

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 aponta para um Estado democrático de direito, dispondo que a ordem jurídica há que ser considerada segundo critérios da dignidade do homem e suas liberdades. Entretanto, o Código de Processo Penal em vigor, estruturado sob inspiração inquisitória, não tutela efetivamente direitos e garantias fundamentais, diferentemente do disposto na Carta Magna.

A partir do momento em que o Estado assumiu o monopólio da prestação jurisdicional, passou a ser garantidor dos direitos constitucionalmente previstos, e o processo, então instrumento de atuação da tutela jurisdicional, tornou-se instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, ou seja, assegurando ao cidadão o máximo de eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

E um Estado que se pretende democrático, não somente deve primar pela limitação dos poderes, mas deve garantir a tutela dos direitos fundamentais. Isto será alcançado pelo Direito, ou melhor, como ressalta Ferrajoli, pela Constituição, “que deve ser reconhecida como a principal garantia da democracia, não só no aspecto formal(...); mas também no aspecto substancial, enquanto sistema de direitos fundamentais(...)”<sup>1</sup>

E o processo, como esclarece Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em especial o penal, se traduz em garantia do cidadão, e isto exige que ele seja devido – o *due process of*

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade, in: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 17 °, nº 67, p.47-48, Julho-Setembro 1996.

*law*. Na democracia, a liberdade é bem inalienável e o Estado deve ser seu garantidor, pelos meios pertinentes, e aí se insere o devido processo.<sup>2</sup>

A observância do devido processo legal pressupõe um processo penal mais justo, assegurados ampla defesa e contraditório, igualdade entre as partes, imparcialidade dos juízes, publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios.

O que se busca demonstrar é que o devido processo legal, intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, não se restringe à segurança do Estado, mas se destina, antes de tudo, a assegurar ao indivíduo a tutela de seus direitos fundamentais, garantindo às partes a efetiva utilização dos direitos processuais previstos em lei.

A Constituição de 1988 adotou um sistema processual de caráter acusatório, que não foi em quase nada absorvido e em confronto com o Código de Processo Penal, essencialmente inquisitório, fica evidenciada a incompatibilidade entre eles e a Constituição da República se mostra como único caminho para um processo penal democrático, culminando com o respeito às garantias mínimas do cidadão.

E este processo penal, à luz da Constituição atual, dentre outras disposições, exige a fundamentação dos atos decisórios judiciais, através da qual se pode aferir se foram observadas as garantias do justo processo, evidencia-se que o processo foi conduzido até o acerto do caso penal por um julgador independente e imparcial, o que torna essa fundamentação intimamente ligada à garantia constitucional do devido processo legal. As discordâncias surgem quando se busca estender tal exigência ao recebimento da denúncia ou queixa.

---

<sup>2</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas a verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito, in: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, ano 4, nº 14, p. 90, 2004.

Não obstante os efeitos emanados de tal ato decisório, na prática este é visto como mero despacho. Assim se posicionam os Tribunais brasileiros que insistem em afirmar que segundo a doutrina e a jurisprudência o “despacho” que recebe a denúncia não precisa ser fundamentado, uma vez que se caracteriza como mero juízo de admissibilidade da acusação, satisfazendo-se com uma breve análise sobre a existência dos fatos que, ao menos em tese, configuram o tipo imputado. Não o consideram como um ato decisório, de forma a não ferir o art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Assim, partindo-se de uma pesquisa basicamente bibliográfica, procurou-se traçar a relação existente entre processo e Constituição, passando pelo estudo do devido processo legal, para então abordar questões pertinentes à denúncia ou queixa, e finalmente discorrer sobre a motivação dos atos decisórios, especificamente, do ato que recebe a denúncia ou queixa.

Se somente um processo penal constitucional – observados seus princípios informadores – será capaz de alcançar uma justiça penal efetiva, apenas serão consideradas válidas as normas em conformidade com a Constituição da República.

Portanto, considerando-se que o sistema processual penal está intimamente ligado ao sistema político do País, e o Código de Processo Penal brasileiro vigente, estruturado a partir de uma inspiração autoritária, não tutela de forma satisfatória direitos e garantias fundamentais, é preciso que se proceda a uma adequação à nova ordem constitucional. Afinal, o Direito Processual Penal é comprometido com a pretensão de liberdade, e como tal deve se apresentar em conformidade com a tutela dos direitos e garantias individuais, não vistos de forma abstrata, mas plenos de concretude.

# CAPÍTULO I – O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A CONSTITUIÇÃO

## 1.1 Processo e Constituição

Em se tratando de um Estado de Direito, com o princípio da legalidade dispondo acerca da organização da convivência social, o direito de estar em juízo para se defender de agressões ou ameaças a qualquer direito subjetivo, seja contra o particular, seja contra o Poder Público, tornou-se fundamental, erigido à garantia constitucional.<sup>3</sup>

A Constituição de 1988 dispõe no art. 5º, inciso XXXV, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; bem como dispõe no art. 5º, inciso LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; evidenciando assim, que não somente se garante a tutela jurisdicional, mas que esta se dará em conformidade com padrões previamente definidos.

Abolida a justiça privada, coube ao Estado o monopólio da prestação jurisdicional. Entretanto, o papel a ser desempenhado por este não se limita a declarar direitos ou garantir o acesso do cidadão à justiça, devendo, sim, priorizar a garantia a tais direitos, de forma a torná-los efetivos e acessíveis a todos.

---

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo**: Direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997, v.5, p. 46.

Como bem ressalta Figueiredo Dias, o princípio do monopólio estadual da função jurisdicional se funda em valores essenciais tais como a realização da justiça, a unidade do Estado e a paz jurídica e social, sendo certo que a evolução deste princípio se identifica com a do próprio Estado.<sup>4</sup>

Assim o processo, então instrumento de atuação da tutela jurisdicional, se torna instrumento de efetivação de uma garantia constitucional. Ele se faz necessário não somente para que sejam aplicadas as sanções descritas nas normas penais que foram violadas, mas principalmente para que sejam assegurados ao acusado os direitos previstos na Constituição da República.

Através do processo penal se busca a reconstituição de um fato passado, segundo regras previamente postas, o mais próximo possível do que se deu, para que, ao final, seja proferida uma sentença, hábil a aplicar a pena prevista ao fato delituoso em questão. Assim, a imposição de sanção somente será legítima se ocorrer por meio de processo, observado o devido processo legal, pois tão importante quanto o resultado alcançado ao final deste é a forma como este se desenvolveu.

Entretanto, o processo não se restringe a limitar o poder do Estado, mas se presta a garantir o máximo de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. O processo penal se torna uma garantia para o cidadão, pois nele são assegurados direitos constitucionalmente previstos. Evidencia-se assim, sua função política. Com base nisso, há que se ir além de conceitos básicos de Direito Processual, tais como ação, processo e jurisdição, pois estes são insuficientes para traduzir sua relevância.

---

<sup>4</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, pp. 24-25.

Francesco Carnelutti<sup>5</sup> faz menção ao fascínio que o processo exerce sobre as pessoas. Para tanto, ele o compara à representação cênica ou ao jogo desportivo, despertando o interesse e a curiosidade do público em relação a ele. Enquanto as pessoas vêem o processo como espetáculo, vivem a vida do outro, esquecendo-se de suas próprias mazelas. Aponta como traço comum entre a representação e o processo o fato de cada um ter suas leis próprias, que devem ser do conhecimento de quem assiste, sob pena de nada ser compreendido. Se as regras não forem justas, o resultado também não o será. Se a questão envolvida for a liberdade, acaba por ameaçar o mundo, pois compromete a paz e esta necessita da justiça.

Continua o autor falando que a palavra “processo” representa um proceder, um caminhar, percorrer um caminho que leva a um ato solene, com o qual o juiz declara se o acusado é culpado ou inocente. Sendo considerado inocente, à primeira vista parece ter terminado da melhor maneira possível, mas na verdade houve uma perda, pelo custo do trabalho realizado e pelo sofrimento causado àquele que foi acusado, entendendo deste modo a absolvição do réu como sinônimo da falência do processo penal. Se condenado, ainda assim o processo não encontrou seu fim, prosseguindo em nova etapa. A condenação seria a “cura” para aquele que estava acometido do mal, entretanto, como a sociedade não crê na possibilidade de cura, não permite que aquele condenado se reintegre, ou seja, mesmo que o processo penal tenha chegado ao fim, com o cumprimento da pena, não terá ele alcançado seu objetivo.

Hélio Tornaghi esclarece que a palavra processo, utilizada em várias acepções, em sentido jurídico significa o “fenômeno de imposição e realização de direitos em juízo:

---

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. (trad. Hiltomar Martins Oliveira). Belo Horizonte: Líder, 2004, pp. 9-21.

procedimento judiciário, andamento jurídico (Gerichtsverfahren, Rechtsgang)”. Acrescenta ele que quanto ao aspecto exterior, como procedimento, “o processo é uma seqüência de atos em que os subseqüentes são continuação dos antecedentes e estão na dependência deles. E examinado em seu aspecto interior, em sua natureza, maneira de ser e valor, o processo é uma relação jurídica.”<sup>6</sup>

Hélio Tornaghi aduz ainda que “o processo deve ser meio de chegar a uma decisão justa. Qualquer formalidade que possa levar a uma solução errada, quer por falta de garantia, quer pelo uso do formalismo como fim e não como meio, é o contraprocessos (num hibridismo mais enfático: é o antiprocessos).”<sup>7</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, que sustentam:

Etimologicamente, processo significa ‘marcha avante’, ‘caminhada’(do latim *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento). (...) há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. (...) O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.<sup>8</sup>

Afrânio Silva Jardim se dispõe a afastar a confusão conceitual entre processo e procedimento, pondo fim à concepção meramente procedimentalista do Direito Processual. Entende ele que em decorrência do vocábulo processo (*pro caedere* = seguir adiante), que

---

<sup>6</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 1, pp. 307-308.

<sup>7</sup> Idem, p. 313.

<sup>8</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 275.

traz a idéia de caminhar para a frente, de avanço ordenado, tem-se a confusão conceitual. O procedimento assim traz uma noção meramente formal, o rito imprimido aos atos do processo, uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo. Enquanto o processo cria uma relação entre pessoas (autor, réu e juiz), o procedimento é mera relação entre atos.<sup>9</sup>

O processualista assim expõe seu entendimento considerando como processo: “conjunto orgânico e teleológico de atos jurídicos necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou mesmo de sua admissibilidade pelo Juiz”.<sup>10</sup>

Embora se reconheça que o processo detém um papel formal, fazendo-se necessário observar o procedimento e suas regras, este não se constrói sob o tecnicismo somente, mas principalmente deve se pautar na ética, que o liga à Constituição e que, afinal, justifica sua existência.<sup>11</sup>

No mesmo sentido, é o entendimento de Frederico Marques:

Se é exato que o procedimento tem decisivamente caráter técnico, cumpre não esquecer que o *modus faciendi* dos atos processuais (e respectiva coordenação) está intimamente preso ao sentido finalístico do processo. A técnica procedimental deve encontrar-se a serviço da função que tem o processo, para que este possa compor, com justiça, os litígios penais, dando a cada um o que é seu. O processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça.<sup>12</sup>

Mas o que se mostra inegável é a estreita relação entre a Constituição e o processo, o que por si já exige que este seja interpretado à luz dos preceitos constitucionais,

---

<sup>9</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

<sup>10</sup> Idem, p. 23.

<sup>11</sup> MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido processo legal e indevido processo penal**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 33.

<sup>12</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. I, p. 49.



evidenciando a roupagem democrática a ele conferida pela Constituição de 1988. Afinal, Processo Penal e Constituição desempenham o mesmo papel, seja limitando a atuação do Estado, seja garantindo os direitos fundamentais, visto que, em se tratando de um Estado democrático, a dignidade da pessoa humana tem primazia. Que a Constituição adotou o sistema acusatório parece claro, entretanto, a prática ainda traz muitas incoerências, demonstrando a distância entre o que deveria ser e o que existe de fato.

