

O Devido Processo Penal em Brasil desde a Visão Constitucional

Prof. Pós-Dr. Ramiro Anzit Guerrero

Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidade Federal de La Matanza, Doutor em Direito Penal e Ciências Penais pela Universidade Del Salvador, Mestre em Estudos Estratégicos pela Escola de Guerra Naval Argentina. Professor Titular de Prática Forense na Graduação e Professor Titular de Criminologia na Especialização em Direito Penal da Universidade del Salvador. Professor da Escola da Magistratura dos Estados do Pará e Paraíba. Conselheiro Editorial da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte / Tribunal de Justiça; Membro do Conselho de Publicações Faculdade de Tecnologia da Amazônia – FAZ. Publicou 14 livros entre eles: Criminología, evolución y análisis (2007); Compendium Criminis: Criminología, Criminalística y Victimología (2010) Realidades y Perspectivas del Derecho Penal en el Siglo XXI (2011); Derecho Informático (2011); Derecho Penal y Paradigma Criminológico en América Latina (2012). Membro Instituto de Ciências Penais (Minas Gerais – Brasil). Membro do Instituto de Direito Penal e Criminologia, Ordem dos Advogados da Capital Federal (Argentina) Membro Sociedade Mexicana de Criminologia. Membro International Association for Counterterrorism & Security Professionals. Membro Association for the Study of Middle East & Africa (USA).

1.0 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa identificar, na Constituição brasileira, os princípios que informam o devido processo penal.

No constitucionalismo contemporâneo, a Constituição de um país é uma espécie de súmula de todas as disciplinas jurídicas, pois traz em seu bojo princípios e normas, de caráter geral, para os diversos segmentos do ordenamento jurídico.

No caso brasileiro, esse aspecto multidisciplinar da Constituição é mais acentuado ainda, sobretudo em face do conteúdo excessivamente analítico de seu texto. Em duzentos e cinquenta artigos da parte permanente, noventa e seis do Ato das Disposições Transitórias e uma infinidade de parágrafos, incisos e alíneas, a Carta promulgada em outubro de 1988 fala praticamente de tudo, contendo inúmeras inovações nas diferentes áreas do Direito.

Uma de suas inovações está no campo processual penal, onde ela impõe uma série de princípios que devem ser observados pelo Estado no desempenho de sua função punitiva. Maioria deles está concentrada no seu artigo 5º e faz parte do rol dos direitos e garantias individuais protegidos como cláusulas pétreas.

Tais princípios – alguns explícitos, outros implícitos, constituem o devido processo penal constitucional, que tem como principal finalidade garantir o respeito à dignidade humana do réu, que, diversamente do que ocorria no passado, deve ser tratado como integrante da relação processual e não como mero objeto de uma investigação direcionada a colher provas para sua condenação.

A doutrina tradicional tem dispensado pouco espaço ao assunto. Limita-se, em regra, a descrevê-los isoladamente, sem contextualizá-los como parte de um modelo processual penal.

Isso, no entanto, não diminui a importância da matéria, fundamental para uma melhor compreensão do regime processual que o Brasil adota. Sobretudo numa época como a atual, em que predomina a idéia de que os princípios constitucionais constituem verdadeiras normas jurídicas, de cuja eficácia depende a realização de todos aqueles valores tidos como indispensáveis para a existência digna de cada cidadão e do bem-estar social. Não procede mais hoje a velha discussão sobre a posição dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico. São eles autênticas normas constitucionais, com função informativa, interpretativa e normativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello, respeitado publicista pátrio, sintetiza, com incontestável precisão, o papel dos princípios no ordenamento jurídico, **verbis**:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (in Curso de Direito Administrativo; 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 817/818).

O tema é abrangente. Justificaria a redação de diversas teses e monografias. Pode-se dizer ser ele inesgotável, ante os múltiplos aspectos e desdobramentos que comporta.

O propósito deste trabalho, contudo, é bem modesto. Pretende-se aqui apenas referir alguns pontos relevantes dessa temática, de modo especial para propiciar uma adequada compreensão da importância e da função de direitos constitucionais básicos no modelo processual vigente no Brasil, sobretudo levando-se em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido como um dos fundamentos da República brasileira (Constituição Federal, art. 1º, III).

A viga-mestra do sistema é o devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. Ele é a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam. Está previsto no art. 5º, LIV da Lei Magna, assim redigido: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A rigor, como assinala o processualista Nelson Nery Júnior, bastaria a adoção dessa regra para que daí decorressem todas as conseqüências processuais conducentes ao direito a um processo e a uma sentença justa. Ela é o gênero de que são espécies todas as demais (*cf. Princípios do processo civil na Constituição Federal; 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 30*)

A Constituição, porém, foi mais longe. Além de imunizá-la contra a ação do constituinte derivado, estabeleceu outras, que formam, com ela, o arcabouço constitucional do devido processo penal, como se exporá adiante.

O trabalho será desdobrado em quatro pontos. No primeiro serão focalizados os diferentes sistemas processuais penais, com a indicação do modelo vigente no Brasil; no segundo será estabelecida a conexão entre o processo penal e a Constituição; num terceiro serão descritos os princípios constitucionais explícitos e implícitos que informam o devido processo penal no Brasil, seguido da conclusão.

2.0 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A doutrina registra a existência de três sistemas processuais: inquisitivo, acusatório e misto ou acusatório formal.

O sistema inquisitivo caracteriza-se, principalmente, pela confusão num só órgão das funções de acusar, defender e julgar. O juiz inicia a ação, defende o réu e o julga. Não há contraditório nem ampla defesa. O acusado é mero objeto do processo, sem qualquer garantia. Prevalece a lógica de que se ele é culpado, não merece defensor; se inocente, um inquisidor justo o saberá.

Além disso, o processo é sigiloso, e a prova tarifada. O valor dela é previamente estabelecido em lei. O juiz não tem qualquer liberdade para aferir o conjunto probatório. Mais: a confissão é a rainha das provas, devendo prevalecer ainda que em desacordo com os demais elementos do processo. As provas podem ser obtidas por quaisquer meios, inclusive tortura.

