

**UNIJUÍ – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL**

Departamento de Economia e Contabilidade
Departamento de Estudos Agrários
Departamento de Estudos da Administração
Departamento de Estudos Jurídicos

CURSO DE MESTRADO EM DESENVOLVIMENTO

AFONSO STANGHERLIN

**A ATUAL DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA
HERMENÊUTICA INFRACONSTITUCIONAL PROCESSUAL PENAL DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA**

Ijuí (RS)

2007

AFONSO STANGHERLIN

**A ATUAL DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA
HERMENÊUTICA INFRACONSTITUCIONAL PROCESSUAL PENAL DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação
Stricto Sensu em Desenvolvimento, área de
concentração em Direito, da UNIJUÍ - Universidade
Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do
Sul, como requisito final para a obtenção do título de
Mestre.

Orientador: Professor Doutor João Martins Bertaso

Ijuí (RS)

2007

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento

A Banca Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação

**“A ATUAL DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA
HERMENÊUTICA INFRACONSTITUCIONAL PROCESSUAL PENAL DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA”**

Elaborada por

AFONSO STANGHERLIN

Como requisito final para a obtenção do grau de
Mestre em Desenvolvimento

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Martins Bertaso (UNIJUÍ): _____

Prof. Dr. Florisbal de Souza Dell`Olmo (URI) : _____

Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ): _____

Ijuí (RS), 10 de setembro de 2007

“Para que exista um mínimo de justiça social, não basta assistência estatal, nem mercado, mas é essencial a competência humana de intervenção na economia e no Estado.” (Pedro Demo)

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por ter me dado a vida e forças para realizar esta pesquisa.

A minha família, pela educação recebida, especialmente pelo estímulo na busca constante pelo conhecimento.

Ao professor, Doutor João Martins Bertaso, pelo apoio e acompanhamento na elaboração deste trabalho.

Aos demais professores do Curso de Pós-graduação *Scripto Sensu*, pelo conhecimento adquirido.

A todos aqueles que, de uma ou outra forma, colaboraram para a realização desta pesquisa,
MUITO OBRIGADO!

RESUMO

A discussão científica sobre os efeitos dos Direitos Humanos Fundamentais, após sua positivação na Constituição de 1988, com um relato panorâmico de sua relação com a hermenêutica infraconstitucional processual penal do devido processo legal e da ampla defesa, bem como o trato da questão de seu caráter absoluto ou relativizado perante nosso ordenamento jurídico e sua posição perante nosso sistema. Sem deixar de considerar a importância de se proteger o acusado, a parte mais fraca, em cumprimento do princípio da igualdade, por outro lado, deve-se atender o conjunto de princípios constitucionais que compõem a ordem jurídica, os quais, somente harmonizados entre si (equilíbrio de interesses), é que poderá se falar em satisfação do interesse social, o qual deve estar acima de todo e qualquer interesse privado. O abuso de direito na relação processual penal, bilateralmente considerada, revela seu caráter prejudicial, pois agride não somente os interesses dos partícipes, mas, principalmente, o interesse social, que pertence a todos, independentemente de condição física, política ou econômica das partes litigantes, uma vez que atinge tanto o acusado em seus direitos e garantias quanto o acusador, obstaculizando a ampla defesa e o devido processo legal.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais. Devido processo legal e ampla defesa. Direito absoluto. Valoração.

ABSTRACT

The scientific discussion on the effects of Fundamental Human Rights, after its normalization in the Constitution of 1988, with a panoramic story of his relationship with the hermeneutics infraconstitucional criminal procedure because of the legal process and the ample defence and the treatment of the issue of his character relativized or absolute in our legal system and its position in our system. Without fail to consider the importance of protecting the accused, the weaker party, in observance of the principle of equality, on the other hand, you must meet the set of constitutional principles that constitute the law, which only harmonized among themselves (balance of interests), *it is possible to* talk about the satisfaction of social interest, which must be above any and all personal interest. The abuse of law in respect of criminal procedure, considered bilaterally, reveals its character damaging, because not only hits the interests of the participants, but especially the social interest, which belongs to everyone, regardless of physical condition, political or economic of the parties dispute since it affects both the accused in their rights and guarantees as the accuser, as an obstacle to a broad defense and due process of law.

Key-words: Human fundamental laws. Due process of law and ample defense. Absolute laws. Valorization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CARTA POLÍTICA BRASILEIRA DE 1988	133
1.1 Constituição como norma jurídica, sua vincularidade e força normativa	15
1.2 Natureza e conceituação dos direitos humanos fundamentais.....	23
1.3 Natureza e conceituação dos princípios constitucionais.....	31
1.4 O princípio da igualdade e da proporcionalidade.....	34
1.5 Histórico dos direitos humanos fundamentais e dos princípios jurídicos nas cartas brasileiras.....	41
2 PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA NA LEI BRASILEIRA.....	477
2.1 A dissociação entre a ordem constitucional e a pragmática forense	48
2.2 O devido processo legal e a ampla defesa a partir da dimensão constitucional e da teoria dos direitos humanos fundamentais.....	69
2.3 O princípio do contraditório e o direito de ação.....	74
2.4 Análise jurisprudencial	79
2.5 Análise doutrinária	86
3 A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E DOS DIREITOS HUMANOS SOB A LUZ DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS.....	944
3.1 A hermenêutica constitucional na perspectiva do pós-positivismo.....	95
3.2 A ampla defesa e o devido processo legal frente às exigências do catálogo constitucional dos direitos humanos fundamentais.....	106
3.3 O princípio da igualdade e as condições de possibilidades da ampla defesa e do devido processo legal na pragmática forense brasileira	112
CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS	1356

INTRODUÇÃO

A preocupação maior que norteia o trabalho refere-se ao fato da Constituição Federal Brasileira consagrar princípios fundamentais sem que, em razão disso, tenha assegurado seu devido respeito e proteção no ordenamento jurídico infraconstitucional processual penal.

O Brasil se constitui, segundo prevê o artigo 1º da Magna Carta, em um Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo fato de responder por uma observância à legalidade qualificada por princípios basilares ao ordenamento jurídico.

O Código de Processo Penal, bem como outros textos adjetivos processuais, dispõe de alguns artigos eivados de inconstitucionalidade, uma vez que violam, além de outros princípios constitucionais, o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e da igualdade. Dentro deste contexto, a questão do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário adquire profunda relevância na proteção e efetivação dos direitos fundamentais pela Constituição, consagrados, principalmente, quando a garantia desses direitos guardam relação com as minorias sociais.

A análise, contudo, não se restringe somente à (in)constitucionalidade dos dispositivos legais e nem ao estudo dogmático da questão. O enfoque é hermenêutico e, por conseguinte, de cunho filosófico. O texto aborda a questão do regime jurídico dos direitos humanos fundamentais na Carta Política brasileira de 1988 posta à análise. Na sequência, pretende-se tecer comentários sobre os princípios do devido processo legal e da ampla defesa na lei brasileira; e, por fim, focar a interpretação dos princípios e dos direitos humanos sob à luz das decisões dos tribunais.

O primeiro capítulo, trata da questão do regime jurídico dos Direitos Humanos a ser analisada dentro da Carta Política brasileira de 1988, e o propósito da análise tem por escopo o exame dos direitos fundamentais, com especial preocupação quanto a seus limites e restrições. Pretende-se investigar as noções de normas constitucionais e o direito fundamental que dela resulta. Também são examinadas as perspectivas da eficácia jurídica das normas fundamentais, com exame das possibilidades de concretização que disponibiliza, assim como o delineamento de seus limites.

A constituição é o alicerce estrutural do sistema jurídico brasileiro, e por isso é abordada em sua vincularidade e força normativa, com foco de validade na Constituição, pois segundo Hans Kelsen, nenhuma outra norma pode ser editada, ou ter vigência, naqueles casos, como é o caso em questão, de regras anteriores à entrada em vigor do texto. Na esteira desse estudo, busca-se examinar a natureza e conceituação dos direitos humanos fundamentais, tema que vem merecendo destaque a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual contém extenso rol de direitos fundamentais que se desdobra por todo os cinco capítulos do seu Título II, desde o artigo 5º até o artigo 17, sem prejuízo de expressa previsão acerca da possibilidade de inclusão de outros implícitos, encontráveis fora do catálogo (artigo 5º, § 2º da CF/88), decorrentes do regime político e dos princípios constitucionais estabelecidos.

Nesse diapasão, o estudo promove a correlação dos denominados princípios da igualdade e da proporcionalidade, com o objetivo de destacar que a interpretação constitucional precisa aprimorar técnicas capazes de dar sentidos novos ao texto constitucional, que não é apenas um documento dialético, pois a Constituição e seus princípios tutelam valores e interesses potencialmente conflitantes.

O direito positivo não consegue regular todas as novas situações da vida moderna. Os princípios gerais do direito precisam ser revistos, ampliados e renovados. Sendo assim, a “generalidade” ou a “indeterminação”, noções típicas na conceituação de qualquer princípio, não mais são utilizadas para retirar-lhes a operacionalidade, e sim como qualidades essenciais e indispensáveis na resolução das complexas questões que reclamam solução por parte do Judiciário. Nesse contexto, cresce a importância e a relevância do princípio da proporcionalidade e da igualdade.

O texto traz ainda a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais e dos princípios jurídicos nas Cartas brasileiras jurídica, desde o seu nascedouro até os dias atuais, com especial ênfase à proteção do direito de liberdade do cidadão, perpassando pelas diversas teorias que forneceram sustentáculo para a tutela jurídica daqueles.

Os estudos que deram origem ao segundo capítulo visam oferecer uma nova configuração ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa, a partir da Constituição brasileira rígida, patamar mais elevado dentro da estrutura escalonada do Direito, com uma abordagem de como estão sendo interpretadas, doutrinária e jurisprudencialmente, as demais normas infraconstitucionais, notadamente o Código de Processo Penal, que, tanto na forma quanto no conteúdo, deveria observar, como fundamento de validade, a Magna Carta, promulgada posteriormente a ele.

A crítica pretendida visa desfazer alguma ordem de más compreensões que acompanham a doutrina tradicional do devido processo legal e da ampla defesa, ainda muito afeita a um legalismo estrito e disposta à defesa de uma supervalorização das normas infraconstitucionais de cunho processual penal, levando a uma dissociação entre a ordem constitucional e a pragmática forense. Sem embargo, o trabalho não se limita ao campo puramente jurídico do instituto, incursionando na seara do devido processo legal e da ampla defesa, mas a partir de uma dimensão constitucional e da teoria dos direitos humanos fundamentais.

Tais anotações evolutivas visam demonstrar que o princípio do devido processo legal já se encontrava e, hodiernamente com mais força se encontra, dotado de caráter substancial, razão por que, a partir de uma dimensão dos direitos humanos fundamentais, pode-se falar em um direito processual penal substantivo, com o que se afasta a doutrina tradicional no sentido de que o princípio do devido processo penal esteja destinado a uma vocação somente procedimental.

Concebendo que a jurisprudência atua como marco sinalizador do julgador em casos análogos, sobremaneira na oportunidade em que os tribunais superiores já se pronunciaram uniformemente acerca do tema, representando a jurisprudência, na prática, um poder de ditar a aplicabilidade da lei e, como a doutrina é uma outra forma de hermenêutica, e é instrumento de auxílio incontestável ao julgador, nos subitens 2.4 e 2.5 são colacionados arestos e

entendimentos doutrinários acerca da matéria ora debatida.

A legislação traz a matéria-prima sobre a qual irá basear-se o intérprete no seu processo hermenêutico. A doutrina, por sua vez, revelará as inúmeras possibilidades interpretativas ínsitas de determinado texto legal. Competirá à doutrina, pois, indicar a interpretação sistêmica que melhor atenda às finalidades da norma analisada.

Assim, vê-se que a doutrina dá apoio à jurisprudência, e vice-versa, como as duas faces da mesma moeda, e estas, em conjunto com as novas leis a que servem, motivam transformações no mundo jurídico, sensibilizando os intérpretes na capacidade persuasiva dos textos jurídicos, que devem existir por si só, independentemente das impressões emanadas da personalidade autora – do legislador.

A capacidade de persuasão racional, alicerçada na legislação e no convencimento motivado, é o melhor método de se chegar à razão e demonstrá-la para a quebra dos velhos paradigmas que alicerçam a legislação processual penal infraconstitucional.

Com a colação de repositório jurisprudencial e doutrinário, instiga-se despertar a capacidade interpretativa de todos para que, a par do respeito máximo que se deve sentir para com os ícones do repertório doutrinário e jurisprudencial, necessário e vital é o aprimoramento do senso crítico para, ante o acanhamento dos melhores doutrinadores e mestres nacionais, se possa buscar, na senda jurídica, aquele conhecimento que melhor se evidencie como sendo o correto ou próximo as noções de justiça e ética.

Avaliar como se dá a aferição do devido processo legal e da ampla defesa, pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em face dos princípios constitucionais e da normatividade que lhes é atribuída pela teoria constitucional contemporânea, tanto em sede de controle concentrado quanto de controle difuso, bem como o pensamento dos doutrinadores acerca da mesma matéria, especialmente em face de autores como Dworkin, Alexy, Canotilho e outros.

Como, de certo modo, quase tudo no Direito se refere à interpretação em decorrência de leis que são elaboradas para serem aplicadas à vida social, e não há aplicação sem prévia

interpretação, no terceiro capítulo aborda-se a interpretação dos princípios e dos direitos humanos à luz das decisões dos tribunais. Trata-se de tema sempre recorrente, que demanda uma abordagem mais ampla e acurada, abrangendo a concepção genérica dos princípios e suas múltiplas manifestações no Processo Penal.

Os direitos humanos são uma idéia política com base moral e estão intimamente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles são uma expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade e entre indivíduos e Estados. Os direitos humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que essa nação adota. Nenhuma ideologia política que não incorpore o conceito e a prática dos direitos humanos pode fazer reivindicações de legitimidade. Apesar dos vários tratados e declarações adotados com a consciência e o consenso da comunidade internacional a realidade é que alguns dos direitos declarados não são devidamente respeitados, razão pela qual se dispôs a abordar uma visão panorâmica do entendimento do STF, STJ, TRF da 4ª Região e TJRS.

Neste intento, far-se-á uma abordagem da hermenêutica constitucional na perspectiva do pós-positivismo, forte na premissa de que não se pode conceber um direito penal num plano do positivismo, erigido unicamente em função dos valores escolhidos pelo legislador, como se fosse dotado de uma razão clarividente e justa, capaz de determinar, por seu único arbítrio, a satisfação das necessidades e interesses de uma comunidade.

Uma hermenêutica que supere o positivismo, onde a materialidade do texto constitucional passe a ganhar sentido a partir dos princípios, passando a receber algo a mais em sentido, nesta concepção, o princípio da igualdade passa a funcionar como condição de possibilidades da ampla defesa e do devido processo legal na pragmática forense brasileira de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo da ampla defesa e do devido processo legal. Estabelecidos estes elementos pretende-se contribuir para a ampliação da perspectiva democrática no Brasil, por meio do ideal de realização da justiça social que se encontra latente na principiologia da Constituição.

1 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA CARTA POLÍTICA BRASILEIRA DE 1988

Inicialmente, deve-se ter noção do que é regime jurídico. Regime jurídico, segundo Garcia (2006, p. 1), “é o conjunto harmônico de princípios e normas que incidem sobre determinada categoria ou instituto de direito”. Regime Jurídico dos direitos humanos fundamentais seria o conjunto harmônico de princípios e normas, que regem tais direitos, em patamar constitucional.

No dizer de Arendt (1979 apud PIOVESAN, 2003, p. 181), os direitos humanos não são um dado, mas são elementos construídos, invenções humanas, em constante processo de construção e reconstrução. De acordo com a evolução histórica destes direitos, entende-se que a definição de direitos humanos é plúrima e que, adotando-se uma concepção contemporânea, introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, chegar-se-á, como marcos principais, à universalidade e indivisibilidade de tais direitos. A universalidade confirma-se por ser extensível a todos, com o único requisito de somente a condição de pessoa atrair a dignidade e titularidades de direitos e indivisibilidade, haja vista a garantia dos direitos civis e políticos ser condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Assim, quando um deles é violado, os demais também o são.

Dessa forma, os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar os direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Como dito anteriormente, a Declaração Universal, de 1948, foi o marco do movimento de internacionalização dos direitos humanos, permitindo, por sua vez, além da formação de um sistema normativo internacional de proteção destes direitos (integrado por tratados internacionais de proteção, que nada mais espelham do que a consciência ética), o consenso internacional, acerca deste tema, e o surgimento de sistemas regionais de proteção, inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, em regime de complementaridade, interagindo com o fito de dar maior efetividade na tutela e promoção dos direitos fundamentais.

Em termos de direito interno, a Constituição de 1988, marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, demarca uma ruptura em nível político com o regime autoritário militar e em nível jurídico o constitucionalismo contemporâneo introduz avanço na consolidação das garantias e direitos fundamentais.

Desde seus primeiros artigos, a Constituição Federal vigente prega a construção de um Estado Democrático de Direito, com fundamento na cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III).

Canotilho (1993, p. 357) é peremptório ao afirmar que:

Independentemente das classificações e concretizações que o princípio do Estado de Direito encontra implícita ou explicitamente no Texto Constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: (1) juridicidade; (2) constitucionalidade; (3) direito fundamentais.

A Carta Política, desde seu preâmbulo, projeta a construção de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Dentre os fundamentos que alicerçam este Estado Democrático de Direito, releva dar especial ênfase à cidadania e dignidade da pessoa humana pela imbricação do Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalidade, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem-estar de todos, sem preconceitos quaisquer, na forma do art. 3º da Magna Carta, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Adotando as três dimensões de Canotilho, antes declinada, observa Silva (2003, p. 92, grifo do autor):

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais’. Mas, como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporadas, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional’.

Silva (2003, p. 105-106), com relação ao ordenamento constitucional brasileiro, escreve que:

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado Brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a Democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

Considerando que toda Constituição, e a brasileira não pode ser diferente, há que ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988, ao eleger o valor dignidade humana como um valor essencial, bem como ao valorizar os direitos e garantias fundamentais como princípios constitucionais, a partir dessa racionalidade, esses valores impregnam e inspiram o Direito, na tarefa de interpretação normativa.

1.1 Constituição como norma jurídica, sua vincularidade e força normativa

Em uma análise pormenorizada acerca do ordenamento jurídico brasileiro, com foco de validade na Constituição, verifica-se que esta é o alicerce estrutural do sistema e, nos termos da adoção dessa teoria, que vem de Hans Kelsen, nenhuma outra norma pode ser

editada, ou ter vigências, de regras anteriores à entrada em vigor do texto constitucional, contrariar normas e/ou princípios insertos no texto maior.

A primeira idéia que surge, a partir de uma Constituição rígida, é a de uma estrutura escalonada do Direito. A Constituição Federal é elemento unificador e fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais. Na forma e conteúdo, as leis e atos normativos dependem de Lei Maior, do Texto Magno denominado Constituição.

Assim, traça alguns pressupostos constitucionais úteis a todos os ramos do Direito. No caso do Direito Processual, ramo de Direito Público, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 dispõe não só de suas linhas fundamentais como de seus aspectos e institutos característicos, conforme entendimento de Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 43).

Por outro lado, toda ordem constitucional é baseada em princípios, que, erigidos em normas constitucionais, vão modelar um dado tipo de Estado, uma sociedade mais ou menos voltada à participação popular no destino da nação.

Dentre os princípios, norteadores da conduta do Estado organizado constitucionalmente, encontra-se o do devido processo legal com eco nas constituições liberais-democráticas de todo o mundo.

Nery Júnior (1995, p. 152) distingue Direito Constitucional Processual, como normas de Direito Processual presentes na Constituição Federal, de Direito Processual Constitucional, que seria a reunião de princípios para regular a Jurisdição Constitucional.

Já a metodologia sistemática de Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 312) analisa o Direito Processual Constitucional como tutela jurisdicional dos princípios fundamentais da organização judiciária, isto é, direito à tutela jurisdicional, direito de ação e de defesa, e do processo, como devido processo legal.

Nesse sentido, cabe apenas frisar que, constitucionalmente, tem-se uma tutela do processo, esteja ela no Direito Constitucional Processual ou no Direito Processual Constitucional, tomados para efeito científico apenas.

O princípio da supremacia da Constituição, além de estabelecer ser ela foco de validade, também estabelece que essa organização estatal só irá atuar nos parâmetros previstos na Constituição, notadamente na forma como se chega e se exerce o poder, que direitos o indivíduo tem frente ao Estado, garantias e modos de exercício desses direitos e que proteção ele recebe.

Em relação à norma jurídica, Friede (2007, p. 1) diz que:

Considerando que o Direito tem como fim específico disciplinar condutas humanas em sociedade, impondo-se naturalmente como princípio básico da vida do gênero humano em coletividade, é fato incontestado que inegavelmente necessita e - efetivamente possui - diversas expressões que, - dentro de um determinado contexto de inviolabilidade que transcende o próprio terreno do empirismo -, correspondem exatamente a seu preceito fundamental e natural que se encontra, por sua vez, intimamente associado a sua própria denominada exigência superior 'posta' (de caráter constitucional positivo) - e, neste particular, por vezes "pressuposta" (portanto de natureza originária) - de buscar, ainda que inserido no contexto de eventuais limitações, a realização da Justiça, considerada necessariamente em sua acepção mais ampla. '[...] O conceito de Direito, assim, não pode afastar-se, jamais da idéia de justiça, havendo, pois, um caráter formal de justiça, o legal, e outro eminentemente material, substancial ou ideal. Daí o motivo extraordinário da importância da essência do justo na doutrina na ordem jurídica [...].'

Por efeito conseqüente, a norma jurídica, necessariamente, deve ser entendida, sob o ponto-de-vista restritivo, como a expressão formal do direito, no sentido específico da própria disciplina de conduta, com a tarefa fundamental de prever, como bem assim orientar, considerando sempre os valores da justiça em sua acepção básica, os próprios modos de conduta interessantes ao convívio social (considerando sempre o binômio justiça e segurança), disciplinando, em todos os casos, a atuação humana na sociedade e associando, em última análise, a denominada ordem jurídica com a própria normatividade.

Faz-se necessário tecer rápidas referências a Kelsen (2000, p. 387), especialmente no que tange à sua contribuição da Norma Hipotética Fundamental, e que apresenta sua conclusão sobre a essência da interpretação jurídica, afirmando que todo e qualquer processo interpretativo do direito, para que alcance uma melhor aplicação, deve ser inserido no seguinte processo: uma atividade mental ligada à idéia de uma progressividade ou progressão da norma, isto é, estar-se-á diante de um ordenamento jurídico composto por um processo hierárquico de normas jurídicas, portanto, sempre que uma norma jurídica que se encontrar

posicionada no escalão superior, deverá demonstrar a sua força e validade, prevalecendo diante de outras devidamente localizadas em escalões de níveis chamados inferiores.

Assim, a norma origina a criação de outra norma, sucessivamente, até chegar ao corte epistemológico que originou a Norma Hipotética Fundamental, conforme diz Kelsen (2000, p. 217):

é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. [...] “que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”.

A norma jurídica, consoante os ensinamentos de Paulino Jacques (apud VASCONCELOS, 1987, p. 56), pode ser entendida como a responsável última e, por efeito, a verdadeira e única constituidora da própria expressão formal da norma do Direito. “O conjunto das normas jurídicas denomina-se ordenamento jurídico. Há ou haverá, normas para todas as condutas. Não existe relação humana possível que não possa ser enquadrada pelo Direito.”

Silva (1987, p. 69), por seu turno, define a lei como sendo “a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandado, que lhe é outorgado pelo povo.” Para Reale (1988, p. 72), “A norma jurídica é uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, a qual deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.”

Segundo Lima (1988, p. 43), por sua vez, a norma jurídica deve ser vista apenas sob o ponto de vista específico de suas características fundamentais, especialmente, a sua qualidade própria como disciplinadora de condutas.

Sob o ponto de vista objetivo, trata-se de uma norma imperativa, bilateral, e coercitiva, emanada pelo órgão competente, destinada a dirigir a conduta dos indivíduos ou estabelecer a ordem de convivência social, cuja inobservância acarretará a aplicação da sanção pelos órgãos do poder público.

Finalmente, para outros autores, como Machado Paupério (apud SECCO, 1988, p. 43), a norma jurídica consiste na própria expressão da ordem jurídica:

A ordem jurídica simplesmente expressa-se através de normas, que tem sempre a forma imperativa e que se podem decompor em ordens ou

proibições [...]. As normas jurídicas, por efeito, são regras que impõem o comportamento adequado à consecução da ordem e da segurança na sociedade.

A idéia de hierarquia de normas, no entendimento de muitos, acabou prestando um grande serviço às Constituições, haja vista que criou garantias processuais e jurisdicionais, possibilitando o controle da constitucionalidade das leis.

Na hermenêutica constitucional, melhor a adoção do pensamento moderno, trazido por Kelsen, precisamente aquele que diz da necessidade de adoção de uma nova interpretação constitucional dos direitos, notadamente os direitos fundamentais, buscando-se foco de validade no ápice da pirâmide kelseniana que, no Brasil, passou a ter a denominação de Constituição. De forma a expandir o modo de pensar e entender a norma constitucional, mais aquelas que tratam dos direitos fundamentais, nas denominadas cláusulas pétreas, afirma-se que não se pode e não se deve limitar à interpretação que tenha por base apenas o contexto do texto da norma jurídica, mas sim o seu espírito, objetivo vinculado à vivência real da norma a um caso concreto, não se restringindo às intenções legislativas destacadas no texto (ALFLEN, 2004, p. 1).

Ferraz Júnior (1988, p. 37) apresenta algumas referências ante as diferenças existentes entre o direito positivo e o espaço da positivação, ao afirmar que:

Assim, o direito positivado é um direito que pode ser por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, lançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias.

O fenômeno da positivação não só explica o papel ambíguo que o homem assume perante o direito - fundamentos de todas as positividades jurídicas, o homem é também o seu objeto central -, mas também o nascimento da moderna ciência jurídica, com suas iminentes ambigüidades. Com isso, pretende-se dizer que a positivação forçou a tematização do ser humano como objeto da Ciência do Direito. Mesmo correntes modernas que procuram fazer da ciência jurídica uma ciência de norma não podem deixar de enfrentar o problema do comportamento do homem e suas implicações na elaboração e aplicação do direito. Esta compreensão dos direitos fundamentais em tomá-los como algo permanentemente aberto, ver

a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto, mutável, de afirmação da cidadania, ganha cada vez mais espaço junto aos cultores brasileiros.

Indubitavelmente, os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas, além do que, os princípios, são normas jurídicas com um grau máximo de juridicidade, cuja normatividade é, por conseguinte, potencializada do direito que se dedicam à seara constitucionalista, bem como aos filósofos jurídicos.

Em que pese essa verdade, os Tribunais insistem em não reconhecer a força normativa dos princípios. Mesmo a violação ao princípio constitucional não enseja o cabimento de recurso extraordinário, segundo o intérprete máximo da Constituição Federal – o Supremo Tribunal Federal –, mesmo com a certeza de que, violar um princípio constitucional é abalar os próprios alicerces do ordenamento jurídico e, por via direta, é violar a própria Constituição.

Grande parte dos tratadistas do direito, bem como a jurisprudência pátria, reluta em afirmar que os princípios constitucionais não expressos sejam normas jurídicas. Conforme foi visto, os princípios constitucionais expressos são normas jurídicas e, por isso mesmo, devem ser tratados como normas capazes de impor obrigações e direitos no mundo fático, sendo foco de validade do ordenamento jurídico nacional, estando no ápice da pirâmide de Kelsen.

Com efeito, ninguém duvida que tanto o princípio da igualdade quanto o do devido processo legal, explícitos na CF/88, devem ser por todos observados, sobretudo, por se tratarem de normas elevadas à categoria de cláusulas pétreas ou, como preferem alguns, garantia de eternidade.

Quanto àqueles princípios que carecem de disposição expressa, tal qual o da proporcionalidade, ou mesmo da unidade da Constituição, bem mais difícil, frente aos doutrinadores, é admitir a sua juridicidade, mesmo que, *v.g.*, quanto ao princípio da proporcionalidade, é de se anotar que várias leis infraconstitucionais fazem a ele referência, sendo de se destacar que a recente Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), em seu art. 2º, inclui expressamente a proporcionalidade entre os informadores do procedimento administrativo.

Nos dizeres de Barroso (1996, p. 287):

A Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências de insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não-jurídico.

As normas constitucionais, e, mais ainda, os princípios jurídicos constitucionais, de acordo com Espíndola (1999, p. 55), quer estejam expressamente enunciados, explicitamente ou implícitos, possuem força normativa, reconhecendo-se normatividade a tudo aquilo que consta da Carta Magna, não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica constitucional, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o direito.

Em que pese isso, verifica-se, no Brasil, uma canalização doutrinária positiva no sentido da análise da força normativa dos princípios, principalmente constitucionais, o que vem propiciando uma compreensão inovadora - mais complexa, do fenômeno jurídico, em direção à solução mais correta para cada caso concreto. Contudo, essa interpretação qualificada das normas infraconstitucionais não pode significar o esquecimento da dogmática jurídica tradicional - com sua atenção voltada para a indicação de critérios particularizados relativos ao momento aplicativo, mas um enriquecimento mútuo, gerador, ao mesmo tempo, de segurança jurídica e justiça material.