O processo penal, diferentemente do que muitas vezes ocorre no processo civil, não se presta a restabelecer uma situação passada, com a reparação do dano, ou até mesmo constituindo uma situação que permita solucionar uma discussão entre partes, mas lida diretamente com um passado irrecuperável, um dano irreparável. Sendo assim, considerando-se que o processo penal não irá apresentar uma solução ao problema em questão, se não se considerar que juntamente com a eventual elucidação seja garantida a segurança individual do acusado, e por conseguinte, da sociedade, por nela estar inserido, careceria este de uma função legítima para sua existência.<sup>13</sup>

O processo se apresenta como garantia constitucional capaz de assegurar efetividade, justiça, regularidade do procedimento e da proteção dos direitos processuais.<sup>14</sup> Somente sua conformidade (efetiva) com a Constituição o tornará não somente instrumento de justiça, mas principalmente garantia de liberdade.

Segundo Rogério Lauria Tucci, o processo é instrumento de realização da ação judiciária, materializado no procedimento, assim compreendido: “apresenta-se o processo, com efeito, como o instrumento mediante o qual toda a atividade compreendida na ação

---

<sup>13</sup> MEDEIROS, op. cit., pp. 30-31.

<sup>14</sup> GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. **O devido processo legal**. Leme: LED, 2005, p. 16.

judiciária se desenvolve – um instrumento, técnico, público, político e ético de distribuição de justiça”.<sup>15</sup>

Prossegue Tucci, afirmando que o processo é uma conquista, documentada universalmente, e acrescenta:

Denominada direito ao processo, ou, mais precisamente, direito à tutela jurisdicional do Estado, tem sido definida, sucessivamente, nas mais importantes “declarações de direitos humanos”: (Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 10.12.1948, art. 10; <sup>16</sup> Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita no dia 4.11.50, art. 6.º, n. 1; <sup>17</sup> Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 16.12.66, art. 14, n. 1; <sup>18</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22.11.69, art. 8.º, n. 1); e encontra-se, na esteira de antecedentes, repristinada no art. 5.º, XXXV, da vigente Carta Magna de nossa República Federativa.(...).<sup>19</sup>

E o Direito Processual Penal, por legitimar o Poder Judiciário a decidir sobre a liberdade do indivíduo, ganha maior relevo e responsabilidade, incidindo sobre os direitos fundamentais e limitando a esfera de poder do Estado. E em razão disso, sofre diretamente a influência dos preceitos constitucionais.

Afinal, o juiz, como ser humano que é, não está livre de influências, bem como de juízo de valor comprometido com sentimento pessoal de indignação ou revolta, o que faz

---

<sup>15</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157.

<sup>16</sup> “*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.*”

<sup>17</sup> “*Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulado contra ela...*”

<sup>18</sup> “*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...*”

<sup>19</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

com que as formalidades do processo penal sejam salvaguardadas do réu e condições indispensáveis a que um *fair trial* seja alcançado.<sup>20</sup>

Conforme ressaltado por Osmar Fernando de Medeiros, “é a partir do surgimento das garantias constitucionais do processo que a relação constituição/processo penal começa a tomar significado, respaldada na idéia de que o limite reconhecido e garantido da atuação do Estado nos casos penais sob apreciação de seus órgãos é o ponto chave de sua relação com a Carta Magna.”<sup>21</sup>

As garantias constitucionais do processo penal se traduzem muito mais em forma de limitar a atuação do Estado que efetivamente instrumento de persecução penal, afinal se referem a direitos fundamentais e isto deve ser priorizado. Mas o simples fato de o processo não mais ser tachado de adjetivo, técnico, e se preocupar com direitos fundamentais já se traduz num avanço, tímido ainda, se considerar que o processo penal lida, em sua maioria, com os já excluídos socialmente, aqueles a quem se prefere fingir que não existem e, principalmente, onde existe o interesse em mantê-los segregados.

Em se falando de Constituição, nada mais apropriado que fazer menção ao entendimento de Gomes Canotilho, que sustenta: “o sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece os termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas (...).”<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

<sup>21</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 34.

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.183.

Importante ressaltar o entendimento de Clèmerson Merlin Clève, para quem a Constituição não somente se presta a limitar o poder do Estado, mas se traduz num documento normativo do Estado e da sociedade, “*processo e espaço de luta,*” e ainda:

A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos [...].<sup>23</sup>

Processo e Constituição se interligam, sendo certo que é esta que lhe dá sustentação. O processo não pode mais ser vislumbrado como mero direito adjetivo, ou ainda como acessório do direito material, uma vez que este “ganhou autonomia, graças principalmente aos estudos dos processualistas do século XIX, passando a ser visto de forma independente, com princípios, objeto e características próprias”.<sup>24</sup>

Humberto Theodoro Júnior acentua que, num Estado democrático de direito, mais importante que reconhecer a estreita ligação entre Constituição e processo é que haja “real eficácia dos instrumentos processuais para desempenho da completa, perfeita, adequada e eficaz tutela jurisdicional”.<sup>25</sup>

No entendimento de Roberto Rosas, “na Constituição nascem as regras fundamentais da diretriz processual, sem as quais o legislador ordinário não teria condições de delimitar

---

<sup>23</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 19.

<sup>24</sup> BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107.

<sup>25</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 71.

seu campo legislativo”.<sup>26</sup> Corroborando tal entendimento, Bonato acrescenta: “não só o legislador, mas também o Poder Judiciário busca na Constituição as diretrizes básicas para a correta aplicação das normas processuais.”<sup>27</sup>

Esta estreita relação entre processo e Constituição também é demonstrada por Hélio Tornaghi, ao considerar que a lei de processo se caracteriza como um desdobramento da Constituição, onde direitos e garantias individuais se efetivam. A Constituição apresenta os princípios e a lei processual traça as minúcias sobre o procedimento.<sup>28</sup>

Frederico Marques estabelece:

Assentando-se na Constituição, o conjunto de princípios básicos do processo penal, claro está que a Justiça Criminal na organização de seus quadros e no funcionamento de seus órgãos, tem de receber direto influxo dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional. Donde ser imprescindível, para a construção científica dos fundamentos normativos do Direito Processual Penal, a fixação dos princípios constitucionais de que defluem os seus diversos preceitos e que estruturam as suas categorias jurídicas. Para isto, não basta o exame isolado de textos em que se definem as garantias individuais. Necessário se torna que a Constituição seja examinada como um todo, a fim de que a dedução dos princípios e regras fundamentais traga em si uma perfeita harmonia com os valores supremos da Lei Maior (...) Uma vez que nossa Constituição foi elaborada em função dos ideais democráticos do Estado de Direito, é preciso situar as fontes primeiras da ordem processual numa linha de princípios que não destoe desse sentido político de toda a nossa organização estatal.<sup>29</sup>

Os preceitos constitucionais influenciam as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, e neste sentido é a aceção de Geraldo Prado, que afirma:

(...) a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há, portanto, de existir e se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988. (...) Tal estado de coisas reflete a perspectiva da base processual especialmente como garantia constitucional, instrumentalizada ordenadamente, conforme os princípios constitucionais, de maneira a

---

<sup>26</sup> ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 13.

<sup>27</sup> BONATO, op. cit., p. 108.

<sup>28</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 76.

<sup>29</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 81.

permitir a adequada fruição dos direitos de ação e de defesa, na busca da justa solução do conflito de interesse penal.<sup>30</sup>

O processo penal não pode mais ser vislumbrado somente no seu sentido tecnodogmático, mas principalmente a partir de uma visão constitucional.<sup>31</sup> Não basta que se garanta o processo, se este não for justo, se não buscar a realização da justiça, se não se der em conformidade com os preceitos constitucionais. Mas as garantias constitucionais inerentes ao devido processo penal, que deveriam ser efetivas e a todos acessíveis, são negligenciadas em atitudes que de tão rotineiras tornaram-se regra.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a partir de Carnelutti, bem sintetiza a essência do processo penal sob a ótica constitucional, afirmando que “um processo humanitário é um processo penal preocupado com o SER e não com o TER”.<sup>32</sup>

Admite ele, que o processo, em especial o penal, é uma garantia do cidadão, e isto exige que ele seja devido – o *due process of law*. Na democracia, a liberdade é bem inalienável e o Estado deve ser seu garantidor, pelos meios pertinentes, e aí se insere o devido processo.<sup>33</sup>

Como bem preceitua Luís Roberto Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.(...) Pois os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. (...) Os princípios

---

<sup>30</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44.

<sup>31</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 21.

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 17.

<sup>33</sup> Idem. Glosas... op. cit., p. 90.

constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.<sup>34</sup>

Que a Constituição e o processo penal se encontram intimamente ligados não há dúvida, mas importante lembrar que tal ligação se dá através dos princípios, levando o operador do direito a ser obrigado a se afastar do dogmatismo e adentrar a esfera principiológica.

Gustavo Zagrebelski, assim se manifesta: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.<sup>35</sup>

Quanto às diferenças entre regras e princípios, esta é a interpretação de Zagrebelski: “En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, «constitutivo» del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan”.<sup>36</sup>

E acrescenta:

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 151-153.

<sup>35</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 109-110.

<sup>36</sup> Idem, p. 110.

(...) a las reglas «se obedece» y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, «se presta adhesión» y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que tornan parte y a las palabras no hacen sino una simple alusión. (...) las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para (*tomar posición*) ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas.<sup>37</sup>

Os princípios, positivados ou não, servem como diretriz hermenêutica, assim como um limite à atuação legislativa. Mas isto não parece ser empecilho àqueles que insistem em descaracterizá-la, pretendendo reformá-la para que se ajuste às exigências do “mercado”.

Em nome de um combate efetivo à criminalidade, as garantias do processo penal são mitigadas, deparando-se com interpretações judiciais altamente equivocadas, incapazes de efetivar direitos fundamentais implementados pelo texto constitucional. A Constituição se enche de garantias no processo penal, mas a realidade bem reflete sua sociedade, que neste caso, ainda está atrelada àquela visão equivocada da finalidade do processo.

Não obstante ter o processo a finalidade de ser o meio pelo qual o Estado concretiza a atividade jurisdicional, desde que pautado no respeito às garantias individuais, pode-se afirmar que seu fim precípua é “fator de garantia dos cidadãos, pois limita e disciplina a forma de intervenção estatal na composição das lides. Este é o aspecto mais saliente no processo penal.”<sup>38</sup>

Em se tratando de um Estado democrático de direito, a efetividade do processo está estritamente ligada à sua interpretação conforme a Constituição. O processo penal somente pode ser visto à luz da Constituição e dos princípios constitucionais a ele aplicáveis, pois se

---

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> JARDIM, op. cit., p. 63.



a Constituição dispõe sobre princípios e regras a serem observados no processo, este se traduz numa garantia de respeito à ordem constitucionalmente imposta.

A Constituição da República de 1988 se propôs a extirpar o autoritarismo que então imperava, mas a verdade é que a sociedade brasileira ainda não conseguiu desvencilhar-se destas características autoritárias, e estas se refletem no processo penal, que insiste em fechar os olhos ao projeto constitucional. O que se vê é a tentativa de adequação da Constituição da República aos preceitos autoritários presentes na legislação infraconstitucional, quando o momento exige novas técnicas de interpretação e de aplicação do Direito Processual Penal.

## 1.2 Tutela Constitucional do Processo

“Todo o direito processual tem suas linhas fundamentais traçadas no direito constitucional, que lhe fixa as bases, em decorrência de se constituir em ramo do direito público, mas afora o embasamento constitucional, comum a todos os ramos do direito, o direito processual ‘é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos’.”<sup>39</sup>

A fim de garantir os direitos fundamentais do indivíduo, perante o poder estatal intervencionista, foi necessária a edição de normas de cunho garantista nas cartas políticas dos países. No Brasil não foi diferente, uma vez que a Constituição da República impõe ao

---

<sup>39</sup> BARROS, Antonio Milton de. **Processo penal segundo o sistema acusatório**: os limites da atividade instrutória judicial. Leme: Editora de Direito, 2002, p. 31.

Direito Processual Penal pautar-se em princípios que efetivamente garantam e assegurem tais direitos.

