

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

ANTONIO RUI BARBOSA

**IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**NATAL/RN
2013**

ANTONIO RUI BARBOSA

**IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte como requisito final para a obtenção para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Profº Msc. Emanuel Dhayan Bezerra de Almeida

**NATAL
2013**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

TERMO DE APROVAÇÃO

IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Por

ANTONIO RUI BARBOSA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte como requisito final para a obtenção para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

ORIENTADOR

Profº Msc Emanuel Dhayan Bezerra de Almeida

Ao Professor Emanuel Dhayan Bezerra de Almeida que com dedicação e esmero de mestre orientou este trabalho, guiando-me naquilo que foi de suma importância para a sua concretização.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a DEUS, que me concede diariamente o sopro da vida.

A minha mãe, Benicia Maria Barbosa que desde o meu nascimento, vem me dando forças através de suas orações.

A meu pai, Antonio Pereira Barbosa que formou o meu caráter de maneira irretocável.

A minha esposa, Agnêlda de Araújo Alexandre Barbosa, mulher guerreira, minha companheira de todas as lutas.

As Minhas filhas, Kamilla Alexandre Barbosa e Anna Benicia Alcântara Barbosa, as quais tenho o imenso orgulho de tê-las gerado.

Aos meus professores do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo penal do UNI-RN, aqueles que me guiaram e tornaram realidade a minha especialização.

Aos meus amigos, todos aqueles que sempre me incentivaram durante essa batalha travada em busca do saber.

RESUMO

Esta monografia analisa a importância da aplicabilidade do Princípio do Devido Processo Legal no Processo Penal Brasileiro, desenvolvida através dos métodos bibliográfico, analítico e descritivo, a qual faz uma abordagem histórica, com enfoque na origem e evolução, a partir da Carta Magna e textos constitucionais de alguns países e das constituições brasileiras, as quais contemplaram o princípio do devido processo legal; verifica a previsão na Constituição de 1988, a dicção do Supremo Tribunal Federal e as violações ao Devido Processo Penal, além de discorrer sobre os princípios corolários do princípio em epígrafe, aplicados ao processo penal em limitação à atuação do Estado, finalizando com aplicação do devido processo penal em sede de execução penal. Os resultados da pesquisa em questão alcançaram o que foi projetado, haja vista que através da leitura de várias obras doutrinárias e pesquisas a sítios da rede mundial de computadores verificou-se a necessidade dos operadores do direito, principalmente os de Direito Penal, ficarem vigilantes quanto à aplicabilidade deste Princípio – base para a garantia de um processo informativo, célere, garantidor, transparente e, sobretudo motivado em sua decisão – o qual está consolidado na doutrina e principalmente na Jurisprudência da Corte Maior. Ademais, chega-se a conclusão, que se extraí deste presente estudo, da necessidade de implementar no Judiciário brasileiro políticas voltadas para o preenchimento de lacunas que dizem respeito a recursos humanos, fazendo, assim, frente aos anseios de justiça, cuja a demanda é grande, e que o devido processo, num país democrático de direito, seja garantido, com isonomia, aos cidadãos seja em qualquer condição que se encontre – em liberdade ou apenado.

Palavras chave: Devido Processo. Garantia. Estado Democrático. Operadores do Direito.

ABSTRACT

This monograph analyzes the importance of the applicability of the beginning of Due process of law in the Brazilian Criminal proceeding, developed through the methods bibliographical, analytical and descriptive, which make a historical boarding, with approach in the origin and evolution, from constitutional the Great Letter and texts of some countries and of the Brazilian constitutions, which they had contemplated the beginning of due process of law; it verifies the forecast in the Constitution of 1988, the dicção of the Supreme Federal Court and the breakings to the Had Criminal proceeding, beyond discoursing on the principles corollaries of the principle in epigraph, applied to the criminal proceeding in limitation to the performance of the State, ending with the application of due process in criminal headquarters of criminal enforcement. The results of the research in question had reached what he was projected, have seen that through the reading of some doctrinal workmanships and research the small farms of the world-wide net of computers it was verified necessity of the operators of the right, mainly of Criminal law, to be vigilant how much to the applicability of this Principle - base for the guarantee of an informative process, célere, guarantor, transparent e, over all motivated in its decision - which are consolidated in the doctrine and mainly in the Jurisprudence of the Cut Greater. Ademais, arrives it conclusion, that if I extracted of this present study, the necessity to implement in the Judiciary Brazilian politics directed toward the fulfilling of gaps that say respect the human resources, making, thus, front to the justice yearnings, whose the demand is great, and that the had process, in a democratic country of right, either guaranteed, with isonomy, to the citizens either in any condition that if finds - in freedom or imposed a fine on.

Words key: Had Process. Guarantee. Democratic state. Operators of the Right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	11
2.1 MAGNA CARTA	11
2.2 DIREITO COMPARADO	13
2.3 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	21
3 DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	29
3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL	29
3.2 DICÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	30
3.3 VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	35
4 DEVIDO PROCESSO PENAL E SEUS COLORÁRIOS	40
4.1 DEVIDO PROCESSO PENAL.....	40
4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	42
4.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	45
4.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	49
4.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	52
4.6 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.....	54
5 DEVIDO PROCESSO PENAL NA EXECUÇÃO PENAL.....	56
5.1 NATUREZA JURÍDICA.....	56
5.2 DEFESA TÉCNICA NA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE.....	56
6 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre o Princípio do Devido Processo Legal, no nosso ordenamento jurídico, visando focar especificamente qual a importância de sua aplicabilidade ao Processo Penal, uma vez que o operador do direito não pode abrir mão da parte principiológica, principalmente no que diz respeito a esse norteamento que parte da Constituição Federal.

Outros princípios que estão intimamente ligados ao princípio mãe do devido processo legal, tais como do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação e do juiz natural, são abordados de forma complementar, com fito de melhor compreensão do tema em questão.

Quanto à finalidade deste trabalho, é servir de base principalmente para operadores do direito (estudantes, juízes, membro do Ministério Público, advogados e educadores jurídicos) em suas demandas jurídicas a serem intentadas, com vistas a garantir sucesso a sua pretensão junto à jurisdição, dado a importância do que se propõe, ou seja, a aplicabilidade no devido processo penal, seja na teoria, seja na praticidade do dia-a-dia nos tribunais.

Numa visão por outro ângulo, a presente investigação, indiscutivelmente, atende, também, àqueles que anseiam por justiça – os jurisdicionados, porque conhecendo os pressupostos do devido processo legal, a partir desse aprofundamento, terão a possibilidade de êxitos em suas lides e, sobretudo, com uma boa noção dos direitos e garantias constitucionais que estão à sua disposição.

No que se refere à base bibliográfica, renomados autores foram consultados em suas obras, como: Humberto Ávila, Américo Bedê Freire Junior, Gustavo Senna Miranda, Clara Dias, L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho, Fernando Costa Tourinho Filho, José Afonso da Silva, Eugênio Pacelli Oliveira, Denilson Feitoza, Osmar Fernando de Medeiros e Luiz Flávio Gomes.

Ainda, tratando-se de bibliografia, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Processo Penal Brasileiro, a dicção do Supremo Tribunal Federal, sempre citada ao longo dos aspectos teóricos e conceituais do tema, reforçam, fundamentalmente, o desenvolvimento do trabalho ora apresentado.

Outro enfoque a comentar é sobre a importância prática para o conhecimento construído pela pesquisa, a qual traz à baila a discussão se dispositivos processuais penais estão tutelando, satisfatoriamente, direitos e

garantias fundamentais do acusado ou do acusador, tendo em vista um excesso de formalismo empregado no processo. Para tal apresenta-se:

- diferença entre os princípios e as regras jurídicas, visando introduzir ao desenvolvimento do estudo do princípio mãe do Devido Processo Legal a importância da aplicação dos princípios jurídicos ao processo.

- o princípio *due process of law* a partir de uma abordagem histórica com enfoque na sua origem e evolução, bem como investigar a previsão nos textos das constituições pátrias e alienígenas.

- o princípio do devido processo legal aplicado ao Direito de Processo Penal, a partir de seus corolários, diz respeito, primordialmente, à limitação do poder do Estado diante do acusado e a necessidade daquele atuar no sentido de fazer valer, na prática processual, tal garantia constitucional.

A presente pesquisa foi conduzida através do método bibliográfico, analítico e descritivo, de modo a associar os conhecimentos desenvolvidos ao longo do curso acadêmico com realidade deparada na vida profissional, mormente o que propõe o tema em epígrafe.

Para tanto, a coleta de dados baseou-se em leitura de livros adquiridos em livrarias locais e consultas na biblioteca da Faculdade Câmara Cascudo, além de artigos científicos seletivos que foram diretamente acessados nos sites da rede mundial de computadores, tendo sido realizada, conforme cronograma do projeto, nos meses de junho a agosto, não se tendo registradas dificuldades para tal empreitada.

Nesse sentido, a investigação pôde ser fundamentada em dados empíricos, buscados na doutrina e na jurisprudência, haja vista que o momento tornou-se oportuno para dirimir possíveis dúvidas e possibilitar o enriquecimento de conhecimentos acerca do assunto exposto.

O conteúdo desenvolvido para o presente trabalho é organizado em capítulos e estes subdivididos em subitens.

O primeiro diz respeito aos aspectos históricos, o qual faz uma abordagem da origem do princípio do devido processo legal através da sua aparição na Magna Carta, como se deu sua evolução no direito comparado por meio de previsões nos textos de algumas constituições, bem como está disposto nos textos das constituições brasileiras ao longo de sua historicidade.

O segundo trata dos aspectos conceituais do devido processo legal, verificado na ordem jurídica constitucional brasileira conjugado com que assevera a dicção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. As implicações da violação ao devido processo legal.

O terceiro discorre sobre o do devido processo penal e seus corolários, os quais dão sustentabilidade a este princípio mãe, do qual derivam e estão intimamente ligados, quais sejam: Princípio do Contraditório, Princípio da Ampla Defesa, Princípio da Publicidade, Princípio da Motivação e Princípio do Juiz Natural.

O Quarto enfoca o devido processo penal na execução penal, natureza jurídica e a necessidade de defesa técnica na instauração de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave por apenado.

2 O DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 MAGNA CARTA

Uma abordagem histórica do surgimento do Princípio do Devido Processo Legal se faz necessária, haja vista a necessidade de compreender-se os aspectos relevantes de sua origem. Para tal, dois pontos de vistas são colocados por Osmar Fernando de Medeiros relata na sua obra Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal.

Segundo Medeiros (2007, p. 111):

Ao se pretender uma abordagem histórica, embora resumida, mas que seja minimamente didática a respeito da cláusula do **devido processo legal**, ou **due process of law**, não se poderia deixar de lado dos aspectos relevantes a seu respeito. Primeiro, a sua aparição, sua origem mesma, no direito inglês, mais precisamente na *Magna Charta*, outorgada por João Sem-Terra, em 1215, e, posteriormente, introduzida já (a cláusula) com a expressão hoje conhecida (devido processo legal) por Edward III, no seu Estatuto de 1354. E, em segundo lugar, a sua integração ao direito norte-americano, já com outra abordagem, uma vez que nascido de motivações e princípios diferentes.

Verifica-se, então, que o devido processo legal nasceu no direito inglês e integrou-se ao direito norte-americano e surge com o item 39 do texto da Magna Carta de João Sem-Terra, que data de 15.06.1215.

Segundo Medeiros (2007, p. 111).

Nenhum **homem livre** será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.¹

O item acima serviu de modelo para a maioria dos textos constitucionais que contemplam aos direitos e garantias individuais do cidadão - o devido processo legal.

¹ O texto original, em latim, assim trazia: *Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.*

Por outro lado, cabe ressaltar que outros princípios surgiram com a edição do item 39, retro mencionado. Muito embora a Magna Carta tenha sido criada para uma classe privilegiada e escrita em latim, pois o dispositivo em análise previa apenas para “homem livre”, acabou servindo para as demais classes, sendo tal regra transformada num dos mais importantes garantismo processual.

