e ss.; JOSÉ ROGERIO CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 11 e ss.; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A motivação das decisões judiciais como garantia do Estado de Direito. Temas de direito processual*, 2.ª série, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 88-91; E. MAGALHÃES NORONHA, *Curso de direito processual penal*, cit., p. 217; MÁRIO GUIMARÃES, *O juiz e a função jurisdicional*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 344 e ss.; MICHELE TARUFFO, *La motivazione de la sentenza civile*, Pádua, Cedam, 1975, p. 319 e ss.; JERZY WROBLEWSKI, *Motivation de la décision judiciaire. La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 111 e ss.; ETTORE DOSI, *Sentenza*, *Enciclopedia Forense*, VII/737-738, Milão, Vallardi, 1961; ENNIO AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, *Enciclopedia del diritto* 27/181 e ss., 1977; GIORGIO LOMBARDI, *Motivazione (diritto costituzionale)*, *Novissimo digesto italiano X/954 e ss.*, Turim, Utet, 1964.

<sup>52</sup> JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., vol. I, p. 545-546.

<sup>53</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de direito processual penal*, cit., vol. I, p. 105.

V., no mesmo sentido, VICTOR FAIRÉN GUILLEN, *Un proceso actual, oral, concentrado y económico: el del Tribunal de las Aguas de Valencia*, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, Giuffrè, 1979, vol. IV, p. 2.859.

E, no tocante à motivação dos atos decisórios penais, a de ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,<sup>54</sup> lembrando, com JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, que "a função reservada no processo à motivação é a de dar vida às condições necessárias à resolução da lide, ou, mais especificamente, à prolação do comando", complementa:

"É com tal sentido que se revela aquele que Ferrajoli denomina o valor *fundamental* do princípio da motivação: o de garantia da natureza *cognitiva* e não *potestativa* do julgamento penal, vinculando-o, quanto ao direito, à estrita legalidade e, quanto aos fatos, à prova da hipótese acusatória.

Mais do que isso, nessa visão a exigência de motivação dos provimentos penais integra e completa todo um sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no Estado de direito. E com a justificação explícita das decisões penais, em suma, que se realiza concretamente a máxima garantista *veritas non auctoritas facit iudicium*".

#### d) a correlação entre a acusação e a sentença de mérito.

Inafastável torna-se, com efeito, estrita correlação da sentença condenatória<sup>55</sup> com a proposição acusatória, não podendo ela, de forma alguma, afastar-se dos termos desta, quer quanto aos fatos narrados, quer no tocante às sanções pleiteadas: "O objecto da acusação e o da sentença devem ser um e o mesmo, entre aquele e este deve verificar-se uma relação de identidade".<sup>56</sup>

Elucidando essa afirmação, preciso é o magistrado de FRANCISCO SOTO NIETO,<sup>56</sup> a saber: "(...) Quando de buscaria correspondência entre alegaciones y sentencia se trata, la atención primordial gira en torno al episodio básico que en su verdad material y en su significación jurídica ha de merecer la atención enjuiciadora del Tribunal. He aquí, determinado el

<sup>54</sup> ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, cit., p. 97.

V., também, o citado JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, tese, São Paulo, 1963, p. 45-46.

<sup>55</sup> V., sobre a sentença penal condenatória, nosso *Sentença penal - I*, *Enciclopédia Saraiva de Direito* 68/120-124; e, acerca da sentença penal em geral, NILO BARROS DE BRUM, *Requisitos retóricos da sentença penal*, São Paulo, RT, 1980, p. 72 e ss.

<sup>56</sup> Cf. EDUARDO HENRIQUE DA SILVA CORREIA, *Caso julgado e poderes de cognição do juiz*, Coimbra, Alameda, 1948, p. 28.

<sup>57</sup> FRANCISCO SOTO NIETO, *Correlación exigible entre acusación y sentencia: identidad básica entre el hecho punible imputado y el sancionado*, *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, Montecorvo, 1979, p. 18.

objeto del proceso, la única especie de congruencia que es exigible a la decisión judicial última: más que congruencia, correlación, referencia a un acaecimiento vital común, eco sobre la perpetración de un comportamiento punible y reflexión judicial girando en torno al mismo hecho imputado, con respecto a su indudable unicidad sustancial. Non encajan aquí los cánones habituales definidores de la congruencia en el proceso civil donde prima el principio dispositivo y en el que la sentencia ha de bordear fidedignamente el *petitum* que se formula. Cuantas posturas acentúan la exigencia de la congruencia en el proceso penal incurrir en el error de una indebida privatización de las estructuras".