O regime surgiu nos regimes monárquicos. Teve seu auge nos séculos XVI a XVIII, quando dominou em praticamente todas as legislações da Europa, sobretudo graças à convergência de interesses entre a Igreja e os estados absolutistas. Aquela empenhada em combater os infiéis; estes preocupados com o crescimento do poder feudal.

Trata-se de sistema totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, sendo típico dos estados totalitários, onde não há respeito à liberdade e às garantias individuais.

O sistema acusatório é a antítese do inquisitivo. Suas principais características: clara separação das funções de acusar, defender e julgar, com

cada uma a cargo de personagens distintos. O juiz não tem poderes para iniciar a persecução penal. É órgão imparcial de aplicação da lei, só se manifestando mediante provocação. A acusação é atribuída a órgão específico, no caso o Ministério Público. O acusado é sujeito de direitos, com sua defesa atuando em pé de igualdade com a acusação. No tocante à valoração das provas, prevalece o critério da íntima convicção, que garante ao juiz ampla liberdade para aferir as provas dos autos.

Historicamente, o modelo acusatório é anterior ao inquisitivo. Dominou na antiguidade greco-romana e durou até a Idade Média, quando foi substituído pela inquisição.

Atualmente, o regime inglês é o que mais se aproxima do sistema original, segundo informa o professor Denílson Feitoza. São palavras dele:

O processo inglês é propriamente um processo de partes, pois, em regra, o juiz não produz provas de ofício, coloca-se imparcialmente de maneira eqüidistante das partes e sua decisão se fundamenta no que foi alegado e provado pelas partes, não ampliando o fato apresentado na acusação, nem as provas produzidas (cf. Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis; 6ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2009, p. 61).

Diversamente do que muitos afirmam, o sistema misto ou acusatório formal não representou propriamente um regime inédito, mas uma reforma da inquisição. Tanto que manteve algumas de suas principais características, como a persecução penal pública e a apuração da verdade histórica como meta e fundamento da decisão final.

Os autores identificam três fases nesse sistema: instrução preliminar, instrução preparatória e julgamento.

A instrução preliminar é inquisitiva, escrita e sigilosa. É realizada pelo juiz (Juiz de Instrução) e tem por finalidade reunir elementos probantes que justifiquem a instauração do processo. Face à limitação do direito de defesa, as provas colhidas não têm valor no julgamento.

A instrução preparatória nasce com a acusação propriamente dita, onde as partes iniciam o debate público. A fase é marcada pelo contraditório, assegurada ao réu ampla defesa. A acusação é atribuída, em regra, ao Ministério Público.

O sistema desenvolveu-se ao longo do século XIX e teve como base o Código de Instrução Criminal francês de 1808, expandindo-se pela Europa com o triunfo da Revolução Francesa de 1789.

De acordo com Paulo Rangel, pretendeu-se, com ele, “temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de vingança” (*Direito Processual Penal; 16ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2009, p. 52*).

2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Não há consenso sobre a classificação do sistema processual penal brasileiro. Alguns o identificam com o acusatório (Frederico Marques, Torinho Filho, Mirabete, Paulo Rangel, Norberto Avena, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar), em função das garantias que a Constituição estabelece; outros, como Rogério Lauria Tucci e Guilherme de Souza Nucci, o enquadram no sistema misto, face a presença de procedimento inquisitório na legislação infraconstitucional, especialmente o Código de Processo Penal (CPP), em vigor desde 1941 e fortemente influenciado pelo fascismo italiano, de orientação inquisitiva. O Código prevê o inquérito policial, anterior à denúncia (ação penal pública incondicionada) ou queixa (ação penal privada), presidido por um delegado de polícia e desenvolvido com a única preocupação de colher provas contra o acusado, sem contraditório ou ampla defesa.

Na opinião de Guilherme de Souza Nucci, professor e magistrado paulista, o assunto comporta dois enfoques: o constitucional e o processual. Na Constituição prevalece o regime acusatório, mas o CPP está recheado de regras e princípios de origem inquisitiva. Eis o que ele diz:

Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição imantada pelos

princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto (Manual de Processo Penal e Execução Penal; 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p.117).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar rebatem o argumento. Sustentam que a existência do inquérito policial não desfigura o sistema, “pois se trata de uma fase pré-processual, que visa dar embasamento à formação da **opinio delicti** pelo titular da ação penal, onde não há partes, contraditório ou ampla defesa” (cf. *Curso de Direito Processual Penal; 3ª ed., Salvador, Juspodium, 2009, p. 34*).

Acontece que o inquérito policial, que pode inclusive ser requisitado pela autoridade judicial, não é o único resquício da inquisição no processo penal brasileiro. Há outros *entulhos* que não foram removidos pelo legislador e que continuam sendo aplicados na sistemática brasileira. São exemplos as possibilidades de o juiz requisitar a abertura de inquérito policial, determinar a produção de provas de ofício, decretar a prisão preventiva sem pedido de qualquer das partes, provocar o Ministério Público para ampliar a denúncia (**mutatio libelli**) ou condenar por fato não alegado pelo *parquet*. Mais: no geral, as testemunhas de acusação ouvidas na instrução são as mesmas que a polícia ouviu no inquérito policial. Além disso, seria ingênuo supor que o juiz não leva em conta os dados do inquérito para firmar sua convicção. Formalmente, ele pode até não se referir e eles, mas com certeza eles acabam influenciando na sentença.

Desse modo, parece sustentável a tese da natureza híbrida do processo penal brasileiro, caracterizada pela coexistência do regime acusatório, delineado na Constituição Federal (CF), e de institutos típicos da inquisição mantidos pelo Código de Processo Penal.

A *purificação* do regime depende, sobretudo, do legislador, por enquanto mais voltado para o agravamento das penas e para o fortalecimento dos poderes do juiz na instrução criminal, sob o pretexto de que isso ajudará a combater o crime organizado. Informa-se, porém, que o Poder Executivo trabalha na elaboração de um novo Código de Processo Penal, de orientação garantista.