Segundo Antônio Scarance Fernandes, “a forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico.”<sup>40</sup>

Neste sentido, tem-se o entendimento de Figueiredo Dias que aduz:

Como todo o verdadeiro direito público, tem o direito processual penal na sua base o problema fulcral das *relações entre o Estado e a pessoa individual* e da *posição desta na comunidade*, bem podendo dizer-se que a sua história não é senão o produto flagrante da transacção destas duas forças vectoriais, constituindo assim um dos indicadores mais sensíveis de qualquer variação na força de acentuação de uma daquelas ideias no mundo do Direito.<sup>41</sup>

Assim se pronuncia Ada Pellegrini Grinover:

O importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível [sic] constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição, é vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive.<sup>42</sup>

Figueiredo Dias afirma que o Direito Processual Penal é, na esteira de H. Henkel, verdadeiro “*direito constitucional aplicado*”.<sup>43</sup> Acrescenta ele que isto se dá numa dupla dimensão: “naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado e naquela outra

---

<sup>40</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

<sup>41</sup> DIAS, op. cit., pp. 58-59 .

<sup>42</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual**, Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 14-15.

<sup>43</sup> HENKEL, H. *Strafverfahrensrecht, ein Lehrbuch*. 2. ed., 1968 *apud* DIAS, op. cit., p. 74.

resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente.”<sup>44</sup>

Considerando-se tais dimensões, Figueiredo Dias evidencia que delas decorrem as seguintes exigências: a) no caso de haver, no curso do processo, qualquer intromissão na esfera dos direitos do cidadão, constitucionalmente garantidos, esta somente será possível havendo *regulamentação legal*, precisa e detalhada; b) a impossibilidade de uma lei ordinária afastar o *núcleo essencial* destes direitos; c) o controle judicial das atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado que se refiram às garantias constitucionais; d) a garantia do juiz legal ou natural; e) a proibição de utilização de provas ilicitamente obtidas. Ao final, acrescenta ele que tanto a interpretação como a aplicação dos preceitos legais deve se concretizar a partir da Constituição e em conformidade com ela.<sup>45</sup>

João Mendes de Almeida Júnior, compartilhando o mesmo entendimento, resume: “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixadas ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfianças e surpresas.”<sup>46</sup>

Desta maneira, fala-se em um Direito Processual Constitucional que, segundo Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, abrange: “de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional”. No tocante à tutela constitucional dos princípios fundamentais da

---

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Idem, pp. 74-75.

<sup>46</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. 1, p. 13.

organização judiciária, têm-se as “normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias”, enquanto a jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos Atos da Administração, bem como o uso de remédios constitucionais-processuais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular. No tocante à tutela constitucional do processo, esta é examinada “em sua dúplice configuração: a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e defesa); b) direito ao processo (ou garantias ao devido processo legal)”. Acrescenta ainda que a Constituição tratou de “configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento político de realização de justiça”. Desta forma, o Direito Processual se traduz na “garantia da tutela jurisdicional do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei.”<sup>47</sup>

E a garantia do devido processo legal se traduz na configuração da tutela constitucional do processo, o próprio direito ao processo, que se diga de passagem, não é tão novo assim, uma vez que desde a edição da *Magna Charta*, em 1215, conforme ressalta Geraldo Prado, “segmentos significativos da comunidade, do ponto de vista político, econômico ou cultural, têm se preocupado com a limitação ao arbítrio dos governantes e a proteção e preservação da dignidade da pessoa humana.”<sup>48</sup>

Canotilho entende o devido processo legal como:

O conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou

---

<sup>47</sup> CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., pp. 79-80.

<sup>48</sup> PRADO, op. cit., p. 1.

poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.<sup>49</sup>

### **1.3 O Caráter Público do Direito Processual Penal e o Fundamento de sua Existência**

Afrânio Silva Jardim ressalta que o Estado, enquanto instituição necessária e voltada para a realização do bem comum (finalidade esta que lhe justifica), busca a obtenção do máximo possível de paz e justiça social, em se tratando de um Estado que se pretende democrático, sendo certo que tal fim é buscado através da função legislativa, administrativa ou jurisdicional. Uma vez condenada a autotutela, fator de desagregação social e injustiças, deve o Estado se aparelhar de forma lógica e técnica para fazer a vontade das partes envolvidas, quando não foi possível chegar a uma autocomposição. Conclui ele: “Não há razão para pôr em dúvida o caráter público da função jurisdicional, concretizada através do ‘devido processo legal’(...)”<sup>50</sup>

A oficialidade enquanto princípio é que determina isto. Assim, em sede de processo penal, a prática de um ilícito demanda uma resposta que será imposta pelo Estado, não ficando esta ao arbítrio de particulares. Todavia, cabe definir-se a quem compete impulsionar o exercício da atividade jurisdicional, inclusive no tocante à investigação da conduta tida como delituosa, nos casos em que se fizer necessário.

---

<sup>49</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 406.

<sup>50</sup> JARDIM, op. cit., p. 16.

De acordo com Figueiredo Dias:

Trata-se aqui a questão de saber a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de a submeter ou não a julgamento. Não no sentido de determinar se uma tal competência deve ser deferida ao juiz da causa ou antes a qualquer outra entidade dele diferenciada (...) Mas naquele outro sentido de estabelecer se uma tal iniciativa deve pertencer a uma entidade pública ou estadual – que interprete o interesse da comunidade, constituída em Estado, na perseguição oficiosa das infrações -, ou antes a quaisquer entidades particulares, designadamente ao ofendido pela infração”.<sup>51</sup>

E uma vez assimilada a natureza pública da função jurisdicional, esta se reflete em todo o seu instrumental, de forma que as relações jurídicas decorrentes do processo sejam consideradas públicas: “Considerada a infração penal como a violação de bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não só lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmônica vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública.”<sup>52</sup>

Ao se estabelecer a jurisdição, como poder exclusivo do Estado, impondo limites ao poder estatal e regulando a busca do ideal de justiça, acaba-se por incluir o Direito Processual Penal no ramo do Direito Público.

Desta forma, fica caracterizado o aspecto público do Direito Processual Penal, se for considerada a autolimitação do Estado no trato com as liberdades públicas.

Neste sentido, é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

---

<sup>51</sup> DIAS, op. cit., pp. 115-116.

<sup>52</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 24.

O Estado de direito tornou obrigatória a aplicação do direito penal pelas vias processuais, para melhor garantir a defesa do acusado e tutelar, assim, eficazmente, seus *ius libertatis*, vias processuais estas, que devem adequar-se aos preceitos garantidores da constituição.

O problema nevrálgico do processo penal é o das relações entre o Estado e o indivíduo, devendo encontrar-se em sua esfera a solução do conflito entre as exigências comunitárias da repressão do crime e a proteção da esfera de liberdades fundamentais.<sup>53</sup>

Outra evidência do caráter público dele é o fato de o Direito Processual Penal, no decorrer do processo, voltar suas atenções para a dignidade da pessoa humana, até mesmo, em detrimento do interesse imediato da sociedade, onde o interesse da pessoa humana se sobrepõe ao interesse público, nos termos da Constituição da República. Afinal, se for o caso, o Estado deve proteger o indivíduo contra todos, inclusive ele.

Figueiredo Dias afirma que o direito processual penal constitui uma parte do Direito Público, não somente porque, como em todo o Direito Processual, o Estado nele intervém no exercício de uma das suas funções, ou melhor, a jurisdicional, mas sobretudo porque a perseguição e condenação dos criminosos sejam matérias a ele pertinentes. O autor destaca:

Como todo o verdadeiro direito público, tem o direito processual penal na sua base o problema fulcral das relações entre o Estado e a pessoa individual e da posição desta na comunidade, bem podendo dizer-se que a sua história não é senão o produto flagrante da transacção destas duas forças vectoriais, constituindo assim um dos indicadores mais sensíveis de qualquer variação na força de acentuação de uma daquelas idéias no mundo do Direito. (...) Daqui que o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de pôr-se limites – inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a *dignitas* humana que pertence mesmo ao mais brutal delinqüente; ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afectadas na esfera das suas liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução de interesse comunitário. É através desta ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso do poder – da parte do próprio Estado ou dos órgãos a ele subordinados – e se põe a força da sociedade ao serviço e sob o controlo do Direito; o que traduz só, afinal, aquela limitação do poder do Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado-de-direito.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 17.

<sup>54</sup> DIAS, op. cit., pp. 58-59.

Continua ele, afirmando que o processo penal está relacionado ao estágio de evolução e desenvolvimento social e cultural de uma certa comunidade, sua consciência jurídica, suas concepções políticas, concluindo que: “O Direito Processual Penal é o produto de uma longa evolução dirigida à escolha dos meios conducentes à realização óptima das tarefas próprias da administração da justiça penal.”<sup>55</sup>

Nada se compara ao Direito Processual Penal no que se refere ao choque existente entre interesses sociais, coletivos e individuais. E aí surge a questão: qual interesse deve prevalecer? Não se pode esquecer inclusive que uma vítima hoje pode vir a ser um acusado amanhã. Neste momento, certamente esta clamará pelo respeito ao devido processo legal.

Assim, o aspecto público do processo penal garantirá este equilíbrio, uma vez que a Constituição prescreve a igualdade entre os cidadãos e o Estado deverá garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, mesmo que venham limitar seus poderes enquanto ente público de segurança do cumprimento da lei e pacificação social.<sup>56</sup>

O poder do Estado, uma vez limitado e subjugado o interesse social imediato, garantindo-se a vontade de todos, e o Direito Processual Penal como veículo dessa garantia demonstra seu caráter eminentemente constitucional, portanto, público.<sup>57</sup>

Eis o entendimento de Afrânio Silva Jardim, sobre a natureza juspublicística do processo penal:

Destarte, cabe aqui uma pergunta: por que o Estado bitola a sua atividade às regras do processo, por que esta autolimitação? Fácil é a resposta. Se o Estado deseja compor litígios para realizar a paz social, extirpando o conflito do seio da sociedade, evidentemente não atingiria tal desiderato se tornasse esta atuação em fonte de violência e discórdia de medo e arbítrio. Ademais, precisa o Estado para bem fazer justiça conhecer a verdade dos fatos, e isto somente será possível através de “devido processo

---

<sup>55</sup> Idem, p. 60.

<sup>56</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 62.

<sup>57</sup> Idem, p. 63.



legal". Por estes motivos, o processo é informado de princípios democráticos, não obstante ser ele uma imposição autoritária do poder público.<sup>58</sup>

Osmar Medeiros, sem pretender ser exaustivo, considera como fundamentais na caracterização do aspecto público do processo penal os seguintes aspectos:

- a) Inquisitividade, aqui como o monopólio estatal na administração do processo, bem como a plena gestão das provas inerentes ao mesmo, tanto as submetidas à jurisdição, quanto as que o julgador pretenda, de ofício, produzir, na busca da verdade real;
- b) Indisponibilidade, esta inerente ao legitimado ativo da ação penal, qual seja, o Ministério Público, bem como à comunidade mesma, a vítima, réu e/ou qualquer cidadão. Todos estes (respeitadas as exceções naturais, como a prescrição, p. ex.), ficam submetidos ao curso do processo até a solução final, independentemente de acordo, transação, composição ou falta de interesse de quem quer que seja. Mais uma vez, surge a busca da verdade real, como elemento essencial a segurança jurídica e à imposição de limites à própria inquisitividade, gerando assim uma garantia do acusado tanto contra o interesse social imediato, quanto contra o poder estatal;
- c) Jurisdição como elemento de pacificação social, no sentido de que, como meio de evitar a vingança privada, mas, aliado ao mesmo tempo ao ideal de justiça, protege eventuais inocentes e garante, a eventuais culpados, o transcurso de um julgamento justo e humano, dentro dos padrões da esfera constitucional, tratando a todos os cidadãos com igualdade e garantindo um potencial democrático à prática processual.<sup>59</sup>

Prossegue o autor, aduzindo que os elementos apontados estão permeados de princípios constitucionais tais como: justiça, democracia, segurança, paz social, dignidade da pessoa humana, estado de inocência, vontade geral, juiz natural, etc. Desta forma, não se pode negar o caráter eminentemente público do processo penal, que deve ser tratado sempre com os olhos da Constituição da República.<sup>60</sup>

O processo penal é um ramo do Direito Público e a essência do Direito Público é a autolimitação do Estado.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> JARDIM, op. cit., p. 63.

