

## **RELAÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL COM O DIREITO CONSTITUCIONAL**

Marcus Vinicius Ribeiro\*

### **I) INTRODUÇÃO**

O Direito consiste em um conjunto de normas criado pelo homem para organizar e possibilitar o convívio pacífico entre os indivíduos na sociedade. Para facilitar seu estudo, a doutrina dividiu-o em Direito Privado (que regula as relações jurídicas entre particulares) e Direito Público (que regula relações jurídicas em que o Estado é parte). Além disso, dentro de tais ramos, existem várias subdivisões. Porém, o direito em si é um só; tais divisões ocorrem apenas para fins didáticos. Nesta divisão hipotética, o Direito Constitucional é essencial para todas as demais áreas da ciência jurídica, pois em decorrência da supremacia constitucional na hierarquia das leis, idealizada por Hans Kelsen<sup>1</sup>, as normas infraconstitucionais só serão válidas se estiverem de acordo com a Constituição, que é a lei maior. Enfatizamos que a consagração dessa supremacia constitucional deve-se ao chamado “movimento constitucionalista”, que implementou técnicas destinadas a limitar o poder para a proteção dos direitos fundamentais como atributos inalienáveis do homem.

Nesse passo, Constituição, para Gomes Canotilho<sup>2</sup>, “é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, (...) mediante a qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”. A Constituição de um Estado é, então, sua lei fundamental, sendo que as demais se submetem a ela: a norma constitucional está no ápice da pirâmide imaginária do ordenamento jurídico, e, ao mesmo tempo, é base de todo o restante da legislação. Ela é, destarte, um ato fundamental que determina a organização do Estado e regulamenta o exercício do Poder. Pode ser definida como “o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.<sup>3</sup> Ela é considerada a lei suprema, é a chave da estrutura da construção estatal, mas seu conteúdo, seus procedimentos de elaboração e sua autoridade variam dependendo do país e da época.<sup>4</sup>

Por seu turno, o Direito Penal procura proteger os bens jurídicos mais importantes consagrados pelo Direito. Assim, seleciona condutas e impõe penas para quem infringir o mandamento legal, visando ao controle social. Mas ele não é de coação direta e, para que o Estado exerça seu direito de punir, é mister a utilização

---

\* Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Penal do curso de Pós-graduação em Ciências Criminais do UniAnchieta. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal do UniAnchieta e da UMC.

<sup>1</sup> *Teoria Pura do Direito*, *passim*.

<sup>2</sup> *Direito Constitucional*, p. 12.

<sup>3</sup> José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 40.

<sup>4</sup> Cf. Benoit JEANNEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 60.

do processo penal. Por isso, o Direito Penal e o Direito Processual Penal estão intimamente ligados e um não pode existir sem o outro. Ressaltamos que ambos se submetem às previsões constitucionais, em especial no tocante aos direitos fundamentais, em virtude da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

Aliás, o ordenamento jurídico é um sistema de normas (princípios e regras) jurídicas metodologicamente organizado. Norberto Bobbio<sup>5</sup> afirma que, do ponto de vista formal, “uma norma é uma proposição”; um código e uma Constituição “são um conjunto de proposições”. Segundo o autor, por proposição é entendido “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”.

As normas jurídicas podem ser divididas em princípios e regras. Com efeito, o termo “princípio” tem várias acepções: pode ser o início de algo ou os valores em que alguma coisa se funda. No direito, os princípios tanto devem ser os valores superiores em que o ordenamento jurídico se baseia, quanto o seu ponto de partida, ou seja, as regras devem fundar-se nos princípios, que são extraídos da repetição das idéias contidas nas regras de todo o ordenamento, formando-se, assim, uma verdadeira microfísica.

José Afonso da Silva<sup>6</sup> argumenta que princípios “são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas”. Por isso, constituem critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do direito, além de serem úteis no processo de suprimimento das lacunas legais e obrigarem todo ordenamento positivo a segui-los. São normas jurídicas de um grau de generalidade relativamente alto, ao contrário das regras, que são mais específicas. Eles expressam ideais a serem buscados pelo direito e a origem na qual a lei inspirou-se. Robert Alexy<sup>7</sup> destaca que os princípios estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, pois são “mandados de otimização”. São sempre razões “*prima facie*” e não definitivas.