Acrecente-se que essa correlação entre a acusação e a sentença deve existir também quando esta se projete, por força de interposição de recurso, em julgamento de tribunal: a regra da *ampla defesa*, constitucionalmente assegurada ao acusado, impede a invocação do *ius novorum* no juízo recursal, não havendo possibilidade, por força do regramento da *immutatio libelli*, de ser ele condenado por fatos não perfeitamente descritos na proposição acusatória.<sup>57</sup>

e) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material como tecnicamente.

Temos enfatizado, com a força de nossa convicção,<sup>58</sup> que a *garantia da ampla defesa*, com todos os meios e recursos a ela inerentes, conformase, também, numa das exigências em que se consubstancia o *due process of law*, especificada no processo penal em favor dos "acusados em geral", ou seja, não só destes, mas, por igual, dos indiciados e condenados.

Igualmente, que a concepção moderna do denominado *rechtfiches Gehor* (*garantia da ampla defesa*) reclama, para a sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, genericamente consideradas, a saber: a) o direito à informação (*remio naudivus damnarum potes*); b) a bilateralidade da audiência (*contradictoria*

<sup>57</sup> Cf. nosso *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 275-276, nota 25, com referência ao julgado publicado na RT 627/314.

V., ainda, sobre o tema versado no texto, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, São Paulo, RT, 2000, p. 42 e ss., e LIO e ss.; e BENEDITO ROBERTO GARCIA POZZER, *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*, São Paulo, JBC/Chim, 2001, p. 147 e ss.

<sup>58</sup> V., por todos os nossos escritos, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 203 e ss., com farta indicação bibliográfica; e, especificamente, com lastro no magistério de NICOLÒ TROCKER, Svolgimento giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, cit., 1970, p. 215 e ss.

de); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (*comprovação de inculpabilidade*).

Sintetizando-as, anota ALEX CAROCCA PÉREZ<sup>59</sup> que o direito de ser informado do teor da acusação, como exigência da *garantia de defesa*, constitui "requisito indispensável" para que o imputado possa efetuar suas alegações e provas, "principais facilidades originadas do exercício do direito fundamental sob estudo".

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ,<sup>60</sup> por sua vez, explicita que o "direito de defesa penal, em um Estado democrático, cabe a todo o imputado, como sujeito processual e titular de direitos fundamentais constitucionais, mediante a assistência técnica de um advogado defensor, e ambos com capacidade para reagir, efetivamente, a uma pretensão penal", complementando que esse direito deve reunir os seguintes requisitos: "— Ser concedido a todo imputado (naja sido ou não processado ou acusado); — O imputado deve ser considerado como parte ou sujeito processual e, ademais, como titular de direitos fundamentais; — O direito de defesa deve estar constituído por um conjunto de garantias, direitos e facilidades suficientes para uma oposição efetiva à pretensão penal".<sup>61</sup>

E, nesse mesmo sentido, posiciona-se a doutrina alienígena e nacional,<sup>62</sup> expressando, e.g., VICENTE GRECO FILHO,<sup>63</sup> que se consideram "meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável".

<sup>59</sup> ALEX CAROCCA PÉREZ, *Garantia constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 187 e ss., especialmente p. 258.

V., também, sobre a atuação defensiva em geral, no processo penal brasileiro, JÁQUES DE CAMARGO PENTEADO, *Acusação, defesa e julgamento*, Campinas, Millennium, 2001, especialmente às p. 225 e ss.

<sup>60</sup> ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal*, cit., p. 280 e ss.

<sup>61</sup> Observado o original, todavia com nossa conhecida restrição ao uso do vocábulo *pretensão*, inapropriado no âmbito da jurisdição penal.