<sup>59</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 67.

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37.

Mas o processo penal, enquanto visto como mero sistema de regras de procedimento a serem observadas em face da ocorrência de conduta individual caracterizada como crime, não trazia consigo, em um primeiro momento, qualquer finalidade garantística. Mesmo que se pretendesse dar alguma oportunidade ao acusado, de fato, buscava-se a verdade <sup>62</sup>, mesmo que através de formas equivocadas, sob tortura. <sup>63</sup>

Na opinião de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, há que se ter em mente que a jurisdição, independentemente de ser um poder, se traduz numa garantia constitucional do cidadão, que não pode ser mitigada em nome do efficientismo, próprio do neoliberalismo e do Estado mínimo, sob pena de caracterizar-se assim a negação da democracia. <sup>64</sup>

Numa sociedade democrática, o processo se presta a um duplo papel: instrumento de limitação do poder estatal e instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais. <sup>65</sup>

Se assim for considerado, frente a uma Constituição democrática como é a brasileira, estar-se-ia diante de um processo penal democrático, preocupado em garantir a eficácia aos direitos fundamentais.

---

<sup>62</sup> O discurso sobre a verdade buscada no processo já restou um tanto superado. É ele utópico e irrealizável. Pois, afinal, o que é verdade? Busca-se reconstituir o fato passado para, ao final, se chegar à verdade. Mas qual verdade se busca? Neste sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a partir de Carnelutti (para quem a verdade jamais poderá ser alcançada, uma vez que para conhecê-la, há que se conhecer o todo), conclui que “com efeito, a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das partes que o compõem. Seria, enquanto vislumbrável como figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte – ou são integrantes – do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção. (...)”. COUTINHO, Glosas..., op. cit., p. 81.

<sup>63</sup> SUANNES, op. cit., p. 147.

<sup>64</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, in: **Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**, !TEC, Porto Alegre, 2000, p. 6. Também publicado na Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, Nota Dez, nº 01/2001.

<sup>65</sup> LOPES JR, op. cit., p. 1.

E com base nisso, pode-se definir “o fundamento legitimante da existência de um processo penal democrático, através da instrumentalidade garantista, ou seja, o processo como instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas.”<sup>66</sup>

Havendo um injusto típico, e uma vez abolida a justiça privada, cabe ao Estado a tutela jurisdicional, o monopólio da justiça, instrumentalizado através do devido processo penal, que legitimará a imposição da pena. Assim, fica evidenciado o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal, por ser o processo o caminho necessário à imposição da pena: *nulla poena sine iudicio*.

Mas o processo, por sua vez, para ser democrático, deve ser útil e eficaz à imposição da pena, caso contrário, somente irá acarretar aflição, constrangimento e gerar estigmatizações.

Aury Lopes Jr assim se manifesta: “Trata-se de um patente constrangimento ilegal – processo substancialmente inconstitucional – pois o Estado não está autorizado a utilizar o processo penal como pena em si mesmo, e tampouco está legitimada a estigmatização social e jurídica produzida sem suficiente justa causa.”<sup>67</sup>

A instrumentalidade do processo penal não implica dizer que este é um instrumento hábil a unicamente satisfazer a pretensão acusatória, tornando-se um recurso impropriamente utilizado em nome da segurança pública.

É certo que a violência está na ordem do dia, mas como fato complexo que é, não pode receber tratamento meramente jurídico e, pior, para oprimir. Pode-se observar uma tendência a deslocar as questões públicas para a área do Direito Penal, acabando por

---

<sup>66</sup> Idem, p. 2.

<sup>67</sup> Idem, p. 8.

criminalizar problemas sociais. A incerteza e a falta de garantia são transformadas pelo Estado em uma simples questão de “lei e ordem”.

Mas existe uma independência conceitual e metodológica entre Direito Processual e direito material, bem esclarecida por Cândido Dinamarco: “Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintos do ordenamento jurídico, mas estão unidos pela unidade de escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (*substance-procedure*).”<sup>68</sup> Existe uma nítida relação de complementaridade entre Direito Penal e Processo Penal, e neste sentido Figueiredo Dias se manifesta, afirmando que o Direito Processual e o Direito Substantivo Penal formam uma unidade, em razão de este concretizar-se através do Direito Processual, gerando assim uma “relação mútua de complementaridade funcional”.<sup>69</sup> Importante esclarecer que esta instrumentalidade funcional não nega a autonomia deste em relação ao Direito Substantivo em razão do interesse material específico do processo, qual seja, “o da realização concreta da própria ordem jurídica”.<sup>70</sup> Entretanto, não se está diante de “modos diversos de perspectivar o mesmo objeto, mas perante regulamentações jurídicas autônomas, justificadas pela diversidade de objectos a que se dirigem.”<sup>71</sup>

Aury Lopes Jr. considera a instrumentalidade do processo penal como fundamento de sua existência, somada a uma característica fundamental: ser instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. Instrumentalidade esta que se relaciona ao Direito Penal, às

---

<sup>68</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 448.

<sup>69</sup> DIAS, op. cit., p. 28.

<sup>70</sup> Idem, p. 33.

<sup>71</sup> Idem, p. 34.

garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. Para ele, traduz-se na instrumentalidade garantista.

Para Ferrajoli, o garantismo:

No tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales – de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos – representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos ‘artificios’ – como los llamó Hobbes – que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base substancial de la democracia.<sup>72</sup>

Adauto Suannes justifica:

A finalidade do processo penal é, antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação de sua liberdade e a manutenção do seu estado de inocência até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão incumbido disso, a necessidade de cercear-se aquela liberdade, seja pela ocorrência de fato grave ensejador de provimento cautelar a ser solicitado ao juiz, que o apreciará, seja em vista da comprovação cabal dos fatos e sua autoria.<sup>73</sup>

E o processo é o local de debate, onde se fala e se escuta. Sem pretensão de buscar necessariamente um culpado, mas apurar fatos. Sem pressa, afinal, não se pode sacrificar o ato de julgar pelo atropelo em se dar respostas à violência. Não se pode atropelar direito e garantias. Mas também não se pode haver uma demora excessiva, que segundo Aury Lopes Jr., acaba por punir, ou pela angústia prolongada, ou pelo desgaste psicológico, ou pelo empobrecimento do réu, enfim, “por toda estimatização social e jurídica gerada pelo simples fato de estar sendo processado.”<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004, pp. 28-29.

<sup>73</sup> SUANNES, op. cit., p. 163.

<sup>74</sup> LOPES JR., op. cit., p. 34.

No processo penal não se pode permitir que direitos ou garantias sejam excluídos ou mesmo inadequadamente protegidos.

Aury Lopes Jr. diz que o processo, antes de servir para a aplicação da pena, serve ao Direito Penal e a pena não é a única função do Direito Penal. Ficar restrito à afirmação de que o Direito Processual Penal se presta a realizar a lei penal acaba por limitar sua função e conseqüentemente, sua relevância.

Prossegue ele:

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.<sup>75</sup>

#### **1.4 Garantias Constitucionais do Processo Penal**

No que se refere às origens das garantias constitucionais, considera-se que estas se deram a partir do Iluminismo e da ascensão do pensamento liberal nos séculos XVII e XVIII, particularmente neste último, preocupado com o respeito aos direitos do homem, manifestado através das “declarações de direitos do homem e do cidadão”. Não se pode

---

<sup>75</sup> Idem, p. 37.

negar que a Revolução Francesa (1789) acabou influenciando as declarações de direito, enquanto ideologia liberal. Não obstante, aqui se observa a diferença entre a Grã-Bretanha e a Europa continental<sup>76</sup>. Nos dois casos há o aparente desmoronamento dos regimes absolutos, mas são outras as condições filosóficas.

Surgia então o Estado de Direito, pautado na legalidade e na supremacia da Constituição, ressaltando que esta se destinava a limitar o poder absoluto.

Outras teorias existem, quer atribuindo a origem à Reforma religiosa preconizada por Martin Lutero, que acabou por estender os preceitos libertários à política, quer atribuindo à economia o desencadeamento de tais garantias.

Paulo Bonavides distingue que o constitucionalismo europeu, com história e tradição, teve por premissa a sociedade feudal do *Ancien Régime*, organizada e estruturada, enquanto o constitucionalismo brasileiro emergiu das ruínas do colonialismo, misturando vícios, a escravidão dos africanos e o absolutismo europeu opressor. Contudo, tiveram a mesma fonte doutrinária: o constitucionalismo francês, com as garantias fundamentais insculpidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, contendo a essência e a forma de Estado de Direito.<sup>77</sup>

Mas o que se não pode contestar é que os direitos e garantias individuais de “status constitucional”, situados no ápice do ordenamento jurídico, nasceram com o Estado de Direito, em consequência da elevação do princípio da legalidade à qualidade de fundamento das liberdades. Ressaltem-se, ainda, as garantias institucionais, que acabaram

---

<sup>76</sup> O *commn law* não conheceu a renovação pelo direito romano, pela codificação, própria do direito francês e outros da família romano-germânica (caráter racional-lógico). Desenvolveu-se de forma autônoma, fruto de uma longa evolução, de grande sabedoria, com faculdades de adaptação, com valor permanente, de caráter tradicional.

<sup>77</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil, in: **Notícia do Direito Brasileiro**. Brasília. Nova Série, nº 9, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p.18.

por fortalecer o aspecto social das garantias constitucionais, elevando a proteção dos direitos coletivos à esfera de instituições constitucionalmente protegidas.<sup>78</sup>

Interessante, aqui, a distinção entre direitos e garantias, para melhor se falar em garantias constitucionais e direitos fundamentais. Neste sentido, expressa-se Paulo Bonavides: “Direito é a faculdade<sup>79</sup> reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”.<sup>80</sup>

Na lição do constitucionalista Jorge Miranda:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muito delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.<sup>81</sup>

Entretanto, autores expressivos como Gomes Canotilho entendem não haver diferenciação entre garantias e direitos, e neste sentido:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen, direito de habeas corpus, princípio non bis in idem).<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 71.

<sup>79</sup> Importante ressaltar que certos direitos vão além da mera faculdade do sujeito dele fazer uso, e neste grupo se inserem os direitos fundamentais.

<sup>80</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 528.

<sup>81</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: “Direitos Fundamentais”**, 2. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 1198, pp. 88-89.

<sup>82</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 520.



Quando se fala em direitos e garantias, sempre se tem em mente que os direitos se apresentam positivados, entretanto, em se tratando de direitos fundamentais, a questão ganha maior amplitude.

No que se refere às garantias constitucionais, Paulo Bonavides as vislumbra sob duas formas: na acepção lata, ou seja, garantias constitucionais enquanto garantias da Constituição, de sua efetividade; e na acepção estrita, que dizem respeito aos direitos subjetivos a serem resguardados pela Constituição, não se restringindo à garantia nela positivada.<sup>83</sup>

Em se tratando de princípios, a dificuldade já se inicia quando se pretende defini-los, mormente quando são considerados como absolutos e imutáveis.

Ruy Samuel Espíndola refere-se à dificuldade de se chegar a um consenso, na questão pertinente aos princípios, afirmando que: “Conceituá-los, classificá-los, defini-los, imiscuí-los em adequada base metodológica, lançando luzes para sua correta compreensão, interpretação e aplicação, constitui alguns dos desafios contemporâneos colocados aos juristas.”<sup>84</sup>

Gomes Canotilho assim traduz por princípios: “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada”.<sup>85</sup> E Carvalho completa: “Princípios são as idéias fundamentais que constituem o arcabouço do

---

<sup>83</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 488.

<sup>84</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.29-30.

<sup>85</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1123.

ordenamento jurídico; são os valores básicos da sociedade que se constituem em princípios jurídicos.”<sup>86</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello salienta:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...). Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...).<sup>87</sup>

Para Alexy, “(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...).”<sup>88</sup>

Fundamental expor as considerações de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho acerca de princípios, em se tratando de processo penal:

---

<sup>86</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 7.