O devido processo legal é conhecido, também, como *due process of law*. Muito embora o referido termo não aparecesse explicitamente no texto da Magna Carta e sim a expressão “lei da terra” (ou “lei do país”), deve-se verificar que esta linguagem veio ajudar na criação, mais tarde, do princípio do devido processo legal, mais especificamente em 1354.

Segundo Carvalho (2009, p. 140):

Como se vê, inicialmente não se usou a expressão devido processo legal, o que só veio a ocorrer em 1354, sob o reinado de Eduardo III, em lei aprovada pelo parlamento inglês, na fórmula *due process of law*. Mas sempre se entendeu que a locução *law of the land* significava o mesmo que *due process of law*, tendo esta sido consagrada como sucessora daquela, com idêntico teor, tanto pelas cortes inglesas como pelas norte-americanas.

No mesmo sentido complementa Osmar Fernando de Medeiros.

Segundo Medeiros (2007, p. 117):

É que a Magna Carta não trouxe em si, estampado, o termo *due process of law*, o que facilitaria uma interpretação posterior inclinada à extensão daquele documento a todos e para todos. Trouxe, isto sim, a já mencionada expressão ‘lei da terra’, e com ela, a controvérsia que ajudou a gerar o devido processo e seus consectários.

Afere-se destas interpretações que a expressão *due process of law*, com a evolução natural da sociedade e do direito, substitui a primeira (lei da terra) e propagou para outras plagas.

Segundo Medeiros (2009, p. 119):

[...] *due process of law* ganhou grande força a partir de sua implantação no direito norte-americano, ou, para ser mais preciso, na *common law* aplicada na América colonial. E isto, o desenvolvimento mesmo do direito inglês, suas bases, bem como a aplicação na ‘Nova Inglaterra’², e aqui, calcada em bases diversas, faz o devido processo ganhar uma nova dimensão, muito mais abrangente e efetiva do que a originária.

² Colônias inglesas na América

Entretanto, como se observa o devido processo legal teve maior preponderância quando de sua efetivação no direito norte-americano, tendo, assim, o processo tornado mais completo que o modelo inglês e ganhou outra a partir do sistema *common law*³.

Ademais, a Constituição dos Estados Unidos da América adotou tal princípio, que perdura até os dias atuais, expressamente através das emendas 5ª e 14ª, conforme cita, no seu artigo científico, o professor Euler Paulo de Moura Jansen.

Segundo Jansen (2003, p. 3):

A Constituição dos Estados Unidos da América, onde muito se desenvolveu o devido processo legal, não trata originalmente do instituto, sendo abordado explicitamente nas suas emendas, na 5ª e na 14ª Emenda. Na primeira emenda referida, a cláusula *due process of law* apareceu pela primeira vez ao lado do trinômio "vida, liberdade e propriedade" e, na segunda, sofreu grande transformação-evolução, passou a significar também a "igualdade na lei", e não só "perante a lei", além de marcar a sua utilização efetiva. Tais inserções deram-se pela tendência de acompanhar a evolução das Constituições de alguns Estados, como Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, que já contavam com o a garantia em testilha, pois, por sua vez, acompanhavam as Declarações de Direitos das Colônias de Virgínia, Delaware, Carolina do Norte, Vermont e de New Hampshire, posteriormente transformados em Estados federados.

Observa-se, também, que anterior à Constituição Federal Americana de 1787, alguns de seus Estados já consagravam em suas constituições o princípio do devido processo legal, como cláusula garantidora do referido direito, tais como *Maryland, Pensylvannia e Massachusetts*.

Contudo, o subtópico a seguir tem em destaque algumas constituições, no direito comparado, as quais contemplam em seus textos o princípio do devido processo legal.

2.2 DIREITO COMPARADO

Como parte do momento histórico do Princípio do Devido Processo Legal, traz-se a baila que o direito comparado adotou como fundamental esse postulado. Contudo, as cartas magnas alienígenas, principalmente no continente ocidental e

³ Sistema constitucional inglês adotado por diversos países do mundo, especialmente aqueles que herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, como o Reino Unido, a maior parte dos Estados Unidos e do Canadá e as ex-colônias do Império Britânico.

mais especificamente na América Latina, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 implantaram nos seus textos constitucionais e de convenção de direitos humanos tal importantíssima garantia.

Passa-se agora a percorrer um caminho trilhado por algumas constituições que introduziram em seus textos cláusulas dedicadas ao devido processo legal, visando, assim, aderir ao grande movimento garantista⁴ iniciado na Inglaterra e que tomou grandes proporções a partir das Emendas Constitucionais IV e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América.

Por oportuno, traz-se a baila o esclarecimento que não só foram as Emendas Constitucionais IV e XIV da Constituição do EUA que trouxeram ao cidadão a garantia do devido processo legal, como se pensou a princípio, mas também as Emendas V a VIII que tem todo um aspecto de garantismo processual, destacando-se as Emendas IV a VIII que tem aplicabilidade dirigida aos tribunais, no que diz respeito à seara do julgamento federal, ao passo que a XIV é mais ligadas aos julgamentos, no âmbito residual, ou seja, os delitos estaduais.

Osmar Fernando de Medeiros, em sua obra, traz a tradução das Emendas acima citadas. Para melhor compreensão, transcreve-se abaixo.

Segundo Medeiros (2007, p. 136):

Constituição dos EUA – Emenda IV – O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrária não poderá ser infringido, e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas a serem apreendidas. **Emenda V** – Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. **Emenda VI** – Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e públicos, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acarreado com as testemunhas de

⁴ Na evolução do relacionamento entre o cidadão o Estado, surgiu a necessidade de criar normas que garantissem efetivamente os direitos fundamentais do homem contra o império estatal. Com isso a partir da Magna Carta, os países começaram inserir em suas Constituições regras que fossem respeitadas pelo Estado e a própria sociedade em respeito aos direitos individuais do cidadão.

acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado. **Emenda VII** – Nos processos sujeitos a lei comum (**suits at common law**), nos quais o valor da questão exceder a vinte dólares, o direito de ser julgado por jurados será mantido, e nenhuma causa decidida por jurados poderá ser novamente examinada por tribunal algum dos Estados Unidos, senão em conformidade das regras do direito comum (**common law**). **Emenda VIII** – Não poderão exigir-se fianças excessivas, nem se imporem indenizações exorbitantes, nem se infligirem penas cruéis ou desusadas. (...) **Emenda XIV** - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado promulgará nem executará leis que restrinjam os privilégios e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; e nenhum Estado poderá negar a alguém que se achar dentro de sua jurisdição, a proteção das leis igual para todos.

Ao analisar-se as emendas acima destacadas confere-se que tais normas são regras de direitos humanos com características próprias, entre outras, de universalidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade e, sobretudo, de indivisibilidade e interdependência. Com se vê, a partir de então, uma inovadora ótica constitucional instalou-se no mundo acerca do devido processo legal e sua importância na aplicabilidade no processo como um todo, mormente no devido processo penal.

A Constituição francesa de 1958 também traz em seu preâmbulo a inspiração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão, conforme assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu livro.

Segundo Ferreira Filho (1996, p. 160):

Por sua vez a França, berço de uma série de conquistas em termos de direitos fundamentais, guarda ainda no preâmbulo da atual Constituição de 58, as idéias da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que traz no seu artigo 7º, o seguinte: Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens detido em virtude de lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Notadamente, a citação acima traz a concepção de alguns princípios que estão a complementar o do devido processo legal, como o da legalidade e o da reserva legal. O primeiro aduz a submissão e o respeito à lei; e o segundo trata da necessidade de lei formal para normatizar algumas matérias. Ademais, remete-se, ainda, à questão do crime de responsabilidade por descumprimento de lei.

Com relação à Constituição da República Portuguesa, a garantia do devido processo penal está presente nos artigos 28, 29 e 32, com se segue, *in verbis*⁵:

Art. 28 1. A prisão sem culpa formada será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, à decisão judicial de validação ou manutenção, devendo o juiz conhecer das causas da detenção e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa. 2. A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por qualquer outra medida mais favorável prevista na lei. 3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados. 4. A prisão preventiva, antes e depois da formação da culpa, está sujeita aos prazos estabelecidos na lei. Art. 29 1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior. 2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos. 3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior. 4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido. 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. 6. Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão de sentença e à indemnização pelos danos sofridos. Art. 32 1. O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa. 2. Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. 3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que essa assistência é obrigatória. 4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais. 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. 6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. 7. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. 8. Nos processos por contra-ordenação são assegurados os direitos de audiência e defesa. (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, 2005)

O artigo 28, acima, trata da prisão preventiva tal como previsto no ornamento pátrio, sendo uma medida cautelar de exceção, tendo como regra a liberdade provisória. Mantém, também, a garantia de informação, no caso de prisão, à família ou pessoa que o preso indicar.

⁵ Nesses termos.

A seguir verifica-se, porém, que no artigo 29 estão presentes implicitamente os princípios da anterioridade, da retroatividade da lei mais benéfica, da revisão criminal, além da ação civil *ex delicto*, inovação no Código de Processo Penal brasileiro.

No artigo 32, ainda da Constituição da República Portuguesa, em sua VII revisão de 2005, estão expressamente dispostas as garantias do processo criminal, tal como no direito brasileiro, quais sejam o princípio da ampla defesa, da presunção de inocência, da celeridade dos julgamentos, da defesa técnica, do juiz natural, do contraditório e da proibição no processo de provas obtidas por meios ilícitos.

A *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, de 1917, país de língua hispânica, em três artigos (20, 21 e 23) elenca várias garantias de processo penal, com similitude das anteriormente referenciadas, como se vê abaixo, *ipsis litteris*⁶:

ARTICULO 20 - En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades; merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación. La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito. Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados. Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores; II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto; III. Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria; IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa; V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al

⁶ Textualmente, com as mesmas letras.

efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso; VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación; VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso; VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo; IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite; y X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

ARTICULO 21 - La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día. Tratándose de trabajadores no asalariados la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso. **ARTICULO 23** - Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia. (MÉXICO, Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, 1917)

Nessa constituição, numa leitura dinâmica, extrair-se do artigo 20 a garantia do instituto da liberdade provisória, bem como a vedação da autocondenação e da incomunicabilidade do recluso, contempla, ainda, os princípios da publicidade da celeridade do julgamento. Já o artigo 21 traz a previsão da exclusividade do Ministério Público na persecução penal e o princípio do Juiz Natural. Já o artigo 23, dispõe que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo crime, se condenado ou absolvido, conforme interpretação de Osmar Fernando Medeiros.

A Constituição da Nação Argentina de 1994 num só artigo (*Artículo 18*) traz as garantias do processo legal, no que diz respeito a garantias, entre outras, o princípio da anterioridade da lei, a vedação de tribunais de exceção e da prisão sem autorização judicial, o princípio do juiz natural, além de contemplar a defesa em juízo de qualquer pessoa, senão vejamos, *Ipsis litteris*:

ARTÍCULO 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. (ARGENTINA, Constituição da Nação Argentina, 1994)

A Constituição da República Uruguaia de 1967 traz na sessão II, Direitos, Deveres e Garantias, Capítulo, Artigo 12 a previsão explícita do devido processo legal, a seguir mencionado, *Ipsis litteris*: “Artículo 12 - Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.”

Entretanto, Osmar Fernando de Medeiros faz comentários sobre outros artigos da Constituição Uruguaia, corolários do devido processo legal, como abaixo transcrito.

Segundo Medeiros (2007, p 144):

[...] Nos artigos 7º e 8º, a Constituição Uruguaia traz o princípio da igualdade e da proteção legal; no artigo 10, o princípio da legalidade; no artigo 11, o resguardo do lar contra a prisão tentadas no período noturno e a obrigatoriedade de ordem expressa (aqui, por escrito), nos previstos na lei, ou seja, fundamentada, e assinada por juiz competente) quando da prisão durante o dia; no artigo 15, a exceção da prisão em flagrante, apenas por ordem escrita do juiz competente; no artigo 17 a previsão do *habeas corpus*; no artigo 18, por sua vez, mais uma forma de previsão do devido processo nas seguintes palavras: *Art 18. Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios.*

Os princípios aqui apontados pelo autor referem-se a outros princípios que assessoram o devido processo legal, tais como o da isonomia e o da legalidade,

além das garantias constitucionais como inviolabilidade do lar, prisão por ordem escrita do juiz e o instituto do *Habeas Corpus*.