Sem embargo, a concentração dos estudos na expansão principiológica tem-se revelado excessivamente abstrata, sem a indispensável especificação prévia de elementos orientadores da solução judicial, a garantir relativa previsibilidade de seus pronunciamentos. Com isso, avolumam-se decisões *ad hoc*, derivadas de opções conceituais carentes de maior concretização, obstaculizando a tarefa, já invencível, de sistematização do material legislativo.

Todo e qualquer ser humano que vive em sociedade, possui a sua vida envolvida, por um conjunto de regras de conduta que dirigem seus comportamentos como um todo. As regras

são estabelecidas no seio de sua família, religião, escola, clube, dentre outros agrupamentos sociais, em virtude das muitas condutas inseridas na realidade das pessoas, que nem se nota a obediência inconsciente a seus comandos.

O mundo jurídico identifica a norma como um instrumento de atuação do direito, para que se possa conhecer a conduta que se espera das pessoas ou quais as orientações de como o povo, em sua totalidade, deve, ou deveria, proceder, havendo uma grande distribuição de tarefas, onde cada membro da sociedade deverá cumprir as suas, mediante sua capacidade e competência.

Quando se fala em norma jurídica, identifica-se com o sentido de ordem, forma de condução e comportamento, estabelecendo o que é obrigado, permitido ou proibido, caracterizados através de uma proposição e prescrição. A proposição determina um comportamento, disciplinando, na hipótese, que caso se concretize, haverá uma determinada coação que poderá, ou não, resultar em uma sanção, enquanto que a idéia de prescrição determinará quais são os atos de uma vontade imposta em razão de uma conduta disciplinadora.

Existe a necessidade da norma jurídica em atrelar-se à origem desta ao direito, sendo este um grupo ou conjunto de disciplinas zetéticas, que propiciam a pesquisa e indagação de vários pressupostos, havendo sempre a abstração que permite ao pesquisador ou cientista do direito ingressar no universo da norma e deste extrair e tecer excelentes e satisfatórias produções científicas, para a sua realização no meio social.

O Direito Constitucional corresponde à base, ao fundamento de todos os demais ramos do direito; deve haver, portanto, obediência ao Texto Constitucional sob pena de declaração de inconstitucionalidade da espécie normativa e conseqüente retirada do sistema jurídico.

Depois de inserta a norma no Texto Constitucional, trata-se de mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário, mediante normas processuais previamente estabelecidas em nível de elaboração legislativa, e do qual decorrem alguns postulados, tais como o de que, todo e qualquer embaraço ao exercício dos direitos substanciais ou aos interesses legítimos, seja em plano formal ou em plano material, configura denegação de tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos.

Inobstante isso, a maioria dos cultores profissionais do direito deixam de aprofundar, numa análise mais apropriada, quando diante de um caso concreto, deparam-se com questões vinculadas ao Direito Processual Penal, para a aplicação nas suas atividades forenses. Dito de outra forma, não se tornou prioridade, ainda, antes de qualquer outra providência, buscar a apreciação da supremacia das normas e princípios constitucionais de Direito Processual Penal, que hoje, em face da fragilidade das leis processuais infraconstitucionais, em especial o Código de Processo Penal de 1941, prevalece o texto da Constituição Federal.

O Código Processual Penal, assim como outros Códigos de sua época, prescrevia todas as diretrizes de natureza autoritária daquele tempo. O Código de Processo Penal, inspirado no direito italiano, com nítida propensão fascista, veio a lume no denominado período da codificação, que imperou no início do século XX, marcou e dignificou o estatuto supremo com a supremacia que seus idealizadores procuraram estabelecer. No entanto, a era da codificação teve o seu lugar, a sua importância e o seu momento, assim como em outros países desenvolvidos daquela época, devendo hoje ceder passo a outras formas de solução do litígio, sempre dentro de uma hermenêutica mais consentânea com o desenvolvimento do respeito aos direitos humanos fundamentais.

1.2 Natureza e conceituação dos direitos humanos fundamentais

O processo penal só pode ser concebido dentro de um profundo respeito aos direitos humanos fundamentais, por decorrência direta da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, há mais de meio século, proclamou a pessoa humana como sujeito de direitos na ordem internacional.

O destaque da agenda do terceiro milênio encontra-se, sem dúvida, na problemática dos direitos humanos. A preocupação com a fundamentabilidade dos direitos humanos, concebidos como normas de natureza supraconstitucional, vinculadas à essencialidade de uma vida digna, tem fervilhado as relações internacionais.

Nesse sentido, não faltam trabalhos acadêmicos voltados para o assunto, sobretudo, após a promulgação da Constituição de 1988, em face dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

O enfoque do tema centra-se no processo penal e na evolução dos direitos humanos nos paradigmas do Estado de Direito liberal, social e democrático, concentrando-se a atenção na sua fundamentabilidade no Estado de Direito Democrático, quando os direitos humanos, sem abandonar os pressupostos consagrados pelo Estado liberal e pelo Estado social, voltam-se para uma dimensão maior e mais completa da personalidade humana plasmada numa vida fraterna, onde o direito à felicidade pressupõe como condições essenciais para a vida humana o engajamento no processo de desenvolvimento, a paz e a própria democracia, como direitos titulados de terceira geração.¹

Importante a lição de Ferreira (1992, p. 55-56) ao dizer que:

a classificação dos “direitos fundamentais do homem” tanto pode ser buscada na doutrina como no ordenamento positivo das diversas Constituições. Cabe porém salientar de início que os Direitos civis e políticos constam geralmente nos livros e textos constitucionais do início do liberalismo, enquanto a doutrina e os textos constitucionais modernos referem-se aos direitos socioeconômicos.

Hoje já se aceita como superada a argumentação contratualista da idéia de Estado, haja vista que a sociedade moderna, estruturada sob uma ordem constitucional, somente pode subsistir pela submissão de todos ao império da lei, sendo que a idéia do contrato social cede passo à idéia de pacto constitucional.

Neste aspecto, Ferrajoli (2000, p. 859) destaca que:

[...] a grande inovação institucional de que nasceu o Estado de Direito foi sem dúvida a positivação e constitucionalização desses direitos através das “incorporações limitativas” ao ordenamento jurídico dos deveres correspondentes impostos ao exercício dos poderes públicos:

No mesmo sentido, aponta que a evolução dos direitos fundamentais na ordem jurídica:

e assim como aconteceu a transformação do Estado absoluto em Estado de Direito, acontece a transformação do súdito em cidadão, isto é, em sujeito titular de direitos já não só naturais senão constitucionais frente ao Estado, que por sua vez está vinculado a ele. O chamado contrato social, uma vez traduzido a pacto constitucional, deixa de ser hipótese filosófico-política para converter-se num conjunto de normas positivas com obrigações entre si

¹ O estudo em voga não objetiva a um estudo profundo e específico sobre os direitos humanos fundamentais, mas a uma caracterização daqueles que se aproximam mais do Direito Processual Penal, adotando-se a concepção garantista processual penal de Luigi Ferrajoli.

- Estado e cidadão-, fazendo deles dois sujeitos com soberania reciprocamente limitada. (FERRAJOLI, 2000, p. 860).

Teórica e formalmente, Ferrajoli (1999, p. 37) considera os direitos fundamentais como:

todos aqueles direitos subjetivos, que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de “status” de pessoas, de cidadãos, ou pessoas com capacidade de trabalhar; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativas (de não sofrer lesão) adstrita a um sujeito por norma jurídica; e por “status” a condição de um sujeito, prevista assim mesmo por uma norma jurídica positivada, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou atos de atos decorrentes do exercício destas.

A Constituição Federal não faz distinção quanto à qualificação da pessoa para assegurar-lhe direitos fundamentais, uma vez que não faz referência a cidadão, trabalhador, estrangeiro, etc., sendo que, por seu art. 5º, os direitos e garantias são decorrência da condição de pessoa humana. Assim sendo, com fundamento na Constituição Federal vigente, é possível proceder à seguinte classificação:

[...]

I – “direitos individuais”, incluindo o direito à nacionalidade (artigo 12) e os direitos individuais (artigo 5º);

II – “direitos políticos” (artigos 14-16);

III – “direitos sociais” (artigos 6º a 11), referentes à ordem econômica e social, à família, educação e cultura;

IV – “direitos coletivos” (artigo 5º).

É importante observar, entretanto, que tal classificação não é, de modo algum, pacífica entre os doutrinadores, existindo aqueles que procuram estabelecer, através de outro tipo de análise, categorias próprias, sob os mais variados prismas.

Em que pese as Constituições deverem prever os direitos fundamentais, não devem fazê-lo de forma exaustiva para que se permita ao sistema ser integrado por outros direitos, principalmente aqueles reconhecidos em tratados ou pactos internacionais, como previsto na Carta Política (art. 5º, § 2º).

Manuel Ferreira Filho (1998, p. 254-255), referindo-se ao Texto Constitucional brasileiro, diz que:

os direitos explicitamente consagrados na Constituição podem ser agrupados

em três categorias, conforme seu objeto imediato, pois o mediato se pode dizer que é sempre a liberdade:

I - Direitos cujo objeto imediato é a “liberdade”

- 1) de locomoção - artigo 5º, LXVIII;
- 2) de pensamento - artigo 5º, IV, VI, VII, VIII, IX;
- 3) de reunião - artigo 5º, XVII;
- 4) de associação - artigo 5º, XVII a XXI;
- 5) de profissão - artigo 5º, XIII;
- 6) de ação - artigo 5º, II;
- 7) liberdade sindical - artigo 8º;
- 8) direito de greve - artigo 9º.

II - Direitos cujo objeto imediato é a “segurança”:

- 1) dos direitos subjetivos em geral - artigo 5º, XXXVI;
- 2) em matéria penal - artigo 5º, XXXVII a LXVII;
- 3) do domicílio - artigo 5º, XI.

III - Direitos cujo objeto imediato é a “propriedade”:

- 1) em geral - artigo 5º, XXII;
- 2) artística, literária e científica - artigo 5º, XXVII a XXIX;
- 3) hereditária - artigo 5º, XXX e XXXI.

De modo geral, todavia, merece menção a classificação exposta por Ferreira Filho (1992, p. 55-56), reagrupada a concepção básica em três grupos principais, e acrescentando uma vertente materializada por intermédio dos chamados direitos difusos que, diferente dos direitos individuais (que dizem respeito ao indivíduo em particular) e dos direitos coletivos (que aludem a um grupo determinado de pessoas associadas por um vínculo jurídico), são concernentes a um grupo indeterminado de pessoas que, em última instância, buscam a satisfação de um direito a que a todos pertence.

Deve ser assinalado que, pelo menos em princípio, os Direitos Constitucionais Fundamentais possuem aplicação imediata, especialmente os alusivos aos direitos individuais, consoante dispõe a respeito o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal/88, *verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

A preocupação do legislador constituinte, neste particular, foi de tal monta que, mesmo na hipótese de eventual omissão do legislador ordinário (para a eventual complementação e/ou regulamentação de direitos constitucionais fundamentais), a própria Constituição admite a utilização (ainda que com algumas restrições de ordem prática) de dois instrumentos jurídico-processuais para tornar efetivas as normas previstas no Texto Constitucional.

Porém, é necessário advertir que os direitos humanos e os direitos humanos

fundamentais apesar de possuírem significações próximas, não se equivalem, uma vez que a doutrina tem diferenciado direitos fundamentais e direitos humanos na medida em que, de acordo com Luño (1995, p. 31, grifo do autor), “*los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales.*”

Já a locução direitos humanos, por si só, é capaz de oferecer um indício de seu significado: são os direitos de todos os homens (espécie). Nos dizeres de Carrió (1990, p. 13),

Basta con ser hombre para poder invocarlos. Son independientes de circunstancias de sexo, raza, credo religioso o político, status social, económico o cultural, etcétera. Todos los hombres tienen un título igual a la titularidad de esos derechos.

A problemática aparece quando se utilizam os termos direitos humanos e direitos fundamentais de forma equivalente, para designar a categoria de direitos constitucionais positivados em determinado momento histórico pelo Estado. Assim, os direitos fundamentais seriam aqueles direitos positivados no ordenamento jurídico de um determinado Estado, enquanto os direitos humanos seriam aqueles presentes fora do plano estatal (dele independentes) e, assim, de conotação essencialmente jusnaturalista.

Pode-se dizer que os direitos humanos, ao contrário dos direitos fundamentais, inferem que o homem, por ser homem, já possui, *de per se*, direitos inerentes à sua natureza, independentes de sua positivação. Nesse sentido, Miranda (1988, p. 50), ao tratar dos direitos fundamentais, afirma que “do que se cuida aqui é de direitos assentes na ordem jurídica, e não de direitos derivados da natureza do homem e que subsistam independentemente da negação ou do esquecimento da lei.”

Nesse sentido, também procede Guerra Filho (2001, p. 37), ao afirmar que:

de um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas.

O tema, nesse ponto, entronca com os valores e com o constitucionalismo. Na lição de Queiroz (2002, p. 39):

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, que não devem em primeira linha ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado. Devem antes ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma “cultura jurídica” e “política” determinada, numa palavra, um concreto e objetivo “sistema de valores”.

A dimensão conquistada pelo Direito Constitucional em relação à interpretação, conforme a Constituição, mostra-se importante no que tange aos direitos humanos fundamentais relativos ao processo penal.

Realmente, se o processo penal, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim, como instrumento de realização de valores e, especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como Direito Constitucional aplicado.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentar para a íntima conexidade entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.

Conforme Silva (2003, p. 159), os direitos fundamentais estabelecem os princípios consubstanciadores da concepção do mundo e da ideologia política de cada ordenamento jurídico, designando as prerrogativas e instituições com que o direito positivo concretiza as garantias de uma convivência digna, livre e igualitária de todas as pessoas.

Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade. Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de direito, do sentimento jurídico coletivo.

A importância dos direitos fundamentais decorre ainda de outra circunstância. Além de serem tautologicamente fundamentais, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais. Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evoluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.

Segundo Konrad Hesse (apud BONAVIDES, 1997, p. 514), essa nova universalidade busca subjetivar, de forma concreta e positiva, os direitos de tríplice geração na titularidade de um indivíduo, que, antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é, pela sua condição de pessoa, um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.

Relembre-se que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional; os da segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos.

A terceira geração compreende os direitos da fraternidade, ultrapassando os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Bonavides (1997, p. 524-526) ainda menciona a quarta geração dos direitos fundamentais: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, direitos esses da maior importância, como se vê, mas que escapam aos limites estreitos deste estudo.²

No sistema jurídico brasileiro, essas ponderações ostentam enorme alcance prático, porque a Constituição de 1988 positivou, de forma expressa, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. Além disso, o § 1º do art. 5º da Constituição brasileira estatui, de modo expresso, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esta última disposição constitucional reveste-se de grande

² Ver no mesmo sentido a obra de Gilmar Antonio Bedin, *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*, que relata as dimensões dos direitos humanos.

significado. Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Além disso, já não se discute mais na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio - mesmo daquelas consideradas meramente programáticas - como diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora. Aliás, a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais.

Como se vê, cada vez mais distancia-se da concepção tradicional que via os direitos fundamentais como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão em face do Estado e não como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização.

A questão revela-se particularmente sensível, porquanto, dessa forma, atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa), conforme entendimento de Canotilho (1993, p. 448).

Por isso, em tal normatividade de caráter principal, encontra-se contida autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regras jurídicas, é que a competência para a descoberta mesma do direito, no caso concreto, vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

1.3 Natureza e conceituação dos princípios constitucionais

O enfoque dos princípios constitucionais, de aplicação direta na relação jurídica que envolve o *jus persecutionis in judicio*, tem por objetivo destacar formas de invalidar normas processuais penais inferiores que se confrontam com o sistema constitucional de garantias processuais, eis que modernamente o ápice do direito encontra-se na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, que conflita, em muitos temas, com o sistema processual penal, idealizado numa época em que predominava o excessivo rigor do capitalismo fundado unicamente no poder econômico capitalista, com incessante exuberância de leis especiais e extravagantes que vieram ao mundo jurídico dar sustentação ao modelo econômico abraçado pelos governantes brasileiros.

Assim, chamada de defensora da cidadania, a Constituição, mediante os seus princípios e normas, no caso de Direito Processual Penal, passou a proteger direitos e garantias individuais de todos os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza, atribuindo mais valor ao homem verdadeiramente como pessoa humana, mesmo quando não dotado do referido patrimônio material. Mesmo que, completamente destituída de bens materiais, toda pessoa humana tem um patrimônio que deve ser preservado e defendido quando não respeitado por outrem, seja quem for. O acusado, no processo penal, possui o direito ao respeito aos princípios atinentes ao processo penal. Essa percepção revolucionou a velha concepção privatista do Direito.

A partir dos princípios é que se pode direcionar o sistema jurídico e fazer com que os aplicadores do direito não se tornem meros reprodutores de concepções forjadas pela dogmática conservadora, que sofreu, no caso do Código de Processo Penal brasileiro, influência direta do fascismo italiano.

A questão mostra-se assaz grave na medida em que a Constituição Federal de 1988, garantista, não consegue impor-se perante um Código de Processo Penal de mais de 60 anos, com nítida ideologia inquisitória, autoritária e fascista. Muitas leis estão sendo aplicadas sem uma clivagem garantista, com flagrante violação aos direitos fundamentais. Sedimentou-se uma mentalidade conservadora, de resistência à assimilação dos princípios constitucionais da nova ordem.

Os princípios podem ser definidos como a base, o fundamento, a origem, a razão fundamental sobre a qual se discorre sobre qualquer matéria e são normas que têm uma estrutura deôntica, uma vez que estabelecem juízos de dever-ser caracterizando-se por serem idéias cardinais que constituem a origem ou o fundamento do direito, dotadas de um alto grau de generalidade.

A causa geradora dos princípios gerais do direito é a convicção social, o viver da comunidade, a sua idéia da vida, a consciência e crença social da época. O papel da consciência social e das crenças e convicções sociais como causa geradora dos princípios gerais do direito merece especial destaque. A denominada consciência social requer certa valoração qualitativa.

Nessa perspectiva, inserem-se os princípios constitucionais, inclusive, em relação à sua incidência no Direito Processual Penal, determinando suas premissas básicas e condicionando seus atores à consecução dos seus fins. Os princípios, como assinalado, podem ou não estar previstos no Texto Legal, mas todos possuem uma vigência social.

A teoria dos princípios instala-se sobre um questionamento acerca da natureza jurídica das normas e tem por finalidade prática resolver problemas hermenêuticos envolvendo conflitos normativos. Porém, é relevante, antes disso, entender a força normativa dos princípios constitucionais, e o que são os princípios.

“Princípio”, do latim *principium*, significa, numa acepção vulgar, início, começo, origem das coisas. Bonavides (2001, p. 229) escreve que tal noção deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”.

Quando, no entanto, se faz referência aos princípios constitucionais, vale o conceito de Mello (1997, p. 450-451), para quem 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 harmônico.

No atual estágio de evolução da Teoria Geral do Direito, sobretudo, do Direito Constitucional, os princípios jurídicos caracterizam-se por possuírem um grau máximo de juridicidade, vale dizer, uma normatividade potencializada e predominante. Em outras palavras:

a) as regras descrevem uma situação jurídica, ou melhor, vinculam fatos hipotéticos específicos, que, preenchidos os pressupostos por ela descrito, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos (direito definitivo), sem qualquer exceção. Por exemplo: “aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor” (art. 62 do CPC);

b) os princípios, por sua vez, expressam um valor ou uma diretriz, sem descrever uma situação jurídica, nem se reportar a um fato particular, exigindo, porém, a realização de algo, da melhor maneira possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas (reserva do possível). Possuem um maior grau de abstração e, portanto, irradiam-se por diferentes partes do sistema, informando a compreensão das regras, dando unidade e harmonia ao sistema normativo. Por exemplo: “todos são iguais perante a lei”, onde a igualdade surge como a instância valorativa adotada pela Carta Magna.

Em face do rigor constitucional, as suas normas e princípios são dotadas de supremacia e aplicação direta segundo o caso a ser examinado pelo intérprete. Há de haver uma interpretação metodológica, dentro dos padrões jurídicos da hermenêutica, a fim de evitar aplicação de lei infraconstitucional ou mesmo lei ordinária que atendeu ao comando do ordenamento constitucional, evitando o seu conflito com a Lei Maior.

As normas de Direito Processual Penal, em geral, têm imperiosa necessidade de ser interpretadas, hodiernamente, como reflexo das normas constitucionais. Todo ordenamento processual penal, codificado ou não, deve ser interpretado conforme os princípios e regras da Constituição. Não somente na relação entre o Estado e o indivíduo, assim como na relação intermediária individual, embutida no patamar de modelos próprios de direito privado, a hermenêutica do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição.

Nesse patamar que se quer expor o entendimento que se tem sobre a aplicação direta das normas e princípios constitucionais, questionar e responder, segundo o entendimento do

pesquisador, e mediante aquilo que será objeto de pesquisa no transcurso do trabalho. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem, uma específica normativa ordinária da norma e princípios constitucionais diante das relações pessoais, sociais e econômicas.

A doutrina não define com precisão o que são princípios e normas constitucionais. Os dicionários da língua portuguesa limitam a definir princípio e norma, sem, no entanto, estabelecer uma definição aplicável ao campo jurídico. Não poderia, pois, ser diferente, porquanto exigir daqueles sem afinidade com as ciências jurídicas uma definição de assunto não afeto à sua área, seria um contra-senso.

Pode-se definir princípios, no plural, como as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. Assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas. Em outras palavras, princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

1.4 O princípio da igualdade e da proporcionalidade

O estabelecimento dos princípios da igualdade e da proporcionalidade ao nível constitucional, com a função de intermediar a dialética entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal, leva em relação que toda pena fere direitos individuais e só se justifica sua previsão para atender a reclamos de bem-estar da comunidade, com exigência de que os julgadores respeitem a proporcionalidade e igualdade ao aplicarem o ordenamento processual penal.

Os Princípios Constitucionais, presentes na Carta Magna de 1988, exigem que o legislador trate igualmente todos os destinatários das normas jurídicas e exige também que legisle para que, na convivência social, as desigualdades constitucionalmente desautorizadas não sobrevivam ou se instalem. Mas, na realidade brasileira, tais princípios encontram-se

distantes do que se está vivenciando.

As preocupações com a tipologia das atividades estatais têm propiciado, cada vez mais, o desenvolvimento de novas teorias e técnicas de controle de suas formas de atuação, que se efetivam por decisões jurisprudenciais constitucionais.

Passando por temas gerais, alguns clássicos, até os novos procedimentos processuais penais, chega-se à conclusões em torno da desigualdade de tratamento processual entre acusação (Ministério Público) e defesa, mantida no Direito Processual Penal brasileiro por meio da reforma de 1984 (Lei 7.209), não só permanece como reaparece em leis elaboradas após a Constituição Federal de 1988.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LOMAN), instituída pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, demonstra que, mesmo aquela instituição permanente incumbida da defesa da ordem jurídica, vez por outra deita por terra princípios basilares do ordenamento jurídico para obter algum privilégio.

Entre as prerrogativas asseguradas na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU) e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), inclui-se igual tratamento jurídico e protocolar ao dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais os membros ministeriais oficiem (LC nº 75/93, art. 19, e Lei nº 8.625/93, art. 41, inciso I).

O tratamento protocolar já era devido anteriormente à dita lei, por força de entendimento jurisprudencial, mas o alcance da LONMP, porém, é mais amplo, ao mencionar o mesmo tratamento jurídico (art. 41, I), pois a Constituição de 1988 e a Lei Orgânica demonstram, em diversas passagens, *v.g.*, Lei nº 8.625/93, arts. 40, I a V, 41, I, X e XI, e parágrafo único, 42, 43, III, IV, VII, IX e X, 44, 49, 50, 59, 61, que se impõem inúmeras prerrogativas e deveres iguais ou similares às duas carreiras.

A propósito do assento no mesmo plano e à direita do magistrado (arts. 18, I, “a” da LC 75/93 e 41, X da Lei nº 8625/93), mais vale lembrar que idêntica previsão não existe aos defensores, com o que se vulnera a igualdade, posto que não há razoabilidade para que haja tal “prerrogativa”.

A forma com que as Leis Orgânicas do Ministério Público tratam os princípios constitucionais, mormente no que tange à extensão, profundidade e limites temáticos do controle levado a efeito pelo Poder Judiciário em face da vigência de normas processuais penais conflitantes com a Carta Suprema da República, é um retrato do que ocorre em outros diplomas processuais penais e constitui-se em grave injustiça, visto que ofende ao princípio da igualdade, por meio do qual se estabelece a garantia de tratamento paritário às pessoas, somente se justificando a quebra deste princípio quando diante de fatos que autorizem tratamento diverso, o que “nem sempre” ocorre por ocasião da manifestação estatal, ainda que, diante do difícil acesso à justiça, esse prejuízo, analisado em sua forma macro, travista-se de forma dispersa e abstrata, escondendo-se sob o manto do interesse público.

Quando se fala em formulações dispersas e abstratas, quer-se referir, sobretudo, aos princípios. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição (BARROSO, 1996, p. 28). Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas, sendo que nesta última função tem especial relevância o princípio da proporcionalidade, destacando-se que, em comparação com os outros princípios, o princípio da proporcionalidade é um dos que possui maior grau de subjetividade, pois não contém parâmetros ou conteúdo que possam ser previamente definidos. Procurando-se afastar a abstração inerente a esse princípio, a doutrina brasileira procurou subdividi-lo em três outros sub-princípios:

- a) adequação;
- b) necessidade e
- c) proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Bastos (1999, p. 185), o princípio da proporcionalidade, entendido dessa forma, torna o caminho do intérprete da lei não tão diversificado ou aleatório aos olhos do homem comum, pois exprime uma tentativa de determinação do critério ou critérios que incidirão no caso concreto.

Quanto ao primeiro sub-princípio citado (adequação entre meio e fim), significa que o

meio escolhido deve ser idôneo para atingir o fim almejado. Deve haver, portanto, utilidade e conformidade ao fim pretendido. Nas palavras de Canotilho (1993, p. 232), “o problema não reside em, através do controle constitucional se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política.”

O princípio da proporcionalidade está vinculado, inicialmente, à própria idéia do Estado Democrático de Direito. Apesar de seu relacionamento com os autores de Direito Administrativo, acentua-se, cada vez mais, a sua aplicação em diversos campos do direito. Esse princípio é, também, conhecido como proibição de excesso, sendo que, para Sousa (1994, p. 230), pode ser compreendido como um conceito composto que comporta um entendimento amplo e um restrito:

- a) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (Proportionalität) ou seja, equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da conduta;
- b) princípio da necessidade absoluta, indispensabilidade (Notwendigkeit) ou da exigibilidade (Erforderlichkeit) da medida adotada; e,
- c) princípio da adequação (Geeignetheit) dos meios aos fins.

No que se refere à elaboração teórica do princípio da proporcionalidade, convém ressaltar alguns paradigmas da liberdade:

- a) a negação de privilégios; b) a correspondência ao direito de igualdade de um dever ou obrigação de igualdade; c) o tratamento da respectiva temática quer em sede dos direitos naturais, inatos, essenciais, imprescritíveis; quer dos direitos e garantias; quer dos direitos políticos e civis; d) a noção de igualdade como direito absoluto e, mais particularmente ainda, como qualidade essencial dos direitos absolutos; e) a distinção entre igualdade natural, igualdade social (i.e. concreta, real) e igualdade legal. (SOUSA, 1994, p. 230).

A concepção de proporcionalidade apresenta diversas indagações, apesar da aparente clareza com que surge no Direito Público. Várias indagações sobre o seu exato conteúdo são constantes. A proporcionalidade caracteriza-se por grandezas que não permanecem proporcionais entre elas, fazendo repartir alguma coisa de conformidade com a justa proporção. A proporcionalidade contém um liame de proporção, propiciando uma relação de conveniência, de fundamentação lógica ou de comparação entre as partes de um todo. Constitui uma noção genérica, em cuja apreciação exata impõe-se um qualificativo suplementar. A exata proporção ou a proporcionalidade em se identificar com a igualdade.

Não será, entretanto, senão relativa, desde que pretende estabelecer uma relação ou uma comparação entre diferentes valores (ALBUQUERQUE, 1993, p. 79).

A definição geral da proporcionalidade estabelece-se em torno de dois elementos. Um elemento fixo, constituído pela relação entre dois ou vários parâmetros, e outro elemento variável, representado pelo grau de ligação que os une. É possível apresentar uma multiplicidade de definições, nas quais o conteúdo será diferente, sendo que apenas a característica comum permanece na existência de determinada relação. A concepção comum da proporcionalidade caracteriza-se pela existência de uma relação de correlação. É uma noção transversal que afeta várias ciências.

A proporcionalidade jurídica é considerada como decorrente da exigência de uma relação lógica e coerente entre dois ou vários elementos. As idéias que veiculam está contida em conceitos com racionalidade, necessidade, normalidade, harmonia e equilíbrio.

A determinação do conceito de proporcionalidade no domínio jurídico, decorre, também do exame do princípio de proporcionalidade e do controle de proporcionalidade. Pode ser empregado como critério de regularidade de certo tipo de atuação ou do ato jurídico.

O estudo dos diferentes segmentos do direito permite aperceber que a noção de proporcionalidade é aplicável em diversas matérias. No Direito Privado ela aparece nos conceitos clássicos, com o abuso do direito e outros institutos referentes a esse segmento da vida jurídica. O Direito Penal também aplica a noção de proporcionalidade no que se refere aos delitos e as penas. No Direito Público, o conceito de proporcionalidade possui diversas formas de aplicações, que vão desde as técnicas da representação proporcional às normas referentes ao imposto e em matéria fiscal. O princípio da proporcionalidade não abandona os critérios lógicos da hierarquia das normas. Convém ressaltar o desenvolvimento que esse princípio vem adquirido no domínio da jurisprudência constitucional e administrativa.