Os princípios formam-se quando a doutrina, ao estudar o sistema jurídico, identifica certos valores cuja proteção repete-se com certa freqüência. O legislador, ao elaborar novas leis, utiliza os conceitos e estudos da doutrina e assim os princípios retornam à legislação, às vezes de forma expressa e em outras de maneira implícita. A lei os incorpora à jurisprudência, utiliza-os como argumentos principais transformando-os, então, nos valores fundamentais do Direito, vez que são, ao mesmo tempo, a fonte e o ideal a ser atingido pelo sistema jurídico. Pode-se afirmar que, remotamente, todos os princípios decorrem de um valor fundamental, que é a dignidade da pessoa humana, porque, como sabemos, o direito só existe em razão do homem e para que ele possa viver em paz na sociedade. Em consequência disso, surgem outros princípios básicos, como os da liberdade, igualdade e justiça (os demais podem ser considerados como decorrência desses).

Walter Claudius Rotenburg<sup>8</sup> expõe que “os princípios são dotados de alto grau

---

<sup>5</sup> *Teoria da norma jurídica*, p. 72-73.

<sup>6</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

<sup>7</sup> *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 86 e 101.

<sup>8</sup> *Princípios constitucionais*, p. 17.

de abstração, o que não significa impossibilidade de determinação”. Também são dotados de ampla carga valorativa e, por serem mais abstratos, aplicam-se a um número indeterminado de situações, ao contrário das regras, que mesmo possuindo uma certa carga de valores, essa não é tão intensa quanto o é nos princípios. Além disso, por serem mais específicas as hipóteses de aplicação, são mais facilmente identificáveis. Deve-se advertir, porém, que apesar de princípios e valores estarem estreitamente relacionados, pois os primeiros transmitem os derradeiros ao ordenamento jurídico, eles não se confundem. Enquanto aqueles pertencem ao campo deontológico (o que deve ser), os valores estão no nível axiológico (não o que deve ser, mas o que é bom).<sup>9</sup>

Nas regras, por sua vez, ocorre a lógica do “tudo ou nada”, ou seja, ou elas são aplicáveis ou não. Se forem contraditórias, ocorrerá uma antinomia e uma delas será considerada inválida. Ao contrário, a convivência dos princípios é conflituosa, ou seja, eles coexistem, mas deve-se examinar a importância de cada bem jurídico posto em jogo e determinar até onde cada um irá ceder sem descaracterizar o outro totalmente. Dessa forma, a proporcionalidade aparece como um método para solucionar aparentes conflitos entre princípios, sendo que neles não ocorrem antinomias.

## **II) O DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Processo penal pode ser definido como o ramo do direito público “que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção, quando o direito penal aplicável, positiva ou negativamente, é o direito penal comum”.<sup>10</sup>

José Frederico Marques define direito processual penal como “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária para o preparo da ação penal”.<sup>11</sup>

Pode-se afirmar que a finalidade do processo penal é a realização da pretensão punitiva do Estado diante da ocorrência de uma infração penal. Em outras palavras, como disse Vincenzo Manzini, ele visa a “obter, mediante a intervenção do juiz, a declaração de certeza, positiva ou negativa, do fundamento da pretensão punitiva derivada de um delito”.<sup>12</sup>

Nosso atual Código de Processo Penal foi promulgado em 1941 e, mesmo em sua época, foi criticado por não ter sido elaborado um estatuto moderno. Ademais,

---

<sup>9</sup> Cf. Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 141.

<sup>10</sup> Vicente GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*, p. 83.

<sup>11</sup> *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, p. 32.

<sup>12</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal* – t. I, p. 248.

apesar de prever certos postulados do sistema acusatório, que separa o órgão da acusação e o responsável pelo julgamento da causa, “não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado-Novo”.<sup>13</sup>

Paralelamente, a evolução da relação entre o indivíduo e o Estado desenhou a consagração de garantias aos indivíduos contra a intervenção estatal, as quais constituem os direitos fundamentais, que se encontram consagrados na Constituição.