Com relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Geraldo Brindeiro em seu artigo científico – Devido Processo Legal - esboça a importância e influência que tal tutela teve neste documento importante nas conquistas dos Direitos Humanos, conforme citação abaixo.

Segundo Brindeiro (2007, p. 4):

[...] a importância da garantia constitucional do *due process of law* é reconhecida no Direito Comparado e no Direito Internacional ao incluí-la na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, segundo dispõem os seus arts. 8º e 10 expressamente: 'Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei;' e 'Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela'.

Como se pode verificar, o devido processo legal é um dos pilares que rege a Declaração Universal dos Direitos Humanos, haja vista o que dispõe os arts. 8º e 10 explicitamente grafados no texto de tal Declaração.

Já o Decreto 678, de 06.11.92, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o conhecido Pacto de São José da Costa Rica, datado de 22.11.69 que está anexada àquele. Vários são os dispositivos atinentes ao devido processo legal, principalmente o Art. 8º que traz corolários ligados diretamente ao processo penal, como abaixo apresentado:

Artigo 8º – Garantias judiciais 1. **Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias** e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na **apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela**, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a **que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa**. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) **comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada**; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do **acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha** e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se

defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de **não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada**; e h) direito de **recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior**. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O **processo penal deve ser público**, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (BRASIL, Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, 1992) (grifo nosso).

Observa-se que no texto acima se afiguram alguns princípios garantidores do processo criminal de forma a dar toda uma proteção individual, embora elegidos abstratamente aos direitos humanos. Tais princípios são o da presunção de inocência, do contraditório, da autodefesa e da defesa técnica, *nemo tenetur se detegere*⁷, do duplo grau de jurisdição e da publicidade.

Ao fazer-se uma investigação acerca do direito comparado, tendo enfocando algumas constituições além-mar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, aduz-se que em razão desses diplomas houvera uma evolução substancial no cenário social internacional acerca do devido processo legal e seus corolários. Nota-se, entretanto, que tais normas trouxeram contribuições importantíssimas ao devido processo penal, no que se refere a direitos e garantias do cidadão, não permitindo, assim, que o Estado opressor reinasse absoluto sobre os desígnios do Estado Democrático de Direito e atingisse frontalmente aos seus membros, enquanto sujeitos de direito.

Passa-se a seguir a um breve histórico da positivação do devido processo legal nas constituições brasileiras.

2.3 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ao apresentar-se a historicidade do Devido Processo Legal no texto das constituições brasileiras, depreende-se de plano que ao longo desta evolução sempre esteve presente tal garantia, mormente no tangível à aplicabilidade no processo penal, conforme vem confirmar Eduardo Kochenborger Scarparo em um

⁷ Princípio da não produção de provas contra si. É um direito fundamental do acusado de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado.

trecho do artigo científico acerca de Considerações atuais sobre o Devido Processo Legal desenvolvido no seu mestrado na UFRGS, como a seguir transcrito.

Segundo Scarparo (2005, p. 9):

Deve-se ressaltar, de antemão que, no Brasil, ao contrário do que ocorre nos países anglo-saxões, o devido processo legal possui compreensão doutrinária historicamente voltada ao âmbito formal, em detrimento de sua concepção substantiva. Outro aspecto relevante ao estudo da sua história no Brasil é a sua **vinculação originária ao Processo**. (grifo nosso).

Ao analisar-se as considerações em cima dos textos a seguir expostos, verificar-se-á que a história do Devido Processo Legal no Brasil está intimamente ligada ao processo penal, muito embora tal postulado tenha aplicabilidade instrumental a outros ramos processuais do direito.

A Constituição Imperial, datada de 25 de março de 1824 (CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1824), notadamente sob o influxo do modelo europeu, assegura, ainda que no fim do seu texto, algumas garantias processuais, as quais estão cunhadas no artigo 179, incisos de VIII a XII, nos seguintes termos:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórmula por ella prescripta. XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos

merecimentos de cada um. (BRASIL, Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, 1824).

É de se observar que já no regime imperial o devido processo legal já era objeto de contemplação no texto constitucional respectivo. Já se previa, entre outras garantias, a necessidade da comunicação das prisões ao magistrado, a possibilidade de arbitramento de fiança para o acusado responder o processo em liberdade, a questão da ordem escrita do juiz para a realização da prisão no caso de não flagrante delito. Ademais, os princípios da legalidade, anterioridade e da isonomia, já estavam, também, presentes implicitamente no referido texto.

A Constituição Republicana (CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL), de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 72 parágrafos 2º, 9º, 13 a 16, 22 e 31, dum capítulo denominado “Declaração de Direitos” assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no país, direitos e garantias fundamentais para tais cidadãos, como a seguir transcrito:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Todos são iguais perante a lei. § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados. § 10 - Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte. § 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. § 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. § 13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente. § 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir. § 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada. § 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas. § 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. § 31 - É mantida a instituição do júri. (BRASIL, Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891, 1891).

O texto acima se refere a garantias tais como, a plena defesa no processo criminal, com recursos e meios essenciais a ela, e proibição de prisão sem prévia formação de culpa, o princípio da igualdade, o direito de petição, a exceção da prisão sem ordem judicial, o princípio do juiz natural, habeas corpus, tal qual previsto na atual constituição, e a conservação do Júri.

No que se refere à Constituição de 1934, destaca-se o Art. 113, incisos de 21 a 24 e 26 do Capítulo II, Título III intitulado “Dos Direitos e Garantias Individuais”, a seguir transcrito, nestes termos:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...). 21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora. 22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos. 23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*. 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta. 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita. (...). (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, 1934).

Está previsto no artigo acima no inciso 21 a prisão em flagrante como excepcionalidade bem com a necessidade de comunicação ao juiz. No inciso 22 prevê o cabimento de fiança para algumas prisões. No inciso 23 o *habeas corpus*, exceto para as transgressões disciplinares. No inciso 24 há a previsão do princípio da ampla defesa. E, no inciso 26 há uma junção dos princípios do juiz natural com o devido processo.

No que se refere à Constituição de 1937, Marcelo Fortes Barbosa, em sua obra sobre as garantias constitucionais de direito e processo penal, informa de como tais tutelas foram dispostas na referida carta, *Ipsis verbis*⁸.

Segundo Barbosa (1993, p. 30):

A Carta Constitucional de 1937, outorgada pela ditadura, além de reduzir as ‘garantias’ de direito penal e de processo penal a apenas dois incisos do artigo 122 – incisos II e XII –, deu-lhes redação incompatível com a idéia de

⁸ Sem tirar nem pôr, com as mesmas palavras; com as próprias palavras.

além da dubiedade de expressões quanto à redação, bastante complexa, pretendia conciliá-la com os capítulos amplamente reservados à defesa do Estado e à Segurança Nacional.

Muito embora o Princípio do devido processo legal esteja previsto de modo diminuto na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, conforme colocado pelo autor acima, transcreve-se abaixo, *in verbis*, o texto do inciso XI do artigo 122, como forma de registro histórico, com o fito de justificar que, mesmo num regime de exceção, ao processo penal garantia-se alguns direitos fundamentais:

à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa. (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, 1937).

Denota-se, porém, que tal dispositivo, muito embora muito tímido, assegurava ao cidadão da época certo devido processo penal, com a finalidade de não deixá-lo totalmente despojado de algumas garantias.

Diferentemente da Carta anterior, assegura Osmar Fernando de Medeiros que a Constituição de 1946 deixa nítida a sua vocação liberal e progressistas no que diz respeito à implementação dos direitos e garantias individuais, mormente aos parágrafos dedicados ao devido processo penal.

Portanto, observa-se o esmero que o legislador constitucional teve ao esculpir no Título IV, Capítulo II, Art. 141(parágrafos 20 a 28) da nova Carta Magna um rol bem mais caracterizado e não generalizado como se observou na constituição anterior, senão vejamos na transcrição abaixo, *in verbis*:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. § 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei. § 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora. § 23 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*. §24 - Para proteger direito líquido e

certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória. § 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção. § 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior. § 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, 1946).

Pode-se concluir que, nos dispositivos acima mencionados, presentes estava a prisão em flagrante como exceção e quando efetuada fazia-se necessária a comunicação ao judiciário; quando cabível, a fiança teria que ser arbitrada; o instituto do *habeas corpus* ficou assegurado; os princípios da ampla defesa, do contraditório e do juiz natural estava implicitamente contemplados como consequência do devido processo; além de outras garantias tais como a soberania do júri, assistência judiciária e o direito de petição.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 (Constituição de 17 de outubro de 1969) repete quase que as mesmas garantias constitucionais do devido processo legal, muito embora tenha sido um período de regime ditatorial.

Por fim, em sede da Constituição de 1988, atual Carta da República Federativa do Brasil, Eduardo Kochenborger Scarparo tece algumas considerações em sua tese mestrado, no que diz respeito à positivação do princípio do devido processo legal no texto do artigo 5º e vários incisos, *ipsis verbis*:

Segundo Scaparo (2005, p. 15):

Decorrência disso é a inserção expressa do “*devido processo legal*” na Constituição de 1988 e de garantias processuais a si relacionadas em inúmeros incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988 49 - 50, bem como em lugares esparsos de seu texto. (...) Nota-se pela leitura do histórico processo-constitucional que mesmo compreendendo-se o processo como **instrumento garantidor de direitos e concretizador de democracias**, tem-se a acolhida pela lei de práticas desrespeitadoras desses valores ele viabilidade da integração do instrumento para a concretização do direito material só se opera tendo como supedâneo os direitos fundamentais, constituídos e compreendidos pelos aspectos momentâneos sociais, valorativos, culturais, históricos, políticos, éticos, econômicos, morais e ideológicos. (grifo nosso).

É interessante registra-se a citação do autor acima, quando relata que o devido processo legal é um instrumento de garantias de direitos e realizador de democracia, haja vista o desrespeito, principalmente pelo Estado, dos direitos essenciais e fundamentais do cidadão no que se refere ao processo.

Em consequência, apresenta-se, abaixo transcrito, *in verbis*, o Capítulo I, denominado: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, contido no Título II intitulado: Direitos e Garantias Fundamentais. Contudo, dar-se-á maior atenção aos incisos do artigo 5º que trata do devido processo legal, objeto da presente pesquisa:

Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, 1988). (grifo nosso).

Fazendo um comentário acerca dos dispositivos acima, verifica-se que pela primeira vez nas constituições pátrias o termo “devido processo legal” foi positivado e consagrado com princípio-garantia, conforme corroborados nas lições de Eduardo Kochenborger Scarparo, retro mencionada, e de Osmar Fernando de Medeiros que assevera: “...pela primeira vez na nossa história constitucional, traz, com todas as letras, sacramentado o princípio-garantia do devido processo legal”. (MEDEIROS 2007, p. 93).

Ainda comentando sobre o texto em citação, destaca-se a presença de princípios corolários do devido processo, tais como juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade e da celeridade.

Além do artigo 5º, o texto da Constituição de 1988 traz no artigo 93, inciso IX traz importantíssima exigência no sentido que no devido processo a decisões judiciais obrigatoriamente tem que ser motivadas sob pena de contaminar o instrumento processual, senão vejamos, *in verbis*:

(...) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se

o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, à próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, 1988).

Para concluir a historicidade e evolução do Devido Processo Legal, traz-se a baila um trecho do artigo “breve análise de seu conteúdo e alcance” de Fabiana Duarte Raslan, publicado eletronicamente em sítio da rede mundial de computadores, *Ipsis verbis*.