O estudo sob o controle de proporcionalidade tem se dedicado ao exame das fontes, dos domínios e das funções desse princípio. A primeira preocupação é o estudo de suas origens, sendo que a idéia de proporcionalidade é usada de conformidade com a linguagem comum e em sua expressão técnica. O exame do princípio da proporcionalidade é feito pelo

levantamento de suas fontes doutrinárias e de suas fontes normativas, com grande repercussão no direito contemporâneo, nos segmentos externos e internos.

Dentre as exigências constitucionais, no que se refere à atividade jurisdicional, o controle ocorrerá para verificar se a norma aplicável é objetiva e responde aos interesses gerais. Além de não ser arbitrária, deve atender às várias alternativas possíveis, baseadas em critérios políticos, técnicos, econômicos e sociais, respeitando a razoabilidade e a proporcionalidade, com o balanço dos custos e benefícios.

No caso, os prazos processuais devem ser exercidos igualmente, sendo que, para haver a possibilidade de existência de prazos diferenciados, há que haver uma razoabilidade que consiste em afirmar que quando é concedido uma discriminação, a lei o faz respeitando certos princípios, que repugnam os conceitos de má-fé, falta de honradez, atuação irrazoável, predominância de circunstâncias estranhas ou irrelevantes e desprezo pelas políticas públicas.

No exame do controle dos conceitos legais indeterminados, surgem os princípios gerais do direito e os princípios gerais de valoração, composto, dentre outros, pelo princípio da igualdade, essencial a toda atividade jurisdicional.

Entre os principais direitos fundamentais do homem, destaca-se o direito à igualdade (isonomia), que a Constituição Federal também assegura, realçando a importância deste, - também chamado de princípio da igualdade perante a lei, princípio da igualdade formal e, para alguns, princípio da equidade -, através de sua previsão normativa no próprio *caput* do artigo introdutório dos direitos e garantias fundamentais.

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

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

Não se trata, como pode parecer à primeira vista, de uma igualdade absoluta (igualdade substancial ou material), e sim, apenas, de uma igualdade formal, onde não só os desiguais são tratados desigualmente, como ainda o Estado (representando o interesse público prevalente) se apresenta, em comparação aos entes privados, em condição de relativa

supremacia legal.

A atual Constituição, no art. 5º, *caput*, dentre outros, assegura o direito à igualdade. Ela traduz uma relação entre dois entes quando estes apresentam as mesmas características, a mesma estrutura, a mesma forma quando, enfim, não apresentem desigualdades que se nos afigurem relevantes (BASTOS, 1997, p. 180).

Segundo alguns autores, o princípio da igualdade (isonomia), em essência, melhor seria designado por princípio de igualdade de oportunidades, uma vez que a tradução da expressão formal do Texto Constitucional não busca, em nenhuma hipótese, uma igualdade absoluta (e utópica), mas apenas a possibilidade efetiva de todos, em igualdade de condições, obterem o almejado.

Para realçar o princípio de isonomia, também chamado de princípio de igualdade perante a lei ou princípio de igualdade formal, o mesmo veio inscrito no *caput* do artigo introdutório dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com os direitos fundamentais de vida (o da existência do ser), de liberdade (que propicia o desenvolvimento do ser, facultando-lhe os espaços sociais e materiais necessários para a integração de sua personalidade), de segurança (que é o de manter os espaços sociais e materiais já alcançados) e o direito de propriedade (espécie do direito de segurança, que é usufruir as utilidades materiais dos bens incorporados em seu patrimônio).

A regra de igualdade formal, insculpida na Constituição, não significa que os desiguais sejam tratados com igualdade. Ao afirmar que todos são iguais perante a lei, a Constituição quer dizer que somente ela pode criar tratamento desigual para pessoas em igualdade de condições e, realmente, ela o faz, por exemplo, ao conferir prerrogativas a parlamentares, magistrados, militares, idosos, crianças, deficientes, etc. (SLAIB FILHO, 1989, p. 202-203).

Finalizando o presente subitem, tem-se que, quando da aplicação da justiça, é preciso lembrar que o sentimento do justo e do injusto é um elemento permanente da natureza humana. Como diz Duguit (1930, p. 93), este sentimento se encontra em todas as épocas e em todos os graus da civilização, na alma de todos os homens, entre os mais sábios como entre os mais ignorantes. A justiça, em sua essência, para São Tomás de Aquino, consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade. A verdadeira igualdade, por sua vez, é,

segundo Aristóteles, aquela que pratica a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais. A justiça, portanto, em última análise, tanto pode ser simples quanto proporcional (PAUPÉRIO, 1972, p. 52).

O processo penal, sendo bilateral e sinalagmático, diz respeito à dialética processual e seu fim é estabelecer a igualdade das relações entre os contendores, acusação e defesa, de modo a adequar-se coisa a coisa, para a realização de uma verdadeira igualdade aritmética. Por sua vez, quando razões proporcionais o autorizam, os ônus podem ser distribuídos proporcionalmente à capacidade e à necessidade de cada um: mais deve quem mais pode, mais recebe quem menos e, de regra, visa a proteger aos acusados, e não ao acusador, como sói acontecer, mediante a adoção de critérios que favoreçam uma distribuição mais equilibrada da justiça, ressaltando a necessidade de, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos acusados, no mais das vezes oriundos das classes inferiores, atendendo a que eles estão, na maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida.

1.5 Histórico dos direitos humanos fundamentais e dos princípios jurídicos nas cartas brasileiras

A atual Constituição brasileira foi a primeira, na história constitucionalista interna, a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado logo após o “Preâmbulo” e antes dos direitos fundamentais.

O reconhecimento e proteção dos direitos humanos fundamentais, *v.g.* o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana pelo direito positivo estatal, que é o mais importante direito humano, é fenômeno jurídico relativamente recente, *máxime* em se considerando que, tão-somente a partir da II Grande Guerra é que os direitos humanos passaram a ser reconhecidos expressamente (Declaração Universal da ONU de 1948).

Longa foi a evolução dos direitos humanos até chegar ao momento atual, passando por inúmeras fases, onde o excesso e o abuso de poder do Estado eram contínuos. Mas, os direitos humanos surgiram, justamente buscando uma reação a tal comportamento e um controle da atuação do poder Estatal, sempre respeitando os direitos fundamentais de cada ser humano.

A antigüidade não reservou contribuição efetiva para a evolução filosófica dos direitos humanos, enquanto antagônico ao poderio do Estado leviatã. Direitos humanos é luta por espaço vital e dignidade de vida, refletindo-se no homem como sua própria sombra em dias de luz e desaparece em dias de trevas e obscuridade. É essência da história da humanidade. No entanto, somente as sociedades conhecidas como “oficiais”, aquelas que se registrou na história, contribuíram para uma construção filosófica. As demais sociedades, denominadas “paralelas” (isoladas, não registradas, desaparecidas, índios, piratas, vikings, etc.), não teriam fixado uma contribuição filosófica importante nesta evolução.

Nas sociedades que fizeram a história “oficial” da humanidade, perfilaram filósofos como Rousseau, Voltaire, Maquiavel, Beccaria, com ideais que revolucionaram à sua época. Após a Segunda Grande Guerra surgiram vários documentos, de âmbito internacional, sistematizados, que tiveram sua inspiração em outros, de âmbito nacional, como a Magna Carta de João Sem Terra (1215) da Inglaterra, a Declaração dos Direitos da Virgínia (1776), e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) da França.

Os instrumentos básicos podem ser de nível global ou regional, a saber: Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto dos Direitos Civis e Políticos, Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção contra a Tortura, Convenção sobre Eliminação de Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre Eliminação de Discriminação Racial, Convenção sobre Direitos da Criança (Globais); Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção para Erradicar a Violência contra a Mulher (Regionais) (PIOVESAN, 1995, p. 54-55). A nível global, pode-se acrescentar ainda a Convenção contra o Genocídio, de 1948.

Outros documentos, que dizem respeito direto aos tratados, merecem avaliação histórica, como as razões do Itamaraty (Processo 9758/80-OAB) contrárias à Adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Direitos Humanos - Instrumentos Internacionais e Documentos Diversos, Senado Federal - 1990).

Antes da Segunda Grande Guerra, o Brasil, talvez como a maioria dos países do mundo, tratavam com indiferença a questão dos direitos humanos, objeto de luta de alguns poucos idealistas. Mais recente, a capitulação do Itamaraty frente às pressões internacionais, e

a adoção de todos os principais Tratados Internacionais, marcaram o início de uma nova frase de integração para a sociedade brasileira, no contexto internacional.

No Brasil, os direitos fundamentais estão previstos desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, mas a Carta Magna de 1988, também denominada de Constituição Cidadã, foi a primeira do ordenamento jurídico a prever um título específico para os Princípios Fundamentais.

Conforme Mello (1997, p. 450-451), “Princípio Jurídico poderá ser definido como 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.”

Os Princípios Constitucionais são ditos por Canotilho (1993, p. 180), como: “traves mestras jurídico-constitucionais, mandamentos nucleares”. São os princípios elencados na Carta Magna que delimitam e dotam de racionalidade sistêmica o ordenamento jurídico, servem como bitolas, padrões de referência para todas as atividades diretamente vinculadas ao texto, seja interpretação, aplicação ou integração do mesmo.

No próprio preâmbulo da Constituição Federal consta como objetivo geral da nação a instituição do Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Além dos fins do Estado Democrático de Direito, sintetizados no preâmbulo constitucional, merece destaque a positivação do art. 1º da Constituição Federal, que elenca mais um rol de princípios quando explicita os fundamentos da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I. a soberania;
- II. a cidadania;
- III. a dignidade da pessoa humana;

IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V. o pluralismo político;

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No dizer de Jackman (apud PIOVESAN, 2003, p. 190), “a Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico - refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser”. É com essa perspectiva que há de se compreender a Carta de 1988.

A Constituição de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. O texto demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós ditadura”.

Introduz o Texto Constitucional avanço extraordinário na consolidação das garantias e direitos fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os Direitos Humanos jamais adotados no Brasil. A Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.

Ressalte-se, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro, das Constituições alemã (Lei Fundamental - GrundGesetz, 23 de maio de 1949), portuguesa (02 de abril de 1976) e espanhola (29 de dezembro de 1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos Direitos Humanos e da proteção à dignidade humana.

Com relação aos princípios, releva consignar que hoje paira uma idéia de uma nova interpretação constitucional mais de acordo com a vontade da Carta Política fundamental, onde o método clássico subsuntivo, onde a interpretação parte de uma premissa maior, que é a lei, e vai para os fatos, que são a premissa menor, baseando sua conclusão na sentença e os demais elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico são reforçados pela busca de sentido das normas e na solução de casos concretos, utilizando-se diversos princípios específicos de interpretação constitucional.

Os princípios seriam o alicerce, a alma da Constituição, sendo o complexo, integral e orgânico dos valores essenciais filosóficos, morais, históricos, sociais, jurídicos, econômicos, bem como os ideais e finalidades da população em um dado momento histórico.

Atualmente, a doutrina dominante reconhece que as Constituições contemporâneas estão impregnadas de certos valores que trazem, em suas normas positivadas, diretrizes, comandos ou objetivos a serem alcançados por todo o sistema normativo e pelos operadores do direito. De acordo com Tavares (2003, p. 22), “as constituições não estão livres de valores, antes os pressupõem e os acolhem em seu seio.”

No Brasil, os princípios constitucionais vieram já nas primeiras Constituições e, desde seu nascedouro, já era tormentosa a tarefa de definir o que seriam os princípios constitucionais da União, conforme previa o art. 63 da Constituição de 1891, que dispunha, *in verbis*: “Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitados os **princípios constitucionaes da União.**” (grifo nosso).

O estudo desenvolvido neste capítulo teve por finalidade alinhar alguns dos inúmeros questionamentos que envolvem a temática dos princípios constitucionais no processo penal, sem, todavia, qualquer pretensão de esgotar o assunto.

O rol dos princípios constitucionais que possuem aplicação nos diplomas adjetivos penais não se restringe ao analisado, pelo contrário, modifica-se e amplia-se constantemente, dado o caráter aberto e abstrato que qualifica a sua textura.

O papel dos princípios constitucionais e, mais fortemente dentre esses, os direitos humanos fundamentais, dentro do processo penal cresce de importância. Não se considera somente o alargamento de funções, às vezes indevido, mas sim pela premência de renovar em cada ato processual o compromisso de defender os princípios constitucionais conexos com o Estado de Direito Democrático. Basta pensar na tendência da colonização do Direito Penal, transformado em mero instrumento de afirmação da economia e dos interesses do mercado financeiro e que só se legitima na medida em que é eficaz. Como consequência do endurecimento do Direito Penal, surge ainda a redução das garantias processuais penais, como é exemplo a supressão da aplicação do princípio da presunção de inocência, com a inversão do ônus da prova, em alguns casos de prisões processuais que não obedecem aos reclamos do art. 312 do CPP e que, para dar resposta a algum reclamo midiático, o legislador, vez por outra, atropela.

Nesse diapasão, como hodiernamente a sociedade global tem dispensado cada vez maior ênfase ao tema dos Direitos Humanos Fundamentais, nesse primeiro capítulo houve a proposição de realizar uma análise prospectiva, procurando dissertar, ainda que sucintamente, sobre o cenário atual, a origem, a evolução, natureza bem como outros aspectos essenciais quanto aos Direitos Fundamentais.

Inquestionável que cada ato processual dos atores dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, assume um papel decisivo na própria feição da política criminal do Estado, o que acentua a necessidade de uma resposta, constantemente, vinculada ao Estado social e democrático de direito.

Como é tendência irrefreável de se conferir maior implementação, proteção, garantia e efetivação aos Direitos Fundamentais, procura-se fazer uma clivagem, no capítulo 2, dessa cláusula pétrea, de modo que eles venham a se imbricar também no devido processo legal e na ampla defesa, instrumentos típicos do Estado de Direito.

Uma vez insertos na Constituição Federal, são mandamentos garantidores não somente do acesso às decisões do sistema judiciário, como, vedação de embaraço ao exercício de tais direitos fundamentais, seja em plano formal, seja em plano material.

No segundo capítulo essa questão é abordada, com análise do que se está praticando nos principais tribunais pátrios, bem como as análises dos doutrinadores.

2 PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA NA LEI BRASILEIRA

Tanto o princípio do devido processo legal quanto o da ampla defesa devem proceder uma análise a partir da Constituição, patamar mais elevado dentro da estrutura escalonada do direito. No entanto, não faz parte do costume jurídico brasileiro fazer uma abordagem doutrinária ou jurisprudencial das demais normas infraconstitucionais, notadamente o Código de Processo Penal, tanto na forma quanto no conteúdo, com foco de validade na Magna Carta.

No caso do Direito Processual, ramo de Direito Público, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 traz não só suas linhas fundamentais como os seus aspectos e institutos característicos, razão pela qual far-se-á uma análise sobre o princípio da ampla defesa no âmbito do processo penal, com a explicitação respectiva, direcionando-se o estudo pela teoria que justifica a interpretação da lei conforme a Constituição, e indicação do que vem a ser a ampla defesa, com a verificação de alguns dispositivos processuais penais vigentes no País, os quais, observados sob óptica isolada, sem a preocupação de sua constitucionalidade, podem implicar a nulidade da decisão conseqüente..

Por outro lado, como a ordem constitucional brasileira é baseada em princípios, e dentre eles estão os direitos humanos fundamentais, erigidos em normas constitucionais que vão modelar um dado tipo de conduta do Estado no respeito aos direitos individuais de seus cidadãos, far-se-á uma clivagem desse devido processo legal e da ampla defesa pela teoria dos direitos humanos fundamentais, perpassando-os, também, por uma análise do que os tribunais pátrios, pelo menos os mais importantes, estão praticando diante dos casos concretos, bem como o que os mais ilustres pensadores jurídicos do tema entendem sobre o tema.

O princípio do devido processo legal, expresso no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, como matizado em sua origem norte-americana, possui duas dimensões: uma dimensão substantiva, ou material, e outra adjetiva, ou processual.

A primeira vem a lume pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

De maior peso, no entanto, diz respeito à dimensão adjetiva, que se ocupa da garantia da legalidade do procedimento, do justo processo, do *iter* mediador do conflito entre a liberdade e autoridade no jogo de poder desenvolvido pela atividade estatal jurisdicional.

No processo penal, onde o resultado da ação pode vir a redundar na privação da liberdade do agente, com mais vigor se expressa a importância da defesa plena, com o fito de se evitar o reconhecimento da responsabilidade penal em face de não se ter permitido o combate aos elementos de prova que lhe são contrários.

Em que pese, como já abordado, estar o direito assegurado em nível constitucional, o devido processo legal e a ampla defesa não possuem o foco de validade na Carta Política, havendo uma desigualdade de armas entre acusação e defesa em algumas sedes processuais penais, como abordaremos no próximo tópico.

2.1 A dissociação entre a ordem constitucional e a pragmática forense

Parte-se da certeza de que as normas processuais penais devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, ao que se costumou denominar de “princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”, o que deflui da natureza rígida de tais diplomas, como da hierarquização das normas, onde a constitucional assume especial e mais importante relevo.

O devido processo legal e a ampla defesa, como garantias constantes do art. 5º, inciso LV, da Carta Política brasileira de 1988, asseguradas aos litigantes e acusados em geral, no processo judicial e administrativo, deveriam ter observância pela pragmática forense.

No intróito deste subitem, parte-se da premissa de que os direitos constitucionais o são na medida em que se inserem no texto da Constituição, solenemente estabelecida pelo poder constituinte, que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.

Dentro de referidos direitos estão inseridos o devido processo legal e a ampla defesa, isto é, a condição de quem esteja sendo submetido a procedimento criminal para apuração de responsabilidade vir a se defender da imputação, usando para tanto de todos os meios lícitos previstos, como impedindo o desrespeito à sua condição paritária no processo, seja ele de que natureza for.

Daí decorre a imprescindibilidade de se buscar encontrar em disposições legais infraconstitucionais consonância com o preceito inserido na Constituição da República Federativa do Brasil.

A expressão Estado de Direito no modelo constitucionalista expressa um aspecto valorativo central: um tipo de Estado que tem na ordem jurídica em geral, e na constituição em particular, seu fundamento e limitação, sendo ilegal o poder estatal não fundado numa constituição e a não submissão de seus atos a uma ordem jurídica.

O Código de Processo Penal pátrio, completamente divergente nas suas bases axiológicas e no seu modelo em relação ao texto constitucional, estabelece o sistema processual penal no Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.41, dividido em VI livros, nos quais encontra-se normatizado o “processo em geral”, os “processos em espécie”, as “nulidades e os recursos em geral”, a “execução”, as “relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras e disposições gerais”.

As condições de possibilidades para a aplicação do vetusto diploma legal demandam, definitivamente, uma discussão acerca da efetiva inserção do direito processual penal no âmbito do direito constitucional. Parece não haver dúvida de que o direito processual penal do Estado Democrático de Direito implica uma indispensável adequação do processo penal aos valores e princípios constitucionais, discutindo-se os limites e a vinculação do poder legiferante aos princípios da Constituição. Dito de outro modo, é preciso retirar essa espécie de blindagem posta em torno do direito processual penal, que o torna praticamente imune e imunizado em relação à jurisdição constitucional.

Isto ocorre porque no campo da assim denominada dogmática jurídica - tecnicista - há uma metafísica equiparação entre vigência e validade da lei. Vigente a lei, todos passam a interpretá-la como se fosse produto de uma vontade divina. No máximo, discute-se eventual contradição da lei no contexto das antinomias. Entretanto, no mais das vezes, esta é a contradição secundária do problema, uma vez que a contradição principal se localiza na falta de uma análise que leve em conta a parametricidade constitucional. É o caso do Código de Processo Penal e outras leis processuais extravagantes, em que os julgadores se renderam à mera letra da Lei, sucumbindo diante do “conflito de antinomias”.

Para ser mais claro, o julgador não tem liberdade para aplicar dispositivos processuais penais de leis que estejam dissociadas do ordenamento constitucional, que visem beneficiar acusados de crimes e tampouco para prejudicá-los. As condições de possibilidades de uma determinada lei ou artigo de lei ser ou não aplicado de determinada forma, há de ser perquirida na Constituição, visto que a lei processual penal não pode criar tutelas que desatendam à hierarquia dos bens jurídicos constitucionais e tampouco ignorar o valor atribuído pela Constituição aos interesses de dimensões ultra-individuais e coletivas, onde, também o elenco dos artigos de lei sob o manto do vetusto Código de Processo Penal ou das novas leis que disponham sobre processo penal, deve estar condizente com os valores constitucionais.

O julgador brasileiro não pode optar pelo caminho mais fácil, isto é, por uma pragmática inconsequente, próximo a uma razão cínica, no interior da qual continuam fazendo do mesmo modo como era feito antes da nova ordem constitucional vigente. Ocorre que, em que pese tal tendência teórica e, muitas vezes, aplicada na prática, vez por outra os aplicadores do direito não observam essa busca, perpetuando procedimentos que já não encontram supedâneo em tais posicionamentos.

O princípio da ampla defesa, no qual se vê inserido o contraditório, encontra ressonância na legislação processual brasileira, quando se observa que a disciplina referente à produção da prova, tanto no Código de Processo Penal como em legislações penais especiais, que, se não na totalidade das vezes, mas na sua maioria, normalmente, referenda a condição.

Fato é que a jurisprudência majoritária absorve os preceitos infraconstitucionais sem flexioná-los de acordo com a Constituição.

Procedendo-se a uma leitura da jurisprudência exarada pelo STF, STJ, TRF4 e TJRS, pode-se perceber uma certa paradoxalidade com relação ao tratamento dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois, ao mesmo tempo em que os reconhecem enquanto tal, posto que previstos na Constituição Federal, na prática, quando invocado o princípio para desconstruir processo levado a efeito com preterição dos mesmos, há fundamento de validade nas normas infraconstitucionais e preterição do foco de validade correto.

Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137, de 1990). Crime societário.

2. Alegação de denúncia genérica e que estaria respaldada exclusivamente em processo administrativo. Ausência de justa causa para ação penal. Pedido de trancamento.

3. Dispensabilidade do Inquérito Policial para instauração de ação penal (art. 46, § 1º, CPP).

4. Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes: HC nº 86.294/SP, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria, DJ de 03.02.2006; HC nº 85.579/MA, 2ª Turma, unânime, de minha relatoria, DJ de 24.05.2005; HC nº 80.812/PA, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, DJ de 05.03.2004; HC nº 73.903/CE, 2ª Turma, unânime, Rel. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997; e HC nº 74.791/RJ, 1ª Turma, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 09.05.1997.

5. Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados.

6. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da ampla defesa, contraditório (CF, art. 5º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Precedentes: HC nº 73.590/SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Celso de Mello, DJ de 13.12.1996; e HC nº 70.763/DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Celso de Mello, DJ de 23.09.1994.

7. No caso concreto, a denúncia é inepta porque não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, a conduta dos pacientes.

8. Habeas corpus deferido. (Juris Plenum 2007a).

(STF-014087) PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. LEI 9.099/95, ART. 76.

I - A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade, ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

II - HC deferido.

(Habeas Corpus nº 84775/RO, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 21.06.2005, DJU 05.08.2005).

Referência Legislativa:

Leg. Fed. Lei 9099/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Art. 76 (Juris Plenum, 2007b).

(STF-014009) PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - "HABEAS CORPUS" CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO.

O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório casualmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa. O direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, nºs 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência - O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula 697/STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes. (Juris Plenum, 2007c).

Por sua vez, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação federal infraconstitucional, na análise de regramentos aplicáveis a casos concretos, decidiu conforme abaixo:

(STJ-169823) PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. LEI 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DOS MOTIVOS.

1. Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90.
2. Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais.
3. A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força dos arts. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida;
4. Obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, mormente as que atingem direitos constitucionais.
5. Ordem concedida. (Juris Plenum, 2007d).

(STJ-169787) CRIMINAL. HC. ATIVIDADE DE RADIODIFUSÃO SEM CONCESSÃO DE SERVIÇOS PELO PODER PÚBLICO. DENÚNCIA NÃO RECEBIDA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE ABERTURA DE PRAZO PARA CONTRA-RAZÕES. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que os pacientes foram denunciados pela prática, em tese, dos delitos previstos no art. 183 da Lei nº 9.472/97 e art. 336 do Código Penal, tendo o Magistrado singular rejeitado a exordial acusatória, em face da ausência de justa causa, pela atipicidade das condutas imputadas aos indiciados.

II. O Tribunal a quo deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Parquet, sem, contudo, ter aberto prazo para apresentação das contra-razões pela defesa.

III. A ausência de intimação dos pacientes para oferecimento das contra-razões ao recurso em sentido estrito caracteriza cerceamento de defesa, em clara ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, acarretando nulidade absoluta do acórdão.

IV. Deve ser anulado o acórdão hostilizado, a fim de que se proceda a devida intimação dos pacientes para o oferecimento das contra-razões ao recurso em sentido estrito.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (Juris Plenum, 2007e)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que abarca o Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, em temas afetos à sua competência constitucional, lavrou os seguintes acórdãos, atinentes ao caso vertente:

(TRF4-006424) PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 316, CAPUT, DO CP. REITERAÇÃO DE ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. INVIABILIDADE DO EXAME NESTA SEDE. FIRMADA A COMPETÊNCIA FEDERAL PELO STF. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CORRELAÇÃO, INICIATIVA DAS PARTES, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA-BASE. REDUÇÃO.

1. O pretório excelso, em julgamento de recurso extraordinário, fixou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, reformando a decisão desta Corte que, em habeas corpus, havia declinado da competência, o que inviabiliza a possibilidade de que este Regional reexamine a questão.
2. Não há falar em ferimento ao princípio da correlação, levando-se em conta que a denúncia narra a exigência de vantagem indevida por parte do acusado, relativo à procedimento que estaria totalmente coberto pelo Sistema Único de Saúde. A eventual discrepância de datas e valores, por si só, não tem o condão de confortar a tese de que a condenação divergiu do pedido constante da exordial acusatória.
3. Inviável acolher-se a alegada violação ao princípio da iniciativa das partes (ne procedat judex ex officio), na medida em que, proposta a ação penal, o processo desenvolve-se, também, por impulso oficial, onde o Julgador pode determinar, inclusive de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, sendo este o caso dos autos.
4. O indeferimento motivado de produção de prova relativa a documentos que poderiam ser obtidos pela própria parte, sem necessidade de intervenção judicial, não implica qualquer mácula aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.
5. Comprovado nos autos que o acusado, de forma livre e consciente, exigiu para si, em razão de sua função, vantagem indevida, resta caracterizado o delito tipificado no art. 316, caput, do CP.
6. Redução da pena-base, considerando que o aumento fixado, em razão de apenas uma circunstância judicial desfavorável, mostrava-se exacerbado. (Juris Plenum, 2007f).

Como não poderia deixar de serem mencionados os arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vez que a matéria afeta aos tribunais estaduais constitui-se da grande massa de casos submetidos à julgamento, traz-se à colação as seguintes decisões:

(TJRS-282001) APELAÇÃO - LATROCÍNIO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE.

Operada a redefinição da conduta em delito que não é da competência do juiz singular, incabível avaliação da prova, muito menos exame de mérito. Encaminhado o processo à Vara do Júri o Ministério Público poderá aditar classificando a conduta, requerendo o que entender, também a defesa, providências indispensáveis na observância do devido processo legal e da ampla defesa. Negado provimento. (Juris Plenum, 2007g).

(TJRS-279289) ROUBO. REVELIA DECRETADA IRREGULARMENTE.

Endereço do réu, constante dos autos, no qual o acusado não foi procurado, conforme advertiu o Dr. Procurador de Justiça em seu parecer. Ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Nulidade decretada, abrangendo os atos subseqüentes, determinando-se a renovação da instrução, com a intimação do réu no referido endereço para acompanhar os atos processuais. (Juris Plenum, 2007h).

(TJRS-278698) AGRAVO DA EXECUÇÃO (ART. 197 DA LEP). FALTA GRAVE. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A ausência de nomeação de defesa técnica ao apenado, em procedimento administrativo disciplinar, resulta na violação do devido processo legal atinente à espécie, corolário lógico da efetiva e ampla defesa da parte, seja no âmbito administrativo ou judicial (art. 5º, inc. LV, da CF/88). Assim, violado o devido processo legal no PAD do agravante, impende decretar a sua nulidade e não homologá-lo, para todos os efeitos legais. Agravo provido. (Juris Plenum, 2007i).

Tanto essa paradoxalidade ocorre que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu constitucional flagrante inconstitucionalidade da lei de combate ao crime organizado (Lei 9.034/95) quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1517-UF, acórdão da lavra do Ministro Maurício Correia:

“competindo ao Judiciário a Tutela dos Direitos e Garantias Individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária. Querer elevar a condição de processo inquisitorial ou à inovação do juiz de instrução mera diligência a ser efetuada pelo juiz, na apuração do deplorável crime organizado ... é ir longe demais...” e concluir que “é mais do que justificável que também o Estado se apreste no sentido de buscar meios ágeis e eficientes, em defesa da sociedade, que é vítima maior do alastramento desse mal, sem que com isso se extraia que haja qualquer violação ao sistema constitucional” (sic) confirma a dificuldade que até mesmo a mais alta Corte do país tem em entender a extensão e profundidade do novo modelo processual penal inserido na Constituição. (Juris Plenum, 2007j).