Espera-se que o trabalho, a ser encaminhado brevemente ao Congresso Nacional, resulte num texto que corrija as atuais contradições e prestigie o modelo plasmado pelo constituinte de 1987/1988.

3.0 O DEVIDO PROCESSO PENAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Há uma forte relação entre a Constituição e processo penal. Quanto mais democrática ela for, maiores as garantias e as possibilidades de defesa da liberdade individual; quanto mais autoritária, menores as chances de defesa e mais vulneráveis os mecanismos de proteção dos direitos individuais. É nela que estão as balizas que irão orientar o operador do direito e a elaboração das normas infraconstitucionais de cunho processual.

A atual Constituição brasileira, promulgada em outubro de 1988, é a mais democrática que o País já teve. Isso ficou evidente desde de sua elaboração, que obedeceu a um processo até então inédito no Brasil.

Em vigor desde 5 de outubro de 1988, a atual Constituição brasileira, que redemocratizou o País, depois de vinte anos de regime autoritário, é alvo de críticas e elogios. Uns a aplaudem pelos pontos positivos que abriga, como o capítulo dos direitos e garantias individuais, considerado como um dos mais avançados do mundo e que lhe valeu o apelido de **Constituição-cidadã**. As críticas decorrem de seu conteúdo analítico e do excessivo número de matérias sem qualquer conotação constitucional. Seja como for, de uma coisa não se pode acusá-la: de ter sido gerada numa redoma, sem qualquer participação popular.

Pela primeira vez na sua atribulada história constitucional, o Brasil ganhou uma Constituição genuinamente brasileira. Nenhuma das sete que a precederam teve esse mérito, caracterizando-se ora pela preponderância de interesses dos grupos dominantes, ora pela excessiva influência de modelos alienígenas.

A primeira, de 1824, inspirou-se na Constituição francesa; a de 1937 foi uma adaptação da polonesa, pelo que lhe valeu o apelido de polaca; a de 1967, referendada por um Congresso sitiado pelo autoritarismo que a gerou, praticamente reeditou a de 1937; a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que a

ela se incorporou, foi outorgada pela Junta Militar que assumira o poder, sem qualquer debate.

Mesmo as oriundas de Assembléias Constituintes não ficaram imunes a vícios de origem. A de 1891, além da notória influência norte-americana, preocupou-se menos com os interesses gerais da nação do que em preservar os dos **coronéis** e barões do café; a de 1934, apesar de consignar alguns avanços sociais, teve escassa participação popular, inspirando-se na Carta alemã de Weimar e na espanhola de 1931. Até a de 1946, habitualmente saudada como a de maior eloquência democrática, teve seus pecados: cerca de metade da população da época era analfabeta, não votando nas eleições da Constituinte. Além disso, não escapou à tentação externa, mirando-se nas constituições americana, francesa e alemã.

Esta de 1988 foi a primeira de cuja feitura o povo participou. Ou, pelo menos, teve efetiva oportunidade de participar. O processo elaborativo foi aberto, e o debate amplo.

Durante quase dois anos (fevereiro de 1987 a outubro de 1988), houve uma mobilização popular sem precedentes na História nacional, da qual participaram setores tradicionalmente marginalizados do debate político. Foram quase 70 mil emendas propostas e debatidas, 121 das quais de origem popular e com um mínimo de 30 mil assinaturas. Praticamente todos os segmentos da sociedade foram ouvidos, por suas vozes mais representativas, nas subcomissões e comissões temáticas. A televisão e o rádio permitiram que todos os brasileiros acompanhassem diariamente todas as fases de sua elaboração. Não houve projeto prévio, como nas anteriores. O texto foi montado a partir das sugestões dos parlamentares e de cidadãos sem mandato, ouvidos nas audiências públicas, especialmente nas subcomissões.

O resultado desse engajamento popular foi a feitura de uma Carta afinada com os variados anseios sociais e com maior legitimidade junto à população.

É certo que não foram contempladas todas as aspirações e demandas da sociedade nacional. Tampouco seu texto pode ser considerado como modelo no plano jurídico. Nem poderia sê-lo, posto ser uma obra de políticos, não de juristas.

Mas o fundamental ela contém, além da legitimidade: identidade com o País que preside. Consigna avanços significativos, atrasos - alguns já reparados por emendas posteriores, como na questão da ordem econômica – e contradições. Mas uns e outros não a desqualificam. Pelo contrário: reforçam ainda mais sua identificação com o País, de sociedade, cultura e geografia heterogêneas. Ainda que sob o aspecto jurídico haja quem lhe faça restrições, sob o ponto de vista sociológico é uma obra notável. Pode-se até dizer que é a cara do Brasil, com as diferenças e desníveis característicos da nossa realidade.

Uma de suas principais características está na valorização dos direitos e garantias individuais, onde, além de conquistas clássicas da humanidade, proclama um conjunto de princípios que devem presidir o processo penal. Maioria deles está concentrada no artigo 5º, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, todos chancelados como cláusulas pétreas, inalteráveis pelo constituinte derivado.

Tais princípios constituem o que se pode denominar de **devido processo penal constitucional**, podendo ser divididos em explícitos e implícitos.

Os princípios explícitos são aqueles expressamente enunciados, enquanto os implícitos são os referidos de forma indireta ou reflexa no texto constitucional. A própria Carta enfatiza sua existência, ao estabelecer no parágrafo 2º do artigo 5º 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.”

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPLÍCITOS

A maioria dos princípios explícitos que regem o processo penal está concentrada no artigo 5º da Constituição, mas há outros dispersos pelo texto constitucional. Os principais são estes: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do devido processo legal, princípio da legalidade, princípio do juiz natural, princípio da igualdade ou da isonomia, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio da presunção

de inocência, princípio da proibição de provas ilícitas, princípio da publicidade e o da celeridade processual.

3.1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não é propriamente um princípio do processo penal, mas por sua relevância e abrangência preside todo o sistema jurídico.