Segundo Raslan (2006, p. 2):

Vê-se que o devido processo legal revela-se cada vez mais amplo, para alcançar em qualquer contexto, o seu verdadeiro escopo: coibir a arbitrariedade do Estado. Trata-se de razão, limite e finalidade do atuar do governante. O princípio inspirou o próprio Estado de Direito, quando serviu de fundamento para a revolução pela independência das treze colônias inglesas. Acabou ganhando um contorno material, tendência que se revela no constitucionalismo contemporâneo. Pode-se afirmar sem exagero, que o devido processo legal é a mais ampla garantia constitucional da observância por parte do poder público dos direitos fundamentais, sendo um pilar do próprio Estado de Direito. Sua flexibilidade não lhe retira a densidade normativa de que goza. O postulado atravessa os tempos como uma conquista do constitucionalismo. Por sua natureza instrumental, tende a fortalecer seu sentido, inspirando os tratadistas e operadores do Direito a realizarem a sua maior finalidade: promover a justiça.

Donde se conclui que o Devido Processo Legal – analisado neste capítulo ao longo de um período histórico que teve início com a Magna Carta, também visto sob a ótica do direito comparado e, sobretudo, investigado nos textos das constituições brasileiras – visa assegurar que os direitos e garantias fundamentais do cidadão, no que diz respeito ao sistema processual, sejam respeitados pelo o Estado e a sociedade, obrigando-os a agir dentro dos limites constitucionais. Ademais, ressalta-se que num estado democrático de direito tal garantia é necessária para promover a justiça, com fundamento na Dignidade da Pessoa Humana.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar ao que trata o presente capítulo, mister se faz tecer um comentário acerca de que seja um princípio, tendo em vista que um sistema constitucional é conhecido pelos princípios que o mesmo acolhe legalmente.

Assim sendo, o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello nos ensina a beber da fonte do princípio, asseverando o que seja esse mandamento.

Segundo Bandeira de Mello (1980, p. 230):

[...] 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 dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Nesse sentido concebe-se que a ordem constitucional brasileira é dotada de um sistema jurídico principiológico que adotou o princípio do devido processo legal como um princípio mãe e que tem como consequência lógica outros princípios garantidores que harmonicamente o complementam. Entretanto, estes princípios serão objetos de discussão no capítulo três desta pesquisa monográfica.

Como referido no capítulo anterior, a expressão devido processo legal foi positivado no direito pátrio a partir da Constituição de 1988, quando no inciso LIV do seu artigo 5º previu – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Embora sem expressa disposição legal, o *due process of law* sempre foi observado nas constituições brasileiras anteriores. Verifica-se, portanto, que a partir da previsão expressa na Lei Maior inaugura-se, efetivamente, na ordem jurídica constitucional brasileira certas limitações para a garantia do direito coletivo, e em consequência, também, limita a liberdade social, tendo em vista que nada pode suplantear a ordem pública, indo, todavia, de encontro aos direitos e garantias alheios.

Fernando da Costa Tourinho Filho citando Redenti, acerca do princípio do devido processo legal, sintetiza que “o princípio se resume em se assegurar à pessoa a defesa em juízo, ou ‘em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei’”. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 58).

Numa outra concepção, Fernando Capez classifica o devido processo legal como um dos princípios informadores do processo penal, e conceitua-o como garantidor da não privação da liberdade e de bens do acusado sem um processo desenvolvido sob a égide da lei, conforme transcrição.

Segundo Capez (2009, pp. 37 e 38):

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 (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV). 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 juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado (...).

Observa-se, na lição acima citada, que o princípio do devido processo legal é servido por outros princípios que lhe dão suporte e o complementam, formando, portanto, todo um arcabouço jurídico-constitucional em torno dos direitos e garantias processuais do acusado, assegurando-lhe, assim, um procedimento instrumentalizado aonde é observado características inerentes ao juízo natural, a transparência dos atos bem como suas motivações, a segurança jurídica, além de se o jurisdicionado não concordar com a decisão *a quo*⁹ poder acionar o juízo *ad quem*¹⁰.

3.2 DICÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal é a instituição de cúpula do Poder Judiciário e, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal, a ele compete, essencialmente, a guarda da Constituição.

⁹ Juiz ou Tribunal de instância inferior de onde provém o processo; dia ou termo inicial de um prazo.

¹⁰ Juiz ou Tribunal de instância superior para onde se encaminha o processo.

No que se refere às suas atribuições, está, principalmente, a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Contudo, guardar a Constituição é mais do que escolher os casos concretos que merecem dicção do Supremo Tribunal Federal. Assim são listados a seguir alguns julgados daquela Corte, inseridos na obra “A Constituição e o Supremo”, em anotações a dispositivos constitucionais.

No inciso III (**a dignidade da pessoa humana**) do artigo 1º destaca-se uma anotação sobre a afronta ao devido processo legal, pela falta de observância de alguns fundamentos constitucionais e legais, senão vejamos:

Tráfico de entorpecentes. (...) Prisão em flagrante. Óbice ao apelo em liberdade. Inconstitucionalidade: necessidade de adequação do preceito veiculado pelo art. 44 da Lei 11.343/2006 e do art. 5º, XLII, aos arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da constituição do Brasil. (...) Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição do Brasil. **Afronta escancarada** aos princípios da presunção de inocência, **do devido processo legal** e da dignidade da pessoa humana. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no art. 5º, XLIII, da Constituição do Brasil. (...) (BRASIL, STF, HC 101.505, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-12-2009, Segunda Turma, *DJE* de 12-2-2010.) (grifo nosso).

Mais adiante, em comentário ao mesmo dispositivo, o STF entende que a não observância na individualização da conduta do acusado é capaz de ferir alguns princípios fundamentais. Portanto, haverá a necessidade de individualização de condutas do acusado, sob pena de afrontar o devido processo legal, como a seguir transcrito:

Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492, de 1986). Crime societário. Alegada inépcia da denúncia, por **ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados**. 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. (...) **Necessidade de individualização** das respectivas condutas dos indiciados. **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**). (BRASIL, STF, HC 86.879, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21-2-2006, 2ª Turma, DJ de 16-6-2006.) (grifo nosso).

Já no inciso II (**prevalência dos direitos humanos**) do artigo 4º é constatado que no processo de Extradicação é dever do Supremo em manter e observar os parâmetros do devido processo legal, como a seguir:

Extradicação e **necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal**, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. Constituição do Brasil, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) **Obrigaçao do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal**, do estado de direito e dos direitos humanos. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele país. Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º). (...) Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia, e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do estado democrático de direito naquele país. (BRASIL, STF, Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007.) (grifo nosso).

Já no artigo 5º, *caput*, incisos LIII (**ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente**) e, principalmente, no inciso LIV (**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**) verifica-se algumas anotações acerca do devido processo legal, *ipsis verbis*: (grifo nosso)

O **súdito estrangeiro**, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, **tem direito a todas as prerrogativas básicas** que lhe assegurem a preservação do *status libertatis* e a **observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do due process**. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do *habeas corpus*, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de perseguição penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do

postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. (BRASIL, STF, HC 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.) (grifo nosso).

É de observar no julgado acima que o *due process* é uma cláusula constitucional que deve ser observada pelo Poder Público até mesmo em função do alienígena sem residência no Brasil.

No que diz respeito ao Princípio do Juiz Natural, esculpido explicitamente no inciso LIII do artigo 5º, o STF entende que a alegação de incompetência absoluta do juízo arguida pelo Ministério Público, através de *Habeas Corpus*, fere o devido processo legal em sede de pretensão que favoreça a acusação, conforme reprodução abaixo:

Alegada **incompetência absoluta do juízo**. Inocorrência. Competência conferida por resolução do tribunal de justiça local. Lei de organização e divisões judiciária. Ilegitimidade do Ministério Público para impetração. Ofensa ao devido processo legal e ao direito à ampla defesa. *Habeas corpus* não conhecido. O Ministério Público possui legitimidade processual para defender em juízo violação à liberdade de ir e vir por meio de *habeas corpus*. É, no entanto, vedado ao *Parquet* utilizar-se do remédio constitucional para veicular pretensão que favoreça a acusação. O reconhecimento da incompetência do juízo ou a declaração de inconstitucionalidade de resolução há de ser provocada na via processual apropriada. **Atuação ministerial que fere o devido processo legal e o direito à ampla defesa.** (BRASIL, STF, HC 91.510, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-11-2008, Primeira Turma, DJE de 19-12-2008.) (grifo nosso).

Quanto ao inciso LIV, do artigo 5º é anotado, em tal dispositivo, vários precedentes com base no devido processo legal, senão vejamos:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter **acesso amplo aos elementos de prova** que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, **digam respeito ao exercício do direito de defesa**. (Súmula Vinculante 14.) **Não viola as garantias** do juiz natural, da ampla defesa e **do devido processo legal** a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. (Súmula 704.) **O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar**, e sua aplicação **depende de prévia instauração de procedimento** administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado. (BRASIL, STF, HC 96.328 Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-3-2010, Segunda Turma, DJE de 9-4-2010.) (grifo nosso).

O julgado acima versa sobre entendimentos sumulados acerca da garantia do devido processo legal em sede de processo de diversos ramos, ratificando, assim, a amplitude jurídica que esse postulado tem no escopo de bem efetivar o processo e a dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência abaixo transcrita registra que nos procedimentos de interceptações telefônicas há de ser verificada, previamente, a legitimidade de tais ações em cumprimento ao que o devido processo legal norteia:

Ante o devido processo legal, cumpre acolher diligência visando a esclarecer a legitimidade de interceptações telefônicas. (BRASIL, STF, HC 99.646, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-2-2010, Primeira Turma, DJE de 26-3-2010.)

Inegavelmente, o devido processo é uma garantia de todos na ordem constitucional pátria. É garantido, em sede de *Habeas Corpus*, à autoridade coatora que, também, examine a ilegalidade a qual está sendo a ela imputada, sob pena de ferir frontalmente o princípio em epígrafe, como mostra a decisão abaixo:

O paciente postulou a assistência judiciária da Defensoria Pública da União, ao impetrar *habeas corpus* perante o STJ, de próprio punho. **Pedido que não foi examinado pela autoridade apontada como coatora.** O que **viola as garantias constitucionais do devido processo legal** e da ‘assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ (...). (BRASIL, STF, HC 90.423, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-12-2009, Primeira Turma, DJE de 12-2-2010.) (grifo nosso)

No julgado a seguir citado, observa-se um clássico exemplo de cláusula constitucional do devido processo legal, ou seja, o direito do acusado de permanecer em silêncio caso assim o deseje, sendo que tal comportamento não será interpretado em seu desfavor:

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado tem, entre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o **direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal.** E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. (BRASIL, STF, HC 68.929, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-10-1991, Primeira Turma, DJ de 28-8-1992.) (grifo nosso).

Ao final desse tópico, é de se verificar, portanto, quão é importante a dicção do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicabilidade do devido processo legal, entendimentos esses que decorrem da reta razão de julgar. Tal prudência é extraída da ciência e consciência dos seus membros em obediência à ordem jurídica constitucional que não podem, sobretudo, macular por ação ou omissão os destinos, em última ou única instância, daqueles que anseiam por justiça num Estado Democrático de Direito.

Adiante veremos quais são as implicações constitucionais na violação do devido processo legal.

3.3 VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Para se compreender de que trata a violação ao princípio do devido processo legal é necessário que tal postulado, à luz do que dispõe o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, citado no início deste capítulo, seja interpretado sob o ângulo de dois aspectos: o primeiro o sentido formal, ou adjetivo, ou processual; e o segundo o sentido material, ou substantivo.

Segundo Netto citado por Ferreira et al. (2003, p.4):

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos).

Ainda sobre tais aspectos, Osmar Fernandes de Medeiros assevera que “[...] não só na atuação jurisdicional mas também na criação legislativa ganha o devido processo importância fundamental na história dos direitos fundamentais através dos seus sentidos processual e material, este, de influência americana...”. (MEDEIROS, 2007, p. 122).

No aspecto processual, assegura André Ramos Tavares que “significa a garantia à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos

existentes". (TAVARES 2002, p. 483), obedecidos, entre outros, os princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

No que concerne ao aspecto material, no pensamento de André L. Borges Netto, o devido processo legal tem aplicabilidade em todas as áreas do Direito e tem amparo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como forma de limitar a conduta do legislador nos atos normativos que versam sobre as liberdades individuais.