<sup>87</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992, pp. 299-300. A definição de Bandeira de Mello não é muito clara, seja quanto ao “mandamento nuclear”, seja quando afirma que “violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”, uma vez que se os princípios estão inseridos em um sistema, pressupõe-se que seja parte dele e não seu núcleo. Quanto à outra questão proposta, parece não restar dúvida de que princípio é norma.

<sup>88</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86. Tradução livre: “(...) os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandatos de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas”.

A par de se poder pensar em *princípio* (do latim, *principium*) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui é conveniente pensá-lo(s) como *motivo conceitual sobre o(s) qual(ais) funda-se a teoria geral do processo penal*, podendo estar positivado (na lei) ou não. (...) Por evidente, falar em *motivo conceitual*, na aparência é não dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos.(...) Dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. (...) O papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou fazer nas Faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo. O problema maior, neste passo, é seu efeito alienante, altamente perigoso quando em jogo estão valores fundamentais como a vida, só para ter-se um exemplo.<sup>89</sup>

Luigi Ferrajoli assim entende: “la riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no solo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas”.<sup>90</sup>

Desta maneira, pode-se afirmar que princípio é *motivo conceitual*, sobre o qual se funda uma dada ordem; não há que se negar que os princípios, positivados ou não, são normas, mas a questão que se põe diz respeito ao fato de os operadores do Direito não atentarem para sua importância quando da prestação jurisdicional, negando-lhes efetividade.

Como bem informa Marco Antonio Lima Berberi, os princípios que desempenham a função de fundamento da ordem-sistema jurídico são chamados ontológicos, deles decorrendo os princípios lógicos e os teleológicos. Os lógicos não podem contradizer o princípio fundante, “sem embargo de desempenharem a função e estruturação do sistema, de modo a propiciar, pelas conseqüências, um maior conhecimento do ser”, e os teleológicos, “que funcionam como condição de possibilidade dos meios para se alcançar

<sup>89</sup> COUTINHO. *Introdução...* op. cit., p. 1.

<sup>90</sup> FERRAJOLI. *Derecho...* op. cit., p. 174. Tradução livre: “a riqueza dos princípios de um ordenamento está determinada não somente pelos valores de justiça substancial por ele incorporados no plano legal, senão também pelo trabalho científico e jurisprudencial desenvolvido pelos juristas”.

os fins”. Os princípios fundantes “são formados na sociedade, por sua história, a partir dos seus anseios e das suas conquistas. Não são verdades preestabelecidas, inquestionáveis, intocáveis; ao contrário, são frutos da sociedade e com ela mantêm referência, mormente no que toca às transformações pelas quais dita sociedade passa.”<sup>91</sup>

É fato que o processo se desenvolve em conformidade com determinados princípios e não aleatoriamente à vontade do julgador. Os princípios constitucionais do processo se traduzem em proteção contra o arbítrio da autoridade judicante. Assim, o processo não se limita a perseguir os acusados da prática de conduta delitiva, para lhes impor uma pena, mas tem a função de garantir a liberdade do acusado diante desta pretensão punitiva do Estado, e isto somente será alcançado se observados os princípios constitucionais. Não basta, assim, a existência do processo, se esta vier apartada de sua regularidade.

Entretanto, o suposto combate à criminalidade e à violência tem justificado a supressão das garantias constitucionais pertinentes ao processo penal. Portanto, não pode ser um instrumento de justiça a qualquer custo, mas um instrumento de proteção da dignidade do acusado, garantindo-lhe os direitos humanos fundamentais.

Conforme sinalizado por Cintra, Grinover e Dinamarco, as garantias não se prestam aos interesses das partes, enquanto direitos subjetivos, mas representam, especificamente, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 178-179.

<sup>92</sup> CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p. 82.

A Constituição de 1988 adotou o modelo acusatório para o processo penal, o que ficou evidenciado nas questões relacionadas: à titularidade da ação penal pública<sup>93</sup>; à nova dimensão do papel do magistrado no modelo acusatório (quando a visão garantista coloca o magistrado na posição fundamental de salvaguarda dos direitos do investigado, ainda na fase investigatória, bem como assume novos compromissos sociais e éticos no desenrolar do processo); à preocupação com os direitos do acusado enquanto sujeito de direitos e não mais objeto de investigação; à preocupação com a vítima (merece também tratamento garantidor no processo penal, com direito à proteção especial de sua integridade física, bem como direito à reparação do dano, sem, contudo, esquecer-se que deve apresentar-se comprometida com a verdade dos fatos). O mais importante é o devido processo legal que encabeça o conjunto dos princípios constitucionais.

As garantias constitucionais do processo penal, sob um aspecto genérico, “são instrumentos técnico-jurídicos que estejam em condições de converter um direito reconhecido ou atribuído em abstrato pela norma, em um direito efetivamente protegido em concreto e, portanto, suscetível de plena atuação ou reintegração se violado. Além disso, elas são fundamentais e invioláveis no contexto dos direitos das liberdades pessoais do indivíduo.”<sup>94</sup>

O princípio do devido processo legal se encontra na base de um Estado de Direito moderno, e sua importância reside primordialmente nas garantias que dele decorrem, servindo de vetor e base para que se alcance um direito material pautado na razoabilidade

---

<sup>93</sup> O art. 129, I, dispõe que nos crimes de ação penal pública, condicionada ou não, a legitimidade ativa fica exclusivamente a cargo do Ministério Público.

<sup>94</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

das leis, e um processo realmente democrático, efetivo e justo, em se tratando de uma sociedade que busca a democracia plena.<sup>95</sup>

Na realidade, a simples previsão constitucional desse princípio já se traduz num avanço para o mundo jurídico, quando a sociedade demonstra não mais aceitar um Estado que atue sem controle, suprimindo direitos fundamentais dos cidadãos, mas isto, Slaibi Filho reconhece, tem base no fato de que “a questão da assimilação do devido processo legal como prática social é questão que, antes de jurídica, decorre dos padrões culturais que se pretende alterar: o legislador constituinte fez o que lhe cabia, que foi prever o sistema. Aos integrantes da comunidade jurídica caberá o maior fardo: assimilar um novo padrão cultural, e depois transmiti-lo à sociedade.”<sup>96</sup>

Mas a sociedade parece não se questionar acerca dos fatos com que depara. Jacinto Nelson referiu-se à “falta de discórdia no pensamento brasileiro de hoje”, aduzindo que a ditadura intelectual faz com que se permaneça no conforto do sono dogmático, salvo poucas exceções, sem se ter paciência para refletir sobre a contraposição, ressaltando que, “sem ela, porém, crescer é impossível”.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> BONATO, op. cit., p. 1.

<sup>96</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 185.

<sup>97</sup> COUTINHO, **A lide...**, op. cit., p. 17.

## **CAPÍTULO II - DEVIDO PROCESSO LEGAL – DEVIDO PROCESSO PENAL**

### **2.1 Esboço Histórico**

O “devido processo legal”, sob a ótica principiológica, traduz-se num instrumento jurídico necessário, basilar, imprescindível e inafastável para a garantia dos direitos fundamentais, dele emanando outros princípios também primordiais para um processo democrático.

O princípio do devido processo legal sempre esteve atrelado à defesa dos ideais de liberdade, e mesmo em diferentes épocas sempre se manifestou como uma garantia das liberdades públicas do indivíduo em face do poder público e dos demais.

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro: “O princípio do devido processo legal, em que radica a moderna concepção de legalidade, pode ser considerado um dos mais antigos e veneráveis institutos da ciência jurídica, cuja trajetória perpassou os séculos desde o medievo e garantiu sua presença no direito contemporâneo com renovado vigor.”<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

A origem do princípio, no Direito inglês, veio com a Magna Carta, em 1215, outorgada pelo rei João “Sem Terra”. De lá, mais tarde, passou ao Direito norte-americano, até que, posteriormente, viesse a alcançar o Direito brasileiro.

Conforme Gilson Bonato, este princípio foi o “marco inicial das reivindicações populares que viriam posteriormente dar origem às constituições democráticas.”<sup>99</sup>

Arturo Hoyos entende que o devido processo “ha encontrado su sitio en las constituciones modernas y democráticas como un derecho fundamental que no solo garantiza la actuación del derecho material sino que impone limites importantes a la acción del Estado al punto de constituir un freno a la potencial acción arbitraria de éste frente a todas las personas sujetas a dicha acción.”<sup>100</sup>

Rui Portanova afirma tratar-se de uma “garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.”<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> BONATO, op. cit., p. 6 (em nota de rodapé).

<sup>100</sup> HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal (Art. 32 de La Constitución Política), in: **Revista de Processo**, ano XII, nº 47, p.45, julho-setembro de 1987. Tradução livre: “Encontra seu lugar nas constituições modernas e democráticas como um direito fundamental que não somente garante a atuação do direito material, mas que impõe limites importantes à atuação do Estado a ponto de traduzir-se num freio à potencial ação arbitrária deste frente a todas as pessoas sujeitas à sua ação.”

<sup>101</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 145.



### 2.1.1 Inglaterra

A “idéia” do devido processo legal teve sua origem com a Magna Carta das Liberdades (*Magna Carta Libertatum, Great Charter of Liberties ou Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*),<sup>102</sup> com o fim precípua de limitar as ações reais e acabou caracterizando a defesa do homem contra o Estado, a garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público.<sup>103</sup>

Outorgada pelo rei João, conhecido como João “Sem Terra” (Lackland), em 15 de junho de 1215, a Magna Carta trazia no capítulo 39<sup>104</sup> a seguinte disposição: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatum*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*).”<sup>105</sup>

Não se pode afirmar que se tratava de uma autêntica declaração de direitos e nem que isso o torne menos importante, mas historicamente se referia tão-somente à exigência feita ao monarca, pelos nobres ingleses, para que lhes restituíssem os privilégios que então

---

<sup>102</sup> Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês – salientando que o vocábulo “Carta” era grafado com ch, no latim clássico, mas foi utilizado, durante a Idade Média, sem h. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 69.

<sup>103</sup> CASTRO, op.cit., p. 5.

<sup>104</sup> Como ressalta Arturo Hoyos, a Magna Carta expedida em 1215 foi por diversas vezes reexpedida, sendo que em 1225, foi ela reduzida de 63 a 27 capítulos, passando a ser tratado no capítulo 29, o que viria a ser a expressão “devido processo legal” (então “lei da terra”). V. HOYOS, op. cit., p. 46.

<sup>105</sup> COMPARATO, op. cit., p. 83. “*Nullus liber homo capitur, vel imprisonetur, aut dissaisiatum, aut utlangetur, aut exultetur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”.

detinham, agora minguidos diante dos privilégios da Coroa, visando à convivência harmoniosa entre a nobreza e o rei, ou seja, um documento de pacificação entre classes dominantes.

Mas, não se pode negar, como explicitado por Carlos Roberto Siqueira Castro, que a cláusula “*due process of law*” acabou por semear princípios fundamentais, por exemplo, o da “conformidade com as leis”, o do “juiz natural”, o da “legalidade tributária” e o instituto do *habeas corpus*<sup>106</sup>, traduzindo-se num postulado de grande relevância para a organização social e política na era moderna, ao lado da “igualdade perante a lei” (*equal protection of the law*).<sup>107</sup>

Após Henrique II (1154-1189), o trono inglês foi assumido por seu filho, Ricardo, que ao se dirigir para as Cruzadas permitiu que seu irmão João ficasse em seu lugar, isto em 1199. A Inglaterra, após tantos conflitos, inclusive com a França, encontrava-se endividada, levando a um aumento substancial da tributação, o que agravou ainda mais a situação já de desagrado experimentada pelos nobres.

Pontes de Miranda descreve aquele período:

Os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais, postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Importa ressaltar que o *habeas-corpus* já existia na Inglaterra, antes mesmo da Magna Carta, como mandado judicial (*writ*) em se tratando de prisão arbitrária. Mas sua eficácia era reduzida, diante da ausência de regras processuais adequadas. A Lei de 1679 veio sanar tal situação. COMPARATO, op. cit., p. 85.