Em que pese o reconhecimento judicial, em tese, da existência dos princípios constitucionais, na *práxis* pretoriana, os julgadores atuam contra a observância dos princípios ora debatidos onde, com referência à figura do defensor, que tem seu nascedouro na Constituição e, com um pouco de interpretação conforme o Texto Maior, já poderiam tornar juridicamente sem efeito o tratamento discriminatório e com prejuízo à defesa na concessão de prazos diferenciados para a prática de determinados atos processuais caso atuem no feito defensor público ou advogado constituído pelo próprio acusado, havendo, também, tratamento diferenciado entre esse e a acusação (Ministério Público).

A defesa técnica em juízo, a cargo de advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, protagoniza, na visão da pragmática forense, tratamento diferenciado somente em razão de estar o patrono da causa vinculado ou não ao Estado (defensor público)

ou de o réu contratar, às suas expensas, defensor, ou, ainda, ser o defensor nomeado pelo juiz.

Será constituído o defensor quando nomeado pelo réu por procuração, dativo quando, não possuindo defensor constituído por instrumento particular, algum daqueles registrados na OAB, for nomeado pelo juiz e defensor público é aquele vinculado à Defensoria Pública, órgão pertencente à estrutura administrativa estatal.

Com relação aos prazos processuais desses profissionais do direito, em se tratando de defensor público, aplicam os julgadores em dobro o prazo para interpor recurso, sendo a intimação pessoal do defensor público, em ambas as instâncias, e não por intermédio do Diário Oficial.

Já com relação ao defensor dativo, outorgam a benesse de ser intimado pessoalmente, havendo entendimento jurisprudencial, minoritário, que entende não se aplicar a eles o prazo em dobro.

O que vulnera o princípio da igualdade é que, quanto ao defensor constituído, aplicar-se o prazo simples e a intimação fictícia, pelo Diário Oficial, e, ao defensor público prazos mais dilatados e intimação pessoal, mesmo que o réu seja o mesmo, isso previsto no próprio Código de Processo Penal, conforme artigo e parágrafos abaixo transcritos:

Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.

§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado.

§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo.

§ 3º A intimação pessoal, feita pelo escrivão, dispensará a aplicação a que alude o § 1º.

§ 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal. (grifo nosso).

A atribuição de prerrogativas processuais aos profissionais do direito vinculados ao Estado por relação estatutária, ou mesmo por comissionamento (defensor dativo), vem baseada na vetusta concepção de que o todo vem antes das partes, remontando a Aristóteles o primado do público, resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual

e na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irreduzibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.

Seria, então, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há norma constitucional que albergue tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma idéia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual.

A expressão interesse público exsurge associada, não raras vezes, a outros termos similares, tais como interesse geral, interesse difuso, interesse coletivo, utilidade pública, ora mencionados no mesmo sentido, ora em sentidos díspares.

O interesse público identifica-se com a idéia de bem comum e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano.

De acordo com Di Pietro (1991, p. 157):

Na verdade, o interesse “social” e o “geral” estão relacionados com a “coletividade” ou com a “sociedade civil”, enquanto o interesse “público” mantém ligação com o Estado. Ao Estado cabe não somente a ordenação normativa do “interesse público”, mas também a soberana indicação do seu conteúdo. O interesse público constitui interesse de que todos compartilham. A finalidade dos atos processuais, todos eles deve vir informada pelo interesse público. A expressão interesse público evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediamente, aqueles interesses que o Estado escolheu como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevaletentes na sociedade. Há uma aproximação terminológica entre interesse público e interesse geral. O interesse público não é a soma de interesses particulares, sendo certo que a Administração é competente para definir o interesse público naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador. O interesse público invoca a presença do Estado-administrador ou do Estado-legislador, devendo estar presente tanto no momento da elaboração da lei como no de sua execução pelo aplicador.

Mutatis mutandis, predomina no sistema jurídico brasileiro a posição de a natureza da função do defensor público, no processo penal, ser de parte instrumental, isto é, pela ótica processual, sua atividade assemelha-se à das partes privadas, exercendo atividade postulatória, probatória e qualquer outra destinada a fazer valer a defesa do réu em juízo.

Somente por a defensoria pública atuar no processo, não faz nascer um interesse público diverso daquele existente na atuação de advogado particular, sendo que, ao contrário do procedimentalismo adotado pelos julgadores, consulta mais ao interesse público viabilizar o exercício dessa atividade privada no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se prerrogativas injustificáveis que causem prejuízos incalculáveis para o sistema legal e, de resto, para toda a coletividade, que seria sempre atingida, de forma mediata.

Para que a Defensoria Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, naturalmente não avultam as prerrogativas processuais ora identificadas como privilégios, e que a pragmática forense aplica sem qualquer indagação se são vantagens sem fundamento, criando-se, por conta disso, uma discriminação, com situações de desvantagens em casos iguais, eis que não contêm fundamento razoável, desatendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico, uma vez que trata os iguais de forma desigual.

Ora, a parte ré, que é representada em juízo por defensores públicos reúne as mesmas condições que um particular que contrata advogado às suas expensas para defender seus interesses em juízo. Dizer que, além de estar defendendo o interesse público, a Defensoria Pública mantém uma burocracia inerente à sua atividade, e por isso teria dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa, bem como o volume de trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares é um sofisma hábil a justificar a discriminação.

Como se vê, a Defensoria Pública não é diferente dos advogados particulares, não havendo razão para que receba tratamento diferente.

Ora, sabe-se que o princípio da isonomia traduz a idéia aristotélica de igualdade proporcional, própria da justiça distributiva, segundo a qual se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual e sendo a Defensoria Pública igual frente ao advogado particular, somente estará atendido o princípio da igualdade se lhe for conferido tratamento igual. Mas, com relação ao interrogatório do acusado, o diploma adjetivo contempla, e o Judiciário o aplica sem fazer uma clivagem pelos princípios maiores, a realização de tal ato somente entre o Estado, através do Juiz, e o acusado, sem intervenção das partes, notadamente

da defesa que, nesse ato processual, poderia modificar o foco de todo o processo, com o que acaba por divergir, completamente, das bases do texto constitucional. Somente após proceder ao interrogatório é que o juiz indagará às partes se restou algum fato para ser esclarecido.

Se descuram das garantias do réu que, pela ótica pragmática acima, não passa de mero instrumento.

Também interessante verificar a forma que os julgadores pátrios enfrentam os ditames do art. 595 do CPP, que determina no reconhecimento da deserção, caso o réu condenado empreenda fuga após a interposição da apelação.

Em que pese a pragmática forense estar dando validade a tal dispositivo, pode-se objetar a aplicabilidade do dispositivo quando se observa estar ela em desacordo com o princípio da ampla defesa.

Às regras insculpidas nos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal há que se dar, como por óbvio, ocorre com todo e qualquer dispositivo processual penal, interpretação condizente com a exegese da Constituição Federal, que contém os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção do estado de inocência.

A figura da deserção deixa de possuir base jurídica, a partir da promulgação da CF/88, por vulnerar, fundamentalmente, o dogma da ampla defesa, que, em si, traduz o princípio da recorribilidade das decisões ou do duplo grau de jurisdição.

É de se duvidar da constitucionalidade do artigo 595 do CPP (extinção do recurso de apelo por hipótese de deserção), cujo teor, se observado à risca, ou literalmente, sugere constituir manifesta violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da presunção de inocência e da ampla defesa, com destaque para esse último princípio.

A não utilização da figura da deserção pelo Poder Judiciário seria a mais acertada, muito embora a prática seja a aplicação sistemática, pelos juízes e tribunais de todo o País, sem levarem, em devida conta, esses operadores do direito, a certeza de que o direito prima por ser eminentemente dinâmico e não estático, como acabam por, na prática, fazê-lo. O que a

observância, pelos julgadores, do artigo 595 do CPP faz é vulnerar o direito de reexame da condenação criminal com o que acaba por atingir a garantia da ampla defesa.

Após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, deveria ter sido flexibilizada a deserção, para que não houvesse a relativização de um direito absoluto, que é o da ampla defesa, respeitados apenas os prazos e as formas ditados pela lei, como lógica imposição de ordem e de disciplina processuais.

Não é possível admitir, ante a clareza e a profundidade dos citados princípios insculpidos na Lei Maior, que a evasão do condenado, após interposta a sua apelação, venha a obstar o conhecimento e o julgamento de seu inconformismo, privilegiando-se a mera formalidade ou disciplina individual, inclusive atentatória contra a natural ânsia de liberdade, apesar de socialmente desejável, em franco detrimento da importância da análise dos termos do recurso aviado.

A busca que se há sempre de fazer, nesse campo, ao lado da procura pela verdade real, é a do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, de modo que toda sentença definitiva se aproxime, o máximo possível, do ideal de outorga do direito em cada caso concreto.

Aplicando a sanção processual da deserção, o que faz o Judiciário é inverter a ordem das prioridades e colocar à frente dos princípios constitucionais somente o comportamento submisso do condenado como pressuposto para conhecimento de seu apelo.

Também suscita debate a questão, certamente interessante, que ocorre quanto à diferente consequência pela desídia por parte do titular da ação penal, quer se trate de ação pública ou quer se trate de ação privada.

Em caso de tratar-se de ação privada, a desídia processual por parte do autor dá azo à denominada perempção, que, por definição, significa a “morte” da ação penal privada em razão da negligência do querelante, a qual, cotejada com a consequência pela desídia incorrida pelo titular da ação penal pública, no caso, nulificação do feito, que deve ser refeito, há uma extrema diferenciação que não encontra guarida no princípio da igualdade e/ou da proporcionalidade.

A ação penal privada nada mais é do que a ação proposta pelo ofendido ou seu representante legal e não pelo membro do Ministério Público e, nesse caso, é que ocorre a perempção, pelo querelante deixar de promover o andamento do processo por 30 dias seguidos, caso em que é chamada e perempção automática ou, quando morre o querelante e nenhum sucessor aparece para dar prosseguimento à ação, em 60 dias ou, ainda, quando o querelante deixa de comparecer a ato em que deveria pessoalmente estar presente ou, quando o querelante deixa de pedir a condenação do querelado nas alegações finais ou quando o querelante é pessoa jurídica que se extingue sem deixar sucessor ou, por derradeiro, quando morre o querelante na ação penal privada personalíssima. Já a ação penal pública tem como titular exclusivo (legitimidade ativa) o Ministério Público (art. 129, inc. I, da CF/88).

O que releva analisar é o devido processo legal, aplicável à legitimidade ativa, com relação à desídia, sabendo-se que não é razoável dar um tratamento amplamente mais favorável ao membro do Ministério Público, dotado de maiores condições financeiras e organizacionais, do que aquele titular, particular que, por uma contingência da vida, vê-se com o encargo acusatório para poder restabelecer a ordem penal violada. Não raras vezes, senão na quase esmagadora maioria das vezes, tal titular possui acanhada condição econômica, com o que dificulta a contratação de profissional para representá-lo processualmente.

Pelo princípio processual penal da indisponibilidade da ação penal pública, depois de proposta a ação, o Ministério Público não pode dela desistir (art. 42 do CPP). O artigo 564, inciso III, “d”, do Código de Processo Penal, prevê que o Ministério Público deve manifestar-se sobre todos os termos da ação penal pública.

Nessa segunda hipótese, cabendo ao Ministério Público intervir em atos e termos da ação por ele intentada, e, na falta de sua intervenção, haveria quebra do princípio do contraditório, com o que nulificaria, de forma absoluta, insanavelmente, portanto.

Nesse mesmo caso de falta de intervenção do Ministério Público, mas em ações privadas, em caso de ação de iniciativa privada exclusiva ou quando se tratar de crime de ação pública, há somente uma nulidade relativa, posto que não incorrer na quebra do contraditório e a nulidade estaria sanada se não argüida em tempo oportuno (art. 572 do CPP). Quer dizer, o contraditório somente estaria presente quando houvesse intervenção do Ministério Público

como titular da ação penal, e isso não ocorreria quando o titular fosse a vítima, em nome próprio, por expresso permissivo legal.

A ação penal privada é aquela intentada pelo próprio ofendido ou pelo seu representante legal naquelas infrações penais que lhe afetam de uma forma mais direta, com o que ocorreria, por parte do Estado, um benefício para que se avaliasse se o valor intimidade pessoal da vítima, em caso que tal, não seria mais importante do que a punição. Junte-se a isso que, em tais delitos, a prova, no mais das vezes, depende enormemente da colaboração do ofendido, sendo mais cauteloso que esse avalie, então, da movimentação do aparelho estatal repressivo.

Mas a ação privada não retira do Estado o interesse na repressão do delito, somente concedendo a titularidade da ação penal a pessoa diversa do titular do direito subjetivo de punição, razão pela qual o deslocamento da titularidade não pode atrair desigualdades procedimentais ou diferenciações não razoáveis, como a que ora se relata.

Analizado o fato de falta de manifestação, tanto do órgão do MP quanto do querelante, somente pela ótica do princípio do contraditório, poder-se-ia, *ad argumentandum tantum*, concordar com esse posicionamento de irregularidade. No entanto, quando se trata de querelante, penaliza-se com a perempção, que é uma dentre as causas de extinção da punibilidade (a perempção é apresentada no artigo 107, IV, 3ª figura, do Código Penal, como causa extintiva da punibilidade), e que é a perda do direito de prosseguir na ação penal privada, ou seja, a sanção jurídica cominada ao querelante em decorrência de sua inércia, sem paralelo para a ação pública, ante a mesma inércia, premiando-a com a nulidade ou anulabilidade dos atos, isto, não se extingue o feito. Pela clivagem do direito de ação com o princípio da igualdade, isso não subsiste, *máxime* em se considerando inexistir razoabilidade para tal *discrimen*.

Só quando a ação é exclusivamente privada é que pode ocorrer a perempção. Se a queixa é subsidiária (Código Penal, artigo 102, § 3º), não existe perempção porque a inércia do queixoso fará com que o Ministério Público retome a ação, como parte principal (Código de Processo Penal, artigo 29). Com maior razão, não tem ela lugar na ação pública. (NORONHA, 1989, p. 406).

Quando a inércia é pública, a lei processual penal chama isso de falta de fórmulas e termos que elenca, sendo que, dentre elas, nomeia a falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal pública ou subsidiária como causa de nulidade absoluta ou relativa, respectivamente.

Ao invés de aplicar a mesma pena pela desídia, manda o juiz, por analogia, aplicar os ditames do art. 28 do CPP, com remessa dos autos ao procurador-geral de justiça, para que designe outro promotor para officiar no processo. Mesmo que não seja essa a ação do juiz, o CPP, pelo seu art. 572 e incisos, permite, expressamente, a convalidação de tal vício, quando este não for argüido em tempo oportuno, ou se o ato tiver atingido o seu fim, ou se houver ratificação posterior expressa ou tácita, pelo órgão do Ministério Público.

Além dos casos antes declinados, hauridos da práxis forense, no tocante ao sistema abacado pelo Processo Penal pátrio, existem formalidades ainda aplicadas pelos julgadores sem atentar para os cânones maiores.

Com efeito, na Constituição brasileira inexistente dispositivo expresso acerca do sistema acusatório, que aparece, contudo, de corpo inteiro, não só nos artigos que tratam das garantias individuais, como ainda daqueles que definem as atribuições, competências, deveres e prerrogativas do Ministério Público, da Magistratura, da Advocacia.

Sem embargo disso, os tribunais brasileiros continuam aceitando a validade dos dispositivos do CPP que prevêm a intervenção do juiz como condição para o arquivamento do inquérito policial (art. 28); que a ele conferem poderes para requisitar provas visando “dirimir dúvida sobre ponto relevante” (art. 156); para proceder ao reinterrogatório do acusado (art. 196); para determinar a condução da vítima à sala de audiências para prestar depoimento (art. 201, parágrafo único), para ouvir, “quando julgar necessário”, quaisquer pessoas além daquelas indicadas pelas partes (artigo 209); para requisitar, de ofício, documentos sobre cuja notícia tiver conhecimento para dirimir “ponto relevante da acusação ou da defesa” (art. 234); para ordenar, de ofício, busca pessoal (art. 242) ou realizá-la diretamente (art. 241); para decretar a prisão preventiva do acusado, independentemente de provocação (art. 311); para recorrer, de ofício, quando conceder o *habeas corpus*, para dar ao fato nova definição jurídica (artigo 384 e parágrafo); absolver sumariamente o réu (art. 574, incisos I e II e 411); acolher pedido de reabilitação criminal (art. 746); declarar o

arquivamento do inquérito ou absolver o denunciado por crime definido na Lei 1.521/51, art. 7º, etc.

Até mesmo quando do julgamento das apelações, permite o CPP que Câmaras ou Turmas ordenem novo interrogatório, reinquirição de testemunhas e determinação de outras diligências complementares (art. 616).

Ora, essa realidade normativa não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e há muito deveria ter sido reinterpretada. Não é aceitável, *data venia*, a protelação do urgente trabalho de filtragem constitucional, ao nível dos Pretórios, para que a Lei Maior, efetivamente, cumpra sua função dirigente frente à legislação infraconstitucional.

Como é óbvio: são as leis que devem se ajustar à Constituição, e não o contrário.

Também a pragmática forense ainda dá guarida a figura, de discutível constitucionalidade, do denominado Recurso *Ex Officio*, interposto pelo próprio prolator da sentença, recurso esse que se encontra disposto no Título II, “Dos recursos em geral” e o seu Capítulo I, “Disposições gerais”, do Código de Processo Penal, que assim se inicia:

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder *habeas corpus*; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

Ainda existente no ordenamento processual penal a possibilidade dos “recursos de ofício”, cuja natureza recursal é, inclusive, bastante discutível. Tourinho Filho (1996, p. 244), por exemplo, respaldando-se nas lições de Alcides de Mendonça Lima, assevera que “o recurso necessário não pode ser considerado como tal, pois o juiz, que tem o dever de recorrer de ofício, não haveria de ficar inconformado com a sua própria decisão. Ademais, quando alguém recorre, evidentemente há de desejar seja o seu recurso provido.”

Segundo Tourinho Filho (1996, p. 244),

No *ex officio* dá-se exatamente o contrário: o Juiz quer que a sua decisão seja mantida, donde decorre que, o recurso *ex officio*, tecnicamente, não é um recurso, posto não ser interposto por quem tenha interesse na reforma da

decisão. Trata-se de providência administrativa visando a acautelar determinados interesses tutelados pelas leis que o admitem.

Este mesmo autor (1996, p. 244) diz cumprir “ao legislador extirpá-lo, por se tratar de verdadeira absurdez, nos termos em que o concebemos”. Na verdade, em tais hipóteses o que há é uma condição de eficácia da sentença (GRINOVER et al, 2001, p. 35).

Tal recurso *ex officio* merece ser banido, por falta de legitimidade da parte recorrente, que, no caso, é o próprio juiz prolator da sentença, como alhures consignado, vulnerando-se, inclusive, a imparcialidade do julgado, que permeia as regras do devido processo legal.

De outra parte, não só o Código de Processo Penal, com entrada em vigor anterior à atual Constituição Federal, mas leis posteriores a ela, tal como a Lei 9.034/95, ao dispor sobre ações preventivas e repressivas direcionadas a organizações criminosas, que prevê a possibilidade de realização de diligência pessoal pelo juiz, sob o mais rigoroso segredo de justiça, atribuindo-lhe funções de investigação, determinando a coleta de argumentos das partes em separado.

Não obstante se observe a preocupação em preservar o segredo a respeito de dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras ou eleitorais, pode-se dizer que a condição do juiz nesta atuação aproxima-o da função de inquisidor e não de presidente do processo e de objeto para o qual a prova se direciona.

A amplitude de defesa, quando se tem a produção da prova de forma direta e sem a participação igualmente direta das partes, que, pelo que se observa do texto legal, somente teriam a condição de assisti-la, implica afronta ao direito e à garantia constitucional, em vista de concentrar nas mãos do julgador o poder único de recolher a prova, escolhendo-a ao seu livre-arbítrio.

Vê-se o acusado, assim, em condição de inferioridade, sem a condição de efetiva e claramente produzir sua defesa, buscando contrariar o que foi buscado pelo juiz, sem limites no cumprimento da diligência, não se podendo deixar de consignar que também o órgão acusatório estará privado da condição de atuar na busca de comprovar a narrativa contida na peça deflagradora do processo penal.

No tocante à interceptação telefônica, observa-se a exigência de requisitos específicos para sua concessão, somente sendo possível quando presentes indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, não ser possível a obtenção de prova por outros meios, e em se tratando de infração penal punida com pena reclusiva, podendo ser determinada de ofício pelo juiz, ou mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, fixando ainda prazo máximo para sua realização, renovável somente uma vez.

Mas o que interessa à análise é a disposição do art. 8º e parágrafo único, que disciplinam o processamento em autos apartados ao inquérito policial ou ação penal, e mais ainda a apensação, que ocorrerá na fase indiciária quando da conclusão do inquérito policial, e em juízo, quando os autos vierem conclusos ao juiz para a prolação de decisão de pronúncia (art. 407 do CPP), ou quando lhe forem conclusos para exarar a sentença (art. 502 do CPP), ou, ainda, quando receber o processo para designar audiência de instrução e julgamento no processo sumário relativo aos crimes previstos na legislação de tóxico que contenham previsão de pena de reclusão (art. 23 da Lei 6.368/76).

Tendo-se em mente que o despacho saneador sana as nulidades, ordena diligências imprescindíveis, requeridas ou não, fixando a data para a audiência de instrução e julgamento, onde serão inquiridas as testemunhas acusatórias e defensivas, tomados os debates e prolatada a sentença, verifica-se que a defesa somente vem a conhecer os elementos de prova obtidos pela interceptação nessa fase processual, sendo somente aí possível a irresignação e o requerimento de outras provas para contrariar suas indicações, havendo, inegavelmente, o cerceamento de defesa, posto que a prova virá aos autos após a apresentação dos argumentos finais pelas partes, e o juiz iria julgar o fato, tendo em conta os elementos de prova havidos pela interceptação, sem que sobre eles tenha havido qualquer tipo de manifestação.

O decisório subsequente, portanto, estará eivado de nulidade, por não observado o preceito constitucional da amplitude de defesa.

Mesmo sendo lei posterior à Constituição Federal, dever-se-ia aplicar, aos preceitos da lei de interceptação telefônica, os princípios da Constituição da República Federativa do Brasil, cabendo ao juiz adaptá-la com determinação, quem sabe, de apensamento em oportunidade antecedente às alegações finais, como em cumprindo à risca o ordenamento legal, fazendo-o quando os autos vierem conclusos para sentença, mas sem deixar de

determinar a ciência das partes, dando-lhes a oportunidade de se manifestarem sobre ela, antes que venha a exarar a decisão respectiva, e não como tem acontecido, aplicando a letra dura da lei..

A providência é indispensável para que se tenha como válida a decisão prolatada com base naquela prova específica, como em outras constantes dos autos.

A afirmação do Direito Constitucional, e, mais ainda, dos princípios consagrados em Constituição, há que ser uma realidade e, como solução de conflitos legislativos, há que se recorrer à disposições contidas na Carta Constitucional, mais consentâneas com os propósitos do Estado Democrático de Direito.

A caótica realidade legislativa nacional deve impor aos julgadores a tarefa de compreender a intenção das leis, e o que é de mais difícil consecução, implementá-las, e não, como sói acontecer, ante as inúmeras dificuldades e controvérsias que não cabem aqui serem elencadas, no dia-a-dia forense, aplicar acriticamente os regramentos constantes em leis infraconstitucionais.

A presença e a vigência de textos legais produzidos em outras épocas, quando o sentido democrático ainda não estava definitivamente consolidado, dispondo sobre questões da mais alta relevância, constatando-se estarem em desacordo com os princípios estabelecidos pela Carta Constitucional vigente é um problema a ser enfrentado, sem que se possa negar, de outra parte, que produções legislativas recentes igualmente incorrem em erros, como já salientado, tornando-se indispensável a absoluta atenção em sua compreensão e verificação de aplicabilidade.

Veze há em que não se pode salvar o texto infraconstitucional, obrigando ao reconhecimento de sua invalidade por conflito com a Constituição Federal. Mas, em outros casos, pode-se recorrer a adaptações, sem que se venha a malferir o texto e o propósito da lei, adequando-a, no entanto, ao previsto na norma constitucional.

Referidas hipóteses são aplicáveis ao preceito da ampla defesa, como se buscou demonstrar, pois que indispensável se propiciem condições de participação na produção da prova e combate às suas indicações, de forma a não deixar o acusado em posição de

inferioridade, dando-se a cada caso a solução que for viável, como não se negando a ele o direito ao duplo grau de jurisdição, o que também configura atentado ao direito de se defender de forma ampla.

O direito, no entendimento da maioria dos tratadistas, nasceu da necessidade de regulamentar a vida em grupo. Ao trabalhar com o direito, constata-se a necessidade de privilegiar uma das suas várias facetas (ciência social, normativa, hermenêutica, axiológica, pragmática etc.), e com isso, de alguma forma, se deixam descobertas as outras. Todavia, mesmo que não se possa prescindir dessa ótica parcial e episódica, o direito não poderá ser apresentado sem a sua faceta axiológica, já que o valor justiça é o seu alicerce fundamental.

Por isso, no entendimento de Mello (1997, p. 80-81), a criação do direito novo não poderá depender apenas do fatalismo histórico dos fatos gerados pela tecnologia, nem poderá ser norteadada somente por juízos de realidade. A necessidade é de uma disciplina própria, hábil a lidar com o direito que “deve ser”. Sob essa ótica, a Política Jurídica parece atender à necessidade de “buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes e a história cultural do respectivo povo” que, para o autor citado, parece ser a sua tarefa.

O julgador deve operar a adaptação da norma em obediência aos balizamentos dos valores justiça, ética e utilidade social sem, contudo, perder de vista a segurança jurídica e a finalidade própria do direito e não aplicar, por facilidades processuais de não ver sua decisão questionada em outra instância, regras que não merecem guarida.

O magistrado, na análise de caso concreto, deve aplicar o direito processual penal sob o enfoque principialista constitucional, naquilo que José Joaquim Gomes Canotilho (apud MELLO, 1997, p. 80-81) denomina de principialização da jurisprudência.

De igual forma, nestas obras mais representativas se encontrará a demonstração de que, hoje, a subordinação à lei e ao direito por parte dos juízes reclama, de forma incontornável, a principialização da jurisprudência, ou seja, a mediação judicativo-decisória dos princípios jurídicos relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos a decisão jurisdicional. (CANOTILHO apud MELLO, 1997, p. 80-81).

Prossegue o autor, dizendo que o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito na atualidade, diferentemente do direito do Estado de Direito do Século XIX e da primeira metade do Século XX, onde predominava o direito das regras dos Códigos, é um direito que leva a sério os princípios, sendo, portanto, um direito de princípios (CANOTILHO apud MELLO, 1997, p. 84).

A figuração desempenhada pelos magistrados, máxime a partir da década de 90, sob o pálio da nova ordem constitucional instituída com a Carta de 1988, sobreleva de importância a atividade jurisdicional na esfera processual, em atender ao seu princípio político consistente em atingir a máxima garantia social com o mínimo de ônus à liberdade individual. Tal aprumo do magistado densifica o Estado Constitucional Democrático e de Direito, como quer Canotilho.

2.2 O devido processo legal e a ampla defesa a partir da dimensão constitucional e da teoria dos direitos humanos fundamentais

Os princípios constitucionais fundamentais que protegem a liberdade e o patrimônio das pessoas são encontrados entre os direitos e garantias individuais e coletivos, dentre os quais avultam, com especial projeção neste estudo, o devido processo legal (art. 5º, LIV) e o “contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

A cogência dos preceitos consagradores dos direitos e garantias individuais como requisito formal e substancial de validade do processo penal é incontroversa, conforme jurisprudência do egrégio STF, *verbis*:

ante qualquer controvérsia sobre o direito de ir e vir, há de abrir-se a Constituição Federal, observando-se normas que surgem como garantias maiores do cidadão. Extraí-se do artigo 5º nela contido: a) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), [...]; c) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVII). (Juris Plenum, 2007k).

O Direito Processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do

seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste.

A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social.

Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. A busca do princípio do devido processo legal e da ampla defesa, sob o presente enfoque, deve estar na seara substantiva como fundamento do direito processual penal

Em direito, os princípios constituem-se fontes básicas, tanto para a sua formação como para sua interpretação, exercendo função ordenadora e função prospectiva no ordenamento jurídico. Na primeira, se vinculam, mais essencialmente, por servirem de diretrizes para a fixação de critérios de interpretação e de integração do direito, dando, assim, coerência geral ao sistema. Na segunda, pode-se afirmar que os princípios têm capacidade de impor sugestões para a adoção de formulações novas ou de regras jurídicas mais atualizadas, tudo inspirado pela idéia do aprimoramento do direito aplicado.

Adquirem, assim, os princípios, papel fundamental dentro do ordenamento jurídico nacional como instrumento colocado ao alcance dos estudiosos e aplicadores do direito para uma melhor compreensão e execução, máxime os que, implícita ou explicitamente, possuem

assento constitucional. São eles, precisamente, a síntese dos principais valores da ordem jurídica.

Inicialmente, o princípio do devido processo legal e da ampla defesa assumiu uma característica marcadamente processual, consistente no conjunto de garantias que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. No entanto, como objetiva a garantia do devido processo legal e da ampla defesa, tutelar a vida, a liberdade e a propriedade, estabelecendo a necessidade de um justo processo e, como a garantia dos direitos humanos fundamentais dirige-se aos mesmos bens jurídicos, protetores da liberdade e propriedade, conforme textualmente dispõe a Constituição Federal, nada mais justo que perpassar os dois princípios ora sob pálio com tais direitos fundamentais.