Suplantada a questão das vertentes processuais, adentra-se, agora, em alguns dos motivos que, observando pela jurisprudência da Corte Suprema, levam à violação do devido processo legal, os quais podem ensejar a nulidade de um ato ou até fulminar todo o processo. Antes, porém, por cautela, vejamos a lição de Bedaque, citado por Freire Júnior e Miranda em sua tese de cátedra na USP, acerca da teoria do processo.

Segundo Bedaque citado por Freire Júnior; Miranda et al. (2009, p. 358):

Nessa medida, **não se deve decretar a nulidade de um ato se da atipicidade não resultar prejuízo** para os objetivos maiores do processo e **não implicar violação de princípios inerentes ao devido processo legal**. Pela mesma razão, a adoção de vias processuais imprópria, a pedido de tutelas adequadas – a não-observância da técnica, em suma -, só devem ser considerados relevantes se o equívoco implicar consequências não desejadas pelo sistema. Se preservados o escopo do processo e a igualdade das partes, não há por que ser rigoroso com as exigências relativas à técnica.). (grifo nosso).

Conforme se infere da lição acima, não é qualquer violação seja de cunho formal ou procedimental que necessariamente acarreta a violação do devido processo legal.

Entretanto, alguns julgados, a seguir transcritos, proporcionam exemplos de como a jurisprudência do STF trata a questão da violação do devido processo legal e as consequências procedimentais que tais vícios podem acarretar ao processo, seja caracterizada pela nulidade absoluta ou nulidade relativa, seja sob o aspecto formal ou material, senão vejamos:

Processo. Defesa. Alegações finais. **Não apresentação pelo patrono constituído**. Intimação prévia regular. Nomeação de defensor dativo ou público para suprir a falta. Medida não providenciada pelo juízo. Julgamento subsequente da causa. Condenação do réu. Inadmissibilidade. **Cerceamento de defesa caracterizado. Violação do devido processo legal. Nulidade processual absoluta**. Pronúncia. (...) Padece de nulidade

absoluta o processo penal em que, devidamente intimado, o advogado constituído do réu deixa de apresentar alegações finais, sem que o juízo, antes de proferir sentença condenatória, lhe haja designado defensor dativo ou público para suprir a falta. (BRASIL, STF, HC 92.680 Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 11-3-2008, Primeira Turma, *DJE* de 25-4-2008.)

No julgado acima é patente a violação do devido processo legal por via reflexa à Constituição, mormente por se tratar de processo penal, no qual a defesa sempre terá que ser ampla e, em alguns casos plena. No caso concreto tal vício gerou a nulidade absoluta do processo.

Não só os atos processuais podem padecer de nulidades, mas também dispositivos infraconstitucionais podem ser interpretados com violadores do devido processo legal, com alegado no julgamento abaixo, no qual o entendimento foi de que o art. 595 do Código de Processo Penal fere o devido processo legal por ser um “pressuposto recursal draconiano”¹¹, *Ipsis litteris*:

Art. 595 do CPP. Apelação julgada deserta em razão do não recolhimento do réu à prisão. Violação aos direitos e garantias individuais e aos princípios do Direito. (...) **O não recolhimento do réu à prisão não pode ser motivo para a deserção do recurso de apelação por ele imposto. O art. 595 do CPP instituiu pressuposto recursal draconiano, que viola o devido processo legal**, a ampla defesa, a proporcionalidade e a igualdade de tratamento entre as partes no processo. O fato de os efeitos do julgamento da relação dos corréus terem sido estendidos ao paciente não supre a ausência de análise das razões por ele mesmo alegadas em seu recurso. O posterior provimento pelo STJ do recurso especial da acusação não alcança a esfera jurídica do paciente cuja apelação não havia sido julgada. Possíveis razões de ordem pessoal que poderiam alterar a qualidade da sua participação dos fatos objeto de julgamento. Adoção da teoria monista moderada para o concurso de pessoas, que leva em consideração o dolo do agente (art. 29, § 2º, CP) (...). (BRASIL, STF, HC 84.469, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 15-4-2008, Segunda Turma, *DJE* de 9-5-2008.) (grifo nosso).

Logo a seguir é suscitada a nulidade, com base da não observância do devido processo legal e contraditório, em virtude da falta de oportunidade de manifestação da defesa, tendo sido demonstrado o prejuízo real para a parte, conforme o julgado abaixo:

Defesa: **devido processo legal** e contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV): **manifesta nulidade decorrente da abertura de prazo para alegações finais antes de encerrada a instrução**, tendo sido, após a apresentação delas, inquiridas outras testemunhas, sobre as quais, por isso **não foi dada oportunidade à defesa para manifestar-se**: demonstração de prejuízo

¹¹ Significa castigo rigoroso.

concreto: prova impossível. Consequente anulação do processo a partir da audiência em que inquirida a última das testemunhas, abrindo-se novo prazo para requerimento de diligências e alegações finais (Lei 8.038/1990, art. 10 e seguintes). (BRASIL, STF, RE 467.658, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-5-2006, Primeira Turma, *DJ* de 25-8-2006.) (grifo nosso).

Na sequência, por falta de obediência a regras legais do processo penal, alguns corolários do devido processo legal (contraditório e ampla defesa) são violados dando, assim, ensejo ao reconhecimento da nulidade do julgamento, como abaixo observado:

Ação penal. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. **Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público.** Provimento ao recurso. Condenação do réu. **Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Nulidade reconhecida.** *Habeas corpus* concedido. Precedente. (...) No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento. (BRASIL, STF, HC 87.926, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 20-2-2008, Plenário, *DJE* 25-4-2008.).

No julgado, abaixo transladado, verifica tratar-se de nulidade relativa com a demonstração de sérios prejuízos causados a parte. Como consequência, foram anulados todos os atos processuais a partir daquele viciado, estando, desse modo, caracterizado o afronto ao devido processo legal:

Por considerar violada a cláusula do devido processo legal, a Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática dos crimes de formação de quadrilha, sequestro e roubo qualificado cujas alegações finais foram apresentadas por advogada comprovadamente suspensa por ato disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Enfatizando que o **ato fora subscrito por quem não estava legalmente habilitado** a tanto, entendeu-se, na espécie, que a peça oferecida, quanto ao seu conteúdo material, seria superficial, genérica e inconsistente, o que **violaria o direito à defesa plena**, efetiva e real que assiste a qualquer réu. (...) ***Habeas corpus* deferido para invalidar a condenação penal decretada contra o paciente**, declarando a nulidade dos atos processuais, a partir das alegações finais, inclusive, e determinar, desde que ainda não consumada a prescrição penal, a renovação dos atos e termos processuais. (BRASIL, STF, HC 85.717, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9-10-2007, Primeira Turma, *Informativo* 483.) (grifo nosso).

Ao fim desse capítulo chega-se a compreensão que o devido processo legal – na ordem jurídica constitucional – tem grande importância na aplicabilidade processual, uma vez que tutela direitos e garantias individuais esculpidos no texto da

Constituição Federal de 1988. Ademais, violadas tais seguranças tem o judiciário – na dicção do Supremo Tribunal Federal – a obrigação constitucional de fazer cessar, em benefício dos jurisdicionados, sejam eles o acusado ou o ofendido, os vícios e abusos cometidos pelo Estado.

O capítulo seguinte é destinado, especificamente, ao devido processo penal e os seus corolários, os quais estão, àquele, intimamente ligados.

4 DEVIDO PROCESSO PENAL E SEUS COLORÁRIOS

4.1 DEVIDO PROCESSO PENAL

No decorrer deste trabalho, até o presente momento, expôs-se tópicos acerca do devido processo legal, apresentado mais no sentido amplo, uma vez que tal garantia está presente em todos os ramos do direito. O tópico em epígrafe é destinado a matérias exclusivamente processuais penais, justificando-se, assim, o título - Devido Processo Penal.

O termo acima referido – “Devido Processo Penal” – é usado na obra de Osmar Fernando de Medeiros (Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal) para justificar a importância do devido processo legal no processo penal. O autor referido, justifica tal nomenclatura em razão do devido processo legal ser “...um princípio norteador do processo no sentido amplo...”. (MEDEIROS, 2007, p.133). E, mais adiante complementa que “... o termo ‘devido processo penal’, quando se tratar especificamente da matéria processual penal, uma vez que, apesar da abrangência do princípio geral, quando de sua aplicação nesta área do processo, o mesmo deixa patentes suas peculiaridades.” (MEDEIROS, 2007, p.134).

Tendo em vista que o processo penal tem características particulares no devido processo legal, conforme se infere do parágrafo anterior, traz-se mais uma vez à baila o instituto do *procedural due process*¹², quando é assegurado ao cidadão um processo justo com a consequente limitação ao Estado, quando este atua no sentido de restringir bens jurídicos valiosos, tais como a vida, a liberdade e o patrimônio.

Na esteira desse pensamento, verifica-se quão importante é a aplicabilidade do Devido Processo Penal nas vidas dos jurisdicionados em detrimento do império do Estado. Corroborando com tal experiência socorre-se, mais uma vez, da lição de Osmar Fernando de Medeiros, *ipsis verbis*.

Segundo Medeiros (2007, pp. 134 e 135):

Destarte, o sentido processual da garantia aqui estudada consiste justamente num benefício ao cidadão/acusado de forma a garantir-lhe, primeiro, o acesso à Justiça com paridade de armas contra o acusador, de se lembrar o termo inglês *his dau in court* (seu dia no tribunal), portanto,

¹² Sentido processual do devido processo

permitindo-lhe o contraditório e a ampla defesa. Acesso à justiça com devido processo, também implica: a) possibilidade de toda e qualquer pessoa ingressar em Juízo, no intuito de se defender amplamente, (...) b) implica, ainda, a garantia de ser julgado por juiz natural (...) c) implica a garantia de refutar e pugnar contra medidas ilegais (...) d) Assistência judiciária, gratuita, se necessário; c) Privilégio contra a auto-incriminação. **Somente um processo penal dotado de tais elementos pode ser minimamente chamado de devido processo penal, no sentido de *procedural due process*.** (grifo nosso).

O mesmo entendimento é abordado no julgado por Celso de Mello, então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, acerca do sentido processual do devido processo legal e as garantias constitucionais que devem ser asseguradas ao réu, *in verbis*:

O exame da garantia constitucional do ***due process of law*** permite nela identificar alguns **elementos essenciais** à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença a de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. (BRASIL, STF, HC100204, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07.04.2008). (grifo nosso).

É nesse sentido que será abordado a seguir, de forma individualizada, alguns dos corolários do devido processo penal os quais estão mais intimamente ligados a esse princípio mãe, de acordo com que propõe Barbosa Moreira.

Segundo Moreira citado por Carvalho et al. (2009, p.139):

No entanto, o princípio ora analisado, por sua largueza de significados, pode-se dizer, engloba vários outros princípios processuais, e funcionar, segundo Barbosa Moreira, como *norma de encerramento*, se porventura os demais princípios não forem suficientes para resguardar determinada garantia processual não prevista de modo expresse na lei. Assim, segundo o mesmo autor, **os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação, do juiz natural constituem aspectos complementares do devido processo legal.** (grifo nosso).

Adiante, segue o estudo acerca dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação e do juiz natural que servem de complemento ao princípio do devido processo penal.

4.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório não é uma inovação constitucional no Direito Pátrio, tendo em vista que as Constituições anteriores já previa tal garantia, mormente em sede de processo penal como já exposto, quando se tratou do tópico “1.3 Constituições Brasileiras”.

Convém registrar, de início, que o princípio em destaque encontra-se explicitamente previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos o conhecido Pacto de São José da Costa Rica, que vige desde 1969, tendo o Direito pátrio adotado tal convenção tornando-se signatário através do Decreto nº 678/92, o qual faz citação do Artigo 8º, inciso 2, letras a, b e c:

Segundo Moreira citado por Carvalho et al. (2009, p.145):

Artigo 8º - Garantias judiciais: 2.Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (...)