Está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal (CF), como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, popularizada como Pacto de São José da Costa, subscrita pelo Brasil e introduzida no Direito interno pelo Decreto 678, de 1992, também faz referência a ele, estabelecendo em seu artigo 11, § 1º, que “toda pessoa humana tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”

O Pacto de São José da Costa Rica integra o ordenamento jurídico pátrio com **status** supralegal, hierarquicamente acima das normas infraconstitucionais, conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF).

O princípio deve nortear toda a atividade processual, dele derivando outros, como a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (CF, artigo 5º, III); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, a inviolabilidade do domicílio, salvo em caso de flagrante, delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (CF, art. 5º, XI); o respeito à integridade física e moral do preso (CF, artigo 5º, XLX); a proibição da pena de morte, de caráter perpétuo, trabalhos forçados e cruéis (CF, artigo 5º, XLVII); a dispensa de identificação criminal do civilmente identificado (CF, artigo 5º, LVIII); a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz e à família do preso (CF, artigo 5º, LXIII); a obrigação de informar ao preso seus direitos (CF, artigo 5º, LXIII); a identificação dos responsáveis por sua prisão e por seu interrogatório (CF, artigo 5º, LXIV) e o relaxamento imediato da prisão ilegal (CF, artigo 5º, LXV).

Em homenagem ao princípio, o Supremo Tribunal Federal editou recentemente a súmula vinculante número 11, restringindo o uso de algemas pela polícia. A súmula, de observância obrigatória por todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, está vazada nos seguintes termos:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

3.1.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio está previsto no inciso LIV do artigo 5º da Lei Magna, com esta redação: “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Trata-se de princípio nuclear, que se projeta por todo o sistema processual, vinculando todos os atos do processo penal, civil, tributário e administrativo.

Dele defluem outros princípios básicos, como o da proibição de juízos de exceção; do juiz natural; da igualdade, incluída a paridade de armas; do contraditório e da ampla defesa; o direito a uma decisão fundamentada; o direito a citação e ao conhecimento do conteúdo da acusação; o direito de não ser condenado com base em provas ilegalmente obtidas; o direito a assistência judiciária; o direito a um juiz imparcial e de não produzir prova contra si mesmo; o direito ao promotor natural; ao acesso à justiça e à celeridade do processo.

Em síntese, é uma garantia do cidadão contra a atuação arbitrária do poder estatal.

Na doutrina do professor José Carlos Tosetti Barruffini, o princípio tem duas faces: uma formal e outra material ou substancial. No primeiro plano, significa que toda ação contrária à liberdade ou aos bens de um indivíduo deve ser submetida ao crivo do judiciário, garantida a paridade de armas entre o acusado e o Estado. Já aplicado ao campo material ou substancial, o devido processo legal

traduz a necessidade de se observar o princípio da razoabilidade, “com o resguardo da vida, da liberdade e da propriedade” (cf. *Direito Constitucional 1, coleção curso & concurso/coordenador Edilson Mougenot Bonfim; São Paulo, Saraiva, 2005, p. 126*).

Em função do princípio, o Supremo Tribunal Federal adotou as súmulas 70 e 323, estabelecendo serem inadmissíveis a interdição de estabelecimento e a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança de tributos.

No geral, os autores identificam a origem do princípio na Magna Carta que os barões ingleses e o alto clero impuseram ao Rei João Sem Terra, em 1215. A cláusula 39 desse documento previa que “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.”

De lá, o preceito migrou para a América do Norte, passando a integrar a Constituição americana através das emendas V e XIV. Pela primeira, ninguém seria compelido a ser testemunha contra si próprio nem privado da vida liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Pela emenda XIV, nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal.

Atualmente, o princípio faz parte de quase todas as constituições do mundo ocidental, como na da Itália (art. 24), Alemanha (art. 103), Portugal (art. 26), Espanha (art. 24), Argentina (art. 18) e México (art. 14, § 2º).

No Brasil, a Constituição de 1988 foi a primeira a incorporá-lo expressamente. Não há, contudo, qualquer orientação normativa sobre seu real alcance, cabendo à doutrina e especialmente ao judiciário ir revelando sua abrangência, já que a Constituição contempla expressamente alguns de seus possíveis desdobramentos.

3.1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É pressuposto do próprio devido processo legal, sendo inerente ao regime democrático.

O princípio está previsto no artigo 5º, II, da Lei Magna, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A regra deve ser conjugada com o artigo 22, I, da Lei Fundamental, que diz competir privativamente à União legislar sobre direito processual. Os Estados, Distrito Federal e municípios não podem legislar sobre a matéria.

De acordo com o princípio, só o Legislativo pode criar direito novo, inovar a ordem jurídica. O Executivo e o Judiciário não o podem, devendo atuar dentro dos limites estabelecidos pelo Parlamento.

O princípio da legalidade não se confunde com o da reserva legal. O primeiro significa submissão e respeito à lei; o segundo quer dizer que a regulamentação de determinadas matérias deve ser feita por lei em sentido estrito, ou seja, como ato emanado do Legislativo. Manifesta-se quando a Constituição atribui à lei a disciplina de certo direito ou prerrogativa.

No campo processual, significa que todos os atos do processo devem obedecer os ditames da lei, sob pena de invalidade. Trata-se de uma garantia do cidadão contra abusos e desmandos do poder público e essencial à efetivação do princípio da segurança jurídica, outro componente básico do Estado Democrático.

3.1.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU DA ISONOMIA

O princípio abre o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição, estando inserto em seu artigo 5º, **caput**, nos seguintes termos:

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 (...).

Os autores abordam o princípio sob dois aspectos: formal e substancial.

No sentido formal, o preceito traduz uma limitação ao legislador, ao operador do Direito, à autoridade pública e ao particular, também proibido de condutas preconceituosas por razões de sexo, cor, estado civil, idade, etc, sob

pena de responder penal e civilmente pela atitude discriminatória. Significa o direito que tem todo indivíduo de não ser desigualado pela lei por critérios estranhos ao ordenamento constitucional. Visa evitar tratamentos diferenciados a pessoas em situações idênticas.