<sup>62</sup> V. GIROLAMO BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milão, Giuffrè, 1956, p. 123 e ss.; JUAN MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 137 e ss.; JOAN PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 102 e ss.; ANTONIO SCARANPE FERNANDES, *Proceso penal constitucional*, cit., p. 247 e ss.; VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 110, 126 e 129-130; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, cit., p. 41-44; GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, *Correlação entre acusação e sentença*, cit., p. 38 e ss.

<sup>63</sup> VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, cit., p. 110.

Deve ser aduzido que não se confunde a indicada *defesa técnica* com a *autodefesa* – aquela uma “exigência legal, insuprível e constante”, e esta, atinente aos atos defensivos praticados pelo próprio imputado (inclusive com o exercício do direito ao silêncio), *facultativa*.<sup>64</sup>

D) a possibilidade de reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios, especialmente nos desfavoráveis ao imputado.

Nesse particular, é de ter-se presente, desde logo, que, para a “garantia de boa solução dos conflitos de interesses ocorrentes, as causas submetidas à apreciação do Poder Judiciário devem ser submetidas a exames sucessivos, tanto quanto possível por órgãos jurisdicionais postados sucessivamente no plano funcional hierárquico”.

Mostra-o, com a habitual precisão, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA,<sup>65</sup> embora expressando a dificuldade em assentar-se a “exata significação e alcance do princípio do duplo grau”, verbis: “Em termos genéricos, poder-se-ia dizer que dele decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo (...) após a primeira decisão”.

É que, como observa, já agora, NELSON NERY JUNIOR,<sup>66</sup> dada a notória “faliabilidade do ser humano, não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune de falhas, capaz de decidir de modo definitivo sem que ninguém pudesse questioná-lo em sua fundamentação ao julgar”.

Dai – complementa – tendo em vista que o julgador poderia tornar-se despótico, à falta de controle superior de seus julgamentos, o regramento do duplo grau de jurisdição é, “por assim dizer, *garantia fundamental da boa justiça*”.

<sup>64</sup> Cf., a respeito, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, cit., vol. II, p. 68; e, também, por ele citado (poém revelando ambigüidade...), FRANCO ANTONIO CUSIMANO, *Il problema della giustizia nel rapporto processuale penale*, Pádua, Cedam, 1958, p. 238; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, cit., p. 42-3.

<sup>65</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. V, p. 236-237.

<sup>66</sup> V., ainda, sobre o contexto do duplo grau de jurisdição, JUAN MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, cit., p. 175 e ss.

<sup>67</sup> NELSON NERY JUNIOR, *Principios fundamentais. Teoria geral dos recursos*, 2. ed., São Paulo, RT, 1993, p. 247; com expressa referência a ROGER PERROT, *Le principe du double degré de juridiction et son évolution en droit judiciaire privé français. Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milão, Giuffrè, 1979, vol. III, p. 1.971 e ss.; asserindo: “La règle du double degré de juridiction a toujours été considérée comme une garantie fondamentale” (assim, livremente, traduzido: “A regra do duplo grau de jurisdição sempre tem sido considerada como uma garantia fundamental”).

Aduza-se, na esteira do ensinamento de BARBOSA MOREIRA, supracitado, e de ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros,<sup>67</sup> que se admite a imputação ao decidido pelo juízo monocrático interior em relação a qualquer espécie de ato decisório, seja de natureza interlocutória, seja final e tanto no tocante a *error in iudicando* como a *error in procedendo*.

Assim também, que se trata de *garantia insculpida* em nosso sistema político-constitucional, inerente ao *devido processo legal*: não obstante a falta de precetivação específica, a vigente Carta Magna de nossa República Federativa, a exemplo das anteriores, contempla, até mesmo, além do duplo, uma pluralidade de graus de jurisdição.

g) o não-reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória.<sup>68</sup>

Há de considerar, ainda, outro corolário – quicá o mais importante dos *due process of law* – especificado ao processo penal, ou seja, do *devido processo penal* a denominada *presunção de inocência*.<sup>69</sup>

Trata-se, na realidade, como temos procurado assentar,<sup>70</sup> de *desconsideração de culpabilidade prematuramente assentada*, ou *não-consideração prévia de culpabilidade*, tal como preconizado por GUGLIELMO SABATINI,<sup>71</sup> ao expressar que: “O imputado é sempre, e só, *imputado*, para

<sup>67</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANÇE FERNANDES, *Recursos no processo penal*, São Paulo, RT, 1996, p. 21 e ss.; preconizando a pronta imputação de decisões interlocutórias, que possam acarretar dano irreparável, por meio de *habeas corpus*, mandado de segurança, correição parcial ou reclamação (p. 27).