Observa-se, contudo, que o dispositivo acima teve influência na elaboração do artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988 – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes;” – que é o ponto de partida para a análise que se fará do princípio em estudo.

Num primeiro momento, deve-se colocar que o princípio do contraditório deve ser observado em relação a ambas as partes, ou seja, tanto para acusação como para a defesa. Assim, “alegar que a acusação não pode invocar referida garantia, ao argumento de que se situa entre as garantias individuais e as liberdades fundamentais, é absolutamente inconsistente...”. (FREIRE JÚNIOR; MIRANDA, 2009, p. 129). Haja vista o papel constitucional que desempenha o Ministério

Público em defesa da coletividade e o próprio querelante no direito de procurar a jurisdição quando se sentir ofendido criminalmente.

Muito embora o contraditório seja um direito de ambas as partes, há de verificar-se que, como requisito de validade do processo penal, a sua não observância poderá ensejar até em nulidade absoluta, quando verificado que houve prejuízo para o acusado. Ao passo que, “quando se tratar de violação do contraditório em relação à acusação será necessário a arguição expressa de irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta.” (OLIVEIRA 2009, p. 33).

O princípio em estudo é tratado na doutrina com princípio da bilateralidade da audiência, princípio *audiatur et altera pars*¹³ e princípio da bilateralidade da ação. Para Denilson Feitoza, tal princípio é revestido de outras garantias processuais, tais como isonomia, igualdade e liberdade.

Segundo Feitoza (2008, p. 135):

Como corolários, temos os princípios da *isonomia processual* (a parte contrária dever ser ouvida em igualdade de condições), da *igualdade processual* (igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada) e da *liberdade processual* (faculdade que tem o acusado de nomear advogado de sua preferência, de apresentar provas etc.).

Contudo, tem-se a exata noção de que as partes do processo (autor e réu) têm, nos atos e termos do processo, a possibilidade de intervenção, numa verdadeira contradita, seja apresentando provas, fazendo alegações, seja apelando das decisões. Enfim ambos atuam com paridade de armas, conforme assegurado constitucionalmente pela Carta de 1988.

A doutrina criminal considera que existem três elementos que integram o contraditório. Porém, a majoritária trata e aborda somente dois, o direito à informação, ou seja, a ter ciência de todos os atos processuais; e direito de participação – capacidade de contraditar.

Acerca do direito de informação, a mesma "...é inerente ao princípio do contraditório, pois sem conhecimento da existência da demanda, dos argumentos da parte, não há possibilidade de defesa de direitos, impossibilitando, inclusive, a intervenção da parte *ex adversa*,...". (FREIRE JÚNIOR; MIRANDA, 2009, p.133). Mais adiante os referidos autores arrematam tal entendimento, dizendo que “a

¹³ Significa “ouça-se também a outra parte”.

importância do direito de informação é tamanha no processo penal que (...) não é mais possível prosseguir com o processo quando o réu for citado por edital, não comparecer ao interrogatório e não constituir advogado para sua defesa”. (FREIRE JÚNIOR; MIRANDA, 2009, p.133).

No que se refere ao direito à participação, entende-se ser a manifestação da parte sobre o que lhe foi informado por meio das comunicações dos atos processuais, os quais devem ser dotados de credibilidade jurídica para que se instaure a dialética em busca do convencimento do julgador sob o manto da verdade real.

Vencida a questão acerca dos elementos do contraditório, necessário faz-se lembrar que o ofendido e seus parentes carecem de tutela do Estado, haja vista que são titulares, também, de direitos e garantias fundamentais. E sobre este argumento, com propriedade assevera Freire Júnior e Miranda que “a vítima também é merecedora de um processo justo e eficaz, razão pela qual limitar o princípio do contraditório à defesa configura uma patente desconsideração da vítima no processo penal [...]”. (FREIRE JÚNIOR; MIRANDA, 2009, p. 130-131).

Outro ponto a levantar, é que não é assunto pacífico na doutrina a possibilidade da garantia do contraditório em sede de inquérito policial e nas investigações extrapoliciais, tendo em vista a característica inquisitória dos procedimentos pré-processuais. Por oportuno, elenca-se a seguir a posição de alguns doutrinadores acerca do assunto.

Para Eugênio Pacceli “não se aplica ao inquérito policial, pois não é processo, mas mero procedimento administrativo, onde ocorre colheita de elementos que podem servir para formar a *opinio delicti*¹⁴ do acusador, bem como porque a lei o previu”. (OLIVEIRA, 2009, p. 134).

Tourinho Filho traz ao público jurídico criminal o seu entendimento sobre a questão em epígrafe.

Segundo Tourinho Filho (2009, p. 50).

Já em se tratando de inquérito policial, não nos parece que a Constituição se tenha referido a ele, mesmo porque, de acordo como o nosso ordenamento, nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado. Ademais o texto da Lei Maior fala em ‘litigantes’, e na fase da investigação preparatória não há litigante...

¹⁴ 1) Opinião a respeito de delito. 2) Teoria segundo a qual o Ministério Público, para oferecer uma denúncia, deve ter ao menos suspeita da existência do crime e de sua autoria.

A mesma compreensão doutrinária compartilham Freire Júnior e Miranda, com a seguir transcrito.

Segundo Freire Júnior; Miranda (2009, p. 172):

Também não compartilhamos do entendimento que advoga o cabimento do contraditório – considerando todos seus elementos – nas investigações pré-processuais, sendo uma ilusão imaginar que o investigado, com tal possibilidade, poderá colaborar com as investigações, pois essa não é a regra que se nota no cotidiano criminal.

Na contramão da doutrina majoritária, a qual assevera que não há possibilidade do contraditório nas investigações pré-processuais, insurge aqueles que defendem a tese de que é cabível sim o contraditório na investigação criminal, em sede de Inquérito Policial e as outras investigações anteriores à fase processual, com base na interpretação do inciso LIV do artigo 5º da Constituição combinado com o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), lição essa extraída com fundamento em comentários tecidos por Freire Júnior e Miranda (2009), acerca do assunto.

Do que se apresentou no presente tópico, aduz-se, portanto, que o princípio garantidor do contraditório é presença importante na aplicabilidade do Princípio do Devido Processo Penal como seu aliado inseparável na defesa dos direitos e garantias individuais e coletivas.

Passa-se, então, a outro corolário do devido processo penal – princípio da ampla defesa.

4.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O legislador constituinte optou em consagrar no artigo 5º, inciso LV da CF o princípio da ampla defesa juntamente com o do contraditório, logicamente por ser este a manifestação daquele.

Com efeito, a observação acima é corroborada pelos autores Freire Júnior e Miranda quando afirmam que “[...] o contraditório é a exteriorização da defesa, sendo esta a fundamentação lógica daquela, tratando-se de figuras distintas, ainda que conexas”. (FREIRE JÚNIOR; MIRANDA, 2009, p. 179).

Entretanto, por se está tratando do princípio em tela aplicado ao devido processo penal instrumento esse que, combinado com o Direito material penal considerado a *ultima ratio*¹⁵, tutela bens jurídicos como a vida e a liberdade, preferiu-se estudá-los em tópicos separados, não querendo, contudo, dissociá-los.

A defesa no processo penal, tendo em vista proteger direito indisponível, carece de ser ampla e nos casos de crimes dolosos contra a vida, de competência do tribunal do júri, deve ser dotada de plenitude, em razão do bem jurídico que está em jogo – a liberdade.

Nesse sentido, traz-se a colação alguns dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) e o entendimento sumulado do STF os quais estão em diapásão com o texto constitucional, com referência à ampla e plena defesa:

O Art. 261 do CPP, *in verbis*, diz que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Já o art. 497, inciso V do CPP, também *in verbis*, elenca:

São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (...) V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor. (BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, 1941).

Ao passo que a Súmula 523 do STF, assegura que “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo do réu”.

Como observado acima e com base nas fontes de direito destacadas, assenta Grandinetti de Carvalho que “[...] as cortes de todo o País têm anulado processos criminais em que a defesa não foi exercida de maneira substancial.”. (CARVALHO 2009, p. 157). Donde infere-se que a ampla defesa não pode ser meramente formal, tem que dar ao acusado todas as oportunidade do exercício efetivo de se defender.

Para reforçar o argumento retrocitado, o STF com base na Súmula 523 já citada anula um processo criminal, em sede de Recurso Extraordinário, por flagrante afronta ao princípio da ampla defesa, senão vejamos:

¹⁵ Direito penal, por ser o mais gravoso meio de controle social, deve ser usado sempre em último caso.

Processo Penal. Defesa deficiente. Defensor dativo que não velou pelos interesses do réu durante a instrução e no plenário do Júri, circunstância por ele mesmo confessada no recurso de apelação. Evidenciado o prejuízo do réu, configura-se a hipótese da segunda parte do Enunciado 523 da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, STF, RExt. Criminal, nº 116.458-PR, Min. Carlos Madeira).

Verifica-se, porém, que a defesa assegurada ao acusado foi meramente formal, ou seja, foi-lhe nomeado um defensor, todavia o mesmo não se empenhou no esmero daquele que tem o dever de pleitear a justiça em nome do seu constituído, seja advogado contratado, seja dativo.

Assim, o princípio da ampla defesa segundo a doutrina, está dividido em duas garantias para o acusado, a autodefesa e a defesa técnica.

Quando à primeira pode-se dizer que é a faculdade do acusado fazer a sua defesa pessoal, participando das audiências, fazendo-se presente aos depoimentos e aí contribuindo para a tese defensiva ou no interrogatório aonde tem a oportunidade de influir diretamente no processo. Mais uma vez traz-se a colação lição de Freire Júnior e Miranda os quais são categóricos em afirmar que “[...] apesar do interrogatório ter sido elencado no Código de Processo Penal com um dos meios de prova, sua natureza é diversa, pois configura inequívoco meio de defesa”. (FREIRE JÚNIOR; MIRANDA 2009, p. 186).

Outro ponto a comentar é disposto no art. 5º inciso LXIII da CF – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” e o art. 186 do CPP, no mesmo diapasão, arremata: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.”

Pode-se, diante do exposto, conceber que aí está presente o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que garante o direito ao interrogado não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

No que se refere à segunda (defesa técnica), pode ser exercida basicamente por três tipos de defensores¹⁶, o constituído pelo próprio acusado; o dativo, aquele que é nomeado pelo juiz ao acusado, caso não tenha advogado constituído; e o *ad doc*, também nomeado pelo juiz, para realizar certos atos do processo, caso os

¹⁶ Advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

defensores constituído ou dativo, sem justificativa deixarem de comparecer ao ato ou deixar de patrociná-lo.

Nesse sentido, Denilson Feitoza, citando Grinover, traz à baila as seguintes considerações acerca da defesa técnica.

Segundo Feitoza citando Grinover et al. (2008, p. 136):

... quando à defesa técnica: a) o acusado tem direito de se ver defendido por advogado de sua escolha; b) a regra do art. 497, V, do CPP (declarar-se o réu indefeso, nomeando-se outro), aplica-se a todos os casos de réu indefeso, qualquer que seja o procedimento; c) são casos de presunção absoluta de existência do prejuízo, acarreado a anulação do ato processual viciado e da sentença: a inépcia da denúncia ou queixa, a falta de correlação entre a acusação e a sentença, a falta ou vício da citação inicial, a colidência da defesa, a falta ou inépcia de alegações finais; d) são casos de necessárias repetição do ato viciado, ou de realização do omitido, em contraditório, para a reforma ou confirmação da sentença, ou, em caso de comprovação do prejuízo, para anulação do ato viciado e da sentença: a falta ou inépcia das razões de recurso, falta de intimação para defesa prévia, etc.

Conforme se verifica o contido no art. 497, V, do CPP, já citado acima, e mencionado na transcrição retro, tem aplicabilidade em qualquer dos procedimentos do processo penal, tornando nulo ou anulável, conforme o caso, os atos instrumentais diretos ou indiretamente viciados.