O devido processo legal consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei, decorrendo do mesmo vários outros princípios, corolários da amplitude de defesa e do contraditório.

Como diz Capez (1999, p. 30):

No âmbito processual, garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juiz competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Impõe-se, destarte, a obediência, com o rigorismo que o caso requer, a observância dos direitos humanos fundamentais, *máxime* em seara penal, onde visualizam-se duas pretensões: de um lado, o *jus puniendi* e o *jus punitonis*; e, do outro, o *jus libertatis*. Desta forma, o processo em matéria penal incide sobre um dos valores fundamentais do homem: a sua liberdade.

Greco Filho (1999, p. 53), ao tratar da garantia do processo penal, expende que:

apesar de o Estado Moderno ser intervencionista, sua interferência nos negócios jurídicos se dá no campo do domínio econômico, permanecendo resguardada a integridade do indivíduo como pessoa, no campo penal. Na descrição dos delitos e cominação de penas, a preocupação é a mesma; todavia, é no processo que ela se revela com maior amplitude, porque, na verdade, no processo penal não se julga apenas um fato delituoso, mas também uma pessoa.

O processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia.

Embora originariamente o princípio se referisse ao seu aspecto procedimental como conjunto de garantias processuais da liberdade e da propriedade, passou-se a admitir também o princípio em outro aspecto, *substantial due process*, que é a aplicação do mesmo ao direito material analisando-se a sua razoabilidade frente ao sistema constitucional.

De acordo com Barroso (1996, p. 211), resumidamente, pode-se dividir em três fases distintas a adoção do devido processo legal na sua concepção substantiva, a saber: a) sua ascensão e consolidação, do final do Século XIX até a década de 30; b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Para o autor, atualmente a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o uso daquele vive um momento de refluxo.

Não obstante este refluxo, o princípio do devido processo legal atualmente é visto sob dupla concepção, procedimental e substantiva e, na ótica de Pereira (2005, p. 237), deve atuar como juízo de adequação hermenêutico-concretizador do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Com a utilização dos princípios constitucionais protetores dos direitos humanos fundamentais, há que se analisar os novos textos processuais penais sob a ótica da razoabilidade de suas normas em buscar a garantia da justiça e da paz sociais e não como instrumento opressor do Estado e prestidigitador das massas.

Em sede processual penal, com mais energia na segunda metade da década de 80 e durante toda a década de 90, tem-se assistido uma atividade legiferante para atender

demandas midiáticas, que, por virem ao mundo jurídico de afogadilho, vêm despidas de respeito aos mais mezinhos princípios de direitos humanos fundamentais.

Para fazer frente a essa atividade legislativa, o respeito aos direitos humanos fundamentais, ora tratado, deve ser um instrumento de superação do juiz na busca de uma concreta realização dos direitos humanos.

Ao juiz é que cabe analisar o fato histórico tido como delituoso, amoldando-o ao conjunto de elementos descritivos contidos no tipo penal produzido pelo legislador. Mas, neste mister, deve considerar aquele conjunto de princípios norteadores da elaboração e da aplicação da lei em sede processual penal, sob a mira dos direitos fundamentais advindos dos mandamentos constitucionais. Se deles o legislador se afasta, deve o juiz intervir.

Como exposto acima, o devido processo legal, em sua perspectiva formal, instrumental, projeta princípios que, sem prejuízo da punibilidade, visam a garantir desdobramentos hígidos, regulares, seguros, da relação jurídico-processual e que, desse modo, funcionam como escudos de contenção contra os excessos do Estado-Acusador.

Sem prejuízo da punibilidade, em verdade, o garantismo apenas exige que o *jus puniendi* se efetive obedientemente ao devido processo legal e a todos os princípios constitucionais e legais dele decorrentes que veiculam os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana. Nada mais.

Tais princípios estão relacionados, dentre outros, aos temas inerentes aos princípios específicos constantes da Constituição. Por estarem previstos em incisos próprios do artigo 5º, a Lei Maior, nessa medida, acabou ficando redundante, tautológica, porque, ao consignar a cláusula do devido processo legal, não precisaria discriminar no texto suas irradiações em normas específicas.

O juiz deve, dentro desta concepção, face a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais, com suporte em poderes instrutórios, buscar atingir a igualdade real entre as partes.

2.3 O princípio do contraditório e o direito de ação

O conceito do direito de ação pode ser dado como sendo o direito público subjetivo abstrato, exercido contra o Estado-juiz, visando a prestação da tutela jurisdicional, sendo que qualquer pessoa tem de obter uma resposta do Poder Judiciário, seja ela qual for. É um direito incondicionado, tendo em vista que não há necessidade de preenchimento das condições da ação para obter qualquer resposta do Judiciário.

Pela teoria adotada pelo sistema jurídico brasileiro, haverá ação sempre que houver uma resposta de mérito proferida pelo Juiz, ou seja, sempre que o pedido for julgado procedente ou improcedente, o direito da ação em sentido estrito será exercido.

Se o Juiz proferir resposta de indeferimento da petição inicial, o direito de ação em sentido estrito não será exercido, visto não ser uma sentença de mérito.

Não é possível haver ação sem processo. É perfeitamente possível, no entanto, haver processo sem ação quando o Juiz não proferir uma sentença de mérito.

Devendo haver o processo, deve-se respeitar todos os princípios atinentes a ele e, dentre eles, por caracterizar uma das facetas do devido processo legal, está o contraditório, com os recursos a ele inerentes.

Com efeito, o devido processo legal significa conjunto de garantias de ordem constitucional que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional e, dentre as idéias que formam o núcleo do conceito, pode-se destacar como elementos essenciais do devido processo legal: o juiz natural, o direito de defesa e a adequação das formalidades do procedimento, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos etc.

A garantia do devido processo legal exige a prestação da jurisdição conforme procedimentos ditados pela legislação processual, cuja rigorosa observância é requisito da regularidade do processo.

É tarefa do Direito Processual regular os meios e as formas de acesso à justiça, sem deixar de levar em conta o núcleo essencial do Direito Constitucional, que não pode ser redimensionado para menos, sob pena de a norma processual ficar contaminada pela inconstitucionalidade. Isso é assim, uma vez que, com a evolução da História, o Estado achou por bem avocar para si a tarefa de fazer justiça, fazendo-o por intermédio de um instrumento, hoje conhecido como processo, com o que a composição dos litígios passou a ser monopólio estatal, com algumas poucas exceções, v.g. a autotutela e autocomposição.

Por conta dessa estatização da justiça, hoje, na esfera processual penal, em razão do princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso LIII, da *nulla poena sine iudice*, somente cabe ao Juiz a aplicação da sanção penal, devendo esse observar o princípio do devido processo legal e, dentro desse, o contraditório.

Uma vez que o monopólio da administração da justiça pertence ao Estado, existem órgãos incumbidos de tal mister, *i.é.*, Juízes e Tribunais que, face à iniciativa da parte, que detêm o direito público subjetivo de obter um provimento, pela aplicação do direito material, devem pronunciar-se.

No Brasil, o princípio está assegurado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República em vigor, que assegura não se poder excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e consagra a garantia de posições processuais igualitárias no exercício do poder jurisdicional, nos processos perante as autoridades deflagrados, e o contraditório, ao meu sentir, espelha essa igualdade dentro do desenvolvimento processual.

Conceituando o contraditório, não mais como simples possibilidade de contestação das partes no processo, mas sim, como a necessidade de uma ampla participação dos seus sujeitos na construção da relação jurídica, visando garantir de forma mais equilibrada a prestação jurisdicional, onde essa necessidade de participação não é só das partes, mas, ainda, do juiz, que irá impor sobre as partes, o resultado do seu livre convencimento.

Livre convencimento do magistrado é a possibilidade de livremente apreciar a prova produzida pelas partes do processo. Nos casos de direitos indisponíveis, o juiz não só pode como deve produzir provas ao seu convencimento.

O contraditório, como é cediço, funda-se em dois pressupostos básicos e indissociáveis: necessidade de dar-se conhecimento da existência às partes dos atos praticados no processo e a possibilidade de manifestação desses atos.

Segundo a melhor doutrina, o direito de ação e defesa não está limitado ao pedido inicial ou à resposta, mas expressa também uma garantia geral do direito de ser adequadamente ouvido durante todo o processo. Em cada estágio do processo deve ser estruturado de maneira a propiciar às partes uma real oportunidade de manifestação.

Nessa ordem de idéias, ressalte-se que o contraditório não se exaure na resposta, nos atos processuais de primeira instância. Ele atua também, e obrigatoriamente, no segundo grau de jurisdição. Seria providência inútil assegurar à parte a oportunidade para levantar questões relevantes para o julgamento da causa durante o primeiro grau de jurisdição se em segundo grau, não lhe fosse conferido o mesmo direito.

O processo, na ordem da idéia do contraditório, é essencialmente dialético, com acerto explica que cada um dos participantes do processo tem o direito de intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como a necessidade de se submeter aos controles e reações alheias.

Pelo contraditório, se exige que a imposição de qualquer ônus, encargo, sanção, ou conferimento de direito haja asseguramento de posições semelhantes, limitados pelas exigências do devido processo legal, com observância dos ritos processuais, em uma perspectiva garantística ao indivíduo, e não uma observância meramente formal, com o que se esaria negando o próprio direito de ação, assegurado constitucionalmente.

O juiz está vinculado aos processos que, primeiro, a ordem constitucional, por intermédio de seus princípios, traçou e, depois, pela ordem infraconstitucional, como garantia fundamental dos indivíduos. A lei que violar as regras e princípios constitucionais atinentes ao processo sujeitam-se à invalidação, posto que inconstitucionais.

O contraditório consiste em acompanhamento das provas produzidas pela parte *ex adversa*, o conhecimento prévio delas.

O regulamento constitucional brasileiro em vigor consagra, em seu art. 5º, inciso LV, a plenitude de defesa, sendo sua importância ressaltada por Silva (2001, p. 434):

Agora a seguinte passagem do magistério de Liebman tem ainda maior adequação ao Direito Constitucional brasileiro:

“O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos (brasileiros) e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos”.

Até antes do advento da vigente Carta Magna, o contraditório no processo penal era constitucionalmente circunscrito à instrução criminal (CF de 10.11.37: art. 122, nº 11; CF de 18.09.46: art. 141, § 25; CF de 24.11.67 e EC nº 1, de 17.10.69: art. 153, § 16), isto é, apenas no estágio que tem início após ao recebimento da denúncia ou da queixa, consoante disposto no Capítulo I do Título I do Livro II do CPP (arts. 394 e segs.).

Com a entrada em vigor da CF/88, entretanto, a situação veio a se modificar, porquanto o contraditório foi então previsto com toda a extensão, não mais se restringindo à instrução criminal (art. 5º, caput, LV).

Na verdade, em que pese a previsão constitucional, a inobservância ao princípio do contraditório tem sido recorrente. Slaib Filho (1990, p. 21), assevera que: “Tal dispositivo tem sido, simplesmente, ignorado na prática pretoriana, o que representa grave violação dos direitos fundamentais e permite a manutenção de um processo diretivo e autoritário, o que só serve para denegrir a imagem da magistratura.”

Pelos pretórios existe a inobservância ao princípio do contraditório, em que pese sua previsão constitucional:

(STF-141173) HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO E OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. INVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

I - Não há ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa na sistemática adotada pela legislação processual penal que impõe a realização do interrogatório do acusado em momento anterior à oitiva das testemunhas de acusação.

II - Habeas corpus denegado. (Juris Plenum, 2007I)

(STF-014116) PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO. ACUSADO. CIÊNCIA DOS TERMOS DA DENÚNCIA. CPP, ART. 186.

I - Não há que se falar em nulidade, dado que demonstram os autos que o paciente, quando da realização do seu interrogatório em juízo, tinha plena ciência da acusação.

II - HC indeferido. (Juris Plenum, 2007m)

(STJ-169813) PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. INTERROGATÓRIO DO RÉU. ATO PRIVATIVO DO JUIZ. AUSÊNCIA DO DEFENSOR. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.

1 - A circunstância de ter sido o réu interrogado sem a presença de seu defensor não configura nulidade, pois trata-se de ato privativo do Juiz, não sujeito ao contraditório, no qual não se admite a intervenção do Ministério Público ou da defesa.

2 - Recurso conhecido e provido. (Juris Plenum, 2007n).

Isso em se considerando que é pacífico que o princípio do contraditório deve andar de mãos dadas com o princípio da isonomia, sendo que a relação entre ambos os princípios é evidente.

Como leciona Portanova (1994, p. 289):

Com desigualdade entre as partes não há imparcialidade judicial, mas convivência na opressão pela via judicial do mais forte sobre o mais fraco. Sem que as partes estejam em certa igualdade de condições de postularem seus direitos (que não raro desconhecem) o contraditório é uma farsa.

O princípio do contraditório pressupõe a igualdade das partes e se revela na dialética (audiência bilateral) da atividade probatória e das manifestações processuais, em relação às quais deve haver necessidade de “informação” e possibilidade de “reação”. O seu limite atinge todos os pontos de fato ou de direito que, durante o desenvolvimento da causa, se mostrem relevantes para o seu deslinde.

Por sua vez, a paridade de armas exige que ambas as partes tenham, no processo, “iguais oportunidades” de tentar influir na decisão da causa, que, afinal, poderá trazer a qualquer dos litigantes algum tipo de prejuízo jurídico.

Concluindo, mais ao fundo do princípio do contraditório encontra-se o próprio princípio da isonomia, também restaurador de todo processo de interpretação legal.

Do princípio do contraditório decorre o princípio da bilateralidade da ação. À ação corresponde a exceção. Aos atos do autor opõem-se os atos do réu e vice-versa. Assim desenvolve-se o processo, numa marcha dialética.

Tudo o que se disse acima, aplica-se a qualquer processo, penal ou não penal. Não tem nada a ver com o sistema acusatório, também chamado de partes, não tem nada a ver com o processo civil dispositivo. Tem a ver, exclusivamente, com a visão publicista do processo e com a sensibilidade para com a sua função social.

2.4 Análise jurisprudencial

Na jurisprudência, com algumas decisões esparsas em contrário, parece consolidar-se a tendência de que o Código de Processo Penal seja aplicado nos termos de seus artigos, sem passar pela clivagem dos princípios do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal e outros princípios hauridos diretamente do texto constitucional vigente.

A redação legal sob o aspecto de aplicação da deserção, em caso de fuga do acusado/recorrente, recebeu o respaldo do Supremo Tribunal Federal, ao decidir que “No tocante à deserção da apelação, esta Corte tem decidido no sentido de que, verificada a fuga do preso depois de haver apelado, a apelação será declarada deserta, ainda que o réu, antes do julgamento, se apresente ou seja recapturado, porquanto essa deserção tem caráter definitivo e irrevogável.” (MIRABETE, 2002, p. 1.286).

No STJ, reiteradas decisões perfilham este entendimento jurisprudencial, cuja síntese pode ser assim formulada: o art. 595 do Código de Processo Penal ainda é aplicável, de acordo com iterativa jurisprudência do STF:

(STJ-169915) PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILEGAL DE ENTORPECENTES E POSSE DE ARMA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. FUGA DO RECORRENTE. DESERÇÃO. ART. 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA AFASTAR O ÓBICE À EXECUÇÃO PROGRESSIVA DA PENA.
1. [...] (*omissis*).

2. A fuga do réu após a interposição da apelação é causa de não-conhecimento do recurso pela deserção, nos termos do art. 595 do Código de Processo Penal, segundo o entendimento que ainda prevalece no âmbito da Suprema Corte.
3. [...] (*omissis*)
4. Recurso provido, para declarar deserto o recurso de apelação interposto na origem e restabelecer a condenação imposta na sentença, e ordem de habeas corpus concedida de ofício para afastar o óbice à execução progressiva da pena aplicada ao recorrido. (Juris Plenum, 2007o).

Cabe consignar que, contrariando o entendimento do Pretório Excelso e do STJ e, incursionando pela linha de pensamento adotado no presente trabalho dissertativo, o próprio STF já entendeu inaplicável, após a CF/88, a figura da deserção, sendo que o Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul já decidiu: “A fuga do acusado depois do apelo não torna deserta a apelação, pena de agredir o art. 5º, LV, da CF: lição de Afrânio Silva Jardim”. (JTAERGS 105/116-7) (MIRABETE, 2002, p. 1285).

STF: “O §5º do art. 5º da Lei nº 1.050/50 impõem a contagem em dobro dos prazos para o defensor público, a partir de sua intimação pessoal

A figura da deserção deixa de possuir base jurídica a partir da promulgação da Lex Mater de 88, por vulnerar, fundamentalmente, o dogma da ampla defesa, que em si traduz o princípio da recorribilidade das decisões ou do duplo grau de jurisdição”.

“O princípio da presunção de inocência, hoje, está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra o devido processo legal; compreende o 'contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'. Não se pode condicionar o exercício de direito constitucional - ampla defesa e duplo grau de jurisdição - ao cumprimento de cautela processual. Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta, porque o réu está foragido. Releitura do art. 594, CPP, face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão.” (RHC nº 6.110/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - j. 18.02.97 - DJU de 19.05.97, p. 20.684). (No mesmo sentido: RHC nº 5.158/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - j. 04.03.97 - DJU de 22.09.97, p. 46.557). (Obs.: destaques acrescentados, não constantes do texto original). (MIRABETE, 2002, p. 1285).

O STF, no RHC nº 6.110/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - j. 18.02.97 - DJU de 19.05.97, p. 20.684, entendeu que o § 5º do art. 5º da Lei nº 1.050/50 impõe a contagem em dobro dos prazos para o defensor público, a partir de sua intimação pessoal e, após esse julgado, no mesmo sentido, no RHC nº 5.158/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - j. 04.03.97 - DJU de 22.09.97, p. 46.557.

O STF, nos autos do *Habeas Corpus* nº 85174/RJ, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11.10.2005, DJU 16.12.2005, entendeu inaplicável nos juizados especiais, da intimação pessoal prevista nos artigos 370, § 4º, do Código de Processo Penal (com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996) e 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50 (com a redação introduzida pela Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 1989). Essa inaplicabilidade da intimação pessoal do defensor público, nos Juizados Especiais Federais vem pela expressa vedação de concessão de privilégios para uma das partes, constituindo, tais leis, tanto em sede estadual quanto federal, na legislação mais atualizada no que concerne à observância do princípio da igualdade, bem como do contraditório e ampla defesa.

No Recurso em *Habeas Corpus* nº 85925/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.09.2005, DJU 07.10.2005, expressamente consignou que não há quebra da isonomia processual, quando houver intimação pela imprensa do defensor do acusado e intimação pessoal do Ministério Público, sendo que a argüição de inconstitucionalidade da diferença de tratamento já houvera sido impugnada sem êxito no Supremo Tribunal (ADInMC 1036, 03.03.94, Rezek, DJ 30.06.95).

Do Pretório Excelso, também, os seguintes excertos sobre o tema:

(STF-141077) INTIMAÇÃO FICTA VERSUS INTIMAÇÃO PESSOAL - DEFENSORIA PÚBLICA.

A intimação pessoal é gênero, revelando como espécies a procedida mediante cumprimento de mandado e a decorrente da remessa de postado com Aviso de Recebimento, hipótese em que não se tem como agasalhar quebra de formalidade legal, no que intimada a Defensoria Pública, passando recibo do postado servidor do Órgão. (Juris Plenum, 2007p).

(STF-141063) 1. HABEAS CORPUS.

2. Defensoria Pública. Intimação Pessoal. Vício. Nulidade. Princípio da Eventualidade.

3. Verificado o vício quanto à intimação pessoal da Defensoria Pública, o defeito deve ser argüido na primeira oportunidade de manifestação do órgão (arts. 564, IV, 571, VIII, e 572, I, do Código Processo Penal).

[...] (*omissis*). (Juris Plenum, 2007q).

Do Superior Tribunal de Justiça vêm os seguintes julgados pela necessidade obrigatória da intimação pessoal das partes processuais antes indicadas:

(STJ-169957) CRIMINAL. HC. ROUBOS QUALIFICADOS. NULIDADE. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PROCURADORA DO ESTADO.

CARGO EQUIVALENTE AO DE DEFENSOR PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL OBRIGATÓRIA. NULIDADE ABSOLUTA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. A teor do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 08 de novembro de 1989, é obrigatória a intimação pessoal do Defensor Público ou de quem exerça cargo equivalente de todos os atos do processo, caso dos Procuradores da Assistência Judiciária do Estado.

II. Não realizada a intimação pessoal da Procuradora da Assistência Judiciária do Estado de São Paulo, a qual possui atribuições de Defensora Pública, para o julgamento da apelação criminal, evidencia-se a ocorrência de nulidade absoluta na decisão. Precedentes.

III. Apesar da Defensora Pública ter sido pessoalmente intimada do acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, restam configurados prejuízos à ampla defesa, uma vez que impedidas a apresentação de memoriais, bem como a sustentação oral no feito, justificando a anulação do julgamento do apelo.

IV. Deve ser anulado o julgamento da apelação criminal interposta pela defesa, para que outro acórdão seja proferido com a observância da prévia intimação pessoal do Defensor Público.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (Juris Plenum, 2007r).

(STJ-200355) HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECURSO DE APELAÇÃO. SESSÃO DE JULGAMENTO REALIZADA SEM A INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. PRECEDENTES.

1. Na esteira da remansosa jurisprudência desta Corte, a falta de intimação pessoal do defensor dativo da data do julgamento do recurso de que trata o art. 593, inciso I, do CPP consubstancia-se em nulidade processual que mitiga o exercício do direito de ampla defesa do réu, pelo que se faz necessária a anulação do julgamento do recurso de apelação.

2. Ordem concedida para, anulando o julgamento da apelação criminal, determinar que outro seja realizado com a prévia intimação pessoal do defensor dativo, restando prejudicadas as demais arguições. (Juris Plenum, 2007s).

STJ-169621) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A intimação pessoal do defensor dativo só passou a ser exigida após o advento da Lei nº 9.271/96, que deu nova redação ao parágrafo 4º do artigo 370 do Código de Processo Penal, eis que aquele não se identifica, no sentido legal, com o defensor público ou quem exerça cargo equivalente (Lei nº 7.871/89), ratio essendi da lei.

2. Embargos parcialmente acolhidos, com atribuição de efeitos infringentes. (Juris Plenum, 2007t).

O Tribunal de Justiça Estadual, vanguardista em muitas questões, segue a cartilha da necessidade obrigatória da intimação pessoal das partes processuais antes indicadas, conforme Acórdão abaixo transcrito:

(TJRS-275695) ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE PRAZO EM DOBRO. INTEMPESTIVIDADE.

No processo penal, é de cinco dias o prazo para o defensor dativo interpor apelação, não sendo ele abrangido pela norma constante do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50.

MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO PESSOAL. CERTIDÃO CARTORÁRIA. DIVERGÊNCIA EM RELAÇÃO AO LANÇAMENTO DE "CIENTE" PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA. PREVALÊNCIA DA PRIMEIRA. PRECEDENTES DO STF. A aposição do ciente nos autos pelo representante do Ministério Público somente pode ser tomada como referência para o início do prazo recursal, no caso de não existir outra espécie de intimação pessoal, como a certidão do oficial de justiça ou a entrega dos autos no setor administrativo daquela instituição.

Apelos não conhecidos. (Juris Plenum, 2007u).

(TJRS-271278) HABEAS CORPUS. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA.

Não há irregularidade na intimação da sentença do defensor constituído através de nota de expediente. Vício na intimação pessoal do réu, outrossim, consistente na equivocada menção, na precatória alusiva, a ato processual diverso, suprido por nova intimação, que observou os requisitos legais. Irregularidade no trânsito em julgado, pois, que não se ostenta como algo evidente, que possa ser reconhecido nos lindes estreitos do habeas corpus.

Ordem denegada. (Juris Plenum, 2007v).

Recurso, segundo Lima (1986, p. 491), “é o meio dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida ou quem se julgue prejudicado, para obter, total ou parcialmente, a anulação ou reforma de uma sentença”. Marques (1974, p. 113) conceitua recurso como “um procedimento que se forma para que seja revisto pronunciamento jurisdicional contido em sentença, decisão interlocutória, ou acórdão.”

No seu sentido amplo, recurso é o procedimento para revisão das decisões e, em sentido restrito, refere-se à pretensão de anulação ou reforma da sentença.

O recurso da sentença absolutória do acusado quando interposto pelo próprio juiz da decisão de concessão de *habeas corpus* é ex officio, nos termos do art. 411 do CPP, dentre outros casos, vulnerando, dentre outros, o princípio da voluntariedade recursal.

Pelo art. 129, I, da CF/88, que preceitua caber ao Ministério Público, como função institucional, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, forçoso concluir que a lei pode até atribuir a outro, interessado no feito ou não, a iniciativa da ação, mas jamais ao juiz, que deve ser imparcial. No entanto, grassa solto o entendimento contrário, *i.é.*, da aplicabilidade de tal obrigatoriedade. Pela aplicabilidade do art. 411 do CPP, que

prevê que “o juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu, recorrendo, de ofício, da sua decisão”, o STF, em 2006, entendeu, no *Habeas Corpus* nº 87477/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Ellen Gracie. j. 21.03.2006, unânime, DJ 20.04.2006, que ainda é cabível aplicação do art. 411, no que tange ao Recurso *Ex Officio*.

A respeito dele, diz a Súmula nº 423 do STF:

“Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.”

STF: “O impropriamente denominado ‘recurso *ex officio*’ não foi revogado pelo art. 129, I, da Constituição, que atribui ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, e, por extensão, a de recorrer nas mesmas ações. A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão ‘recurso *ex officio*’ revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso no sentido próprio e técnico”. (MIRABETE, 2002, p. 1126-1127).

O Tribunal de Justiça de São Paulo foi na esteira do entendimento jurisprudencial acima declinado asseverando que, pela inteligência do art. 411 do Código de Processo Penal, nos casos de absolvição sumária, o Julgador *a quo* deve aplicar a legislação pertinente ao recurso *ex officio*, pois trata-se de imposição legal amplamente recepcionada pela atual Constituição Federal (JTJ 231/304) (MIRABETE, 2002, p. 1127).

Pela revogação do recurso de ofício, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que, “sendo recurso de ofício uma forma de iniciativa da ação penal que, quando pública, é privativa do MP (art. 129, I, da CF), tem-se como revogados os dispositivos processuais normativos do recurso oficial (RJTJERGS 151/110-1)” (MIRABETE, 2002, p. 1127). No Entanto, esse mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o recurso de ofício, como recurso necessário, não é verdadeiro e antologicamente recurso, mas ato de impulso processual, com o escopo de alcance e provimento jurisdicional de mérito definitivo, em hipótese de matéria relevante. Portanto, o tempo de ofício não se encontra revogado junto ao art. 129, inc. I, da CF (RJTJERS 195/86). (MIRABETE., 2002, p. 1407).

Os dois mais altos Pretórios pátrios, com relação à figura da deserção (*i.é.*, não conhecimento do recurso por o réu não ter se recolhido à prisão) dão azo à constitucionalidade dos artigos 594 e 595 do CPP, que regula a matéria.

O STF diz que a presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prevista no art. 5º, inciso LVII da CF, não revogou o art. 594 do CPP, sendo que a ordem de prisão decorrente de decisão condenatória proferida por juiz competente não configura constrangimento ilegal ou abuso de poder, e, consoante reiterado entendimento do STF, a determinação para expedição de mandado de prisão não conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência, nem com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Em outra decisão, o Pretório Excelso entendeu não haver incompatibilidade entre os princípios consagrados no art. 5º, incisos LVII e LXVI, da Constituição e a disposição do art. 594 do CPP, uma vez que a própria Constituição permitiria seja o réu levado à prisão ou nela mantido, quando a lei não admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O STJ comunga com tal entendimento tanto que existe a Súmula nº 9, que prevê que: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”, por onde dá suporte à tese de que a súmula em questão reúne dois institutos jurídicos, embora, pela respectiva natureza, sejam distintos. A diferença evidencia que um diz respeito ao Direito Penal (presunção de inocência), ao passo que o segundo se relaciona com o Direito Processual Penal. A diferença implicaria consequências. Uma delas: o réu respondeu o processo em liberdade, sem prisão cautelar, portanto, a sentença condenatória, por si mesma, não pode dar causa da constrição ao exercício do direito de liberdade. É alheia à prisão cautelar. Relacionar-se-ia com a execução da pena.

Em sentido contrário, localmente, o já extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul dizia que a prisão para recorrer ofendia ao direito de defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal, pois aí estaria inserido o duplo grau de jurisdição, sendo que o recurso nada mais seria que um desdobramento do direito de defesa, que se faz num segundo momento, perante os Tribunais.

Quanto à perempção, o STF entende que constitui causa extintiva da punibilidade e só ocorre nos procedimentos instaurados pelo ajuizamento de ação penal exclusivamente privada, como sanção jurídica imponível à contumácia do querelante, aí não incluída, então, a ação penal pública, de iniciativa ministerial.

Essas questões têm suscitado controvérsias nos tribunais, onde, em resumo, dá-se

validade, por pragmatismo, às normas infraconstitucionais que, em um confronto com o Texto Maior vigente, não resistem. Nem se trata de declarar-lhes a inconstitucionalidade, vez que anteriores ao Texto Maior, razão pela qual o certo é considerá-las como não recepcionadas frente aos princípios aplicáveis ao processo.