O processo, na Antigüidade, em uma concepção autoritária, já foi visto como um modo de o Estado interferir na vida das pessoas, dominando-as para que agissem de maneira dócil, conforme os interesses dos governantes. Desse ponto de vista, o indivíduo era considerado um sujeito co-atuante e o Estado tinha o direito de processar quem quer que fosse para uma suposta proteção coletiva. Na atualidade, porém, o processo deve ser visto como um direito do indivíduo em face do Estado, ou seja, a pessoa somente poderá ser desprovida de sua liberdade ou de seu patrimônio após um processo regular com regras claras e definidas em lei, que lhe possibilitem a ampla defesa e o direito de contrariar a acusação.

Tendo em vista que, de todas as intervenções estatais no âmbito da liberdade individual, a pena representa a medida mais grave e, portanto, também a mais problemática<sup>14</sup>, e com a consagração dos direitos fundamentais, introduziram-se cada vez mais nos textos constitucionais os princípios e regras de direito processual penal.<sup>15</sup> Devido a isso alguns autores, como Jorge de Figueiredo Dias, chegam a afirmar que o direito processual penal é o direito constitucional aplicado.

A respeito, Jorge de Figueiredo Dias<sup>16</sup> afirma:

*“o direito processual penal é, como se exprime H. Henkel, verdadeiro direito constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente.”*

O autor também ressalta que, com a evolução do processo constitucional, as normas constitucionais referentes ao processo penal deixam de ser vistas como “simples princípios programáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formada pelo processo constitucionalmente previsto”.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Winfried Hassemer<sup>18</sup> entende que o procedimento penal – que serve para a proteção de bens jurídicos centrais para a convivência humana –

---

<sup>13</sup> Cf. José Frederico MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 1, p. 108.

<sup>14</sup> Claus ROXIN, *Derecho procesal penal*, p.10.

<sup>15</sup> Cf. Antonio Scarance FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, p. 16.

<sup>16</sup> Cf. *Direito Processual Penal*, p. 74.

<sup>17</sup> *Apud* Antonio Scarance FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, p. 17.

<sup>18</sup> Winfried HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, p. 66-67.

possui instrumentos de coação e intervenção estranhos em outros campos, como a prisão preventiva, a interceptação telefônica etc. Assim sendo, afirma:

“Visto desta maneira, tanto em uma perspectiva jurídico-política quanto científica, tem-se caracterizado o procedimento penal não só como a realização do direito penal material, mas também como ‘direito constitucional aplicado’ ou como indicador da respectiva cultura jurídica ou política.”

Deve, assim, o aplicador do Direito passar para as leis processuais o espírito da Constituição, buscando, para a norma ordinária, o fundamento na lei maior e interpretando as normas jurídicas sempre à luz dos princípios constitucionais.<sup>19</sup> De acordo com Marco Antonio Marques da Silva<sup>20</sup>, “a adequação de um Código de Processo, fruto de um período autoritário, aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, não é tarefa simples”, pois exige profundas modificações doutrinárias e jurisprudências para que possa concretizar o efetivo acesso à justiça.

### **III) PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL**

Conforme visto, o processo é o instrumento pelo qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar os interesses conflitantes, eliminando-os e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso apresentado. Suas formas e formalidades constituem a maneira pela qual as partes têm a garantia de legalidade e de imparcialidade no exercício da jurisdição. A ciência processual moderna fixou certos preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho<sup>21</sup> aponta para o seguinte:

“A Constituição da República preocupou-se mais em estabelecer garantias para o processo penal do que para o processo civil, tanto que, em relação a este último, além das garantias gerais, os princípios constitucionais são inferidos, de regra, mediante interpretação do sistema e não por meio de textos expressos”.

A preocupação do constituinte talvez se explique, principalmente, porque no processo penal está envolvida diretamente a liberdade pessoal do indivíduo, além de outros direitos fundamentais do ser humano. Os princípios, conforme visto, “são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas”.<sup>22</sup> Por isso, os princípios constituem-se critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do Direito, além de serem úteis no suprimento das lacunas legais e obrigarem todo o ordenamento positivo a segui-los e considerá-los. Eles podem até ser critérios para a solução de casos concretos, salvo para criação de crimes e imposição de penas, pois para isso deve haver uma regra taxativa.

---

<sup>19</sup> Cf. Ada Pellegrini GRINOVER, *O processo constitucional em marcha*, p. 4.