<sup>68</sup> V., também, a respeito do senso político da garantia, INÁKIESPARZA LEIBAR, *El principio del proceso debido*, cit., p. 234; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, cit., p. 47-48.

<sup>69</sup> V., uma vez mais, nosso *Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários*, cit., p. 20; e, em assemelhado senso, JOSÉ I. CAFFERATANORES, *Derechos individuales y proceso penal*, Córdoba, Ediar, 1984, p. 21-25.

<sup>70</sup> Sem dúvida, equivocadamente, tanto que *inadmissível presunção em sede processual penal*...

<sup>71</sup> V. nossos *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 401 e ss.; e Afirmção constitucional da desconsideração de culpabilidade prematuramente assentada e consequente direito do acusado de recorrer em liberdade, *Revista do Advogado* 42/48 e ss., São Paulo, AASP, 1994; e em *Themis* (Revista da ESMEC) 1/1/185 e ss., Fortaleza, 1997.

<sup>72</sup> GUGLIELMO SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, 3. ed., Catania, Casa del Libro, 1948, vol. I, p. 38-39; e assim no original: “L’imputato è sempre e solo *imputato* al fini dello svolgimento del processo e durante il processo. Quindi non va considerato né come innocente, né come colpevole. E se ormai nel diritto

o fim de desenvolvimento do processo e durante o processo. Então não é considerado nem inocente, nem culpado. E, se, todavia, no direito moderno, se precisa o que significa, e o que deva significar, a expressão 'ser imputado', deve concluir-se que as normas processuais não são destinadas a tutelar uma apriorística presunção de inocência, mas a contemplar a complexidade de escopos a que tende a instauração e o desenvolvimento do processo, especialmente nas relações decorrentes da pessoal e concreta situação do imputado no curso do procedimento".

E consiste na assecuração, ao imputado, do *direito de ser considerado inocente* até que sentença penal condenatória, dada a preclusão do prazo para a interposição de recursos, transite formalmente em julgado, formando-se, então, a coisa julgada de autoridade relativa.<sup>72</sup>

Regra tradicional do *common law*,<sup>73</sup> foi consagrado por força das idéias liberais que animaram a reforma do sistema repressivo no século XVIII, no art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; e repriminado, mais recentemente, em 10.12.1948, no art. XI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Organização das Nações Unidas - ONU; e em Cartas Magnas dos povos cultos. Inclui-se a de nosso país, na qual o inc. LVIII do art. 5.º tem a seguinte redação: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

moderno s'intende bene che cosa significhi e che cosa debba significare la espressione 'essere imputato', bisogna concludere che le norme processuali non sono dirette a tutelare una aprioristica innocenza presunta, ma a raggiungere tutti i complessi scopi a cui tende la instaurazione e lo svolgimento del processo, specialmente nei rapporti della personale situazione concreta in cui viene a trovarsi l'imputato nel corso del procedimento".

<sup>72</sup> V., ainda, sobre a concepção e os caracteres da denominada *presunção de inocência*, dentre outros, ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal*, cit., p. 129 e ss.; GIULIO UBERTI, *Principi di procedura penale europea*, cit., p. 63 e ss.; e JOAN PICÓ I JUNYOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 155 e ss.

<sup>73</sup> Não vislumbrada, porém (e ao contrário do asserido por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 9), no direito romano, até porque a sentença de PAULO, por ele referida, recebeu a cláusula *in dubiis pro reo* em decorrência de uma interposição bem posterior, influenciada pelo Cristianismo (v., nesse sentido, M. ANTONIO DE DOMINICIS, *Brev. Pauli Sententiarum* IV, 12, par. 5 e l'origine romano-cristiana del principio "in dubiis pro reo"; in tema di riforma della dubiativa, *Archivio Penale* 18-(XI-XII)-(1962)/411-417).

V., também, a respeito, o percutiente estudo de SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO sobre Pronúncia e o *in dubio pro societate*, *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel* 17/6 e ss., São Paulo, 2001.