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando é manifestado o cerceamento da autodefesa e da defesa técnica, afronta direito ao devido processo penal, mormente aos princípios a este inerente, inclusive ao da ampla defesa, conforme os julgados abaixo:

Com referência à autodefesa:

(...) Réu não encontrado por erro no mandado de citação editalícia. **Falta de intimação de defensor público** para sessão de julgamento. Nulidade. (...) **A nulidade que vicia a citação pessoal do acusado, impedindo-lhe o exercício da autodefesa** e de constituir defensor de sua livre escolha causa prejuízo evidente. Tal vício pode ser alegado a qualquer tempo, por tratar-se de nulidade absoluta. É imprescindível a intimação pessoal do defensor público para sessão de julgamento, por força do disposto em lei. Precedentes da Corte. (...) (BRASIL, STF, HC 92.569, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-3-2008, Primeira Turma, DJE de 25-4-2008.) (grifo nosso).

Verifica-se que o não chamamento do acusado ao processo, como citação válida, impede que o mesmo exerça autodefesa em momentos que já foram objetos

de discursão anteriormente, viciando, portanto, o processo com a consequente nulidade absoluta do ato.

No que se refere à Defesa Técnica:

A CB/88 determina que 'o advogado é indispensável à administração da justiça' (art. 133). É por intermédio dele que se exerce 'o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' (art. 5º, LV). O falecimento do patrono do réu cinco dias antes da publicação do acórdão, do STJ, que não admitiu o agravo de instrumento consubstancia situação relevante. Isso porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. Em consequência, **o paciente ficou sem defesa técnica**. Há, no caso, nítida **violação do contraditório e da ampla defesa**, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem assim a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto. (BRASIL, STF, HC 99.330, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-3-2010, Segunda Turma, *DJE* de 23-4-2010.). (grifo nosso).

Como se observa, acima, o réu ao qual não se dar a oportunidade de ser assistido por um advogado regularmente inscrito na OAB para patrocinar a sua causa, inegavelmente, tolhe-se a garantia da defesa técnica, causando violação da ampla defesa.

Por fim, reafirma-se o que foi discorrido no desenvolver do presente tópico – o devido processo penal sem a observância da garantia da ampla ou plena defesa é como um sino sem badalo.

Na sequência desse capítulo, passa-se ao estudo do princípio da publicidade, outra garantia indispensável à efetividade do devido processo penal.

4.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O sistema processual penal adotado pelo Brasil é o chamado acusatório. E para garantir a transparência dos atos processuais, o devido processo penal tem como aliado o princípio da publicidade, pelo qual a sociedade pode fiscalizar as ações do Poder Judiciário, atendendo aos ditames de um estado democrático de direito.

A Constituição Federal garantiu ao cidadão, como regra, a publicidade dos atos processuais quando previu no artigo 5º LX que – “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem”.

Mais adiante, no Art. 93, inciso IX, alteração feita pela Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, dispõe que, *in verbis*:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, 1988).

Tal dispositivo constitucional inovou os julgamentos do Poder Judiciário, reforçando a garantia do acesso público aos atos processuais, na medida em que necessário se faz total transparência às ações jurisdicionais. A referida proteção, porém, não é absoluta, apenas nos casos em que for verificada a prejudicialidade à intimidade do indivíduo e ao interesse público sofre uma mitigação.

No plano internacional a garantia fundamental da publicidade está esculpida no artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos Humanos e no artigo 14,1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 8, n. 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, como já mencionado anteriormente, o conhecido Pacto de San José da Costa Rica, conforme comentado na obra de Freire Júnior e Miranda.

Em sendo o princípio da publicidade uma importantíssima garantia popular, Tourinho Filho confirma que “[...] as audiências, as sessões e a realização de outros atos processuais são franqueados ao público em geral.” E em seguida arremata dizendo que “qualquer pessoa pode ir ao Fórum, sede do juízo, assistir à audição de testemunhas, ao interrogatório do réu, aos debates.” Mais adiante, com fundamento no Código de Processo Penal em seus artigos 485, §1º, e 487, o referido doutrinador conclui que “[...] em se tratando de processo da competência do Júri, são impostas algumas limitações. E a mais importante dessas restrições está no sigilo do voto.”. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 47).

Nesse sentido, a doutrina divide a publicidade dos atos processuais penais em duas categorias, publicidade ampla e publicidade restrita. A primeira, como se viu anteriormente, é a aquela pela qual os atos do Poder Judiciário transcorrem “a portas abertas”. Ao passo que a segunda trata da restrição em situações, de acordo com o caso concreto, que o interesse da justiça e a intimidade pessoal devem preponderar sobre o interesse público geral.

No que tange à publicidade restrita dos atos processuais, o STF tem entendido que o as peças do procedimento investigatório não devem ser limitado ao investigado e seu procurador, ambos deverão acessá-los desde que tenham sido autuados no competente procedimento, senão vejamos:

O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo o *Parquet* sonegar, selecionar ou deixar de juntar aos autos quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu advogado. O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (BRASIL, STF, HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009.)

Do mesmo modo a Súmula Vinculante 14, abaixo colacionada, da Corte Suprema garante ao investigado e seu defensor constituído o acesso às peças de procedimento instaurado pela polícia judiciária, ou seja, Polícia Civil e Polícia Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL, STF, DJe nº 59/2009 - Tribunal Pleno de 02/02/2009 - DJe nº 26/2009, p. 1, em 9/2/2009 - DO de 9/2/2009, p. 1)

Outro ponto relevante que se traz à discussão – é o respeito à lei que move o Poder Judiciário, enquanto legitimado da função jurisdicional. Por tal consideração, Castanho Carvalho afirma que “o Poder Judiciário, em regra, como o brasileiro, não se nutre da legitimidade advinda de eleições populares, como ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo.” E conclui com propriedade, “daí decorre serem a publicidade e a motivação das decisões os instrumentos de legitimação do Poder Judiciário”. (CARVALHO, 2009, p. 208).

Pelo apresentado, verifica-se a importância desse corolário do devido processo penal haja vista que o processo penal não pode ficar distante dos interesses da sociedade, a qual deve exercer a fiscalização dos atos processuais, como forma de controle interno e externo da jurisdição.

Contudo, Mirabeu, citado por Freire Júnior e Miranda, coloca: “Dêem-me o Juiz que vocês quiserem: parcial, corrupto, meu inimigo mesmo, se quiserem, pouco me importa, pois ele não poderá fazer nada além, diante da face do público”. (MIRABEU, 1993 apud FREIRE JÚNIOR; MIRANDA, 2009, p. 317).

Logo, assegura-se que diante dos olhos da população o Devido Processo Penal ganha mais efetividade e eficiência.

Na sequência passa-se a discursão sobre o princípio da motivação, também, correlacionado com o da publicidade.

4.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O Princípio da motivação das decisões judiciais está expressamente positivado no artigo 93, IX da CF tendo sido estabelecido que as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade. Na concepção de Fabiana Raslan, “tratar-se da manifestação expressa do estado de direito. O juiz profere a decisão de acordo com seu livre convencimento, desde que motive das razões.” E arremata, citando Nelson Nery Jr., que ‘o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão’. (NERY JUNIOR, 1990 apud RASLAN, 2008 p. 3).

Logo, o que se infere da lição acima é que a importância da motivação nas decisões judiciais, no devido processo penal, tem que basear-se no acatamento da lei e, sobretudo na garantia de outros princípios constitucionais, já anteriormente comentados, quais sejam o do contraditório da ampla defesa e da publicidade.

O princípio da motivação encontra-se, também, insculpido no texto constitucional, no artigo 5º, inciso LXI que diz “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” Verdadeira proteção ao cidadão de não ser encarcerado sem a autorização por escrito do juiz competente.

Para Castanho de Carvalho o princípio da motivação está ligado ao dever de informação (princípio da publicidade) à sociedade das decisões tomadas acerca dos atos processuais. Afirma o referido autor “que é o momento em que as razões da decisão se exteriorizam...” e conclui seu pensamento dizendo “exceto nos caso excepcionais, como no júri, em que a decisão dos jurados não é motivada e segue o

sistema de livre convencimento motivado para a avaliação da prova”. (CARVALHO, 2009, p. 211).

Nesse sentido Carnelutti, citado pelo mesmo autor, assevera que “é necessário, na sentença, comunicar a motivação, porque ‘esto lo obriga a razonar’, referindo-se ao juiz”. (CARNELUTTI, 1971 apud CARVALHO, 2009, p. 211).

Assim, se deduz que a ausência de motivação, em regra, pode levar a nulidade do ato processual ou fulminar, em alguns casos, todo o processo penal. Vê-se, abaixo, entre outros, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

Álibi do paciente que, não obstante sustentado por testemunha, não foi sopesado na motivação e na fundamentação da sentença, tendo sido tacitamente afastado. Não ocorrência de **violação ao art. 93, IX, da CF, já que a sentença estava fundamentada, deficientemente embora**. Inobservância, contudo, da regra do art. 381, III, do CPP que impõe a indicação, na sentença, dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. **Ordem concedida para anular o processo desde a sentença**, inclusive, para que outra seja proferida com observância do citado artigo. (BRAISL, STF, HC 68.418, Rel. Min. Célio Borja, julgamento em 5-3-1991, 2ª Turma, DJ de 10-5-1991.) (grifo nosso).

É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciários, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais. (BRASIL, STF, HC 68.202, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-11-1990, 1ª Turma, DJ de 15-3-1991.) (grifo nosso).

Aduz-se, porém, ao examinar a dicção daquele que é o Guardião da Constituição, a sua preocupação em fazer cumprir o que está esculpido no artigo 93, IX, como a última palavra em termos de legitimidade do Poder Judiciário, conforme foi colocado tópico anterior, exercendo, contudo, a função limitadora dos órgãos julgadores *a quo*.

Por fim, segundo ainda Fabiana Raslan com base na lição de Canotilho, a motivação das decisões judiciais se resume em três finalidades permitindo que “a) seja efetuado um controle da administração; b) seja exposta a racionalidade jurídica utilizada pelo magistrado evitando-se dessa forma a arbitrariedade e o subjetivismo; c) seja delimitado o objeto de eventual impugnação por uma das partes.”. (RASLAN, 2008 p. 3).

Aborda-se a seguir o princípio do Juiz Natural, outro corolário do devido processo penal.

4.6 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Inicia-se a discorrer sobre essa garantia constitucional sob a ótica de Celso de Mello que dá uma lição acerca da dupla face do Princípio do Juiz Natural, *ipsis verbis*.

Segundo Mello (2007 apud FREIRE JÚNIOR; MIRANDA, 2009, p. 221):

O postulado do Juiz Natural deriva de cláusula constitucional tipicamente bifronte, pois se dirigindo a dois destinatários distintos, ora representa um direito do réu (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição ao Estado (eficiência negativa dessa mesma prerrogativa constitucional).

O princípio em epígrafe é mais uma proteção constitucional que dá sustentabilidade ao devido processo legal, conforme previsto implicitamente no artigo 5º, inciso XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção,” bem como no inciso LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

Nota-se, entretanto, que mesmo não estando expressamente grafado no texto da Carta Maior o referido princípio é consagrado pela doutrina e jurisprudência com requisito fundamental para o processo legal, senão vejamos alguns comentários, além do pensamento brilhante do autor, acima referido, que corrobora com tal afirmação.

Segundo Carvalho (2009, p. 115):

O princípio do juiz natural, ou juiz legal, ou ainda do juiz competente, se extrai da necessária e prévia existência de juiz competente e da proibição de criação de tribunais de exceção. É consequência lógica de dois outros princípios constitucionais que se interligam: o da isonomia e o do devido processo legal.

O autor assevera que o cidadão deve ser julgado por juiz competente e não existem no ordenamento pátrio tribunais de exceção.

Ao passo que Eugênio Pacelli dá a sua interpretação:

Segundo Oliveira (2009, p.28):

O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais.

Concordando com os demais, o referido doutrinador afirma que a competência jurisdicional tem que ser previamente estabelecida, com base na Constituição.

Já Tourinho Filho vem consolidar esse entendimento.

Segundo Tourinho Filho (2009, p. 43):

Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça. Juiz natural, ou Juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. E, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna é investido do poder de julgar.