No plano substancial, busca a equiparação de todos os indivíduos no tocante ao gozo e exercício de direitos e deveres. Objetiva a consecução da igualdade real perante os bens da vida, e não um tratamento igual perante a ordem jurídica.

Na esfera processual, o princípio impõe tratamento isonômico em todas as fases do processo, notadamente no que tange à produção de provas, prazos, acesso aos autos e a outras situações inerentes ao andamento da demanda.

3.1.5 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural está assegurado em três incisos do art. 5º da Constituição Federal. Nos incisos XXXVII, XXXVIII e LIII, que se completam. O primeiro diz que “não haverá juízo ou tribunal de exceção; o segundo reconhece a instituição do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assegurando-se a plenitude da defesa, sigilo das votações e a soberania dos veredictos; o inciso LIII é enfático: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

O princípio indica que ninguém pode ser julgado por juiz ou tribunal constituído **ex post facto**. Noutras palavras, só pode conhecer e julgar as causas criminais o juiz ou tribunal cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação vigente na época do crime. É inadmissível o juiz **ad hoc**. Este deve preexistir ao fato sujeito a julgamento, sob pena de nulidade da decisão.

No ano passado, a Lei 11.719, de 2008, enrijeceu ainda mais o instituto, impondo o princípio da identidade física do juiz, ao estabelecer que o magistrado que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Assim, se o juiz for transferido ou promovido de uma entrância para outra, os autos terão que ser encaminhados a ele para sentenciar.

Muitos autores, contudo, criticam a regra, preferindo a aplicação da lei processual civil, que embora adote o critério da identidade física do juiz, ressalva as hipóteses de aposentadoria, licença ou afastamento por qualquer outro motivo.

Certo é, porém, que a nova lei não proscreeve o Código de Processo Penal na parte em que ele flexibiliza o comando constitucional, como nas hipóteses de modificações de competência decorrentes de normas posterior e regulamente editadas, de desaforamento e prorrogação de competência. Nesses casos, a sentença emana de juiz diverso do competente para a causa no momento da infração.

Em artigo publicado no portal **Paraná online**, a professora Clara Maria Roman Borges, da Universidade Federal do Paraná, cita outra exceção que a realidade impõe ao princípio. Diz ela:

*O princípio do juiz natural, assegurado no art. 5º XXXVII e LIII, é violado diariamente quando alterada a competência fixada no momento da consumação do delito. Veja-se como exemplo a competência por prerrogativa de função atribuída aos tribunais para o julgamento daqueles que exercem relevante função pública. Atualmente, o prefeito que consuma o delito no exercício da função pública deve ser processado pelo TJ; contudo se o andamento do processo não lhe agrada, ele pode renunciar ao cargo para se eleger deputado federal; assim seu caso serão enviado ao STF. Além disso, se o STF não lhe for favorável, ele pode novamente renunciar para ser processado pela justiça comum. Retorna-se à Idade Média, onde os privilégios de foro eram presentes que os reis concediam aos súditos em troca de apoio ou que a igreja concedida aos fiéis em troca de riqueza (**Os 20 anos da Constituição e o processo penal**; in WWW.parana-online.com.br; acesso em 20/10/09)*

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, criou outra exceção à regra do juiz natural. No caso de grave violação de direitos humanos, a competência para julgamento pode ser deslocada da justiça estadual para a federal, mediante incidente suscitado pelo Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O incidente pode ser provocado em qualquer fase do inquérito ou do processo e visa “assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte” (CF, art. 109, § 5º).

De outra parte, é oportuno registrar que os juízes de exceção, proibidos no Brasil, não se confundem com os juízos especiais, estabelecidos em razão da natureza penal, como os eleitorais. Na lição de Celso Ribeiro Bastos, a justiça

especializada tem raízes relativamente profundas no País, surgindo como necessidade de especialização de determinadas justiças, em ofensa ao princípio em questão (*cf. Comentários à Constituição do Brasil; vol. 2, São Paulo, Saraiva, p.204*).

3.1.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Está previsto expressamente no artigo 5º, LV, da Lei Básica, assim redigido: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

É um corolário do devido processo legal, caracterizando-se pela possibilidade de resposta às provas e manifestações da parte adversa.

O princípio consubstancia-se na conhecida parêmia **audiatur et altera pars**, ou seja, a parte contrária deve ser ouvida. De acordo com ele, a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo o que for produzido em juízo pela acusação.

Discute-se se o princípio prevalece também no inquérito policial. A melhor doutrina responde negativamente. Primeiro, por considerar que a expressão “processo administrativo” utilizada no texto constitucional refere-se ao processo instaurado pela Administração Pública para apurar ilícitos administrativos ou fiscais, não ao inquérito policial, que é uma fase pré-processual. Depois, o comando constitucional fala em “litigantes”, figura inexistente no inquérito policial. Além disso, no inquérito policial não há acusação. Há apenas indiciado, não podendo a condenação fundar-se exclusivamente em elementos informativos do inquérito não ratificados em juízo, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (*Inf. 366/STF, HC 84.517/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19.10.04. Precedentes: HC 74.368/MG, DJU 28.11.1997 e HC 81.171/DF, DJU 07.03.03, apud Pedro Lenza, in Direito Constitucional Esquematizado; 13ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 713*).

3.1.7 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

É indissociável do princípio do contraditório, derivando, como este, do devido processo legal.

Também assegurado pelo artigo 5º, LX, da Lei Maior, o princípio envolve dois aspectos: a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa reside na possibilidade de o próprio acusado defender-se, como ocorre sobretudo no interrogatório, quando ele tem a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos ao magistrado. A defesa técnica consiste na necessidade de intervenção de advogado em todas as fases do processo.

No processo penal brasileiro, a inexistência ou cerceamento da autodefesa ou da defesa técnica gera nulidade absoluta.