<sup>107</sup> CASTRO, op. cit., p. 5.

<sup>108</sup> PONTES DE MIRANDA. **História e prática do habeas corpus**. 7 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 11. Embora o rei João “Sem Terra” tenha sido um fiel vassalo do papa, ele “é lembrado como um opressor da Igreja e como um tirano para os seus súditos”. V. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 52-53.

Os barões, aproveitando-se da situação de fracasso experimentada por João diante da França, incumbiram Stephen Langton, o mesmo que anos antes levou ao incidente entre o rei e o papa Inocêncio III <sup>109</sup>, a redigir o documento que procurava garantir aos nobres alguns privilégios. Diante da negação do Rei em assinar tal documento, a Igreja se mobilizou e tomou a cidade de Londres. Temeroso que a situação se agravasse, o rei João “Sem Terra” se viu obrigado a ceder às imposições dos barões.

Observa-se, assim, que tal documento trazia um acordo político entre as partes: Coroa e barões, onde o rei mantinha sua autoridade deixando explicitado que as concessões de direitos se davam unilateralmente e eram fruto de sua generosidade, com o fim precípua de apaziguar os ânimos. <sup>110</sup> O preâmbulo da Magna Carta corrobora tal assertiva: “(...) That we wish this so to be observed, appears from the fact that our own free will, before the outbreak of the present dispute between us and our barons (...)” <sup>111</sup>

Mas o fato é que os barões acabaram por alcançar uma posição destacada, uma vez que o documento, ao ser dirigido aos “homens livres” (e aí se inserindo os barões e os proprietários da terra) terminou por excluir uma grande parcela da população dos direitos concedidos, permitindo inclusive que os senhores feudais pudessem manter pessoas trabalhando sob condições indignas ou mesmo sob regime de escravidão. Afinal, havendo a prática de qualquer ilegalidade, eles não mais seriam submetidos às arbitrariedades do

---

<sup>109</sup> O rei, ao não acolher a designação de Stephen (ou Estevam ou Estevão) Langton como Arcebispo de Canterbury, em 1206, fez com que o papa Inocêncio III acabasse por excomungá-lo e determinasse o fechamento das igrejas, forçando-o a retratar-se anos depois (em 1213), diante da grande insatisfação gerada, pela impossibilidade do povo refugiar-se na fé.

<sup>110</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 113.

<sup>111</sup> CASTRO, op. cit., p. 6 (em nota de rodapé). Tradução livre: “(...) O que nós esperamos que seja observado, surge do fato que nosso livre desejo, antes da deflagração da presente disputa entre nós e nossos barões (...)”.

monarca, mas teriam direito ao julgamento por seus pares ou ao julgamento pela “lei da terra”, o que implicava respeito à lei.<sup>112</sup> Segundo a lei, pode-se dizer segundo os procedimentos e por força do direito aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, segundo os costumes e princípios consagrados no *common law*.<sup>113</sup>

Uma evidência de que a Magna Carta se restringia às partes envolvidas se traduz no fato de ter sido escrita em latim<sup>114</sup>, o que dificultava que os provenientes de classes menos favorecidas nem sequer compreendessem o seu conteúdo.

Entretanto, o documento a princípio redigido para proteger os barões dos desmandos do rei, visto como egoísta e elitista, acabou por beneficiar outros cidadãos, devido, principalmente, às interpretações doutrinária e jurisprudencial posteriores.<sup>115</sup> Ocorreu como que um ajuste às necessidades advindas com o tempo, ganhando maior abrangência, e as interpretações, se errôneas ou não, tornaram-se de grande valia, servindo de base para leis e garantia de direitos moldados pela história.

Paulo Fernando Silveira afirma: “Legislaram, na época, para poucos. Mas a história se incumbiria de estender os benefícios a todos, motivo pelo qual nós também devemos pagar enorme tributo à Magna Carta.”<sup>116</sup>

Na perspectiva de Greco Filho: “(...) A Carta valeu, porém, por uma felicidade de redação, para que as gerações posteriores lessem o texto como fixador de princípios mais gerais, de obediência à legalidade, da existência de direitos da comunidade que o próprio

---

<sup>112</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 114.

<sup>113</sup> CASTRO, op. cit., p. 07.

<sup>114</sup> Idem. “*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libere tenemento sua vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur; aut exuletur; aut aliquo modo destruat; nec super eo ibimus, nec super eum mittimus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.*”

<sup>115</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 115.

<sup>116</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**: due process of law. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 17.

rei deve respeitar.”<sup>117</sup> No mesmo sentido, Gilson Bonato<sup>118</sup> ressalta que a Magna Carta acabou servindo a gerações futuras.

A Magna Carta, no seu capítulo 39, trazia a seguinte redação: “Nenhum homem livre será tocado, ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, nem nós iremos contra ele, nem permitiremos que alguém o faça, exceto mediante um julgamento legal pelos seus pares, ou pela lei da terra.”<sup>119</sup>

Para Osmar Medeiros, o que possibilitou tão abrangentes interpretações foi a expressão “lei da terra”, a princípio vista como uma exigência quanto à observância da legalidade. A partir de uma interpretação literal, poder-se-ia imaginar qualquer lei, proveniente de autoridade competente, dentro de um dado território, que beneficiaria uns em detrimento de outros, com base apenas no requisito da validade, na sua acepção positiva pura. Porém, a partir do momento em que se pretende supor a Constituição como lei máxima numa ordem jurídica, a expressão meramente positivista não merece guarida.

Thomas Cooley se vale das palavras de Webster, discorre:

Nem tudo aquilo que pode aparecer sob a forma de uma deliberação legislativa pode considerar-se como lei da terra. Se assim fosse, as leis infamantes (**acts of attainder**), as de castigos corporais (**bills of pains**), as de confiscação, os atos revocatórios de sentenças, aqueles pelos quais se priva alguém da sua propriedade para transferi-la diretamente a outrem, os julgados legislativos, os decretos e as confiscações de toda forma possíveis seriam leis da terra. Tão estranha interpretação tornaria completamente ineficazes e nulos os dispositivos constitucionais da mais alta importância. Não haveria mais uma só lei geral estável que os tribunais pudessem aplicar; ou que os cidadãos pudessem viver à sombra delas. A administração da justiça seria uma forma vã e uma cerimônia inútil. Os juízes

---

<sup>117</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 29.

<sup>118</sup> BONATO, op. cit., p. 10.

<sup>119</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 83. “*No free man shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgement of his peers or by the law of the land.*”

desempenhariam as suas funções não já para declararem a lei e administrarem a justiça do país, mas para cumprirem simplesmente as decisões e os decretos legislativos.<sup>120</sup>

Desta forma, a expressão “lei da terra”, com a evolução da sociedade e do Direito, passa a ser entendida como a lei justa, acrescentando Webster que “por lei da terra, propriamente, antes se entende o direito geral, o direito que ouve antes de condenar, que age mediante investigações, e que só enuncia a sua sentença após a competente prova. Isto significa que cidadão gozará da vida, liberdade, propriedade e conseqüentes imunidades, sob a proteção das regras gerais que governam a sociedade.”<sup>121</sup>

Conforme preconizado por Gilson Bonato, os exegetas não são uníssonos quanto às traduções utilizadas na Magna Carta, até mesmo na redação definitiva dada por Henrique III, em 1225, sucedendo seu pai, João “Sem Terra”, no trono. Mas a unanimidade reside no fato de se considerar como objetivo daquele documento a redução do poder do rei em favor dos súditos.<sup>122</sup>

Em 1265 foi proposta a criação do Parlamento, formado por representantes do baronato e da classe média, e isto contribuiu para que os preceitos da Magna Carta se consolidassem de vez.<sup>123</sup> Não se esquecendo que estes preceitos acabaram por servir de modelo para todos os governos democráticos.

Durante o reinado de Eduardo III, no ano de 1354, quando foi editada uma lei do Parlamento inglês (*Statute of Westminster of the Liberties of London*), o termo *per legem terrae* foi substituído por *due process of law*, por um legislador anônimo, com a seguinte

---

<sup>120</sup> COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América do Norte**. (trad. de Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Russell, 2002, pp. 218-219. Palavras estas proferidas na atuação de Webster no caso *Dartmouth College v. Woodward* (4Wheat.518.Webster’s Works. v. 487).

<sup>121</sup> *Idem*, p. 219.

<sup>122</sup> BONATO, op. cit., p. 12.

<sup>123</sup> SUANNES, op. cit., p. 100.

redação: “Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será retirado de sua terra ou imóvel, nem preso ou encarcerado, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que lhe seja permitido defender-se através do devido processo legal.”<sup>124</sup> Assinala-se ainda que nessa época as expressões *law of the land*, *due course of law* e *due process of law* eram tratadas sem distinções.<sup>125</sup>

Para Coulture, “entre *law of the land* y *due process of law* no media sino una instancia de desenvolvimiento. El concepto específicamente procesal de la Carta Magna, se hace genérico en la Constitución.”<sup>126</sup> O fato de Couture considerar a relação entre os dois termos mera instância de desenvolvimento, corrobora o entendimento de que a evolução do significado da Magna Carta foi fruto de uma evolução sociocultural.<sup>127</sup>

Não há dúvida que as liberdades e privilégios contidos na Magna Carta, diante das mudanças sociais e econômicas na Inglaterra, acabaram por se estender a outros segmentos da população.

Conforme apontado por Danielle Anne Pamplona, o Parlamento, na Inglaterra, era detentor de grande confiança na defesa das liberdades, de modo que a cláusula do *due process of law* nunca foi interpretada como uma limitação a esse poder. A autora identifica que o próprio princípio da legalidade era interpretado como o necessário respeito à vontade

---

<sup>124</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá, 2004, p. 39. “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law”. (tradução livre).

<sup>125</sup> CASTRO, op. cit., pp. 07-08.

<sup>126</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 99. Tradução livre: “entre lei da terra e devido processo legal, não há senão uma instância de desenvolvimento. O conceito especificamente processual da Carta Magna se faz indeterminado na Constituição”.

<sup>127</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 119.

do parlamento, sem que tal princípio fosse invocado para questionar o modo ou o conteúdo dos atos elaborados pelo Poder Legislativo.<sup>128</sup>

Para melhor compreensão de como se deu o nascimento do *due process of law* na Inglaterra, necessário se faz um retorno ao processo de colonização que lá se instalou. Em 1066, a conquista da Inglaterra por Guilherme da Normandia trouxe um poder forte, centralizado, rico em experiência administrativa. Instalava-se o feudalismo. Mas a divisão de terras era feita de forma diferente do continente europeu: as terras eram distribuídas em pequenas porções, evitando-se assim a concentração de grandes poderes nas mãos de nobres, que deviam fidelidade ao rei. Foi criada a figura do *sheriff* e o rei permaneceu como o maior senhor feudal, dotado de grande autoridade, caráter militar, organizado, e neste ambiente foi desenvolvido o *common law*.<sup>129</sup>

José Reinaldo de Lima Lopes comenta que sendo o sistema imposto pelos normandos na Inglaterra o “feudalismo centralizante”, o rei, senhor absoluto, detinha o direito de dirimir as questões de detenção de terra, interferindo nas disputas locais, através da *King's Courts* e *King's Bench*. O súdito recorria ao rei, pedindo proteção à *Curia Regis*, quando o lord chanceler emitia um *writ*, um *breve*, ao *sheriff* local. Estes *writs* eram concedidos se pedidos e pagos adequadamente. Os Tribunais Reais de Justiça acabaram especializando-se em Tribunal do Tesouro (*Saccarium* ou *Court of Exchequer*), que apreciava as questões de rendas e tributos, em Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*), que analisava questões comuns pertinentes à posse de terras entre particulares, e em Tribunal do

---

<sup>128</sup> PAMPLONA, op. cit., p. 39-40.

<sup>129</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 285.