Essa afirmação acima traz um ensinamento de que o órgão investido no poder de julgar pode está presente no texto da Constituição escrito expressamente ou de forma implícita.

Na dicção do Supremo Tribunal Federal é anotado:

Processo. Distribuição. Direcionamento injustificado da causa a determinado juízo. Ato não aleatório. Ofensa aos princípios do juiz natural e da distribuição livre, que asseguram a imparcialidade do juiz e integram o justo processo da lei. Nulidade processual absoluta. Desnecessidade de indagação de prejuízo. (...) Aplicação do art. 5º, XXXVII e LIV, da CF. Distribuição injustificada de causa a determinado juízo ofende o justo processo da lei (*due process of law*) e, como tal, constitui nulidade processual absoluta. (BRASIL, STF, AI 548.203-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 12-2-2008, Segunda Turma, DJE de 7-3-2008.)

Assim, extrai-se de todas essas lições que o princípio do juiz natural, como corolário do devido processo penal, é essencial na condução do Estado Constitucional Democrático de Direito, pois assegura ao cidadão e a sociedade os direitos e garantias que é elencado na Constituição de 1988. Segurança essa respaldada em outros princípios, tais como igualdade, legalidade, anterioridade e, sobretudo dignidade da pessoal humana, o qual fundamenta a República Federativa do Brasil.

Do capítulo em discussão, conclui-se que os princípios apresentados têm aplicabilidade estreita com o devido processo penal e a este dão suporte na segurança de um processo profundamente garantista, dialético, transparente, fundamentado, imparcial e, sobretudo exercido com base na Dignidade da Pessoal Humana – base da República nacional.

5 DEVIDO PROCESSO PENAL NA EXECUÇÃO PENAL

5.1 NATUREZA JURÍDICA

No que diz respeito à natureza jurídica da Execução Penal – seguramente é de se afirmar que é jurisdicional.

Segundo Marcão (2023, p. 19):

Muito embora se desenvolva entrosadamente nos planos administrativo e jurisdicional, os verdadeiros rumos da execução são ditados pelo Poder Judiciário, e não é por razão diversa que na LEP há previsão a respeito do exercício da jurisdição no processo de execução (art. 2º); do juízo da execução (art. 65), com competências listadas, embora não taxativas (art. 66) e a indicação de que o procedimento a ser seguido é judicial (arts. 194 a 197). De sua inegável **natureza jurisdicional** decorre a necessidade de observância aos **princípios e garantias Constitucionais** incidentes, dentre os quais merecem destaque: legalidade; publicidade; oficialidade; imparcialidade do juiz; **devido processo legal**; ampla defesa; contraditório; e duplo grau de jurisdição. (grifos nossos).

Assim, se a Execução Penal tem por natureza o cunho jurisdicional vige os princípios constitucionais garantidores e norteadores, tais como: legalidade, publicidade, oficialidade, imparcialidade do juiz, ampla defesa, contraditório; duplo grau de jurisdição; e sobretudo o Princípio do Devido Processo Penal.

5.2 DEFESA TÉCNICA NA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE

No que diz respeito à apuração de falta grave de apenado, visando à homologação ou não, através de instrumento administrativo, tal procedimento tem que ser desenvolvido com a observância das garantias constitucionais do devido processo penal e seu corolário - contraditório e ampla defesa - mas especificamente a necessidade de defesa técnica para acompanhar o processo administrativo disciplinar.

Para dá validade ao acima argumentado, registra-se aqui um trecho do artigo “Execução penal. Falta grave. Sindicância. Necessidade de defesa técnica” do Jurista e Professor Luiz Flávio Gomes, publicado eletronicamente em sítio da rede mundial de computadores.

Segundo Gomes (2011, p. 2):

[...] Não está a se defender o excesso de rigor nos procedimentos, mas no caso em apreço, claro está o prejuízo suportado pelo condenado diante não observância de regra legal. E há regra legal específica, que é o artigo 59 da Lei de Execução Penal que, regulando o processo disciplinar, expressamente dispõe sobre a observância do direito de defesa que, para a Lei Maior (art. 5º, LV), consubstancia-se na dicotômica regra: defesa técnica / defesa pessoal. A violação da garantia de defesa técnica, no âmbito penal (ou da execução penal) invalida o procedimento. As garantias do devido processo legal não podem ser violadas.

Na mesma estreita desse raciocínio doutrinário a jurisprudência o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça vem confirmar tal entendimento através dos julgados abaixo, trazidos a colação:

STF:

EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Execução criminal. Progressão de regime. 3. **Processo administrativo disciplinar para apurar falta grave** e determinar a regressão do regime de cumprimento da pena. **Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.** 4. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, STF, RE 398269, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-07 PP-01527) (grifos nossos)

STJ:

PROCESSO PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. SINDICÂNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OITIVAS SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE. RECONHECIMENTO.

1. A **judicialização da execução penal** representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. **Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento da colheita da prova em sindicância para apuração de falta grave**, invocando-se a Súmula Vinculante n. 5, implica ilegalidade sob dois aspectos: a) os precedentes que a embasaram não se referem à execução penal; e, b) desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

Precedentes. 2. Ordem concedida para, cassando o acórdão atacado, anular a sindicância para apuração de falta grave, em tese, ocorrida em 20/05/2008, pelo Paciente.

(BRASIL, STJ, HC 193.321/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 15/06/2011) (grifos nossos)

Conclui-se, porém, que o devido processo penal em sede de Execução deve obedecer aos princípios e garantia constitucionais que dão segurança e proteção aos cidadãos que eventualmente perdem alguns direitos quando apenados por força de condenação transitada em julgado. Contudo, vale frisar que estes não perdem direitos fundamentais básicos do ser humano num país democrático de direito.

6 CONCLUSÃO

Ao final da presente pesquisa monográfica, cuja problemática se deu em torno da verificação da importância da aplicabilidade do princípio do devido processo legal no Processo Penal Brasileiro, chega-se a conclusão deste trabalho, majoritariamente bibliográfico, onde se foi buscar na origem histórica de tal garantia, a partir da Carta Magna até Constituição Federal da República do Brasil, que é extremamente necessária a aplicabilidade deste postulado no Processo Penal, mormente no que diz respeito aos anseios de justiça clamados pela sociedade, onde o fundamento maior é a dignidade da pessoa humana.

Quanto aos objetivos traçados para que o presente estudo se desenvolvesse e atingisse o seu propósito, assegura-se que, com base na investigação, foi extraída da melhor doutrina informações que serão de grande valia para aqueles que labutam com a vida e a liberdade do ser humano – os operadores do direito – público alvo desse trabalho.

Contudo, verifica-se que as conquistas alcançadas, como resultado deste trabalho, foram consideradas satisfatórias tendo em vista que ao problema apresentado buscou-se soluções concretas. Todavia, procurou-se – na história, no direito comparado, nas constituições pátrias, sob a égide da ciência jurídica, e, principalmente, na dicção do guardião da Constituição Federal – elementos que fundamentasse o presente estudo, o qual contribuirá para a pesquisa jurídico-processual.

Verificou-se, ainda, através da interação pesquisa e experiência acadêmica, que muito se tem a discutir, na instituição de ensino jurídico, evidentemente na cadeira de Direito Processual Penal, sobre um tema de suma importância e basilar para a segurança jurídica – o devido processo penal.

Dois comentários, por oportuno, se faz pelo que foi observado no desenrolar desta pesquisa.

A primeira é com relação à “relativização da aplicação do devido processo legal”. Não nos parece tornar o devido processo legal suavizado, tendo em vista que, examinada a sua historicidade e mercê de seus corolários, não há o que acrescentar ou retirar, apenas deve a autoridade (representante do Estado) em seus atos, respeitando os ditames legais em defesa da sociedade, agir com prudência.

A segunda diz respeito ao “combate à violação ao Princípio do Devido Processo Legal no Processo Penal”. Observado a dicção do Supremo Tribunal Federal, objeto do subtópico 3.2 da presente monografia, sugere-se que os operadores do direito, em toda sua escala, procurem observar o Devido Processo Penal em todas as fases do processo penal.

Muito embora a doutrina majoritária assevere que não há possibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa na chamada fase pré-processual, ou seja, nos inquéritos policiais, a nós nos parece que é possível sim. O Estado tem, por força da Constituição, o dever de assegurar ao investigado o direito à defesa técnica e o direito de informação.

No que se refere à execução penal, é sabido que os direitos assegurados ao recluso na LEP não são respeitados, tornando mais difícil, ainda, a reinserção do apenado ao convívio da sociedade. Atos praticados pela direção dos presídios, os quais, muito embora respaldados pela lei, não observam o Princípio do Devido Processo Legal, como por exemplo, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado por dez dias sem autorização judicial, ao nosso sentir - medida inconstitucional.

Ainda, com relação ao devido processo penal em sede de execução, onde a natureza jurídica é jurisdicional, deve ser assegurado, no caso de apuração por instrumento administrativo de falta grave praticada por apenado, o contraditório e ampla defesa, incluindo-se a defesa técnica.

Na sequência, sugere-se que a UNI-RN incentive aos seus agregados (direção acadêmica, coordenadores e alunos) a promoverem encontros científicos voltados para a discussão em epígrafe, gerando, assim, maior interatividade e, sobretudo, melhor aprendizado acerca de um tema de tão relevância e fundamental para garantia dos direitos humanos.

Espera-se que a semente que foi plantada através desse estudo alcance, através de divulgação, o seu objetivo maior – a vontade de praticar a Justiça – e que a ciência jurídica acolha em seus anais esse produto o qual ficará exposto na Biblioteca da Instituição.

Em decorrência dessa exposição que interessados, alunos e sociedade, possam conhecer e despertar o interesse pelo tema que, reafirmando-se, é de suma importância para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A propósito, sugere-se, também, que a instituição abra um espaço no seu território bibliotecário para que a sociedade local conheça os trabalhos monográficos apresentados, oportunizando, dessa maneira, a propagação de que aqui, efetivamente, se faz ciência.

Por fim, provoca-se a instituição para que invista mais no seu acervo bibliográfico visando dar suporte à pesquisa acadêmica, não somente para o desenvolvimento monográfico, mas principalmente como incentivo à pesquisa científica, objetivando, contudo, o sucesso de estudos futuros e o fortalecimento da Academia.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. pt. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 03 dez. 2012.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antonio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.

BRASIL, Lei 8.906, de 4 de julho de 1994.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federal**, 1988.

BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal**. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm>. Acesso em: 04 dez. 2012.

BUENO & COSTANZE. **Constituição da Nação Argentina**. Disponível em: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_remository&Itemid=69&func=st_artdown&id=793. Acesso em: 04 dez. 2012.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>. Acesso em: 06 dez. 2012.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e prática.** Niterói: Impetus, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1996.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio, **Execução penal. Falta grave. Sindicância. Necessidade de defesa técnica.** Instituto Avante Brasil. Disponível em: <http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/execucao-penal-falta-grave-sindicancia-necessidade-de-defesa-tecnica/>. Acesso em: 04 Jan. 2013.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. **O devido processo legal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4749>. Acesso em: 07 dez. 2012.

MARCÃO, Renato. **Execução Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS, Osmar Fernando de Medeiros. **Devido processo legal e indevido processo penal.** Curitiba: Juruá, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 09 dez. 2012.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22 dez. 2012.

_____. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 22 dez. 2012.

_____. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 22 dez. 2012.

_____. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 22 de. 2012.

RASLAN, Fabiana Duarte. **O devido processo legal:** breve análise de seu conteúdo e alcance. Jus Navigandi, Teresina, elaborado em nov. 2006. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/Doutrina/texto.asp?id=11309>. Acesso em: 27 dez. 2012.

REDE HEMISFÉRICA DE INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÃO PARA ASSISTÊNCIA MÚTUA EM MATÉRIA PENAL E EXTRADIÇÃO. **Constituição da República Uruguaia.** Disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html. Acesso em: 23 dez. 2012.

SCAPARO, Eduardo Kochenborger. **Considerações atuais sobre o devido processo legal.** Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31933/31182>. Acesso em: 27 set. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 20 nov. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Saraiva, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal I**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.