<sup>20</sup> *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de direito*, p. 103.

<sup>21</sup> *Manual de Processo Penal*, p. 63.

<sup>22</sup> José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

Entre os princípios que regem o processo penal podem ser destacados os seguintes:

**· PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (DUE PROCESS OF LAW) - ARTIGO 5º, INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Resume-se em assegurar que a pessoa não possa ser privada de sua liberdade ou de outros bens a ela relacionados sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo, segundo forma estabelecida em lei. Esse princípio apresenta-se, conforme expõem Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci<sup>23</sup>, relativamente ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que esse possa atingir a “finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal)”. Assim sendo, o processo deve seguir, rigorosamente, o que está previsto na lei, sendo proibida a arbitrariedade. Em síntese, o princípio do devido processo legal consagra que uma pessoa só será desprovida de sua liberdade ou de seus bens mediante um processo que siga as disposições previstas em lei.

**· PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Define-se como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa. Devido a ele pode-se contrariar a acusação, requerer e acompanhar a produção de provas e manifestar-se em todos os atos e termos processuais aos quais se deva estar presente. É a necessidade de sempre ouvir a parte contrária (*audiatur et altera pars*).

Esse princípio vincula-se ao processo acusatório. Conforme salienta José Carlos Barbosa Moreira<sup>24</sup>, ele designa:

“uma garantia das partes, consistente, de um lado, na igual abertura a ambas da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo, apresentando razões, discutindo as do adversário, participando da atividade probatória e reagindo contra atos do juiz que lhes contrariem os interesses; de outro lado, na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se”.

**· PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Traduz-se na possibilidade de o imputado defender-se amplamente. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra<sup>25</sup>, no processo penal são indispensáveis “quer a defesa técnica, exercida por

---

<sup>23</sup> *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, p. 19.

<sup>24</sup> *Temas de direito processual*, 5ª série, p. 5.

<sup>25</sup> *Teoria geral do processo*, p. 56.

advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios”.

Além dos elementos que o próprio réu possa trazer pessoalmente a seu favor, é indispensável a presença de um advogado que realize uma defesa técnica. Ainda que o acusado não queira, o juiz deve nomear-lhe um defensor (artigos 261 e 263 do Código de Processo Penal). Se for feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo deve ser anulado. Outrossim, o cerceamento do direito de defesa é nulidade processual.

**· PRINCÍPIO DO JUÍZ NATURAL - ARTIGO 5º, INCISOS XXXVII E LIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Significa que, antes da ocorrência da infração penal, deve existir a previsão, em lei, do juiz competente para julgar o feito, sendo proibido juízo ou tribunal de exceção. Desse modo, as pessoas só podem ser processadas e julgadas pelas autoridades competentes. Tal princípio consagra que só é juiz o órgão investido em jurisdição e que nenhum juízo ou tribunal será criado para apurar um delito que já fora praticado ou seja, quem vai julgar determinado caso já deve estar previsto *ante factum*.

**· PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ARTIGO 5º, INCISO LVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Consiste no fato de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nossa Constituição, acolhendo tal princípio, determina que, à exceção da prisão em flagrante, ninguém pode ser preso a não ser mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Na prisão cautelar (prisão temporária, prisão preventiva), não há violação desse princípio, pois trata-se de prisão processual e não de imposição de pena. De outra parte, convém lembrar que o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao acusador provar a sua culpa, e o juiz, na dúvida, deve absolver o acusado.

Em torno desse princípio houve um profundo debate. Com efeito, os seguidores da Escola Clássica defendida por Carrara “construíram toda sua teoria acerca do processo penal tendo como ponto central de órbita a idéia de presunção de inocência”, visto que a essência do processo penal é a proteção dos indivíduos diante dos infratores. A Escola Positiva, por outro lado, não aceita a presunção de inocência como um princípio absoluto aplicado a todos os casos indistintamente. Para Enrico Ferri, a presunção teria menos força quando se tratasse de criminoso reincidente.<sup>26</sup>

Por seu turno, Vincenzo Manzini<sup>27</sup> contrapõe-se totalmente à posição de Carrara, pois este último entende que o processo penal tutela a inocência, ao passo que aquele afirma ser a liberdade individual apenas reflexo da verdadeira finalidade do processo penal, que seria a declaração de certeza de um culpado. Não entende o

---

<sup>26</sup> Cf. Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, p. 27.