Embora existam decisões em ambos os sentidos, ou seja, algumas favoráveis à linha de raciocínio esposada pelo mestrando, existem, outras, do peso do STF e STJ, bem como de doutrinadores com foros de larga aceitação no mundo jurídico que posicionam-se contrariamente.

Sendo assim, impende finalizar argüindo que se revela inconstitucional a interpretação da norma consubstanciada nos artigos, tanto do CPP quanto de outras leis conflitantes com os ditames e princípios da Carta Constitucional vigente.

Ao invés de, por facilidade, aplicar as normas processuais na forma como vinham fazendo por quase um século, há que se fazer uma interpretação conforme a Carta, no sentido de que os preceitos ora examinados, estabelecendo harmonia com as regras consubstanciadas nos incisos LIV e LV, do rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais da Carta Federal.

2.5 Análise doutrinária

Dissertando sobre a matéria e, em especial sobre a situação dos prazos diferenciados para a Defensoria Pública, Ministério Público e do defensor constituído diretamente pela parte, Mirabete (2002, p. 955) diz que a lei deve ser observada quanto a essas formas de comunicação o que dispõe a respeito da citação, no que for aplicável (arts. 351 a 369). Quanto ao Ministério Público, entretanto, deve ele ser intimado pessoalmente em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista, tal como dispõe o art. 41, IV, da Lei nº 8.625, de 12-2-93 (LONMP) (MIRABETE, 2002, p. 958).

Quanto ao advogado constituído, ao advogado do querelante e do assistente, diz Mirabete que, a lei prevê, na nova redação dada ao art. 370, em seu § 1º, que devem ser eles intimados para os atos do processo pela imprensa, especificamente pelo órgão incumbido da publicação dos atos judiciais da comarca. Mais adiante, assevera que, por determinação

expressa da lei, a intimação do Ministério Público e do defensor nomeado deve ser pessoal, não permitindo, pois, que seja realizada pela imprensa ou por correspondência (MIRABETE, 2002, p. 1.126).

Em complemento afirma que há também regra especial neste caso, determinando que o defensor público ou equivalente seja intimado pessoalmente (art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, acrescentado pela Lei nº 7.871/89), onde a referência ao “defensor nomeado” alcança o defensor público, o procurador de assistência judiciária e o defensor dativo, pois todos só podem officiar nos processos quando nomeados pelo juiz (MIRABETE, 2002, p. 1406).

Da absolvição sumária, entende Mirabete (2002, p. 1494) que o juiz deve recorrer de ofício, conforme o art. 411, segunda parte. Embora diga o autor que existe corrente que prega a sua extinção pela CF/88, afirma ele que, com tal entendimento, não se pode concordar.

Com relação à sentença condenatória e a prisão do condenado (deserção), com previsão no art. 594 e 595 do CPP, Mirabete (2002, p. 1.494) entende que, *in verbis*:

“Diante do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que prevê no inciso LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, e do inciso LXVI, que diz que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança, chegou-se a defender a tese de que o juiz não poderia determinar mais a prisão senão quando a sentença transitasse em julgado, ou ao menos que seria necessário para o recolhimento à prisão uma decisão fundamentada. Entretanto, a ordem de recolher-se o réu à prisão para possibilitar o processamento do recurso não significa considera-lo culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. [...] A Constituição permite a custódia por ordem da autoridade judiciária competente e o art. 594 não contempla interpretação extrema e nem aplicação limitada quando prevê o recolhimento do réu condenado à prisão: é regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogado pelo artigo 5º, LVIII, da CF de 1988.

Quanto ao fato de a desídia do autor da ação penal gerar a extinção do feito e, quando tal desídia for protagonizada pelo Ministério Público gerar, ao contrário do que ocorre ao particular, nulificar o feito, gerando para o Estado o dever de refazer os atos, Mirabete (2002, p. 248) diz que torna-se perempta a ação privada quando o querelante deixa de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos, punindo-se a desídia do querelante que não

deu seguimento à ação quando deveria tomar determinada providência para que pudesse ela prosseguir .

Se houver falta de intervenção do Ministério Público, diz que, cabendo ao Ministério Público a titularidade da pretensão punitiva do Estado, quando esta é levada a Juízo, há nulidade na falta de sua intervenção em todos os atos da ação por ele intentada, sendo que, na hipótese, não haveria quebra do princípio do contraditório e, eventualmente, a falta de legitimidade *ad causam* na propositura da ação pública por particular, tratando-se de nulidade absoluta, sendo relativa a falta de intervenção do MP nas ações privadas, quando se tratar de crime de ação pública e mesma de ação de iniciativa de ação privada exclusiva, sendo sanada a nulidade relativa por falta de arguição da mesma no momento oportuno (MIRABETE, 2002, p. 1387).

No mesmo diapasão, é o entendimento de Capez (2003, p. 627), sobre a mera nulidade pela falta de intervenção do Ministério Público é que se trata de mera irregularidade, *verbis*:

[...]

d) Falta de intervenção do Ministério em todos os termos da ação penal pública ou subsidiária.

[...]

Caso o representante do Ministério Público se recuse a praticar o ato, deverá o juiz aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP, remetendo os autos ao procurador-geral de justiça, para que designe outro promotor para officiar no processo.

Entendemos ser relativa a nulidade decorrente da falta de manifestação ministerial, uma vez que o CPP, em seu art. 572 e incisos, permite expressamente a convalidação desse vício: quando não argüido em tempo oportuno; se o ato tiver atingido o seu fim; ou se houver ratificação posterior expressa ou tácita (o Ministério Público volta a se manifestar e nada diz a respeito da omissão anterior).

Quanto à deserção, Capez (2003, p. 415) diz que a mesma é forma anômala de extinção de um recurso, que ocorre no caso de fuga do réu após ter apelado, sendo que, a captura do preso não torna sem efeito a deserção.

Com relação ao recurso *ex officio*, diz Capez (2003, p. 465) que cabe o mesmo da concessão da ordem de *habeas corpus* (CPP, art. 581, X), dentre outras causas, com o que julga o mesmo perfeitamente válido frente ao ordenamento constitucional pátrio.

Quanto às intimações, expende que, de acordo com a Lei nº 9.271, de 17-4-1996, que instituiu nova redação aos § 1º e 2º do art. 37º do CPP, a intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca. A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal. (§ 4º), sendo que, por força do art. 5º, §5º da Lei nº 1.060/50, acrescido pela Lei nº 7.871/89, o defensor público será sempre intimado pessoalmente (CAPEZ, 2003, p. 520).

Tourinho Filho (2004, p. 801-802), na mesma esteira de entendimento já expendido, diz que: “tratando-se de Defensor constituído, do Advogado do querelante ou do assistente, [...] serão realizadas em órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais.”

Desses entendimentos, Noronha (1989, p. 39) não diverge, dizendo que “a perempção só ocorre quando a ação é exclusivamente privada, pois, na subsidiária, ante a inércia do querelante, o Ministério Público retoma a ação na forma do art. 29.” Prossegue o autor, dizendo que a ausência ministerial é intolerável, quer nas ações públicas, quer nas ações privadas subsidiárias, onde ocorreria a nulidade prevista no art. 564, III, d, do CPP.

Com relação à deserção, diz que o artigo do Código foi modificado e, se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação, sendo que tal regramento é mais severa do que a que estava contida na legislação passada, quando alguns códigos Estaduais prescreviam a paralisação do recurso, pois, como se vê, ele a julga deserta, isto é, obsta-lhe o prosseguimento, ficando definitivamente prejudicada (NORONHA, 1989, p. 355).

Divergente o entendimento de Sarabando (2007, p. 1), Procurador de Justiça/MG, especificamente sobre a deserção em caso de não se recolher o recorrente/acusado, *in verbis*:

Às regras insculpidas nos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal há que se dar, como por óbvio ocorre com todo e qualquer dispositivo processual penal, interpretação condizente com a exegese dos itens LIV, LV e LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que contêm os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção do estado de inocência.

A figura da deserção deixa de possuir base jurídica a partir da promulgação da Lex Mater de 88, por vulnerar, fundamentalmente, o dogma da ampla defesa, que em si traduz o princípio da recorribilidade das decisões ou do duplo grau de jurisdição.

“O princípio da presunção de inocência, hoje, está literalmente consagrado na Constituição da República (art. 5º, LVII). Não pode haver, assim, antes desse termo final, cumprimento da sanção penal. As cautelas processuais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra o devido processo legal; compreende o “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Não se pode condicionar o exercício de direito constitucional - ampla defesa e duplo grau de jurisdição - ao cumprimento de cautela processual. Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta, porque o réu está foragido. Releitura do art. 594, CPP, face à Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão.” (RHC nº 6.110/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - j. 18.02.97 - DJU de 19.05.97, p. 20.684). (No mesmo sentido: RHC nº 5.158/SP, 6ª Turma, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - j. 04.03.97 - DJU de 22.09.97, p. 46.557). (Obs.: destaques acrescentados, não constantes do texto original). Com efeito, de se duvidar da constitucionalidade do artigo 595 do CPP (extinção do recurso de apelo por hipótese de deserção), cujo teor, se observado à risca, ou literalmente, sugere constituir manifesta violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da presunção de inocência e da ampla defesa, com destaque para esse último princípio.

Acertada a tese da revogação, pura e simples, do dispositivo em questão, à luz da ordem constitucional, por primeiro mister se faz assinalar que inferência desse jaez não deve de forma alguma acarretar perplexidade, muito embora a aplicação sistemática, pelos juízes e tribunais de todo o País, da figura da deserção”.

Desse entendimento da supremacia dos princípios constitucionais sobre a vetusta legislação infraconstitucional e outras leis com ela conflitante, não diverge Souza Netto (2006, p. 127, grifo do autor), *verbis*:

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina processual postula a conformação do Código de Processo Penal com os princípios, normas e regras constitucionais, destacando-se dentre elas: Art. 5º, Inc. LV: “*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*”; 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*”.

No mesmo diapasão, é o entendimento de Castro (1989, p. 266), que informa que:

Por sua espontânea e indiscutível importância para o controle dos direitos humanos na esfera criminal, alguns países como a Bélgica, chegaram a considerar as prerrogativas da defesa como um genuíno “direito natural”, com dispensa até do uso de expressa explicitação na Constituição ou na legislação processual penal.

A aplicação do devido processo legal à jurisdição penal no Brasil, combina algumas garantias indicadas por expresse no texto constitucional, além de outros que emergem por via implícita do sistema de proteção que cerca a acusação e defesa na instância penal.

Ainda, em confortando o entendimento já expendido, merece, por oportuno, a citação de Tucci e Tucci (1993, p. 19) que, a respeito, dizem que:

O devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, uma garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, através da efetivação do direito ao processo, com imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável.

Comentando a respeito do Título que trata das nulidades no processo penal, Marques (1998a, p. 366-367) adverte que:

[...] não primou pela clareza o legislador pátrio, ao disciplinar o problema das nulidades processuais penais, pois os respectivos artigos estão prenhes de incongruências, repetições e regras obscuras, que tornam difícil a sistematização coerente de tão importante instituto. [...] Ainda aqui, dá-nos mostra o CPP dos grandes defeitos de técnica e falta de sistematização que pululam em todos os seus diversos preceitos e normas, tornando bem patente a sua tremenda mediocridade como diploma legislativo.

Gomes (2007), no artigo “Interceptação telefônica ‘de ofício’: inconstitucionalidade”, diz que:

Pelo que estabeleceu o artigo 3º da Lei 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica) o juiz “pode” determiná-la “de ofício”. E isso seria possível, pela letra da lei, tanto na fase policial, quanto judicial. As primeiras interpretações do texto legal, que integram o denominado “processo de produção de sentido” da norma, não estão questionando a sua constitucionalidade. Há, no entanto, entendimento mais restritivo no sentido de que o juiz apenas poderia determinar “de ofício” a interceptação na fase da instrução processual. O magistrado, proclama MARCELLUS POLASTRI LIMA, “na fase inquisitorial ou investigatória só poderá atuar em medida cautelar requerida pelas partes, e outra conclusão faria incidir a lei em flagrante inconstitucionalidade, tornando-a conflitante, por outro lado, com o sistema acusatório abraçado pelo sistema processual pátrio”. No nosso modo de entender, nessa parte, o artigo 3º da Lei 9.296/96, é flagrantemente inconstitucional. O legislador ordinário brasileiro, muitas vezes sem consciência dos seus limites legiferantes, vem insistindo, nos últimos anos (principalmente na Lei 9.034/95, artigo 3º), na criação da figura do “juiz inquisidor”, o que é absolutamente conflitante com a Magna Carta.

Inserida no dogma da ampla defesa, ademais, está a garantia da recorribilidade das decisões estatais desfavoráveis, ou do duplo grau de jurisdição, no caso específico dos decisórios emitidos pelo Poder Judiciário.

O que a observância dos artigos infraconstitucionais, previstos tanto no CPP, que é anterior à Magna Carta, quanto a qualquer outro dispositivo processual posterior, mas com ela conflitante, faz é matar o direito do acusado à garantia da ampla defesa e do devido processo legal, bem como qualquer outro princípio ou regra maior.

Com o advento da Ordem Constitucional de 1988, os julgadores e doutrinadores do direito deveriam ter flexibilizado as normas que, à luz da novel Constituição, não foram recepcionadas sob pena de relativizar-se o direito à ampla defesa, que é absoluto.

Não é possível admitir, por exemplo, que *mutatis mutandis* serve para todos os casos antes declinados, diante da clareza e da profundidade dos princípios insculpidos na Lex Mater, que a evasão do condenado, após interposta a sua apelação, venha a obstar o conhecimento e o julgamento de seu inconformismo, privilegiando-se a mera formalidade ou disciplina individual. A persistir essa exigência para ver conhecido o recurso, poder-se-ia admitir a prática utilizada ainda nos Séculos XIX e XX de atingir a família dos inimigos para forçá-lo a uma rendição.

A busca que se há sempre de fazer, nesse campo, ao lado da procura pela verdade real, é a do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, de modo que toda sentença definitiva se aproxime, o máximo possível, do ideal de outorga do direito em cada caso concreto.

Não observando os princípios, o que faz o Judiciário é inverter a ordem das prioridades e abalar os alicerces do direito, para privilegiar uma pragmática que, aplicando leis na forma como vem sendo aplicada por quase um século, busca trilhar um caminho fácil, embora com prejuízo para toda a sociedade.

De tudo o que se expôs no presente item, vê-se que os Pretórios refugiam-se em uma pragmática que evita o avanço do direito, notadamente o constitucional, de perto seguidos por doutrinadores que chamo de comerciais, mais interessados em vender seus livros e repetir somente o que está sendo decidido por este ou aquele Tribunal do que questionar o acerto de tais entendimentos, ao contrário dos cultores do direito que, no mais das vezes, vinculados à Universidade, fazem uma clivagem do direito posto com os princípios, princípios esses constantes ou não do Direito Positivo.

Observados estes aspectos constantes no capítulo 2, já se pode propor a análise, especificamente, quanto ao cenário dos Direitos Humanos Fundamentais mas sob uma ótica do pós-positivismo.

Por conta disso, examinará o capítulo vindouro os direitos de ampla defesa e do devido processo legal assim como ele se apresenta normativamente na legislação processual penal, mas perpassados pelo princípio da igualdade, fornecendo uma condição de possibilidade de se dar eficácia ao princípios maiores previstos na Constituição Federal de 1988, que consagrou importantes modificações no processo penal, prevendo expressamente e cercando-o de garantias entre as quais a da ampla defesa.

Operadores jurídicos, em geral, devem atentar-se para esse adjetivo “ampla”, que não deve ser desprezado, uma vez que é a observância dessa defesa ampla que possibilita que os litigantes e os acusados em geral tenham acesso a todos os mecanismos processuais necessários para convencer o poder público de que não cometeram qualquer infração que justifique uma sanção administrativa.

Além disso, cabe ao Judiciário zelar pelo cumprimento da Constituição, anulando todo e qualquer processo em que haja cerceamento de defesa. Desse modo, é possível garantir, pela aplicação da igualdade, uma maior legitimação social do exercício do poder estatal.

3 A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E DOS DIREITOS HUMANOS SOB A LUZ DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular, isto é, opera a sua inserção na vida.

A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, se alcança a determinação de um conteúdo normativo. É atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (enunciados, disposições, textos): o intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete “produz a norma”. Dizendo-o de outro modo: a interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas, meio através do qual o intérprete desvenda as normas contidas nas disposições.

A preservação da força normativa da Constituição será provida na medida em que, ao interpretar o Texto Constitucional, o intérprete integre sua atuação ao processo dinâmico de produção normativa constitucional.

Neste capítulo, analisa-se essa atuação, que tem possibilitado a adaptação da Constituição à realidade social e seus conflitos. Os textos não sofrem alteração, não obstante as normas deles desvencilhadas pelo intérprete, o juiz, acompanhem, no mesmo tempo e ritmo, o evoluir da realidade social, da interpretação dos princípios protetores dos direitos humanos fundamentais.

3.1 A hermenêutica constitucional na perspectiva do pós-positivismo

Neste passo, através do texto, pretende-se apresentar algumas considerações acerca da Constituição de 1988, levando em conta os aspectos da sua percepção e a função desempenhada pela hermenêutica jurídica, visando a novos padrões de institucionalidade, principalmente quando se analisa as inter-relações sociais, políticas, econômicas e culturais que o direito afeta.

Com relação à linguagem e as funções da hermenêutica, visualiza-se um padrão de comunicação dissociado da realidade factual. O direito brasileiro tem se prestado a fechar-se em contradições e bloquear-se diante da sua função comunicativa em decorrência de um hermetismo jurídico-formal e pautada por dogmas já ultrapassados que acabam por levar o direito a uma situação de impossibilidade de trazer novas posturas diante de velhos comportamentos. Retirar o direito do seu ranço tradicional e inová-lo pela perspectiva de novas leituras será interessante, na medida em que as instituições possam acompanhar esta renovação.

Enfoca-se a Constituição de 1988 a partir de valores atuais, já não é mais em cotejo com os fenômenos políticos e jurídicos da época de sua promulgação. Parte-se do pressuposto, como entende Barroso e Barcellos (2003, p. 102):

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar....(omissis)À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Barroso e Barcellos (2003, p. 102-103), ao falarem em nova interpretação constitucional, dizem que nem sempre a evolução interpretativa dá-se em movimentos revolucionários de ruptura, “mas pode ser fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.”

Larenz (1983, p. 61) entende que o intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde um ponto quase arquimédico situado fora da existência histórica senão unicamente desde a concreta situação histórica em que se encontra, cuja plasmação haja conformado seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos.

O positivismo jurídico, que vigorou até bem pouco tempo e foi útil para a evolução do estágio de império da vontade de um homem só para o império da lei, foi caracterizado pelo excessivo apego à letra expressa da lei, haja vista que, à época em que foi concebido, século XIX, foi um meio de obstaculizar os abusos cometidos pelo Absolutismo Monárquico, que vigorou até o século XVIII. Nessa época, a igualdade formal era alcançada por meio de regras genéricas e objetivas, e surgia como meio eficiente de controlar as arbitrariedades do Estado.

Por ocasião da instituição do Estado Liberal de Direito, todos submetiam-se ao império da lei, evitando o império da vontade do indivíduo e passando este para o Estado. Com tal teoria, chegou-se à igualdade, em que pese, meramente formal, onde todos eram iguais perante a lei e o Estado estabelecia as regras do jogo de modo impessoal sem se ater a eventuais desigualdades materiais. O campo para interpretação das normas inexistia e elas deveriam ser cumpridas.

Ocorre que a evolução do direito é o resultado da evolução da sociedade, e o positivismo dogmático emergente do ordenamento legal imposto pelo Estado já não mais dá respostas aos grandes problemas atuais. Nessa evolução, ocorreu, segundo descreve Warat (1997, p. 14), nas décadas de 70 e 80 do século XX, certa aceitação de uma teoria que foi denominada de teoria crítica do direito, a qual abrigava um conjunto de movimentos e de idéias que questionavam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade e completude. Fundava-se na constatação de que o direito não lida com fenômenos que se ordenam independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou o jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do direito e, como consequência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

Todas elas tinham, segundo Streck (1999), como ponto comum a denúncia do direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe, enfatizando o papel da

ideologia na ocultação e legitimação dessas relações. O pensamento crítico no país alçou vôos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público.

Para Schier (1999, p. 34), “Essas teorias, de certa forma, acabaram por desencadear algumas conseqüências problemáticas, dentre as quais [...]: I) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento de emancipação dos homens em sociedade e II) o esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica.”

Já para Warat (1994, p. 83):

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja “a expressão da vontade geral institucionalizada”, e se reconhece que, freqüentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei.

Para Santos (2001, p. 80-85), existe, então, um mundo complexo e fragmentado, onde, no plano internacional, o conceito tradicional de soberania está fragilizado com as fronteiras rígidas cedendo cada vez mais espaço à formação de grandes blocos políticos e econômicos, terreno fértil para a intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e à volatilização dos capitais financeiros. É a chegada da era globalizada, agravando a desigualdade que ofusca as conquistas alcançadas pelas garantias jurídicas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.

Por outro lado, a ciência e da tecnologia avançam, alavancadas pela informática e pela rede mundial de computadores e da engenharia genética, cujos conceitos éticos desta última ainda não se encontram bem definidos. A exigência do mercado de trabalho por eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não possuem as condições de competir. O desemprego, o subemprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.

Santos (2001, p. 67-69) constata que na política consuma-se a desconstrução do

Estado social tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. Há uma invasão por parte do espaço privado, sem qualquer pudor, no espaço público – este que não se resume e nem se confunde no/com o espaço estatal – o público dissociando-se do estatal e a desestatização transforma-se em um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade.

O início do século XXI marca, como já indicado, um conjunto de rupturas com a modernidade e com seus paradigmas, provocando, ainda que sob o manto das incertezas da pós-modernidade, o declínio do poder absoluto da razão e a relegação da figura do Estado, como doutrinariamente concebido até então, trocando um enfoque centralizador por outro periférico. Isso porque se está na era da velocidade, na era do volátil e as fronteiras dos Estados e sua morosidade acham-se deslocados. Hoje aquilo que é efêmero passa a ser importante.

Com relação à pós-modernidade, Marques (1999, p. 61) tece as seguintes considerações:

(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica, que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado.

Ante a decadência, tanto do Jusnaturalismo quanto do Positivismo Jurídico, surge o Pós-Positivismo, sendo essa uma designação provisória e genérica de um ideário, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos, deve-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo.

O direito, na arguta visão de Barroso (2007), a partir da segunda metade do Século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso

científico impregnara o direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

O constitucionalismo moderno promove, ainda segundo Barroso (2007), assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

Barroso (2007) crê que a novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data, permeiam a realidade e o imaginário do direito, de forma direta ou indireta.

Em outra obra, Barroso (1999, p. 149) assevera que:

Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, [...] tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação. Em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão: O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um “mais” de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos

valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo normativista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Dworkin (1977). Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. Regras são proposições normativas, aplicáveis sob a forma de tudo ou nada. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção (ALEXY, 1997, p. 81).

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios dá-se, predominantemente, mediante ponderação de bens e de valores protegidos.

Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se

contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia - pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior -; o cronológico - onde a lei posterior prevalece sobre a anterior -; e o da especialização - em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Relembre-se: enquanto as normas são aplicadas na plenitude da sua força normativa ou, então, são violadas, os princípios são ponderados.

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada.

Merece menção a distinção qualitativa entre regra e princípio, nem sempre singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem.

De concreto, cumpre assinalar que a perspectiva pós-positivista e principiológica do direito influenciaram decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional.

Barroso (1998, p. 141) identifica o seguinte catálogo de princípios de interpretação especificamente constitucional: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade e efetividade.

Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um conjunto de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução esta que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.

O direito passa a ser percebido como um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, como um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

Há dois outros princípios que foram constitucionalizados a partir de 1988: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha.

O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível - ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

O Texto Constitucional, ao invés de conceituar o que é a dignidade humana, ou remeter à lei, repetindo quase literalmente um artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mostrou o avesso do conceito, isto é, os componentes que o contradizem. O art. 5º, inciso III, prevê que “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Para Santos (1999, p. 26), “Tudo o mais, pois, aparece como valor de meio perante o homem, que se caracteriza, assim, como valor absoluto. Tudo está a seu serviço [...]”.

Sarlet (2001, p. 32) assinala que a concepção de dignidade de Kant “parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado - nem por ele próprio - como objeto.” Prossegue o autor, dizendo que dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2001, p. 60).

Para o autor (2001, p. 82-83), que é o que mais se detém na análise da matéria, a dignidade, assim, seria um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais, constituindo-se um mínimo que todo estatuto jurídico deve assegurar. O princípio da dignidade atua como elemento fundante e informador de todos os direitos e garantias fundamentais, ele radica na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados. Também exerce papel integrador-hermenêutico do sistema, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

Bianchini (2002, p. 113) diz que:

A dignidade da pessoa humana - ponto comum também a todos os outros direitos fundamentais - constitui-se em um limite intransponível, linde que o legislador não pode ultrapassar. De acordo com José Cerezo Mir, “o respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça da validade a priori. Isto se o direito não quer ser mera força, mero temor. Se quer obrigar aos cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa” (1994, p. 26-27). A dignidade radica na essência do ser humano. Ela foi erigida pela Constituição à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), o que demonstra sua acentuada importância e valoriza-a, não mais como mera abstração, que só se concretiza no plano ideal, mas como princípio que se impõe a todas as ações estatais.

Esses princípios, ou valores, para efeito de sua implementação, encontram no pós-positivismo, como perspectiva filosófica, uma base mais adequada para se pensar a realidade brasileira.

Vê-se, então, que o pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico.

Como bastante abordado na presente dissertação, os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Ocorre que, em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, como é o brasileiro, princípios podem entrar em colisão, momento em que o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto,

da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não-formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de Direito Democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao final deste subitem, observa-se que a idéia de pós-positivismo foi fruto de uma evolução que acompanhou a evolução empreendida pela filosofia e pela teoria do direito.

A dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob o mito da objetividade do direito e o da neutralidade do intérprete. Coube à teoria crítica desfazer muitas das ilusões positivistas do direito, enfatizando seu caráter ideológico e o papel que desempenha como instrumento de dominação econômica e social, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e justa. Sua contribuição renovou a percepção do conhecimento jurídico convencional, sem, todavia, substituí-lo por outro. Passada a fase da desconstrução, a perspectiva crítica veio associar-se à boa doutrina para dar ao direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática.

Tem-se, então, o pós-positivismo, que identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

O novo Direito Constitucional brasileiro busca a efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do Direito Constitucional brasileiro conduziu-o ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito

infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

3.2 A ampla defesa e o devido processo legal frente às exigências do catálogo constitucional dos direitos humanos fundamentais

Neste item trabalha-se a ampla defesa e o devido processo legal face aos direitos humanos fundamentais, existentes, *de lege lata*, no âmago do Texto Fundamental.

Como sobejamente analisado no corpo da dissertação, o Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado no século passado, na década de 1940, precisamente em 1941, e, apesar de várias alterações constitucionais durante esse longo período que medeia entre sua entrada em vigor e os dias atuais, os legisladores brasileiros, nos diferentes momentos passados, *v.g.*, o milagre econômico, a globalização, etc., poucas alterações substanciais efetuaram, em que pese serem evidentes as mudanças sociais ocorridas no País e, em especial, o fato de termos hoje uma nova ordem constitucional vigente.

Vale consignar que, até o ano de 1941, cada Estado da Federação possuía seu próprio Código de Processo Penal, desde a Constituição Republicana, que, atribuía a cada Estado da Federação competência legislativa processual, civil e penal, bem como relativa à sua organização judiciária. Não obstante já defasado para a época em que foi promulgado, teve o Código de Processo Penal o mérito de deixar o procedimento processual penal brasileiro isonômico em todo o território nacional em que pese, vir permeado por ideais totalitários, refletindo posicionamentos políticos e históricos daquele momento, principalmente pelo modelo fascista do Código Rocco italiano.

Promulgado em 03 de outubro de 1941, o Decreto-Lei nº 3.689 entrou em vigor a partir de 1º de janeiro do ano seguinte, já defasado ante a realidade social daquela época e sem atentar para a incipiente valorização dos direitos humanos, defasagem que se agigantou ante o desenvolvimento que tal disciplina granjeou nas seis décadas seguintes, até os dias atuais.

Segundo Marques (1998a, p. 108),

continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito [...] O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. [...] A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.

Com relação aos direitos humanos fundamentais, também há uma refração em sua adoção. Luño (1999, p. 132) reconhece que os direitos humanos foram inseridos em quase a totalidade das Constituições modernas, tanto nas democracias liberais quanto nas socialistas, sendo que, ao contrário do que se poderia defluir da adoção dessa referência obrigatória dos direitos humanos nas Cartas Políticas, isso não implica em prova irrefutável de sua efetiva realização.