Banco do Rei (*King's Bench*), que julgava os crimes contra a *paz do rei*.<sup>130</sup> Enquanto o *Saccarium* e os *Common Pleas* localizavam-se em Westminster, o *King's Bench* era itinerante, somente fixando-se em Westminster, no século XV.<sup>131</sup> Os nobres passaram a temer a emissão aleatória dos *writs*, que nem sequer eram devidamente analisados. Com a *Magna Carta* os breves somente seriam emitidos havendo um costume anterior já estabelecido, um precedente. Mas com o tempo, diante de casos sem precedentes, o lorde chanceler passava a decidir pela equidade (*in equity*). Enquanto o rei deu o direito comum (processual) do povo inglês, os costumes locais deram a base ao direito material.

Assim nasceu o *common law*, que acabou aprimorado por um *writ* de Henrique II, em 1166, ao ser criado um Tribunal em Clarendon e, com ele, o *Trial by jury*.<sup>132</sup> O júri em matéria judiciária apareceu com Henrique II, com medidas destinadas a lutar contra os ordálios. Exemplo disto, tem-se na acusação pública em matéria criminal entregue à comunidade local, um júri, depois chamado *Grand Jury*, que deveria denunciar os crimes mais graves (assassínios, roubos, etc.) aos juízes (*indictment*); composto de 23 jurados em cada condado (*county*), de 12 jurados em cada centena (*hundred*), tornando-se o júri de acusações onde os jurados decidiam conforme seu conhecimento, no entanto considerar as provas coligidas. Esta tarefa estaria nas mãos de um segundo júri, o *Petty Jury*, composto de 12 jurados, “*boni homines*”, recrutados entre os vizinhos. Com o desaparecimento progressivo dos ordálios no século XIII, o júri deveria decidir se o acusado era culpado ou inocente, conforme o que sabiam do caso, pois eles eram a prova que retratava a verdade.

---

<sup>130</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 78.

<sup>131</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. (trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros). Lisboa: Gulbenkian, 1988, p. 210.

<sup>132</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, *in*: idem (org.). **Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34.

Nos séculos XV-XVI, o *Petty Jury* tornou-se uma instituição que ouvia testemunhas e julgava a partir do que se havia provado.<sup>133</sup>

Mas como bem ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “No constante conflito entre as forças, entre os barões e o rei, parece ter levado vantagem o povo, até assumir a consciência de ser o efetivo detentor do poder, pelo menos para efeito de não ter violado o seu espaço de intimidade, com uma cultura de respeito à cidadania.”<sup>134</sup>

Fundamental salientar que a luta travada pela conquista da Magna Carta se presta a evidenciar que o homem, sem qualquer distinção, nasceu livre e assim deverá permanecer, e que nenhuma pessoa, por maior poder que detenha, estará acima da lei, ameaçando a vida, a liberdade, os direitos e os bens de quem quer que seja, sem o devido processo legal, embora os rumos da história não estejam predeterminados e os efeitos nem sempre decorram das aparentes causas.

### 2.1.2 Estados Unidos

Após o período marcado pelo rompimento entre o soberano (Henrique VIII) e a Igreja Católica, surgiram seitas protestantes, sendo que seus seguidores mais radicais buscavam uma religião pura, não contaminada pelo catolicismo. Entretanto, não alcançaram este

---

<sup>133</sup> GILISSEN, op. cit., p. 214.

<sup>134</sup> COUTINHO. O papel... op. cit., p. 36.

intento, inclusive com o novo rei, James I, que não acolheu o rol de reformas proposto por eles, levando-os a buscar no Novo Mundo a tal sonhada vida perfeita.<sup>135</sup>

Segundo Suannes: “A história do *due process of law*, notadamente no seu aspecto garantístico, confunde-se com a própria história do sistema jurídico norte-americano, pois, com a vinda para o novo continente dos colonizadores ingleses, muito do *Common Law* foi por eles trazido e buscado implantar na terra que estavam colonizando.”<sup>136</sup>

Carlos Roberto Siqueira Castro observa que “essa cláusula, sempre respeitável por sua relevância político-constitucional nas instituições saxônicas”, foi recepcionada pelas colônias inglesas da América do Norte, sendo o Direito norte-americano o herdeiro direto dessa garantia constitucional, “tendo o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inexcedível criatividade”.<sup>137</sup> É fato que sob uma dimensão mais ampla que a originária.

Gilson Bonato conceitua que o *due process of law*, diferentemente da Inglaterra, “significou para o pensamento constitucional norte-americano a possibilidade e a prerrogativa dada ao Poder Judiciário de ser independente dos outros poderes e especialmente de poder rever as decisões e competências orgânicas do Estado americano”.<sup>138</sup> Enquanto na Inglaterra travava-se uma luta entre Parlamento e Monarquia e aquele se destacava como símbolo da democracia, na América o Legislativo era visto com cautela, em razão da dominação exercida sobre as colônias.

Antes mesmo que a cláusula do devido processo legal fosse consagrada na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, nas Emendas V e XIV, veio esta

---

<sup>135</sup> SUANNES, op. cit., pp. 120-121.

<sup>136</sup> Idem, p. 120.

<sup>137</sup> CASTRO, op. cit., p. 8.

<sup>138</sup> BONATO, op. cit., p. 15.

insculpida em constituições estaduais, sob a fórmula originária *law of the land* e sempre associada à defesa do cidadão contra o arbítrio dos governantes.<sup>139</sup>

A partir da Independência das Treze Colônias Americanas, em 4 de julho de 1776, adveio em 1787 a Constituição americana, que instituía ali uma república democrática e representativa, reconhecendo a repartição tripartite do poder político (Legislativo, Executivo e Judiciário) e trazendo o federalismo como forma de repartição descentralizada do poder. Inovou ao atribuir ao Poder Judiciário independência e força para anular atos do Legislativo e do Executivo, bem como possibilitar a participação do povo no Judiciário, através da instituição do júri.

Neste sentido, Henry Campbell Black aduz: “No Direito Público, a Constituição é a lei orgânica e fundamental de uma nação ou estado, que pode ser escrita ou não, determinando a natureza e a concepção de seu governo, colocando os princípios básicos conformadores de sua estrutura interna, organizando o governo, e regulando, distribuindo e limitando as funções dos diferentes Poderes, e determinando o grau e a maneira do exercício de poderes soberanos”. Acrescenta ele: “duas idéias fundamentais estão comumente relacionadas ao termo ‘constituição’. Uma é a regulamentação da forma de governo, a outra é a garantia de liberdade das pessoas.”<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Neste sentido: Declaração dos Direitos da Virgínia, em 16 de agosto de 1776; Declaração de Delaware, de 2 de setembro de 1776, seção 12; Declaração de Direitos de Maryland, de 3 de novembro de 1776; Declaração de Direitos da Carolina do Norte, em data de 14 de dezembro de 1776, item XII; Declaração do Estado de Vermont, inciso X; Constituição de Massachusetts, de 25 de outubro de 1780 e Constituição do Estado de New Hampshire. V. CASTRO, op. cit., pp. 9-12. Castro fez minucioso estudo a respeito do que chamou “Cartas” coloniais, ressaltando que encontrou nessas referências que se identificavam com a primeira previsão do instituto na Magna Carta.

<sup>140</sup> BLACK, Henry Campbell. **Handbook of American Constitutional Law**. 3. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1910, p.2. Tradução livre: “In public law, a constitution is ‘the organic and fundamental law of a nation or state, which may be written or unwritten, establishing the character and conception of its government, laying the basic principles to which its internal life is to be conformed, organizing the government, and regulating, distributing, and limiting the functions of its different departments, and

Por sinal, quando da promulgação da Constituição americana, entendeu-se desnecessário explicitar um rol de direitos individuais fundamentais, por parecer mais uma forma de cercear direitos então não previstos, que precisamente garanti-los. Mas havia o temor de que esta não garantisse eficazmente direitos e liberdades dos cidadãos, uma vez que não trazendo tais direitos escritos, ou seja, sem respaldo constitucional, poder-se-ia revisá-los em favor de interesses particulares. Assim, “as primeiras dez emendas constituem a chamada Declaração de Direitos (Bill of Rights) <sup>141</sup> da Constituição Nacional. Tencionou-se, por meio delas, acalmar os medos dos opositores moderados da Constituição em sua forma original e foram propostas às legislaturas estaduais pelo Primeiro Congresso reunido sob a Constituição (...).” <sup>142</sup>

As referidas emendas visaram a estabelecer garantias contra o abuso dos poderes concedidos ao governo geral, por recomendações feitas pelas Convenções dos Estados por ocasião do assentimento à Constituição. <sup>143</sup> Afinal, “(...) certas e declaradas liberdades do povo não poderão ser-lhes suprimidas nem restringidas (...)”. <sup>144</sup>

No que se refere à garantia do *due process of law*, esta foi então expressamente incorporada pela nação norte-americana na Emenda V, que assim dispôs:

Nenhuma pessoa será obrigada a responder por crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri; exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo

---

prescribing the extent and manner of the exercise of sovereign powers’.” Acrescenta ele: “two fundamental ideas are commonly implied in the term ‘constitution’. The one is the regulation of the form of government; the other is the securing of the liberties of the people”.

<sup>141</sup> Black entende por Bill of Rights: “*It is a charter of liberties for the individual, and a limitation upon the power of the state.*” BLACK, op. cit., p. 10. Tradução livre: “É uma carta de liberdades para o indivíduo e uma limitação para o poder do Estado.”

<sup>142</sup> CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual** (trad. Lêda Boechat Rodrigues). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 228.

<sup>143</sup> COOLEY, op. cit., p. 199.

<sup>144</sup> Idem, p. 200.

público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro (*to be twice put in jeopardy of life or limb*); nem será obrigada a depor contra si próprio em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (*due process of law*); a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.<sup>145</sup>

No período entre 1861 e 1865, os Estados Unidos sofreram uma Guerra Civil, e no ano de 1863 foi abolida a escravidão, sendo aprovadas pelo Congresso as emendas XII, XIV e XV, que segundo Carlos de Siqueira Castro destinavam-se principalmente a garantir os direitos de cidadania e as liberdades civis aos ex-escravos e seus descendentes de cor negra.<sup>146</sup> Elas ainda tinham como objetivo barrar a discriminação dos governos estaduais.

Afinal, a Suprema Corte, em 1833, no caso *Barron v. the Mayor and City Council of Baltimore*, decidiu que esta Carta não vinculava diretamente os governos estaduais, sendo afirmado pelo juiz Marshall: “se os constituintes intencionassem que suas emendas (da Carta de Direitos) fossem limitações aos poderes dos governos estaduais, elas teriam (...) expressado esta intenção (...) em linguagem plena e inteligível.”<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> CORWIN, op. cit., p. 254. Por processo legal regular entende-se o julgamento justo, realizado por autoridade competente.

<sup>146</sup> CASTRO, op. cit., p. 25.

<sup>147</sup> PAMPLONA, op. cit., p. 43. “Syllabus - SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - 32 U.S. 243 - *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore* - ON WRIT OF ERROR TO THE COURT OF APPEALS FOR THE WESTERN SHORE OF THE STATE OF MARYLAND - Argued: --- Decided: The provision in the **Fifth Amendment** to the Constitution of the United States declaring that private property shall not be taken for public use without just compensation is intended solely as a limitation on the exercise of power by the Government of the United States, and is not applicable to the legislation of the States.(...)“(...) Had the framers of these amendments intended them to be limitations on the powers of the State governments, they would have imitated the framers of the original Constitution, and have expressed that intention. Had Congress engaged in the extraordinary occupation of improving the Constitutions of the several States by affording the people additional protection from the exercise of power by their own governments in matters which concerned themselves alone, they would have declared this purpose in plain and intelligible language.(...)”

Disponível em : < [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0032\\_0243\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0032_0243_ZS.html) >. Acesso em 20.jun.06.

A Emenda XIV, Secção 1ª, aprovada em 1866 e ratificada em 9.7.1868, procurou estender os direitos expressos no *Bill of Rights* da Constituição Americana a todos os cidadãos, em todos os Estados, trazendo a seguinte redação (Seção I):

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal regular (*due process of law*), nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.<sup>148</sup>

Talvez a mais importante função dessa Emenda seja o fato de impor a todos os Estados a obediência ao *Bill of Rights*, ao proibir qualquer restrição à liberdade.