<sup>27</sup> *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. I, p. 256.

autor que exista uma presunção de inocência em favor do acusado, pois, se assim o fosse, o Estado não deveria sequer processá-lo e, ademais, não haveria como justificar a prisão preventiva. Desse modo, afirma que não se trata de uma presunção, mas, sim, no máximo, de uma ficção legal. Ele admite, porém, que “enquanto não seja declarada a certeza das condições que realizem a pretensão punitiva do Estado, não se pode considerar o imputado como penalmente responsável” e, portanto, deve ser tratado como pessoa que está sendo processada, mas cuja responsabilidade ainda não foi declarada certa.

Desse modo, Vincenzo Manzini afirma que não estar certo da culpabilidade da pessoa não significa presumir nem sua inocência nem sua culpabilidade. O imputado naquele momento não pode ser considerado culpado, mas isso não quer dizer que se presuma sua inocência.

Marco Antonio Marques da Silva<sup>28</sup> expõe que o debate acirrado feito pela doutrina italiana possui contornos nitidamente políticos. Afinal, “um processo penal constituído sem ter em conta esse princípio pode servir a um regime político autoritário, enquanto que um processo penal no qual vige esse princípio seria totalmente incompatível com um regime autoritário”.

Consagrando o princípio em tela, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 14.2 trouxe a previsão de que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

E, por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* - de 22 de novembro de 1969, reconhecida pelo Brasil em 6 de novembro de 1992 - no artigo 8.2 repete a disposição de que “toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Assim sendo, para uma pessoa ser considerada culpada por uma infração penal, faz-se necessário um processo judicial com todas as garantias processuais inerentes, como o contraditório e a ampla defesa. Somente depois disso, caso fique comprovada sua responsabilidade, tendo transitado em julgado uma condenação, é que o indivíduo pode ser reputado como criminoso. Destarte, por mais que existam evidências de culpabilidade de uma pessoa, ela não pode ser tratada como condenada antes de uma declaração judicial irrecorrível, porque tal *status* somente pode ser atribuído após o processo com os recursos a ele inerentes.

Em síntese, como é possível depreender, a presunção de inocência é um pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito, o qual não pode ser con-

---

<sup>28</sup> Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito, p. 30.



cebido sem a garantia de o indivíduo ser tratado como inocente até que se prove definitivamente sua culpabilidade, cujo ônus deve recair sobre quem acusa.

**· PRINCÍPIO DA VERDADE REAL**

No Processo Penal, o juiz procura a verdade integral dos fatos, pois o *jus puniendi* somente deve ser exercido contra aquele que realmente praticou a infração penal e nos exatos termos de sua culpabilidade. Devido a isso, a doutrina tradicional formulou os conceitos de princípio da verdade real (ou verdade material) e princípio da verdade formal, visto que enquanto no processo civil, em regra, o julgador pode satisfazer-se com o que parece verdadeiro em face das provas colhidas nos autos (verdade formal), no processo penal, ao contrário, o magistrado deve atender ao descobrimento do que realmente aconteceu no mundo natural (verdade real ou material).

Porém, deve-se advertir que a própria definição de verdade é relativa, pois o que parece ser verdade para uma pessoa pode não ser para outra. Isto porque o conhecimento foi inventado e é influenciado por tipos de subjetividade e ideologia. Com efeito, o exame de quaisquer fatos e/ou objetos é constituído por conhecimentos subjetivos por parte de quem analisa e/ou expõe. Pessoas com diferentes histórias de vida, profissões e interesses percebem as coisas de maneiras diferentes.<sup>29</sup>

Além disto, Marco Antonio de Barros<sup>30</sup> pondera que:

*“Já não se atribui sentido útil ao emprego das expressões princípio da verdade material e princípio da verdade formal, notadamente porque destituídos de base científica que justifique a distinção por eles enunciada. Tais princípios perderam aquele encanto que seduziu intensamente a doutrina antiga, pois seja no processo civil, seja no processo penal, interessa hoje pura e simplesmente descobrir a verdade, atributo de um juízo racional no qual firma-se a certeza do julgador. E a verdade possível de ser descoberta na ação penal é apenas e tão-somente a ‘verdade processual’”.*