Resta, assim, constitucionalmente consagrado, em nosso ordenamento jurídico, como regramento insito ao processo penal,<sup>74</sup> esse expressivo *favor libertatis*, determinante, como visto, de que, sem a necessária certeza<sup>75</sup> de ser o imputado autor da infração penal cuja prática lhe é atribuída, que somente se concretiza com o trânsito em julgado da sentença condenatória, não há como considerá-lo culpado.

Além do que, por certo, o indispensável complemento, relativamente à *execução da sentença penal condenatória*, no sentido da reiteração, naquilo que cabente, das mesmas *garantias*, e, particularmente, da imprescindibilidade de estrita observância do título executivo penal e da assecuração, ao condenado, de todos os direitos não atingidos pelo julgamento, ou pela lei, bem como dos nestas estabelecidos,<sup>76</sup> vale dizer, da *legalidade da execução penal*.<sup>77</sup>

São, exatamente, essas *garantias* - no dizer de RALDA SARAIVA,<sup>78</sup> em tópicos cuja transcrição é de rigor - "que asseguram a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões. São, enfim, essas garantias que asseguram à Sociedade fazer/justiça, com a dignidade que requer a preservação dos elevados interesses sociais e não,

<sup>74</sup> Aliás, assegurado, não somente pela nossa Lei Maior, como, também, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8, 1 (v., a respeito, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, O princípio de presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), *Revista do Advogado* 42/30 e ss., cit., 1994.

<sup>75</sup> *Certeza*, sim, e não dúvida decorrente da hipoteticidade da imputação, como alvira GIUSEPPE SABATINI, *Principii costituzionali del processo penale*, cit., p. 49, em magistério endossado por LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, *Direito penal na Constituição* (em co-autoria com Paulo José da Costa Júnior), 2. ed., São Paulo, RT, 1991, p. 87.

Como precisam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República portuguesa anotada*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1984, vol. 1, p. 215, o regramento ora analisado, além de consubstanciar-se num direito subjetivo, "é também uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao réu, quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa" (v., também, em idêntico senso, o magistério de DANIELE SAINT-LAURENT, *Principes de droit constitutionnel et pénal*, cit., p. 117 e ss.). Cf., e.g., arts. 5.º XLVIII, XLIX, L e LXXV, da CF, e 1.º, 3.º, 40 e 41 da Lei de Execução Penal (n. 7.210, de 11.07.1984).

<sup>76</sup> V., acerca da incidência da regra da *legalidade na execução penal*, ELA WIECKO V. DE CASTILHO, *Controle da legalidade na execução penal*, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 23 e ss.

<sup>78</sup> RALDA SARAIVA, *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 69.

meramente, buscar vingança em ritmo passional, com elevado risco de cometer injustiças na aplicação de precipitadas represálias... A gravidade do crime em investigação ou em julgamento" (ou — devemos aduzir — que tenha determinado a especificação de sanção em sentença penal já transitada em julgado, e em execução) "não pode autorizar a adoção de meios represivos que repugnem a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade (cf. Valiante, *Il nuovo processo penale: processo per l'uomo*, Milão, 1975, p. 45)".

### 12.7 Garantias constitucionais inerentes ao devido processo penal

Isso devidamente explicitado, faz-se mister, já agora, elencar, ainda que de modo sucinto, as *garantias constitucionais inerentes ao devido processo penal*.

E, na consecução desse desiderato, não que pontuar, minudentemente, as *preceituações constitucionais atinentes à preservação da liberdade*, um dos fundamentais e invioláveis direitos do indivíduo, no âmbito da sociedade, a teor do art. 5.º, *caput*, da Magna Carta de nossa República Federativa.

Observada a ordem da enunciação precedentemente feita,<sup>79</sup> passamos a efetivá-lo, a saber:

a) as referentes ao *acesso à justiça criminal*, considerado tanto sob o aspecto econômico como no técnico, estão expressas nos incs. LXXIV e LXXVII, assim, respectivamente, redigidos: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"; e "são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania";

b) as concernentes à *infastabilidade do juiz natural, em matéria penal*, nos incs. XXXVII, XXXVIII e LIII, cujas redações, na sequência posta, são as seguintes: "não haverá juízo ou tribunal de exceção"; "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida"; e, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente";<sup>80</sup>

c) as atinentes ao *tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal*, que, por sua vez, estão dispostas no *caput* do mesmo art. 5.º,

<sup>(79)</sup> Item 12.6 *supra*.