Santos (1988, p. 71), ao falar sobre a crise da modernidade que, impiedosa, fere de morte todas as certezas de uma realidade possível de verdades inquestionáveis, em data anterior, afirma que:

Estamos a doze anos do final do século XX. Vivemos num tempo atônito que a debruçar-se sobre si próprio descobre que os seus pés são um cruzamento de sombras, sombras que vêm do passado que ora pensamos já não sermos, ora pensamos não termos ainda deixado de ser, sombras que vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca vir a ser. Quando, ao procurarmos analisar a situação presente das ciências no seu conjunto, olhamos para o passado, a primeira imagem é talvez a de que os progressos científicos dos últimos trinta anos são de tal ordem dramáticos que os séculos que nos precederam – desde o século XVI, onde todos nós, cientistas modernos, nascemos, até ao próprio século XIX – não são mais que uma pré-história longínqua. Mas se fecharmos os olhos e os voltarmos a abrir, verificamos com surpresa que os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em que ainda hoje nos movemos viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX, de Adam Smith e Ricardo a Lavoiser e Darwin, de Marx a Durkheim a Max Weber e Pareto, de Humboldt e Planck a Poincaré e Einstein. E de tal modo é assim que é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar. E se, em vez de no passado, centrarmos o nosso olhar no futuro, do mesmo modo duas imagens contraditórias nos ocorrem alternadamente. Por um lado, as potencialidades da tradução tecnológica dos conhecimentos acumulados fazem-nos crer no limiar de uma sociedade de comunicação interativa libertada das carências e inseguranças que ainda hoje compõem os dias de muitos nós: o século XXI a começar antes de começar. Por outro lado, uma reflexão ainda mais aprofundada sobre os limites do rigor científico combinada com os perigos cada vez mais verossímeis da catástrofe

ecológica ou da guerra nuclear fazem-nos temer que o século XXI termine antes de começar.

Transpondo o texto acima para a seara dos direitos humanos fundamentais, tem-se que, em que pese achar atual e plenamente aplicável, o certo é que ainda se está bastante refratário a mudanças no horizonte jurídico. É preciso ter presente que o positivismo jurídico ainda é muito influente no Brasil. Como foi visto, o positivismo jurídico surgiu, inicialmente, no âmbito do Direito Privado, no início do século XIX, vinculado seu surgimento ao cientificismo e racionalismo vigente naquela época, aliado ao anseio por segurança e previsibilidade jurídicas, e pilares de sustentação do liberalismo econômico, como o que, transformou-se o direito costumeiro da idade Média em um direito codificado e posto pelo Estado, escrito, por isso dito positivo.

O positivismo ficou, por um período inicial, restrito às relações entre particulares, mas, após sua consolidação, foi implementado no interior do Estado e sua própria regulação alastrou-se, durante o século XX, para o direito público por construção de Hans Kelsen (apud SOUZA JUNIOR, 2006).

Barzotto (2006, p. 278) propõe a análise jurídica para compreender os direitos humanos de um outro ponto de vista, colocando a pessoa humana como agente moral, em uma perspectiva ética, sendo que, os cidadãos e juízes, no enfrentamento de temas atinentes aos direitos humanos, devem orientar seus pontos de vista técnicos e políticos a partir de uma perspectiva central deles.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a cidadania passa, por força do art. 1º, inciso II, a ser tema predominantemente jurídico e constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro, razão pela que seu sentido deve ser ampliado para conglomerar em seu contexto não só eles, os direitos de cidadania, mas também os direitos humanos, os sociais e os interesses que lhes sejam conexos. Promulgada em outubro de 1988, a Constituição cidadã foi e ainda é um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, prevendo garantias e direitos fundamentais, situando-se como o documento formal sobre os Direitos Humanos no Brasil.

Após a promulgação da Carta Constitucional, houve, no Código de Processo Penal, algumas mudanças, pontuais, mais consentâneas com o moderno catálogo de direitos humanos fundamentais, socializando o procedimento, deixando-o mais social, como foi o caso do fim da prisão preventiva obrigatória (Leis de nº 5.349/67, 8.884/94, 6.416/77 e 5.349/67), a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei nº 9.271/96), a revogação do seu art. 35, segundo o qual a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estivesse separada dele ou quando a queixa contra ele se dirigisse (Lei nº 9.520/97); modificações no que concerne à prova pericial (Lei nº 8.862/94); a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei nº 5.941/73); a revogação dos artigos atinentes ao recurso extraordinário (Lei nº 3.396/58), etc.

Por outro lado, leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o sistema processual penal, podendo citar, *verbi gratia*, as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis nº 9.099/95 e 10.259/01), e que constituem, indiscutivelmente, o maior avanço já produzido no sistema jurídico processual brasileiro, desde a edição do Código de 1941, vez que proíbe privilégios a uma das partes, mesmo que vinculada ao Poder Público. Há, ainda, a que disciplinou a identificação criminal (Lei nº 10.054/00), a proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei nº 9.807/99).

Sendo o Direito Processual Penal ramo do Direito Público que se ocupa da forma e do modo pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, possui como conteúdo as normas que disciplinam o desenvolvimento da atividade persecutória. Para se fazer valer, utiliza-se de um instrumento que deve ser capaz, ao mesmo tempo, de punir os culpados, mas garantindo a esses os meios de defesa necessários para opor-se à pretensão estatal. Esse instrumento que, no caso vertente, é o processo, para revestir-se de legitimidade, há que observar os limites traçados na lei. Como as partes e o juiz atuam no processo, exercendo poderes, faculdades, deveres e ônus, devem praticar os atos de acordo com o modelo legal, modelo esse que deve guardar especial consonância com a Constituição Federal 1988, notadamente com os direitos humanos fundamentais e suas normas de natureza processual penal e de índole garantista.

Como dito, além de algumas alterações pontuais, seja no próprio texto consolidado, seja por intermédio de leis esparsas, nada mais foi feito para modernizar o diploma processual

penal, mesmo após a nova ordem constitucional consagrada pela promulgação da Carta Política de 1988. Assim, o atual código continua com os vícios de seis décadas, maculando em muitos dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado (vide o seu art. 594, a título de exemplo), olvidando-se da vítima, refém de um excessivo formalismo (que chega a lembrar o velho procedimentalismo), assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos (bastando citar a disciplina das nulidades). Destarte, deve-se modernizar o velho Código, adaptando-o, doutrinária e jurisprudencialmente, ao modelo acusatório, com os seus consectários lógicos, tais como a distinção nítida entre o julgador, o acusador e o acusado, a publicidade, a oralidade, o contraditório, etc.

Desde seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”. Se no entender de Canotilho (1993, p. 357), a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões e pressupostos do princípio do Estado de Direito,

Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma:

1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) direitos fundamentais. Percebe-se que o texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º da CF/88), princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF/88). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático.

Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor,

idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no art. 3º da Carta de 1988.

Conforme Silva (1997, p. 93):

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a Ordem Constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Segundo a concepção de Dworkin (apud HECK, 2003, p. 55-56), acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico. Neste sentido, a interpretação constitucional é aquela interpretação norteadas por princípios fundamentais, de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional. Impõe-se a escolha da interpretação mais adequada à teleologia, à racionalidade, à principiologia e à lógica constitucional. Como leciona Comparato (2003, p. 217), se os princípios gerais do direito, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, constituíam uma fonte secundária, subsidiária do direito, aplicável apenas na omissão da lei, hoje os princípios fundamentais da Constituição Federal constituem a fonte primária por excelência para a tarefa interpretativa.

Do entendimento de Dworkin, infere-se que o valor da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vem a constituir os

princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.

A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direito Constitucional não só como o tradicional ramo político do sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça.

Embora não sejam institutos recentes, somente em um tempo mais próximo passou-se a debater novas concepções de aplicabilidade da lei processual penal, mas todos partem da necessidade de adequação ao Texto Constitucional, como ora foi expendido. Entre estes institutos, a exemplo dos princípios sob comento, tem-se a concepção do devido processo penal substantivo, o qual leva a revisar os conceitos clássicos do procedimentalismo, *máxime* referentes aos direitos humanos fundamentais.

A elevação dos direitos humanos fundamentais como foco de validade do processo penal traz conseqüências, dentre elas, naturalmente, a revisão de procedimentos para adequá-los aos ditames superiores.

Com esse procedimento, estar-se-á mais próximo de acompanhar a universalização dos direitos humanos com a compatibilização do Direito Processual Penal com o Direito Constitucional, foco de validade do ordenamento jurídico e principal instrumento de proteção dos direitos humanos fundamentais.

3.3 O princípio da igualdade e as condições de possibilidades da ampla defesa e do devido processo legal na pragmática forense brasileira

O tratamento diferenciado conferido à acusação na seara do processo penal intrigou a ponto de desenvolver o presente trabalho de dissertação de Mestrado. Em que pese já fazer parte da cultura jurídica nacional o dogma de as vantagens atribuídas ao Estado ser algo posto, imutável, incontestável, não são poucas as vozes que se levantam contra a discriminação verificada em favor do ente estatal. A resposta a tais anseios seria colocar em pé de igualdade o Estado, representado no processo penal pelo Ministério Público, e o acusado, mas sem mitos preconcebidos, não mais questionados, e sim meramente repetidos, sem muito pensar.

A sociedade brasileira sofreu profundas alterações ao longo dos séculos, quebrando inúmeros privilégios e estabelecendo outros. Os benefícios garantidos ao Estado, porém, permanecem sólidos e intactos. Exemplos claros dessas vantagens estão presentes no âmbito do processo penal, com a previsão de prazos mais dilatados, duplo grau obrigatório de jurisdição, dispensa quanto ao oferecimento de garantias ao júízo, para eventual recurso (como ocorre com o recolhimento à prisão do acusado), entre tantas outras.

Mais do que assumir uma posição francamente contra ou a favor de tais privilégios e prerrogativas, o presente subitem visa investigar as premissas utilizadas para justificar o tratamento desigual. Para tanto, obviamente, é de fundamental importância abordar o próprio princípio da igualdade, uma vez que os mitos responsáveis pela não alteração de seu conteúdo foram sendo derrubados, possibilitando profunda expansão dos seus limites.

No Brasil, o Código de Processo Penal, por exemplo, remonta ao ano de 1941, época em que a própria idéia de igualdade estava longe de alcançar o sentido que atualmente lhe é atribuído. Não se pode esquecer que o País ainda convivia com a ditadura. Essa vantagem conferida ao Estado passou despercebida durante as transições relativas às formas e aos regimes de governo, permanecendo embasada no mesmo princípio, embora o respectivo conteúdo sofresse significativas modificações.

O princípio da igualdade jurídica oferta condição de possibilidade do devido processo legal e ampla defesa em sua atual dimensão constitucional, com abordagem, por ora, mais limitada à igualdade processual, sem se descuidar de outros princípios albergados na Constituição Federal, que também servem de ferramental para derrubada de privilégios de um dos sujeitos processuais.

Enfim, busca-se reabrir o questionamento acerca das premissas utilizadas para garantir as vantagens atribuídas ao órgão estatal de acusação penal, averiguando se ainda permanece justificável a concessão de tratamento diferenciado à acusação como forma de atenuar desigualdades fáticas realmente existentes.

O devido processo legal penal possui desdobramentos em outras garantias constitucionais mais específicas que, v.g., asseguram o juiz natural (como proibição de

tribunais de exceção e exigência de juiz constitucionalmente competente), um processo penal de partes (e, conseqüentemente, a *par condicio*), a presunção de inocência, o contraditório pleno e efetivo, a ampla defesa, a publicidade (que pode ser restrita às partes, por lei, quando o decoro ou o interesse público o exigirem), etc. No entanto, em que pese essas garantias, elevadas em nível constitucional, em termos de observância da evolução social e respeito às maiores garantias que a sociedade humana, como um todo, experimenta, fora do Texto Constitucional, de fato, além de algumas alterações pontuais, seja no próprio texto consolidado, seja por intermédio de leis esparsas, muito pouco foi feito para modernizar o nosso regramento processual penal, mesmo após a nova ordem constitucional consagrada pela promulgação da Carta Política de 1988.

O próprio Poder Legislativo, sensível que se mostrou, em 1988, à evolução das garantias, revela-se sensível, vez por outra, quando o clamor público, levado pela mídia, apresenta-se forte, à adoção de regramentos que não estão exatamente acordes com as exigências da melhor técnica.

De outra banda, a jurisprudência ainda usa, por vezes, dispositivos legais que vulneram a Constituição, hauridos em textos, tanto anteriores quanto posteriores a ela, com o que dota a ampla defesa e o devido processo legal, baseado no atual Código, com os mesmos vícios de seis décadas, maculando em muitos dispositivos direitos e garantias fundamentais do acusado, olvidando-se da vítima, que fica refém de um excessivo formalismo (que chega a lembrar o velho procedimentalismo), assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos.

É certo que o Código de Processo Penal não acompanhou a evolução que a Constituição experimentou e, por vezes, é aplicado automática e acriticamente, perpetuando, a jurisprudência, o regime anterior, negando, destarte, a efetividade da Constituição e os direitos humanos fundamentais ali previstos.

O recrudescimento das formas punitivas não restaram provadas como forma de combate à impunidade. Primeiro, porque o Código de Processo Penal, quando trata de ritos, não pode preocupar-se com outras questões que não as processuais. Segundo, porque a impunidade decorre de outros fatores alheios à aplicação das garantias constitucionais, como, v.g., a retirada do Estado de suas obrigações enquanto tal, mercê da política neoliberal em que

ele somente tem que cuidar das contas públicas, à custa de atividades que não poderiam, de forma alguma, ser alijadas de sua competência.

É preciso compreender que o devido processo legal é uma auto-limitação ao poder punitivo do Estado. Não é valioso punir-se a qualquer preço, uma vez que o processo é a regra do jogo, à qual o Estado de Direito se submete para a tutela de valores outros que lhe são caros. As leis, como um dos instrumentos de controle social, têm caráter abrangente (ou seja, destinam-se à sociedade como um todo) e são legítimas e juridicamente aceitáveis quando não resultantes de clima passional de determinada época ou da existência de fatos sociais específicos.

Como é dogma jurídico, com respaldo até do STF, de que não se pode obrigar o legislador a legislar, leis mais consentâneas com os princípios ora debatidos não estão sendo apresentadas à votação e muito menos promulgadas. Visando a não fazer tábula rasa da CF/88, o Judiciário, para contornar essa situação, poderia utilizar-se do princípio da igualdade como a principal condição de possibilidade da existência de uma ampla defesa e do devido processo legal.

Ao lado da igualdade, o devido processo legal, mas substantivo, pode dotar o sistema jurídico de efetividade, não ficando refém da boa vontade do poder que teria o dever de fazer as adequações necessárias.

Embora o princípio do devido processo legal substantivo não encontre expresso assento constitucional, nem mesmo no atual texto, é ele extraído do art. 5º, inciso LIV, com aplicação ainda de forma tímida na esfera cível, quase inexistente na esfera penal. Diz o Texto Constitucional que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Para temporizar a defasagem conceitual do processo, há que se utilizar de dogmas constitucionais, analisando os vetustos e os novos textos criminalizantes sob tal óptica, principalmente o da igualdade, também o da razoabilidade e outros tantos e, a partir de suas normas, buscar a garantia da justiça e da paz sociais.

Emerge, então, a necessidade de uma utilização do princípio da igualdade como veículo criador de condições de possibilidades de respeito aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, aplicáveis ao Processo Penal.

A partir disso, pode-se avançar na aplicação da igualdade substancial, com base num juízo de comparação entre dois ou mais sujeitos processuais, ou situações ou posições jurídicas, onde esse juízo pode levar à conclusão de que os objetos da comparação se equiparam ou se diferenciam, somente no primeiro caso havendo relação de igualdade.

Reichelt (2002, p. 72) compreende que:

A idéia de igualdade jurídica, em largas passadas, pode ser expressa como sendo o resultado do estabelecimento de uma relação de equiparação (ou diferenciação) entre dois ou mais sujeitos ou objetos com vistas a um fator de discriminação existente em uma dada norma jurídica, o qual funciona como referencial na comparação entre os entes contrapostos. Uma vez que a presença (ou a ausência) do critério eleito pela norma se revele marca comum aos sujeitos comparados, dir-se-á que, sob o ponto de vista jurídico, eles se encontram em uma relação de igualdade.

A Constituição Federal de 1988, embora mantendo a norma já consagrada de que “todos são iguais perante a lei”, trouxe outros dispositivos que implicitamente demonstram a adoção do princípio da igualdade em sua dimensão material. É o caso, por exemplo, dos incisos III e IV do art. 3º e do art. 170, incisos VII e IX. A inclusão dos referidos dispositivos no Texto Constitucional acarretou profunda mudança quanto à interpretação conferida ao princípio da igualdade, especialmente no sentido de atribuir-lhe uma noção dinâmica.

O princípio da igualdade na sua acepção material vai impor um tratamento diferenciado entre situações distintas, mas com o objetivo de reduzir as desigualdades e proporcionar um equilíbrio entre os sujeitos que estão a se relacionar com a finalidade de realizar um ideal de justiça, proporcionando um equilíbrio de condições entre os sujeitos da relação processual penal (acusação e defesa).

Dito isso, deve-se agora examinar com mais profundidade quando é possível estabelecer diferenciações processuais de tratamento sem ferir a isonomia. Segundo Mello (1997, p. 41), quatro elementos são necessários para que a discriminação não se mostre incompatível com o referido princípio: a) a discriminação não pode atingir, de modo atual e

absoluto, um só indivíduo; b) as pessoas ou situações desequiparadas devem ser efetivamente distintas, não podendo a lei considerar elemento exterior a elas como justificativa para o tratamento diferenciado; c) deve existir um nexo lógico entre o fator de discriminação e a distinção de regime jurídico estabelecida pela norma; d) é indispensável que esse vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos.

Existem alguns mecanismos criados para reduzir as desigualdades entre as partes no processo penal brasileiro. De outra banda, porém, permanecem vigorantes alguns fatores de desigualização, além do desenvolvimento de mecanismos que de forma nítida conferem privilégios a uma das partes, sem razoabilidade para tanto.

No primeiro grupo incluem-se a assistência judiciária gratuita, a maior participação do Juiz na busca da verdade, entre outros mecanismos. No caso da AJG, procura-se viabilizar um mais amplo acesso à justiça por parte de pessoas financeiramente frágeis, que não possuem condições de suportar as despesas do feito sem prejuízo do próprio sustento. Evita-se, assim, que fatores de ordem puramente econômica sejam determinantes para a resolução de um litígio, não apenas por facilitar o acesso inicial ao Judiciário, mas também por possibilitar ao indivíduo pobre uma certa igualização frente ao órgão acusador, na medida em que o acusado possa estar representado por advogado.

O papel ativo do Juiz na busca da verdade é complementar aos demais mecanismos que, em havendo certa desigualdade entre os litigantes em razão da distinta capacitação profissional do seu Procurador, em relação ao Promotor de Justiça, ao Magistrado incumbe reduzir ainda mais o desequilíbrio existente, determinando a produção de provas essenciais não requeridas por inércia da parte, formulando perguntas relevantes omitidas pelos Procuradores durante a colheita da prova oral, enfim, colaborando com os demais sujeitos processuais na incessante busca da verdade, evidentemente sem comprometer sua imparcialidade ou exceder os limites da causa que perante si foi posta.

O elenco de mecanismos utilizados com o propósito de reduzir as desigualdades no processo penal é razoável, não sendo necessário sua arrolação completa, uma vez que a menção a alguns visa mais a demonstrar a existência, ainda, de privilégios e prerrogativas processuais conferidos à acusação penal (Ministério Público).

Não há uniformidade na doutrina quanto ao significado conferido às palavras “prerrogativa” e “privilégio”, muitos autores preferindo utilizar indistintamente esses termos. Outros doutrinadores, porém, empregam-nas em sentidos diversos. É o caso de Marinho (1985, p. 26), que diferencia “privilégio” de “prerrogativa” pelo fato de “ser esta estabelecida em função do interesse público, e aquele, instituído visando à proteção de interesses pessoais.”

Nas palavras de Ferraz (1978-1979, p. 427):

Em síntese, pode-se dizer que essas duas palavras definem uma “posição de supremacia jurídica reconhecida a um determinado sujeito, em detrimento dos demais que se lhe antepõem” a diferença consiste em que o termo “privilégio” está impregnado de um tom pejorativo (desigualizador), ao contrário da “prerrogativa”, que geralmente é interpretada como fruto de uma distinção justificável, em conformidade com a justiça e com o princípio da igualdade em sua acepção material.

O princípio constitucional que estabelece a igualdade de todos perante a lei abrange o Estado, uma vez que a igualdade assegurada pela Constituição Federal de 1988 não pode ser interpretada restritivamente, de modo a alcançar somente as pessoas naturais, ou apenas as pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que tal diminuição de alcance não encontra guarida no Texto Constitucional.

Esse o entendimento defendido, entre outros autores, por Cunha (2007, p. 26), que adverte que:

As partes, no processo penal, situam-se no mesmo plano, com igualdade de direitos, ônus, obrigações e faculdades, consequência necessária dos sistema acusatório. O processo deve estar estruturado de forma a permitir que a acusação e a defesa disponham das mesmas armas, isto é, iguais possibilidades de intervenção no processo para demonstrarem perante o tribunal as razões várias que invocam.

Assim, para Cunha (2007, p. 26), vedam-se diferenciações arbitrárias, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é corolário do próprio conceito de Justiça. Fosse de plano aplicado o princípio da igualdade substancial entre acusação e defesa e dentro do respeito ao sistema acusatório, com um julgador equidistante, afastar-se-ia a regra prevista no art. 28 do estatuto adjetivo penal, que prevê a intervenção do juiz como condição para o arquivamento do inquérito policial.

Com efeito, vindo os autos do inquérito policial a juízo, pode ocorrer que o Promotor de Justiça da Comarca entenda que os elementos até então coligidos não são suficientes para formar sua *opinio delictis* e, conseqüentemente, sustenta a necessidade de arquivo dos autos do inquérito. Com a manifestação ministerial, pode ocorrer, entretanto, que o Juiz de Direito dela discorde e, diante da recusa do Promotor em dar imediata denúncia, faz remeter os autos do inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça, para revisão do ato ministerial, invocando o art. 28 do Código de Processo Penal.

Melhor seria retirar das mãos do Juiz de Direito esta decisão, privilegiando, sem dúvidas, os princípios reitores do sistema acusatório. No entanto, a pragmática forense é remansosa, pacífica, inadmitindo entendimento diverso em face do art. 28 do CPP, conforme arestos abaixo colacionados:

“Ação penal. Arquivamento. Art. 28 do CPP. [...] A iniciativa da ação penal é do Ministério Público, mediante o oferecimento da denúncia, e não pode o Juiz obriga-lo a oferecê-la, **mas apenas cabe adotar as providências previstas no art. 28 do CPP e atender, como é o caso, à determinação contida na parte final do mesmo dispositivo.** [...]” (RT, 629/384).

“[...]”

4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado de inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo. 5. **Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 do CPP, pode submeter o caso ao chefe da Instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável** [...] (Inq. 1.942/GO, j.8-4-2003, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 22-4-2003, p.55).

Para que não fique o arquivamento em mãos apenas do respectivo Promotor de Justiça, o que não deixaria de ser temerário, cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos poderiam, por ele, ser remetidas, em um prazo razoável, a órgão superior do Ministério Público, para deliberação de algum órgão.

Importante, também, seria a supressão da possibilidade de requisição do Inquérito Policial por parte da autoridade judiciária (art. 5º, II, primeira parte do atual código), por ser figura absolutamente estranha aos postulados do sistema acusatório.

Diante disto, parece sintomático que o princípio da inércia, ora estudado, é um dos pressupostos para que se tenha um processo penal democrático, não podendo o juiz imiscuir-se na *opinio delicti* do persecutor penal.

Nesse caso, garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo, sendo que o dispositivo legal que indica o tratamento diferenciado entre as partes infringe o princípio constitucional da igualdade, estipulado no citado art. 5º, “caput”, e inciso I, da Constituição Federal.

De outra banda, com arrimo na pragmática forense, a ele (juiz) deveriam ser alijados os poderes para requisitar provas, visando “dirimir dúvida sobre ponto relevante” (art. 156); para proceder ao reinterrogatório do acusado (art. 196); para determinar a condução da vítima à sala de audiências para prestar depoimento (art. 201, parágrafo único), para ouvir, “quando julgar necessário”, quaisquer pessoas além daquelas indicadas pelas partes (artigo 209); para requisitar, de ofício, documentos sobre cuja notícia tiver conhecimento para dirimir “ponto relevante da acusação ou da defesa” (art. 234); para ordenar, de ofício, busca pessoal (art. 242) ou realizá-la diretamente (art. 241); para decretar a prisão preventiva do acusado, independentemente de provocação (art. 311); para recorrer, de ofício, quando conceder o *habeas corpus*, para dar ao fato nova definição jurídica (artigo 384 e parágrafo); absolver sumariamente o réu (art. 574, incisos I e II e 411); acolher pedido de reabilitação criminal (art. 746); declarar o arquivamento do inquérito ou absolver o denunciado por crime definido na Lei 1.521/51, art. 7º, etc.

Ora, essa realidade normativa não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e há muito deveria ter sido reinterpretada. Não é aceitável a protelação do urgente trabalho de filtragem constitucional, ao nível dos julgadores monocráticos e Pretórios, para que a Lei Maior, efetivamente, cumpra sua função dirigente frente à legislação infraconstitucional, onde as leis devem se ajustar à Constituição, e não o contrário.

A garantia da presunção de inocência é outra importante irradiação do devido processo legal e, diferentemente da anterior, está explicitamente constitucionalizada no inciso LVII do art. 5º.

Como é sabido, na atual regra imposta pelo art. 594 do Código de Processo Penal, “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto.”

Assim, em relação ao condenado que não seja primário e não tenha bons antecedentes, dois ônus a ele se impõem por força de lei: a prisão automática decorrente da sentença condenatória (salvo se se livrar solto ou prestar fiança, sendo esta cabível) e a impossibilidade de recorrer se não for recolhido à prisão.

Pela aplicação do princípio da igualdade, da proporcionalidade, criar-se-ia condição de possibilidade de adequar-se a ampla defesa e o devido processo legal aos ditames maiores, como, por exemplo, a lei processual penal que trata de prisão e da liberdade provisória, deveria, na presente concepção, acabar com a restrição que se faz àqueles autores de crimes presos em flagrante acusados de praticarem infrações penais contra a economia popular ou de sonegação fiscal, que não podem ser beneficiados com a liberdade provisória sem fiança; ademais, são extintas as absurdas normas estabelecidas nos arts. 393, 594, 595 e os §§ do art. 408 que flagrantemente se chocam com o princípio da não-culpabilidade (presunção de inocência), insculpido na Constituição Federal.

Consabido que, por força do art. 594 do Código de Processo Penal, “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”, com o que, em relação ao condenado que não seja primário e não tenha bons antecedentes, dois ônus a ele se impõem por força de lei: a prisão automática decorrente da sentença condenatória (salvo se se livrar solto ou prestar fiança, sendo esta cabível) e a impossibilidade de recorrer se não for recolhido à prisão, mesmo que, ao interpretarmos literalmente este artigo chegue-se forçosamente à conclusão que ele afronta a Constituição na presunção de inocência e na garantia da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

Se a Constituição garante, por seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, a prisão de alguém sem julgamento definitivo, salvo a hipótese desta prisão provisória com caráter cautelar, independentemente de primariedade e de bons antecedentes, não se reveste de constitucionalidade, porque, presumivelmente considerado não culpado pelo não trânsito em julgado da sentença condenatória deve, ao mesmo tempo, ser obrigado a se recolher à prisão, mesmo não representando a sua liberdade nenhum risco seja para a sociedade, seja para o processo, seja para a aplicação da lei penal.

Desta forma, esta prisão provisória, anterior a uma decisão transitada em julgado, só se revestirá de legitimidade caso seja devidamente fundamentada (art. 5º, LXI, CF/88) e reste demonstrada a sua necessidade, demonstrando-se o *periculum libertatis*, que é uma presunção não declarada constitucionalmente e, porque, para a acusação não há maiores exigências recursais.

Não há razoabilidade ou proporcionalidade no regramento processual penal infraconstitucional condicionar este direito de recorrer àquele que não tem bons antecedentes e não é primário, ao recolhimento à prisão face à Constituição que assegura aos acusados em geral a ampla defesa com os recursos a ela inerentes. Assim, como este artigo está defasado, o artigo seguinte, complementar ao primeiro, prescreve que “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação” (art. 595, CPP), por não se permitir ao acusado o acesso ao duplo grau de jurisdição, quando não seja primário e não tenha bons antecedentes, ou evadir-se do distrito da culpa depois de apelar.

Apesar do Texto Constitucional não conter expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição (como ocorre com a presunção de inocência), é indiscutível o seu caráter de norma materialmente constitucional, mormente porque o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê, em seu art. 8º, 2, h, que todo acusado de delito tem “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, e, tendo-se em vista o estatuído no § 2º, do art. 5º, da CF/88, segundo o qual “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”. Ratifica-se, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque que, no seu art. 14, 5, estatui que “toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.”

Há que se interpretar este dispositivo legal infraconstitucional à luz da Constituição Federal, a fim de entendê-lo ainda como válido, fazendo, porém, uma leitura efetivamente garantidora onde, pela aplicação do princípio da igualdade entre acusação e defesa, o duplo grau deve ser franqueado a ambas as partes, sem óbices que não se revistam de estrita necessidade, como, por exemplo, quando cabível a prisão preventiva para garantir a ordem

pública, a ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O artigo 594, por uma questão de igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, deveria ser interpretado de forma que a prisão deveria ser uma decorrência de uma sentença condenatória recorrível sempre que fosse cabível a prisão preventiva contra o réu, independentemente de sua condição pessoal de primário e de ter bons antecedentes, ou seja, o que definirá se o acusado aguardará preso ou em liberdade o julgamento final do processo é a comprovação da presença de um daqueles requisitos acima referidos.