De outra parte, a verdade não pode ser buscada a qualquer preço, mesmo no processo penal, já que além dele existem outros interesses em jogo, como os direitos de defesa diante dos de investigação, como: direito ao silêncio, a não produzir prova contra si mesmo, ao segredo profissional etc. Destarte, a busca da verdade está restrita às vias legítimas e às maneiras legais.<sup>31</sup>

De qualquer maneira, existe a necessidade de, no processo penal, se aproximar do fato ocorrido e para isso o juiz pode determinar a produção de provas mesmo de ofício, sendo que para uma condenação há de existir uma base fática indubitável. Como consequência, outrossim, a confissão e a revelia, por si só, não bastam para alicerçar um decreto condenatório.

---

<sup>29</sup> Cf. Winfried HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, p. 79.

<sup>30</sup> *A busca da verdade no processo penal*, p. 286.

<sup>31</sup> Cf. Winfried HASSEMER, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, p. 80.

### **· PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE - ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A publicidade é uma garantia do indivíduo, sendo imprescindível para o Estado Democrático de Direito. Está profundamente ligada à humanização do processo penal e contrapõe-se ao procedimento secreto que caracteriza o sistema inquisitivo. Todos os atos processuais são públicos e somente excepcionalmente esta publicidade pode ser restringida quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Com efeito, em determinados casos, a própria legislação a restringe atendendo a tal critério. Cabe mencionar algumas leis recentes que prevêm processos sigilosos, como a Lei 9.034 de 04 de maio de 1995, que pretendia *combater* o crime organizado, e a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, que regulamenta a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Nos demais casos, o juiz é quem pode, fundamentadamente, restringir a publicidade nas hipóteses referidas.

### **· PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE E DA INDISPONIBILIDADE**

Poder dispositivo é o que as pessoas têm de exercer ou não determinados direitos. No processo penal, prevalece o princípio da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade), que possui três aspectos, quais sejam:

- a) indisponibilidade do inquérito (artigo 5º do Código de Processo Penal);
- b) indisponibilidade da ação penal pública (artigo 42 do Código de Processo Penal);
- c) indisponibilidade do recurso (artigo 576 do Código de Processo Penal).

Dessa forma, em um crime de ação penal pública, o delegado é obrigado a instaurar inquérito e o promotor é obrigado a promover a ação penal quando houver prova do crime e indícios da autoria, não podendo o Ministério Público desistir do recurso após ele ter sido interposto. Entretanto, tal princípio sofre atenuações. É o que ocorre com as infrações de menor potencial ofensivo, previstas em lei, em que é permitida a transação penal nos Juizados Especiais Criminais, ou com a suspensão condicional do processo, ambas previstas na lei 9. 099 de 26 de setembro de 1995. Nesses casos, pode-se entender que vigora o princípio da oportunidade regrada. Há ainda outra limitação ao princípio da indisponibilidade, pois nos crimes de ação penal pública condicionada o órgão do Ministério Público somente pode agir se houver representação da vítima (ou de seu representante legal) ou requisição do Ministro da Justiça, conforme o caso.

Por outro lado, nos crimes de ação penal privada vigora o princípio da disponibilidade (ou da oportunidade), em que o *ius accusationis* fica conferido ao ofendido ou a quem legalmente o represente. Nesses casos, o querelante pode dispor da ação penal, renunciando ao direito de queixa, perdendo o ofendido ou deixando ocorrer decadência ou preempção.

### **· PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO JUIZ**

Consiste no fato de que o juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas avalia-os segundo critérios críticos e racionais. A respeito, Karl Engisch<sup>32</sup> afirma:

*“o juiz, no Estado legalista, não pondera os interesses segundo a sua fantasia, mas vinculado às soluções dadas aos conflitos pelo legislador. (...) O juiz apenas concretiza, de caso para caso, as soluções gerais dadas aos conflitos pela lei, ao verificar, por confronto, que o conflito concreto se configura da mesma forma que o conflito ‘intuído’ pelo legislador ao criar a norma. Também no preenchimento de lacunas se deve respeitar o mais possível a vontade do legislador”.*

É bem verdade, como ressalta Robert Alexy<sup>33</sup>, que o julgamento não é desprovido de valor. Mas, em sua argumentação, o juiz deverá justificar sua escolha.