Para garantir a observância do princípio, a Constituição tanto prevê que o advogado é essencial à administração da justiça (artigo 133), como assegura a assistência judiciária gratuita aos que não têm condições financeiras para contratar defensor (art. 5º, LXXIV). Essa assistência é prestada pela Defensoria Pública, também essencial à administração da justiça (art. 134) e mantida pela União e pelos Estados-membros.

Nem todos os Estados, no entanto, possuem Defensoria Pública estruturada. Isso acaba comprometendo a efetividade do princípio, já que a grande massa dos acusados provém das camadas mais sofridas da população, sem condições para contratar defensor qualificado para uma defesa técnica compatível com a complexidade do caso.

Mesmo onde há Defensoria não se pode afirmar que o princípio seja observado na sua plenitude. É que o número de profissionais é insuficiente para atender todas as demandas nos prazos e com a qualidade que elas normalmente requerem.

3.1.8 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Também conhecido como direito de ação ou do livre acesso ao judiciário, o princípio está assegurado no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política, **verbis**:
“*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

O princípio é dirigido especialmente ao legislador, que em função dele não pode criar mecanismos que frustrem ou dificultem o acesso à justiça. Também em razão dele não mais se admite, no Brasil, a chamada jurisdição condicionada, vigente no regime anterior, em que só se poderia recorrer ao judiciário após esgotar a via administrativa.

Há, porém, duas exceções à regra. Uma imposta pelo próprio constituinte originário, outra por lei ordinária. A primeira está prevista no artigo 217 da Lei Magna, estando relacionada com competições esportivas. Nas matérias dessa natureza, o judiciário só poderá ser acionado após exaurida a instância desportiva. A segunda hipótese diz respeito à concessão do **habeas data** - ação constitucional de que qualquer indivíduo dispõe para obter informações a seu respeito, constantes de bancos de dados de caráter público. Pela Lei 9.507/97, ele só poderá bater às portas do judiciário depois de negado seu pedido na esfera administrativa.

3.1.9 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Também chamado de princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, o instituto está consagrado no artigo 5º, LVII, da Constituição, assim redigido: “*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”.

Considerado como outro desdobramento do devido processo legal, a regra irradia-se por outros preceitos constitucionais básicos, como os dos incisos LXV (a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária), LXVI (ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança) e LXXV (o Estado indenizará o condenado por erro

judiciário), todos do artigo 5º da Lei Fundamental, além de orientar a aplicação de históricos institutos processuais, como o do *favor rei* e do **in dúbio pro reo**.

O princípio, contudo, não é devidamente observado no País. A própria legislação processual o relativiza. Não raro ele é substituído pela presunção de culpa, como ocorre na grande parte das prisões preventivas e temporárias, muitas delas motivadas por mera suspeita e sem dar ao investigado oportunidade de defesa.

A rigor, a prisão preventiva só é cabível se houver prova da existência do crime e indícios de autoria (Código de Processo Penal, art. 312). A prisão temporária, por sua vez, só poderá ocorrer quando houver prova de autoria ou de participação do acusado em homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, extorsão mediante seqüestro, estupro, crimes contra a dignidade sexual (estupro e atentado violento ao pudor), contra o sistema financeiro, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, quadrilha ou bando, entre outros.

Na prática, porém, juízes e delegados subestimam a exigência de prova, mantendo atrás das grades cidadãos que mais tarde se reconhece inocentes.

O princípio tem origem na Declaração de Direitos do Homem, produzida pela Revolução Francesa de 1789, de onde migrou para outros documentos importantes da humanidade, como a Declaração Universal das Nações Unidas, de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, e o Pacto de São José da Costa Rica.

3.1.10 PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Está previsto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição: “*São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Decorre do enunciado que também as provas derivadas de provas obtidas por meios ilícitos estarão maculadas, devendo ser expurgadas do processo. É a teoria dos frutos da árvore envenenada, inspirada no preceito bíblico de que a árvore má não dá bons frutos e consagrada pelos norteamericanos.

A doutrina divide as provas ilegais em ilícitas e ilegítimas. As ilícitas são aquelas que contrariam as normas de Direito material; as ilegítimas são as que ofendem regras de Direito processual.

Ambas são inaceitáveis no processo, segundo a orientação dominante no Supremo Tribunal Federal. Mas o juiz pode valer-se delas para absolver, se não houver outras provas que o favoreçam o réu.

3.1.11 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O princípio significa que todos os julgamentos do judiciário devem ser públicos, e fundamentadas suas decisões.

Está previsto no artigo 93, IX, do Texto Magno, segundo o qual:

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

A garantia é complementada pelo artigo 5º, LX, da mesma Carta, que só admite sua restrição “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Como exceção ao princípio, a lei processual penal autoriza o juiz a adotar providências que preservem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação a dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos para evitar a exposição do envolvido na mídia.

No tocante à motivação das decisões judiciais, imposta na parte final do dispositivo transcrito, Pedro Lenza entende que deve ser visto como garantia das partes como forma de permitir a qualquer do povo aferir, no caso concreto, a imparcialidade do juiz e a justiça da decisão (ob. cit., p. 718).

3.1.12 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Trata-se de garantia introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, vazada nos seguintes termos: “*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 questão da celeridade processual é uma aspiração antiga. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, já a consignava ao estabelecer, como dever do Estado, “assegurar o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial (...)”.

O Pacto de São José da Costa Rica faz coro a esse anseio. Diz seu artigo 7º, nº 5:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgado em prazo razoável.

Não há uma indicação precisa sobre o que deve ser entendido como “razoável duração do processo.” Nem haveria como defini-la *a priori*. Tudo depende do caso concreto. Às vezes um processo aparentemente simples arrasta-se por anos a fio nos escaninhos da justiça, face à dificuldade de provas ou aos incontáveis recursos que a legislação comporta.

De qualquer modo, o princípio já repercutiu no STF, que ao apreciar o HC 86.915-7/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, deixou assentado:

A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo. 2. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. 3. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável constituindo inadmissível antecipação da sanção penal (...).

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS

Os princípios implícitos não estão enunciados expressamente nem encontram respaldo em algum dispositivo específico. Em regra, decorrem de uma análise sistêmica do texto constitucional ou do sistema normativo.