Conclui-se que a necessidade é o fator determinante para alguém aguardar preso o julgamento final do seu processo, já que a Constituição garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Por outro lado, como a ampla defesa (e no seu bojo a garantia do duplo grau de jurisdição) também está absolutamente tutelada pela Carta Magna, o artigo ora analisado não pode ser interpretado literalmente, porém, mais uma vez, em conformidade com aquele Diploma, lendo-o da seguinte forma: não se pode condicionar a admissibilidade da apelação ao recolhimento do réu à prisão, mesmo que ele não seja primário e não tenha bons antecedentes. Aqui, avança-se, inclusive, indo mais além: mesmo que a prisão seja necessária (e se revista, portanto, da cautelaridade típica da prisão provisória), ainda assim, admitir-se-á o recurso, mesmo que não tenha sido preso o acusado, ou que, após ser preso, venha a fugir.

Observa-se que, agora, mesmo sendo cabível o encarceramento provisório por ser, repita-se, necessário, o não recolhimento do acusado não pode ser obstáculo à interposição de eventual recurso da defesa, e se recurso houver, a fuga posterior não lhe obstará o regular andamento (não pode ser considerado deserto).

O regramento que prevê, após a apresentação das razões e contra-razões das partes, a remessa dos autos ao Tribunal *ad quem*, onde, na forma dos artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal, abre-se vista somente ao Ministério Público e, em seguida, ao Desembargador-Relator do recurso, olvidando-se a lei da figura do acusado.

Tratando-se de processo relativo à contravenção ou a crime punido com detenção, o próprio relator pede designação de dia para o julgamento. Cuidando-se de processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, o Relator, após lançar seu relatório, passa os autos ao revisor, que pede então designação de dia para o julgamento, ocasião em que as partes poderão sustentar oralmente seus argumentos, conforme art. 610, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Extrai-se, pois, da Lei Instrumental Penal que há a participação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais, perante os Tribunais, antes do julgamento, e, ao acusado, somente quando do mesmo, com inobservância dos princípios do contraditório e da igualdade das partes no processamento dos recursos criminais.

Pela aplicação da igualdade no princípio do contraditório, as partes deveriam atuar em dialética da atividade probatória e das manifestações processuais, em relação às quais deve haver necessidade de informação e possibilidade de reação, sem o que poderá haver ao acusado algum tipo de prejuízo jurídico.

É de se perguntar, então, que tipo de contraditório e que tipo de igualdade se verifica no processamento dos recursos criminais se uma das partes lança um parecer, peça de extrema relevância para o julgamento da impugnação, sem que se oportunize à parte contrária manifestar-se sobre o conteúdo daquele documento?

A igualdade deveria conduzir ao posicionamento de, para garantia do devido processo legal, pugnar para que se oportunizasse o contraditório e a ampla defesa, requerendo ao Desembargador-Relator a abertura de igual prazo à defesa, intimando-a na forma da lei para que possa, se assim o desejar, manifestar-se sobre o conteúdo do parecer ministerial, com o que haveria a manutenção de regra infraconstitucional recepcionada pelos princípios vetores constitucionais.

O contraditório está intimamente associado à ampla defesa, tanto que ambas garantias aparecem juntas, e de modo explícito, no mesmo inciso LV do art. 5º da Constituição brasileira.

Contraditar é contra-aditar, isto é, afirmar em sentido contrário, contrariar, dimanando dessa garantia a base da intervenção da defesa - para se manifestar sobre provas, documentos ou principalmente para arrazoar, por escrito ou verbalmente - sempre depois da acusação, conforme as regras dos artigos 406 e 500 do CPP, sendo de boa didática lembrar que no Júri os debates em Plenário se sucedem, exatamente, nessa ordem: primeiro a acusação, depois a defesa; réplica pela promotoria e, por fim, direito da defesa à tréplica.

O julgador há que se apegar a uma hermenêutica mais Pós-Positivista, com o resgate de certos valores, distinguindo qualitativamente princípios de regras e centralizando os direitos fundamentais e reaproximando o Direito da Ética. Com isso, abrir-se-ia uma perspectiva no direito que permitiria a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.

O julgador, nesta ótica, há que superar a fase de aplicação do direito puro e idealizado, em que se pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Se ficar refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo, regido que fica por um ritual solene, que conservou a tradição e o formalismo.

Qualquer restrição feita pelo legislador ou administrador a qualquer direito individual somente será reputada válida, perante o judiciário, quando valorada a adequação entre os meios empregados por aqueles e os fins objetivados com este emprego, adentrando-se, inclusive, no exame da discricionariedade do ato do Poder Público.

Com relação à proporcionalidade, que é considerada um dos aspectos das garantias dos direitos humanos fundamentais, com gênese remota, passou a ser admitido mais recentemente pelos doutrinadores pátrios do Direito Constitucional e demais ramos do direito, no Estado Democrático de Direito.

Canotilho (1993, p. 382) se manifesta, dizendo que:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do Poder Executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do Estado o considera, já no Século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no Século XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (CFR, art. 272º/1). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*übertassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (CFR, arts. 18º/2, 19º/4, 265º e 266º/2). Discutido é o seu fundamento constitucional, pois enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de Direito, outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais (CFR Ac TC 364/91, DR I, Ac 23/8 - Caso das ineligibilidades locais).

O princípio da proporcionalidade que, na visão de Guerra Filho (2001, p. 75), é o princípio dos princípios, não possui assento expresso na Magna Carta. Em que pese essa falha legislativa, deve ele ser observado como “verdadeiro princípio ordenador do direito”, cuja essência e destinação é a preservação dos direitos fundamentais, atrelando a jurisdição aos direitos humanos fundamentais assegurados na Constituição.

Quanto à presença de advogado em interrogatório do acusado, discute-se na doutrina e na jurisprudência a respeito desta necessidade. Boa parte da doutrina entende que sim. Neste sentido, Tourinho Filho, Frederico Marques e Espínola Filho. Há quem entenda, porém, a sua desnecessidade por se tratar de um momento processual típico da autodefesa (e não da defesa técnica), podendo, ademais, haver retratação a qualquer instante. A jurisprudência claramente se inclina neste segundo sentido, a ponto do próprio Tourinho Filho (1998, p. 273) observar que “nunca se anulou qualquer processo pelo não-comparecimento do Advogado ao ato do interrogatório.”

Mirabete (2002, p. 145), por exemplo, acompanhando esta corrente jurisprudencial majoritária, sustenta que “a presença do defensor no interrogatório é apenas facultativa, já que não pode normalmente intervir nesse ato processual, razão por que a sua ausência não constitui nulidade no processo (RT 600/369, 610/407, JTACrSP 59/340).

Recentemente o STF, através de liminar concedida em Mandado de Segurança pelo Ministro Celso de Mello, deixou assentado que:

cabe reconhecer, por isso mesmo, que a presença do advogado em qualquer procedimento estatal, independentemente do domínio institucional em que

esse mesmo procedimento tenha sido instaurado, constitui fator inequívoco de certeza de que os órgãos do Poder Público, Legislativo, Judiciário e Executivo, não transgredirão os limites delineados pelo ordenamento positivo da República, respeitando-se, em consequência, como se impõe aos membros e aos agentes do aparelho estatal, o regime das liberdades públicas e os direitos subjetivos constitucionalmente assegurados às pessoas em geral, inclusive àquelas eventualmente sujeitas, qualquer que seja o motivo, a investigação parlamentar, ou a inquérito policial, ou, ainda, a processo judicial. (Juris Plenum, 2007x).

A necessidade do defensor no ato de interrogatório do réu deve ser corolário lógico da igualdade entre acusação e defesa, vez que se é defeso à Promotoria abster-se de estar presente em atos de interrogatório, de outra banda, é defeso à parte ser interrogada sem assistência de profissional habilitado a tanto, à vista da garantia da ampla defesa, que pressupõe o exercício da defesa técnica para poder o advogado orientar o seu cliente durante o interrogatório,

O TJRS já julgou no sentido de a presença do advogado ser imprescindível, mas não é entendimento majoritário, em que pese assento constitucional da garantia do acusado, como ocorreu no julgamento a seguir descrito:

Nulidade. Interrogatório. Ausência de Advogado. Nulo é o processo em que o acusado é interrogado sem a presença de advogado defensor. Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Nulidade decretada a partir, inclusive, do interrogatório. (Juris Plenum, 2007y).

Não só quanto à presença do defensor no interrogatório o STF não leva em conta os princípios constitucionais, mas também com relação à ampla defesa, conforme axcerto apontado por Capez (2003, p. 72):

CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL. INEXISTÊNCIA (STF): “A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais (RT, 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (RT, 689/439).

Esses são alguns dos artigos de leis processuais penais que poderiam ser validados ante o novo regramento constitucional, bastando, para tanto, houvesse a aplicação do princípio da igualdade entre as partes, ou da proporcionalidade/razoabilidade, quando houvesse razão suficiente para tratamento desigual, com o que se criariam condições de possibilidade de plena aplicação do nosso já vetusto Código de Processo Penal.

O STF, por intermédio da ADIn nº 958, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no DJ de 16.05.94, p. 11.675, in A Constituição na visão dos tribunais, TRF da 1ª Região, Gabinete da Revista, vol. 1, 1997, p. 368., guindou o princípio da proporcionalidade ao nível constitucional, assentado na cláusula do devido processo legal, em sua faceta de garantia material (*substantive due process*).

Através deste princípio é que se possibilita ao judiciário a racional ponderação sobre a situação conflituosa surgida entre princípios, direitos fundamentais, interesses e bens jurídicos, de modo a imporem-se os menores sacrifícios às partes.

Importa o princípio da proporcionalidade na concreta avaliação a respeito da legitimidade dos meios e dos fins perseguidos, como também da adequação desses meios à consecução dos propósitos desejados, da necessidade de sua utilização e da razoabilidade, como justa medida do sacrifício de um direito em detrimento de outro.

Embora o princípio não encontre expresso assento constitucional nem mesmo no atual texto, como já dito, é ele extraído da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo, esta expressamente prevista no art. 5º, inciso LIV.

A jurisprudência caminha no sentido de adoção deste postulado, podendo ser citada a manifestação do Ministro Celso de Mello como Relator na ADIn nº 1.148-8/AM, STF:

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Em outra decisão, manifestou-se o STF sobre a razoabilidade, expressamente:

(STF-141334) PRISÃO POR PRONÚNCIA.

Excesso de prazo, não atribuível à defesa, dado o decurso de mais de cinco anos da pronúncia, sem previsão de julgamento pelo Tribunal do Júri, e que excede o limite da razoabilidade. Deferimento de liberdade provisória ao paciente. Extensão aos co-réus que se encontram em situação de todo assimilável. (Juris Plenum, 2007z).

Decisivo o papel do Judiciário neste avanço.

Na pragmática forense, o princípio da proporcionalidade e o *substantive due process* são relegados a um plano mais teórico e menos prático. O juiz, assim como o legislador e o executor, não é livre, devendo na atividade de interpretação e aplicação da lei focar-se em nossa Constituição e, dentro do trabalho proposto na presente dissertação, nos valores máximos enunciados nos princípios do devido processo legal e ampla defesa, onde a razoabilidade, como muro de contenção de leis, haveria de atuar com vertente instrumental, processual, de garantias.

A igualdade como principal condição de possibilidade não descarta, a par dele, os princípios da proporcionalidade, bem como o devido processo legal substantivo, que são ferramentais efetivos para dar maior avanço aos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Para tanto, há a necessidade de afastar-se das facilidades de aplicação dos regramentos já consolidados, que já não mais estão de acordo com a evolução social e jurídica, fugindo da padronização homogeneizante que diz respeito aos vários processos que visam, dentro de nossa sociedade contemporânea, a produção de maneiras de realização do processo iguais, com um nível crítico o mais baixo possível, geradores de sentimento de impotência e tristeza das pessoas frente ao Estado.

Agindo de forma padronizada, a atividade judicante, ao invés de distribuir justiça, reproduz processos acriticamente. Marx (2002, p. 655), nesse sentido, afirma que, em suma, “todo processo social de produção é, ao mesmo tempo, um processo de reprodução”.

Os atos do Poder Legislativo, ou do Executivo, inquestionavelmente, são reproduzidos em um processo muito poderoso, mas ao qual se pode fugir ou resistir, vez que podem encontrar resistência na apreciação judicial dos atos legislativos, ou executivos, mas sob focos de validade diferentes, com enfoques em princípios, notadamente o da igualdade.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o exame de um direito fundamental inicia, necessariamente, pela consideração com respeito à natureza e estrutura da norma que o estatui: se erigido ao nível de princípio, ou veiculada através de norma ou, ainda, se conjugadas como norma-princípio em um único enunciado semântico.

Desde o movimento revolucionário de 1789, ocorrido na França, tem-se como dogma que pertence ao Estado Moderno o surgimento das Constituições em sua feição atual de lugar destacado e superior dentro do sistema jurídico, com fundamento no antropocentrismo inaugurado pelo Iluminismo.

Nesse contexto, o Estado põe-se a serviço do ser humano e a constituição é o instrumento que impõe limites a esse Estado, trazendo a exigência de certeza e publicidade do direito público como regra essencial para a realização da igualdade, sob o viés formal, patrocinada pelos ideais da burguesia que ensejou à Revolução Francesa, de onde provêm o lema “igualdade, liberdade e fraternidade”. No entanto, a igualdade no plano formal transformou-se em desigualdade de fato, perpetuando o *status quo* do Estado Liberal de Direito, em nada contribuindo para alguma transformação social.

Por intermédio de fortes movimentos sociais, desencadeados a partir do alvorecer do século XX, surgem reações visando alcançar um Estado Social de Direito, imputando-lhe uma postura mais ativa e interventiva com prestações positivas dos direitos assegurados aos cidadãos. Por conta desse mecanismo, a desigualdade formal, no tratamento, levou à igualdade material.

Como se defluiu da abordagem feita no presente trabalho, que partiu de uma reflexão contemporânea sobre regime jurídico dos direitos humanos fundamentais na Carta Política brasileira de 1988, que compõem o Direito Processual Penal, conduziu os doutrinadores à identificação de uma forte tendência em se constitucionalizar determinadas figuras processuais para que garantam, com maior efetividade, os direitos do cidadão.

Identifica-se, nesse modo proceder, que não é visto de modo satisfatório pelo constitucionalismo tradicional, um esforço dos processualistas de fazerem com que as normas de processo sirvam de plena eficácia para a aplicação do Direito Material, especialmente, quando regulam situações de natureza social e de garantias do próprio homem na expressão maior do exercício de sua cidadania. É, também, uma contribuição valiosa para que a prestação jurisdicional solicitada pelo indivíduo ou por um grupo social receba uma atenção de maior destaque pelo Estado, satisfazendo, assim, os anseios da comunidade.

A intenção é tão-só de contribuir para que seja instalado um sistema onde as leis sejam eficientes e rapidamente aplicadas, possibilitando, em consequência, uma convivência normal entre os integrantes de qualquer sociedade estratificada pela guarda efetiva da força da organização normativa nela vivida.

A denominada constitucionalização processual penal tem sido uma exigência das sociedades democráticas. Estas, por se verem abraçadas com a grande crise do Poder Judiciário em não satisfazer, com prontidão, os anseios dos tempos atuais, buscam, por vários meios, amenizar essa situação. Um deles é fazendo com que as Constituições modernas não se preocupem, apenas, em garantir os direitos individuais e sociais. Devem nela constar proteções a direitos processuais para que se apresentem com maior vigor quanto à sua aplicação.

A detecção desse fenômeno justifica a presença em nossa Carta Magna de dispositivos que se referem diretamente a determinadas garantias de direito, entre elas, os princípios da igualdade e proporcionalidade com vistas a uma melhor concretização dos direitos humanos fundamentais, em um nível mais pragmático, defendendo-se uma funcionalização dos direitos humanos fundamentais, onde, pela aplicação da igualdade ou proporcionalidade, tanto podem ocorrer limitações quanto restrições de algum direito humano fundamental, a depender se o

direito fundamental está previsto em norma princípio, que vai comportar delimitações em face da necessária ponderação por ocasião de sua concretização.

Para uma melhor concretização dos direitos humanos fundamentais, não se proíbe a consideração das limitações e restrições dos princípios e regras fundamentais, mas tal permissivo somente pode ser admitido sob severa observância da adequação constitucional de tal relativização, no exame dos casos concretos onde a fundamentação é que vai indicar a solução mais adequada no conflito entre direitos humanos fundamentais, princípios e regras constitucionais.

O princípio da efetividade do processo, presente no art. 5º, incisos LIV e LV, que ordena que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e que 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 projeta-se sobre o ordenamento infraconstitucional processual penal pelo reconhecimento do caráter também processual penal da norma constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, assentado em valores substantivos (devido processo legal substantivo) representando a necessidade de o devido processo legal não limitar-se ao aspecto puramente procedimental, recusando eficácia prática ao princípio insculpido no artigo 5º, incisos LIV e LV da Magna Carta de 1988, uma vez que o princípio constitucional da efetividade é basilar.

Os estudos acerca do conteúdo essencial dos direitos humanos fundamentais faz crescer o papel do Poder Judiciário, repensando a teoria da separação dos poderes, separação essa advinda de dentro de uma concepção de Estado Liberal, já agora, no mundo globalizado, não mais suficiente para a solução dos problemas.

Com efeito, o Direito enfrenta uma séria crise de identidade na sua substância, qual seja o modo como é produzido e como se projeta na vida social. Demonstra, muitas vezes e em determinados casos, uma franca incapacidade de regulação. Isso, passa a influenciar a realidade não só jurídica, mas também em diversas esferas da vida humana.

Neste estágio do Estado contemporâneo, há uma crise de paradigmas que atinge o Direito e, por via de consequência, as instituições formais encarregadas de criá-lo, interpretá-lo e, enfim, aplicá-lo. Essa crise se identifica com a crise do próprio Estado contemporâneo

que não tem obtido sucesso no cumprimento de sua tarefa de mediador dos problemas sociais, resolvendo-os a partir da diminuição do conflito e possibilidade de garantir a segurança e a justiça.

O Direito, em sua forma tradicional, produzido pelo Estado, encontra-se numa fase de esgotamento a partir do momento em que não consegue, através das suas estruturas, calcadas numa dogmática tradicional, resolver a contento os problemas jurídicos que se colocam cotidianamente. Há um descompasso substantivo entre a esfera do campo jurídico e o modo de produção do Direito.

Para suprir essa lacuna e na esteira do entendimento esposado no texto, o papel do Poder Judiciário na hermenêutica das normas atinentes ao devido processo legal, em sua concepção substantiva, é decisivo como juízo de adequação do conteúdo essencial dos direitos humanos fundamentais.

Nesse quadro, é importante asseverar que ficou superado, definitivamente, o dogma de que o Poder Judiciário atua exclusivamente como legislador negativo, e, nessa ordem de considerações, o STF pode atuar em situações excepcionais como legislador positivo, sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criativa *ex nihil*, pois que apenas extrai a vontade hipotética da Constituição ou a solução constitucionalmente vinculante, isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria.

É evidente que Poder Judiciário não tem, por si só, a obrigação de transformar a realidade social, mas possui o dever institucional de colaborar com a transformação dessa realidade, a fim de cumprir os mandamentos constitucionais, cuja guarda lhe compete.

É necessário dizer que essa contribuição deva ser repensada, no sentido de garantir o acesso aos direitos fundamentais, na medida em que a aplicação pura e simples do direito infraconstitucional positivado acaba por não servir ao desiderato almejado pela atual sociedade brasileira ao invés de, de forma tradicional, pensar o direito como resposta que o julgador precisará para a solução do litígio no caso concreto.

O aparecimento do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa a partir da agregação de termos qualificativos como a igualdade, proporcionalidade e substancial, para evidenciar que se exige a conformação da lei processual penal anterior ao texto constitucional vigente, com a Constituição, com seus princípios e direitos humanos fundamentais ali previstos, expressa ou implicitamente.

Essa perda de posto de supremacia da lei em prol da Constituição, subordinando-se a ela, devendo conformidade aos direitos fundamentais não é mero desenvolvimento ou continuísmo do princípio da legalidade formal, mas significa uma transformação desse princípio da legalidade, com a agregação do termo substancial que, no caso do direito processual penal, afeta as próprias concepções desse direito e da jurisdição, funcionando como quebra de paradigma.

A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição, subordinando a lei aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, cabendo ao operador do direito, notadamente ao juiz, compreender a lei à luz desses princípios constitucionais e direitos fundamentais, não lhe cabendo tão só revelar as palavras da lei mas corrigi-la, se preciso for, adequando-a.

A ampla defesa e devido processo legal, frente às exigências do catálogo constitucional dos direitos humanos fundamentais, pedem uma eficácia normativa dos princípios da justiça, onde, uma tomada de consciência pelo operador do direito é muito importante para que tais direitos humanos confirmem unidade e harmonia ao sistema, não dando ao juiz e aos demais operadores do direito alternativa outra que não a de colocar a lei na sua perspectiva de estar vinculada ao previsto constitucionalmente.

Esse pós-positivismo exige uma compreensão crítica da lei em face da constituição, para que, ao fim e ao cabo, surja uma projeção, ou cristalização, das normas processuais penais adequadas, ou seja, uma conformação da lei processual penal. Esse novo paradigma da ciência jurídica, fazendo com que se construa o direito, e não apenas o revele, confere mais dignidade, mas também mais responsabilidade, já que, agora, então, é esperada uma atividade para dar efetividade àquilo que nossa já não tão mais novel Constituição queria, quando de sua promulgação, lá no ano de 1988, como aspiração da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Martin de. **Da igualdade:** introdução à jurisprudência. CRUZ, Eduardo Vera (Col.). Coimbra: Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

ALEXY Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Plenum**, n. 95, v. 1, jul. 2007.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos - da dogmática jurídica à ética. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais:** anuário 2004/2005, Escola Superior da Magistratura - AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo.** 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1998.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**: dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais. 7. ed. 2001. Capítulo 8.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código penal In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal Brasileiro. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 - DOU 13.02.1950. Estabelece normas para a concessão de Assistência Judiciária aos necessitados. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 - DOU 27.12.1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 3.396, de 2 de junho de 1958 - DOU 04.06.1958. Altera a redação dos arts. 864 e 865 do Código de Processo Civil. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei 5.349/67. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973 - DOU 23.11.1973. Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei 6.368/76. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei 6.416, de 24 de maio de 1977 - DOU 25.05.1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940), do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 03.10.1941) e dá outras providências. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 - DOU 13.07.1984. Altera dispositivos de Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 - DOU 28.12.1990. Define Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, e dá outras providências. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 - DOU 15.02.1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, e dá outras providências. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei complementar 75, de 20 de maio de 1993 - DOU 21.05.1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 - DOU 13.06.1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 8.862, de 28 de março de 1994 - DOU 29.03.1994. Dá nova redação aos artigos 6º, incisos I e II; 159, caput e § 1º; 160, caput e parágrafo único; 164, caput; 169; e 181 caput, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 - DOU 27.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 9.034, de 3 de maio de 1995 - DOU 04.05.1995. Dispõe sobre a Utilização de Meios Operacionais para a Prevenção e Repressão de Ações Praticadas por Organizações Criminosas. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 9.271, de 17 de abril de 1996 - DOU 18.04.1996. Altera os arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do Decreto-Lei nº 3.689 de 03.10.1941 - Código de Processo Penal. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei 9.520, de 27 de novembro de 1997 - DOU 28.11.1997. Revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, referentes ao exercício do direito de queixa pela mulher. In: **Plenum**, Caxias do Sul, v. 2, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

_____. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - DOU 01.02.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: ABREU FILHO, Nylson Paim de (Org.). **Constituição Federal, Legislação Administrativa, Legislação Ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. (Série Práxis).

_____. Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 - DOU 14.07.1999 Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 10.054, de 7 de dezembro de 2000 - DOU 08.12.2000. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001 - DOU 13.07.2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. In: **Vade Mecum**, obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus nº 85327/SP. Relator: Gilmar Mendes, julgado em 15 de agosto de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007a. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma do STF). Habeas Corpus nº 84775/RO. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 21 de junho de 2005. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007b. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno do STF). Habeas Corpus nº 85237/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 17 de março de 2005. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007c. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma do STJ). Habeas Corpus nº 32706/SP (2003/0234353-7). Relator: Paulo Medina, julgado em 3 de junho de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007d. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma do STJ). Habeas Corpus nº 46963/MG (2005/0136035-0). Relator: Gilson Dipp, julgado em 12 de junho de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007e. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Criminal nº 2000.71.04.007808-9/RS. Relator: Tadaaqui Hirose, julgado em 19 de setembro de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007f. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (3ª Câmara Criminal). Apelação-Crime nº 70018532762. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 8 de março de 2007. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007g. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Criminal). Apelação-Crime nº 70003159662. Relator: Paulo Moacir Aguiar Vieira, julgado em 18 de maio de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007h. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Criminal). Agravo em Execução nº 70014863062. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, julgado em 29 de junho de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007i. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1517-UF. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007j. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.038/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 15 de junho de 2004. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007k. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus nº 88506/DF. Relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 20 de junho 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007l. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus nº 84969/PE. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 31 maio de 2005. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007m. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal da Justiça (6ª Turma). Recurso Especial nº 443897/RS (2002/0079696-8). Relator: Paulo Gallotti, julgado em 21 de novembro de 2002. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007n. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal da Justiça (5ª Turma). Recurso Especial nº 488203/MT (2002/0105183-2). Relator: Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12 de junho 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007o. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus nº 86202/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 6 de setembro de 2005. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007p. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso em Habeas Corpus nº 85847/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11 de outubro de 2005. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007q. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal da Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus nº 61505/SP (2006/0136407-8). Relator: Gilson Dipp, julgado em 24 de outubro de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007r. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal da Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus nº 55438/SP (2006/0043767-7). Relatora: Laurita Vaz, julgado em 24 de outubro de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007s. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal da Justiça (6ª Turma). Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 36066/SP (2004/0080633-5). Relator: Hamilton Carvalhido, julgado em 30 de maio de 2006. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007t. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Criminal do TJRS). Apelação-Crime nº 70012136834. Relator: Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Alegrete, julgado em 17 de agosto de 2005. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007u. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Criminal do TJRS). Habeas Corpus nº 70009703927. Relator: Desembargador Marcelo Bandeira Pereira. Pelotas, julgado em 29 de dezembro de 2004. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007v. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal RDA 196/197 - HC 79.244 - DF. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007x. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (5ª Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 70001997402. Relator: Desembargador: Amilton Bueno de Carvalho - j. 14/02/01). In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007y. 2 CD-ROM. CD1.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus nº 90022/SP. Relator: Sepúlveda Pertence, julgado em 13 fevereiro de 2007. In: **Juris Plenum**, Caxias do Sul, v. 1, n. 94, maio 2007z. 2 CD-ROM. CD1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Almeida, 1992.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Los derechos humanos y su proteccion**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. **Introdução**: uma breve síntese dos postulados constitucionais. Princípios penais constitucionais. Direito e processo penal à luz da Constituição Federal. In: SCHMIDT, Ricardo Augusto (Org.). Salvador: Juspodium, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A nova Constituição e o processo penal. **ROA**, 1976.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontémoin, 1930. v. 2.

ENTERRÍA, García de. **La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, em Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial**. Tecnos, Madrid, 1970.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, Cuarta, 2000.

FERRAZ, Sérgio. Igualdade processual e os benefícios da Fazenda Pública. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 13/15, p. 427, 1978/1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FRIEDE, Reis. A norma jurídica. **Juris Plenum**, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 94, maio 2007. 2 CD-ROM.

GARCIA, Wander. **Direito administrativo**: de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406/02). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica “de ofício”: inconstitucionalidade. In: **Jurisplenum**, 2007. CD 2.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: IBDC, 2001.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura na pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LIMA, Hermes de. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. Madrid: Tecnos, 1999.

MARINHO, José Domingos da Silva. A igualdade e o Código de Processo Civil. **Revista Justitia**, v. 128, p. 26, jan./mar. 1985.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: **Cidadania e Justiça**, n. 6, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998a. v. II.

_____. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1998b. v. I.

MARX, Karl. **O capital**. Crítica da economia política. 20. ed. Tradução de Reginaldo Sant'Ana, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. II.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até dezembro de 2001. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo IV.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 19 ed. atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1989.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Introdução à ciência do direito**. 2. ed., Rio de Janeiro:

Forense, 1972.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. Max Limonad, 1995.

_____. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo. Malheiros, 2003.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. **Juris Plenum**, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n. 95, jul./ago. 2007. 2 CD-ROM.

PORTANOVA, Rui. Princípio igualizador. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS**, Porto Alegre, n. 62, p. 278-290, nov. 1994.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REICHELT, Luis Alberto. **Equilíbrio processual: adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual**. Porto Alegre, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Revista do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo - USP**, São Paulo, v. 3, p. 71, 1988.

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. A figura da deserção em face do princípio constitucional garantidor da ampla defesa. **Jurisplenum**, Caxias do Sul, 2007. CD2.

SARLET Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo. **Filtragem constitucional**. 1999.

SECCO, O. de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. Hermenêutica e constituição. In: **Juris Síntese**, jan. fev. 2004. CD Room JS 164-45.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

SLAIB FILHO, Nagib. Dever constitucional do magistrado: a garantia do contraditório e da ampla defesa. **Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro: COAD-ADV, p. 21, dez. 1990.

_____. **Anotações à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOUSA, António Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUSA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005, Escola Superior da Magistratura - AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. 4 tiragem. Curitiba: Jura, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996. v. II.

_____. **Processo penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. III.

_____. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VASCONCELOS, Arnaldo. Sobre os aspectos da norma jurídica e do ordenamento jurídico em respeito ao conceito de PAULINO JACQUES. **Teoria da Norma Jurídica**, Forense, 1987.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do direito e do Estado**. 1994.

_____. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.