<sup>(80)</sup> E, por extensão, ante o disposto no § 2.º do mesmo art. 5.º, acusado somente pelo *promotor natural* (v., a respeito, nosso *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 145 e ss., com específica indicação bibliográfica).

so sobrelevar a *igualdade de todos perante a lei*,<sup>81</sup> abrangente, certamente, da *isonomia processual*;

d) as referentes à *plenitude da defesa*, expressas, precipuamente,<sup>82</sup> nos incs. LV e LVI, redigidos, respectivamente, como se segue: "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"; e "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos";

e) as relativas à *publicidade dos atos processuais penais* e à *motivação dos atos decisórios penais*, especificadas nos incs. LX do art. 5.º e LX do art. 93, *verbis*: "LX — a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"; e "LX — todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes";

f) a determinante de *fixação de prazo razoável de duração do processo penal*, contida no § 2.º do art. 5.º, cuja parte final importa na contemplação de *garantias decorrentes* "dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" — incluída, portanto, a estabelecida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estatuir que toda pessoa "tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...), na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada";<sup>83</sup> e

g) por derradeiro, as alusivas à *legalidade da execução penal*, bem como aos seus antecedentes e consequentes, definidas nos incs. XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L e LXXV, que assim soam: "XLV — nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido"; "XLVI — a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos"; "XLVII — não haverá penas: a) de morte, salvo no caso de

<sup>(81)</sup> Regramento superafetado, até, no inc. I, ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, "em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

<sup>(82)</sup> Há, com efeito, outras, que se fazem também abrangidas pela concepção de *ampla defesa*, como, e.g., a do inc. LXIII do mesmo art. 5.º: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

<sup>(83)</sup> Grifos nossos.

guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX,<sup>84</sup> b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis<sup>85</sup>; “XLVIII — a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com o delito, a idade e o sexo do apenado<sup>86</sup>”; “XLIX — é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral<sup>87</sup>”; “L — às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação<sup>88</sup>”; e “LXXV — o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença<sup>89</sup>”.

### 12.8 Corolários constitucionais do devido processo penal

De outra banda, numerosos também, e igualmente diversificados, apresentam-se os corolários constitucionais do devido processo penal, determinantes de correlatos direitos individuais, cuja expressividade des-ponta nesses todos em conjunto, e em cada um, *per se* considerado, com a intensidade própria das prerrogativas fundamentais do ser humano, no seio da coletividade.

Num plano transcendente, e a par dos preceitos consecratórios do direito à *tutela jurisdicional do Estado* e do *devido processo legal*,<sup>90</sup> como supremo guardião do *ius libertatis*, postam-se, no referenciado art. 5.º da Lei Maior brasileira, os concernentes:

- a) ao denominado *princípio da reserva legal* (“*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*”<sup>91</sup>) no inc. XXXIX, assim redigido: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal<sup>92</sup>”;
- b) à *irretroatividade, em regra, da lei penal*, no inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu<sup>93</sup>”;
- c) à *intocabilidade da coisa julgada penal*,<sup>94</sup> tutelar da sentença absolutória ou extintiva da punibilidade, no inc. XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada<sup>95</sup>”;

(84) Referente à atribuição exclusiva do Presidente da República para declaração de guerra.

(85) Como já visto, os contidos, respectivamente, nos incs. XXXV e LV do art. 5.º da CF.

(86) Cujas origens remonta, segundo nosso profundo entendimento, às *leges instituidoras das quaestiones perpetuae*, na segunda fase do processo penal romano — a do *procedimento acusatório* (V), a respeito, nosso Significado e importância das *quaestiones perpetuae* em direito penal e processual penal, em “*Habeas corpus*”, *ação e processo penal*, cit., p. 114 e ss.).