Não há consenso sobre quais seriam eles, mas a própria Constituição os admite claramente ao dispor, no § 2º do artigo 5º, 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.”

Sem pretender esgotar o assunto, pode-se relacionar entre eles o do duplo grau de jurisdição, do promotor natural, do juiz imparcial, da proporcionalidade ou razoabilidade, da oficialidade, da busca da verdade real, da intranscendência, da não auto-incriminação e o da variabilidade dos recursos.

3.2.1 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio consiste na possibilidade de a parte, insatisfeita com uma decisão, buscar seu reexame por órgão jurisdicional superior.

O instituto resulta do próprio formato constitucional do Poder Judiciário, estruturado em instâncias, com órgãos colegiados com a incumbência de rever as sentenças proferidas pelos órgãos singulares ou inferiores.

Além disso, ao dispor que os direitos e garantias constantes de seu texto não excluem outros decorrentes dos tratados que o País subscrever (art. 5º, § 2º), a Constituição acolhe, necessariamente, o previsto nos artigos 7, nº 6, e 8, nº 2, letra “h”, do Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao Direito pátrio em 1992, como registrado linhas atrás. O primeiro diz que “toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou detenção forem ilegais.” O artigo 8º, nº, letra “h”, por sua vez, prevê como garantia judicial “o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.”

3.2.2 PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

O princípio veda a indicação de promotor **ad hoc**, para atuar em situações específicas. A acusação deve ser promovida por órgão imparcial do Estado, previamente previsto em lei.

A garantia está implícita em diferentes disposições constitucionais, como o inciso LIV do artigo 5º e o artigo 128, § 5º, I, letra “b”. No artigo 5º, LIV, a Constituição diz que “ninguém será **processado** nem sentenciado senão pela autoridade competente” (grifou-se). A “autoridade competente”, no caso, é o membro do Ministério Público, a quem cabe promover, privativamente, a ação penal pública (CF, artigo 129, I). O artigo 128, § 5º, I, de seu lado, assegura a inamovibilidade dos integrantes do **parquet**, só excepcionada por razões de interesse público e mediante decisão da maioria absoluta dos componentes do Conselho Superior da instituição.

Em outras palavras, ainda que discorde do encaminhamento que o Promotor de Justiça ou Procurador esteja dando a determinada causa, seu superior hierárquico (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República) não tem poderes para afastá-lo e designar outro para prosseguir na ação.

Sua substituição só ocorrerá em uma hipótese: quando propuser o arquivamento do inquérito policial e o juiz discordar. Nesse caso, o juiz pode oficiar ao Procurador-Geral de Justiça ou da República (ações de competência da Justiça Federal), que, discordando do arquivamento, oferecerá a denúncia ou nomeará outro Promotor ou Procurador para fazê-lo.

O princípio visa evitar designações casuísticas, garantindo ao acusado o direito de ter seu caso examinado por um órgão independente, livre de pressões políticas. Além, é claro, de preservar a autonomia e independência do próprio **parquet**.

3.2.3 PRINCÍPIO DO JUIZ IMPARCIAL

É desdobramento lógico do princípio do juiz natural. Não basta o reconhecimento do juiz natural para dar segurança à relação processual. É indispensável que este atue com isenção, liberto de interferências extraprocessuais.

O princípio decorre do § 2º do artigo 5º da Lei Magna, conjugado com o artigo 8º, nº 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos. O preceito constitucional, já mencionado, insere no ordenamento pátrio outros direitos e princípios resultantes de atos internacionais subscritos pelo Brasil. Já a Convenção assegura a todos o direito de serem ouvidos “com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente e **imparcial**” (grifou-se).

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Penal garante a efetividade do princípio ao prever as exceções de suspeição e impedimento para afastar o magistrado cuja isenção possa ser comprometida por interesse pessoal no processo, parentesco, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes.

3.2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

Consiste na ponderação entre os interesses em conflito e o resultado pretendido pelo ato a ser praticado. Significa bom senso, prudência e moderação na interpretação e aplicação dos textos normativos. É a sintonia entre a restrição imposta pelo Estado e a gravidade da conduta do agente.

Para a doutrina, o princípio está implícito na exigência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e deve ser aplicado com base nos seguintes critérios: a) adequação dos meios aos fins; b) proibição de excessos; c) proporcionalidade em sentido estrito.

No tocante à adequação dos meios aos fins, o juiz deve avaliar se a medida atende ao objetivo almejado. O segundo critério tem relação com a necessidade do ato. Este só será cabível se não houver outro menos gravoso que satisfaça a finalidade pretendida. Já a proporcionalidade em sentido estrito indica que o juiz deve ponderar o ônus imposto e o resultado a ser alcançado, devendo prevalecer a medida que proporcione maior equilíbrio nessa equação. Em outras palavras, é a relação custo-benefício que deve orientar a aplicação das normas jurídicas.

O princípio tem sido reiteradamente proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no controle de constitucionalidade das leis.

No plano infraconstitucional, está expressamente previsto na Lei nº 9.784, de 1999, que ao disciplinar o processo administrativo, determina a observância da “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, IV).

3.2.5 PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

Significa a obrigatoriedade do Estado de promover a persecução penal, cabendo aos órgãos oficiais investigar, processar e punir o criminoso. Assim, a apuração das infrações é efetuada pela polícia judiciária (CF, art. 144), a ação penal pública é promovida privativamente pelo Ministério Público (CF, art. 129, I), cumprindo ao judiciário aplicar o direito ao caso concreto.

O princípio, contudo, não é absoluto. A própria Constituição o relativiza ao admitir a ação penal privada subsidiária, de iniciativa do próprio ofendido, na hipótese de o Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal (art. 5º, LIX). Além disso, em determinados crimes a legislação processual prevê a ação penal privada, proposta pela vítima ou seu representante.

3.2.6 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Significa que o **jus puniendi** deve ser exercido apenas contra quem praticou a infração penal e nos limites de sua culpabilidade, apurada em investigação criteriosa e independente da iniciativa das partes.