#### **· PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO**

Surge em decorrência do próprio princípio da persuasão racional do juiz. De fato, os atos judiciais devem ser fundamentados, não podendo o magistrado desprezar as regras legais porventura existentes. Nesse sentido, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal afirma que todas as decisões judiciais serão fundamentadas sob pena de nulidade. Igualmente, o inciso III do artigo 381 do Código de Processo Penal contém a exigência de que a sentença deve conter a indicação dos motivos que fundaram a decisão.

#### **· PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ARTIGO 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Indica que as partes merecem tratamento igualitário, com as mesmas oportunidades para fazer valer suas razões, sendo tratadas igualmente na medida de suas igualdades e desigualmente na proporção de suas desigualdades. Por força desse princípio, a ordem jurídica pretende firmar a impossibilidade de diferenciações fortuitas ou injustificadas. Conforme anota Celso Antonio Bandeira de Melo<sup>34</sup>, entende-se que ele não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com tal isonomia. Acrescente-se que o tratamento igualitário não deve ocorrer apenas na legislação, mas também no tratamento das partes durante o processo.

#### **· PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

Consiste na possibilidade de revisão, por meio de recursos, das causas julgadas pelo juiz de primeiro grau. É a oportunidade de um reexame da decisão judicial com a qual a parte não se conformou. Esse princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresse. Contudo, a própria Constituição incumbe-se de atribuir com-

---

<sup>32</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 370.

<sup>33</sup> *Teoria da Argumentação jurídica*, p. 20.

<sup>34</sup> *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 9.

petência recursal a diversos órgãos da jurisdição. Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - *Pacto de San José da Costa Rica*, em seu artigo 8 "h", garante a toda pessoa "o direito de recorrer para juiz ou tribunal superior". Enfim, as decisões judiciais estão sujeitas à revisão.

#### **IV) O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL**

Conforme afirma Antonio Scarance Fernandes<sup>35</sup>, "do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre normas processuais de índole constitucional".

Isto porque "tende por quase toda parte a ver-se na constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora daquele direito".<sup>36</sup>

Fauzi Hassan Chokr<sup>37</sup> afirma que a Constituição de 1988 "tratou a persecução penal com zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou" e buscou "dar ao processo penal uma roupagem democrática".

Na Constituição Federal de 1988, diversas são as previsões vinculativas para a legislação processual penal infraconstitucional. Podemos citar, entre outras, as seguintes:

- a) investigação criminal (responsabilidade da polícia judiciária, sob a supervisão do Ministério Público);
- b) prisão e liberdade (disposições sobre a prisão e liberdade provisória);
- c) ação penal (iniciativa, exclusiva, da ação penal pública pelo Ministério Público; ação penal privada subsidiária; princípios reitores da ação penal pública e privada);
- d) proteção à intimidade e ao sigilo (interceptação telefônica só com ordem judicial, nos termos da lei, restrições ao princípio da publicidade);
- e) garantias do acusado e do suspeito (direito à prova, presunção de inocência, direito ao silêncio, *ne bis in idem*, direito à informação no processo e na prisão, juiz natural, etc.).

Enfim, temos que estudar o direito processual penal sempre à luz da Constitui-

---

<sup>35</sup> *Processo Penal Constitucional*, p. 16.

<sup>36</sup> Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, p. 75.

<sup>37</sup> *Processo Penal à luz da Constituição*, p. 63.

ção.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ASSIEU-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O Direito de Defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à luz da constituição*. Bauru: Edipro, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Os Direitos levados a Sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Tradução Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JEANNEAU, Beroit. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Dalloz, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gilbekian, 1997.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal* – t. I. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Jurídicas Europa, 1951.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Processo Penal e a imprensa no Estado Democrático de Direito*. Leme: Russel, no prelo.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Temas Relevantes do Direito – Vol. 2*. São Paulo: Lúmem, 2002.

ROTHENBOURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marco Antonio Marques da (Org.). *Tratado Temático de Direito Processual Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução para o espanhol de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SUANES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. (4 volumes)

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.