(87) *Cóisa julgada de autoridade absoluta*, posto que determinante da imutabilidade *ad aeternum* do julgamento penal *favor rei*.

d) à *preservação da vida e da integridade física* do indiciado, acusado ou condenado, no *caput* e nos incs. III (“ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante”) e LXIV (“o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”), além de no inc. LXV,<sup>96</sup>

e) à *inviolabilidade do domicílio*, no inc. XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial<sup>97</sup>”;

f) à *assecuração do sigilo da correspondência e de outras formas de comunicação e de informação*, no inc. XII: “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<sup>98</sup>”;

g) à *não-consideração prévia de culpabilidade*, no inc. LVII, tal como na forma minudentemente explicitada no item 12.6 *supra*;

h) à *insubmissão à identificação criminal*, a não ser em situações excepcionais, legalmente determinadas, no inc. LVIII: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei<sup>99</sup>”;

i) à *inadmissibilidade de prisão*, exceto nas circunstâncias delineadas no inc. LXI, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente<sup>99</sup>, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei<sup>99</sup>”;

j) à *mediata comunicação da prisão*, no inc. LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada<sup>99</sup>”;

k) ao *direito à não auto-incriminação e ao silêncio*, bem como à *assistência da família e de advogado*, no inc. LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado<sup>99</sup>”; e

(88) Referente ao *relaxamento de prisão ilegal*, a saber: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária<sup>99</sup>”.

(89) E isso, obviamente, tanto no caso de prisão provisória como no de definitiva, resultante de sentença condenatória transitada formalmente em julgado.

1) à *liberdade provisória*, no inc. LXVI: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança".

Todos, enfim, com o mesmo significado e importância, completam a grandiosidade da proteção da liberdade de locomoção de pessoa física, como tal considerada, e cuja tutela se realiza por obra dos agentes do Poder Judiciário — juízes e tribunais —, mediante atuações apropriadas, que se efetuem no âmbito da justiça criminal.

### 12.9 Atuações judiciais de caráter processual constitucional no âmbito da jurisdição penal

Mencionadas atuações, por sua vez, assumem caráter processual constitucional e desenvolvem-se na já versada *ação judiciária* dos órgãos jurisdicionais penais.

E ostentando, igualmente, a natureza de *garantias indispensáveis à tutela de direitos individuais*, distinguem-se em atuações integrantes da denominada *jurisdição constitucional das liberdades*, e noutras que, embora arraigadas a preceituações constitucionais, são pertinentes à preservação da legalidade dos procedimentos e julgamento penais, assim como à determinação e coibição de consequências de atos decisórios errados, deslegitimados, ou excessivamente cumpridos.

Reclamam as primeiras procedimentos breves, simplificados e eficazes para a prevenção ou o pronto restabelecimento de direitos ameaçados de lesão ou já violados, como, tradicionalizados, em nosso Direito Constitucional, são o *habeas corpus* e o *mandado de segurança*, contemplados, respectivamente, nos incs. LXVIII e LXIX do art. 5.º da vigente Magna Carta nacional, e *verbis*: "LXVIII — conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"; e "LXIX — conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Apresentam-se as demais, a seu turno, como atividades jurisdicionais igualmente eficazes e aptas à reparação de erros judiciais e de excessos temporais de prisões regularmente decretadas, assumindo, portanto, caráter revisional e indenizatório, e corporificando-se, respectivamente, nas *proposições de revisão criminal*, disciplinada nos arts. 621 e seguintes do

CPP, e de *verificação de responsabilidade ressarcitória do Estado*, nos termos do disposto no inc. LXXV do mesmo art. 5.º, supratranscrito.<sup>90</sup>

E, consideradas em conjunto, pela identidade constitucional de suas raízes, completam o elenco de *garantias* outorgadas pela Lei das Leis de nossa República Federativa em matéria processual penal.<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Item 12.7 *supra*.

<sup>91</sup> Deve ser complementado, a bem da verdade, que a enumeração procedida não se faz exaustiva, havendo preceitos outros que não foram considerados (como, e.g., o do inc. LIX do art. 5.º, referente à *ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública*). E isso, porque, nels se cuida da fixação de lineamentos orientadores da legislação intracostitucional, extrapolantes do contexto do *devido processo penal*, ou que, com ele, só indiretamente se relacionam.