O princípio exclui os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções e transações correntes no processo civil.

Em função desse princípio, tem-se como dever do magistrado dar seguimento à relação processual, inclusive determinando, de ofício, a produção de provas essenciais ao esclarecimento dos fatos que justificaram a ação penal.

O princípio está amparado pelo inciso LXXV do art. 5º da Lei Magna, que manda o Estado indenizar o condenado por erro judiciário, ou que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

3.2.7 PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA

Prevê que a ação penal não pode transcender da pessoa do infrator. Ela deve ser proposta contra o agente a quem se imputa a conduta delitiva. Apenas o sujeito ativo do crime pode ser apenado.

O princípio é respaldado pelo inciso XLV do art. 5º da Lei Fundamental, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

3.2.8 PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

O princípio quer dizer que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Ampara-se no direito ao silêncio, previsto no inciso LXIII do art. 5º da Lei Magna (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”), e nos princípios da presunção da inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV), já mencionados.

Talvez por influência de regra ainda constante do Código de Processo Penal, segundo a qual o silêncio do réu poderá prejudicá-lo, também esse postulado é mitigado na prática, como registra a professora Clara Maria Roman Borges, **verbis**:

O direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, não ganha efetividade num processo de nuances como o nosso e a presunção de culpa que assombra o julgador impõe a conclusão de que quem cala esconde algo ou de quem cala consente com a acusação (ob.cit.).

3.2.9 PRINCÍPIO DA VARIABILIDADE DE RECURSOS

O princípio está intimamente ligado ao do duplo grau de jurisdição, significando a existência de vários recursos contra decisões adversas ao interesse da parte.

Está consubstanciado no capítulo da Constituição dedicado ao Poder Judiciário, onde está delineada a competência recursal dos diferentes tribunais que integram a estrutura desse Poder.

Além dos recursos ordinário, especial e extraordinário constitucionalmente previstos, a legislação processual disciplina diversos outros, como a apelação, o recurso em sentido estrito, embargos e carta testemunhável, todos utilizáveis pela defesa e pela acusação.

3.2.10 OUTROS PRINCÍPIOS

Em linhas gerais, são esses os princípios constitucionais que orientam a aplicação do Direito Processual Penal no Brasil. Óbvio que o rol não é exaustivo. Há outros, como o do *favor rei* e o da supremacia da Constituição, este aplicável em todas as áreas do Direito. O trabalho preocupou-se, contudo, apenas com aqueles de alguma forma vinculados ao processo penal e com fundamento imediato no texto constitucional.

4.0 CONCLUSÃO

A atual Constituição foi um marco importante na evolução do ordenamento jurídico no Brasil. A denominada **Constituição-cidadã** marca o panorama jurídico de forma que nenhuma outra o fez, produzindo avanços jamais auferidos ao longo da história constitucional do País.

No âmbito do processo penal, o texto promulgado em 1988 destaca-se pelo elenco de direitos e garantias que hospeda. As mudanças são profundas. Suficientes para transformar o sistema então vigente. O modelo inquisitório, consolidado pelo Código de Processo Penal, de inspiração fascista, é substituído

pelo acusatório, com ênfase nos princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, dos quais decorre uma constelação de outros, que informam, com eles, o devido processo penal.

Os avanços consignados, no entanto, não bastaram para abolir completamente velhos procedimentos inquisitoriais. Em vinte e um anos de vigência, a Constituição ainda não foi totalmente implementada, convivendo com práticas tipicamente inquisitivas, como a requisição de inquérito pela autoridade judicial.

Disso resulta o caráter híbrido do regime processual brasileiro: acusatório na Constituição, mas inquisitivo no Código de Processo, que continua sendo aplicado, em muitos casos graças à cultura inquisitiva disseminada por décadas a fio.

Além disso, muitos princípios constantes da Lei Magna ainda não prevalecem na sua plenitude, como o da não auto-incriminação, o da presunção de inocência e mesmo o da ampla defesa, não raro comprometido pela insuficiência de profissionais qualificados para patrociná-la.

Nessas circunstâncias, o processo penal brasileiro envolve dois aspectos: um ideal, projetado pelo texto constitucional; outro real, em que aquele é mitigado pelo Código de Processo Penal ou pela própria deficiência do Estado para materializá-lo.

Espera-se que o novo Código de Processo, em gestação nos gabinetes do Governo, resolva essa dicotomia, consolidando as conquistas que a Constituição consagra.

5.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. Processo Penal – versão universitária; São Paulo, Método, 2009.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Direito Constitucional 1; coleção Curso & Concurso; coord. Edilson Mougnot Bonfim, São Paulo, Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil; vol. 2, São Paulo, Saraiva.

BORGES, Clara Maria Roman. Os 20 anos da Constituição e o processo penal; 2008, www.paraná-online.com.br.

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos; São Paulo, Saraiva, 2009.

Constituição da República Federativa do Brasil; 13ª Ed., São Paulo, RT, 2008.

Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica; [http: www.justica.sp.gov.br](http://www.justica.sp.gov.br)

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Processual Constitucional; São Paulo, Atlas, 2009.

FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis; 6ª Ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2009.

HOLTHE ,Leo Van. Direito Constitucional; Salvador, Podyum, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado; 13ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal; revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem; 3ª Ed., São Paulo, Millennium, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo; 15ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição; 6ª Ed., São Paulo, RT, 2000.

NICOLITT, André Luiz. Manual de Processo Penal; Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal; 5ª Ed., São Paulo, RT, 2009.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado; São Paulo, Método, 2009.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal; 16ª Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

SILVA, Sérgio Ricardo de Souza Willian. Manual de Processo Penal Constitucional; Rio de Janeiro, Forense, 2009.

TÁVORA, Nestor; e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal; 3ª Ed., Salvador, Podyum, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro; 3ª Ed., São Paulo, RT, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal; 11ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

Vade Mecum/ obra coletiva da Editora Saraiva; 7ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do STF; São Paulo, Método, 2009.