Neste sentido, tem-se o entendimento da Suprema Corte, no caso *Twining v. New Jersey*, afirmando que os direitos ali arrolados eram, em sua maioria, fundamentais, e qualquer ato que viesse a restringi-los infringiria a liberdade do indivíduo: “a corte expressamente reconheceu que a cláusula do *due process* da 14ª emenda incorporava mandamentos da Bill of Rights e, então, aplicava-os aos governos estaduais e locais”.<sup>149</sup>

A Emenda XIV não somente incorporou o *due process of law*, mas também a *equal protection of the laws*, vindo em resposta à decisão proferida no caso *Dred Scott v.*

---

<sup>148</sup> CORWIN, op. cit., pp. 298-299.

<sup>149</sup> PAMPLONA, op. cit., pp. 43-44. “Syllabus - SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - ERROR TO THE COURT OF ERRORS AND APPEALS OF THE STATE OF NEW JERSEY- 211 U.S. 78 - No. 10 Argued: March 19, 20, 1908 --- Decided: November 9, 1908 - (...) The words "due process of law," as used in the **Fourteenth Amendment**, are intended to secure the individual from the arbitrary exercise of powers of government unrestrained by the established principles of private right and distributive justice, (...). (...) Exemption from compulsory self-incrimination did not form part of the "law of the land" prior to the separation of the colonies from the mother country, nor is it one of the fundamental rights, immunities and privileges of citizens of the United States, or an element of due process of law within the meaning of the Federal Constitution or the Fourteenth Amendment thereto. (...) The question duly brought here by writ of error is whether the parts of the charge set forth, affirmed as they were by the Court of last resort of the State, are in violation of the **Fourteenth Amendment** of the Constitution of the United States”. Disponível em: < [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0211\\_0078\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0211_0078_ZS.html) > Acesso em 20.jun.06.

Sandford <sup>150</sup>, em 1857, quando um negro que postulava em favor de sua liberdade não teve reconhecida a sua legitimidade processual. Importante reiterar que tal emenda estendeu o *due process of law* aos Estados e garantiu aos negros ex-escravos proteção nos seus direitos como homens livres que eram. Já em 1954, o juiz Warren, no caso *Brown v. Board of Education*, impôs que uma menina negra fosse admitida em uma escola de brancos, o que permitiu uma releitura do *due process of law*, uma vez que o aspecto material deste não admitia que pessoas com direitos igualmente protegidos por lei fossem inferiorizadas em decorrência de sua cor. <sup>151</sup>

Sempre que o devido processo é tratado no direito norte-americano, são feitas referências às Emendas V e XIV, entretanto, as Emendas IV, V, VI e VIII constituem uma “declaração de direitos” das pessoas acusadas. Em sua maioria foram retiradas das

---

<sup>150</sup> “Syllabus - CORTE SUPREMA DOS ESTADOS UNIDOS - 60 ESTADOS UNIDOS 393 - Scott v. Sandford - Discutido: --- Decidido: “(...) A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a ‘citizen’ within the meaning of the Constitution of the United States. (...) When the Constitution was adopted, they were not regarded in any of the States as members of the community which constituted the State, and were not numbered among its ‘people or citizens’. Consequently, the special rights and immunities guaranteed to citizens do not apply to them. And not being ‘citizens’ within the meaning of the Constitution, they are not entitled to sue in that character in a court of the United States, and the Circuit Court has not jurisdiction in such a suit”. Disponível em: < [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0060\\_0393\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0060_0393_ZS.html) > Acesso em 20.jun.06.

<sup>151</sup> PAMPLONA, op. cit., p. 44. “Syllabus - SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - 347 U.S. 483 - Brown v. Board of Education of Topeka - APPEAL FROM THE UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF KANSAS - No. 1. Argued: Argued December 9, 1952 Reargued December 8, 1953 --- Decided: Decided May 17, 1954 - Segregation of white and Negro children in the public schools of a State solely on the basis of race, pursuant to state laws permitting or requiring such segregation, denies to Negro children the equal protection of the laws guaranteed by the **Fourteenth Amendment** -- even though the physical facilities and other ‘tangible’ factors of white and Negro schools may be equal. pp. 486-496.(a) The history of the **Fourteenth Amendment** is inconclusive as to its intended effect on public education. Pp. 489-490.(b) The question presented in these cases must be determined not on the basis of conditions existing when the **Fourteenth Amendment** was adopted, but in the light of the full development of public education and its present place in American life throughout the Nation. Pp. 492-493.(c) Where a State has undertaken to provide an opportunity for an education in its public schools, such an opportunity is a right which must be made available to all on equal terms. P. 493.(d) Segregation of children in public schools solely on the basis of race deprives children of the minority group of equal educational opportunities, even though the physical facilities and other ‘tangible’ factors may be equal. Pp. 493-494.(...)”. Disponível em: < [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0347\\_0483\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZS.html) > Acesso em 20.jun.06.



Declarações de Direitos das antigas constituições estaduais vistas como um avanço perante o Direito inglês da época.<sup>152</sup>

O *due process* pode ser interpretado em seus aspectos processual e material. No ordenamento jurídico americano, no aspecto material, ele procura definir a atuação do Estado em certas áreas como a dos direitos fundamentais, verificando se a substância da lei está em conformidade com os princípios tidos como fundamentais para aquela sociedade. Sendo o caso levado aos Tribunais, caberá ao governo demonstrar que a medida por ele adotada foi necessária e não poderia se dar de outra maneira. No aspecto processual, garante o direito a arrolar testemunhas, o direito de assistência judiciária, o direito de ser julgado pelo júri, dentre outros.<sup>153</sup>

Danielle Pamplona salienta o fato de se evitar conceituar o devido processo legal em razão de este ser objeto de interpretação da Suprema Corte americana, seja através de um processo de exclusão ou inclusão, seja ampliando ou restringindo sua aplicação.<sup>154</sup>

Adauto Suannes adverte para a dificuldade de se determinar quais garantias caracterizam o princípio, não obstante estas se referirem a valores significativos tais como vida, liberdade e propriedade, deixando aos Tribunais a decisão quanto aos interesses a serem protegidos e afirma: “As garantias caracterizadoras do devido processo legal – pois o *due process* é, ao fim e ao cabo, um conjunto de garantias cuja observância é necessária para que o julgamento do acusado seja justo, para que o réu tenha um *fair trial* - , trazidas

---

<sup>152</sup> CORWIN, op. cit., p. 255.

<sup>153</sup> PAMPLONA, op. cit., p. 42.

<sup>154</sup> Idem.

da Inglaterra e expressamente referidas tanto na 5ª como na 14ª emenda à Constituição norte-americana, jamais foram claramente explicitadas em lei (...).”<sup>155</sup>

### 2.1.3 Brasil

O devido processo legal, capaz de assegurar um julgamento justo, aparece expressamente pela primeira vez na Constituição da República de 1988, sem que com isto se possa afirmar que não esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir do descobrimento do Brasil, este esteve sob a influência das Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), salientando que quanto às Ordenações Afonsinas, sua importância se restringe à influência que tiveram sobre as Ordenações Manuelinas. As leis civis foram por elas regidas até que vigorassem o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1917. Na esfera criminal, vigoraram as Ordenações Filipinas até a entrada em vigência do primeiro Código Criminal Imperial, de 1830, e comandaram o processo penal até o primeiro Código Processual Criminal, de 1832.<sup>156</sup>

A Carta Política de 1824, surgida sob a influência do liberalismo europeu, estava impregnada pelo autoritarismo do monarca, trazendo o imperador, como Poder Moderador, com poderes absolutos sobre a organização política, bem como sobre os demais poderes, inclusive podendo suspender os magistrados (art. 101, § 7.º), numa nítida afronta à separação dos poderes. Entretanto, no art. 179, incisos VI a XI, eram previstas as garantias

---

<sup>155</sup> SUANNES, op. cit., p. 119.

<sup>156</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 31.

processuais da exigência da culpa formada a fim de autorizar o recolhimento à prisão; a previsão de pagamento de fiança, podendo os acusados até mesmo se livrarem soltos em determinados casos; com exceção da prisão em flagrante, nos demais casos a prisão se daria somente por ordem escrita, de autoridade competente, e no inciso XI, tenha-se a garantia a ser sentenciado, somente por autoridade competente, em razão de lei anterior e sob a forma por ela prescrita.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade posicionam-se diante da Carta Política de 1824:

Colocada ao lado de uma realidade que praticamente a ignorava, pelo menos quando se tratava de reger os destinos do País, a Constituição outorgada e formal de 1824 se confronta com outra lei maior sub-reptícia, vontade mais alta que a ofuscava por inteiro: o poder concreto e ativista do monarca. À sombra desse poder pessoal, que ignorava os cânones expressos do texto básico, medrou a originalíssima realidade de um parlamentarismo consentido, fora dos moldes constitucionais, criação do fato político, refratário a teorizações abstratas.

O período constitucional do Império é portanto aquela quadra de nossa história em que o poder mais se apartou talvez da Constituição formal, e em que essa logrou o mais baixo grau de eficácia e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o País para a solução das questões nacionais da época. Haja vista a esse respeito que nunca ecoou na palavra dos grandes tribunos da causa abolicionista a invocação da Constituição como instrumento eficaz para solver o dissídio fundamental entre a ordem de liberdade garantida por um texto constitucional e a maldição do regime servil, que maculava todas as instituições do País e feria de morte a legitimidade do pacto social: pacto aliás inexistente, diga-se de passagem.<sup>157</sup>

Com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, e a instituição do federalismo, com a conseqüente transformação das províncias em Estados-Membros (Estados Unidos do Brasil), teve-se a Constituição de 1891. Inspirada na Constituição americana de 1787, dela se diferenciou por não se apresentar como um documento sucinto, escrito em linguajar simples para ser facilmente compreendido e apreendido por todos, dispondo somente princípios fundamentais flexivelmente, através de paulatina interpretação judicial adaptável à realidade da vida, presente e futura, mas acabou por enveredar no

---

<sup>157</sup> BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Senado Federal, 1989, p. 15.

casuísmo, referindo-se a direitos a serem futuramente conferidos por lei, tornando-se impraticável e não obedecida.<sup>158</sup>

Não obstante prever alguns princípios fundamentais, não conseguiu concretizá-los. O devido processo legal não foi expressamente previsto, sendo certo que na área penal já existia menção à plena defesa com os recursos e meios a ela inerentes (art. 72, § 16), bem como a proibição de prisão sem prévia formação de culpa (art. 72, § 14). Esta Constituição consagrou as garantias reconhecidas ao Poder Judiciário, como a vitaliciedade ao cargo, somente sendo substituído através de sentença judicial (art. 57). Com ela, os Estados-Membros ganharam autonomia legislativa quanto ao direito processual. Prevalencia o sistema dual para o Judiciário (federal e estadual).

Com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas assumiu o poder e o período foi marcado pela promulgação da Constituição de 1934, e a seguir a de 1937, que instituiu uma nova Ordem Constitucional com a decretação do Estado Novo. Todavia, em função do governo ditatorial, durante a vigência dessas duas constituições coibiram-se manifestações que atentassem contra a ordem estabelecida, não havendo menção ao devido processo legal.

A Constituição de 1934 pôs fim à pequena autonomia processual concedida pela Constituição de 1891, permanecendo somente o sistema dualista da Justiça Federal e Estadual. Importante aqui foi a criação do instituto do Mandado de Segurança, “para a defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, suprimindo uma lacuna então deixada pelo *habeas corpus* (art. 113, n. 33). Esta Constituição trouxe, no número 24 do art. 113, a

---

<sup>158</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 33.

seguinte disposição: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.”

A Constituição de 1937 também restringiu os direitos individuais e suas garantias. Os princípios da legalidade e da retroatividade da lei foram retirados do seu texto, com a finalidade de manter o poder do presidente da República. Os poderes presidenciais foram aumentados, inclusive atribuindo-se a eles a competência legislativa. O povo foi privado do direito de livre manifestação do pensamento. Não foi prevista a instituição do júri.

Em 1946, como resultado da Assembléia Constituinte de 1945, uma nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil entrava em vigor, pondo fim à ditadura de Getúlio Vargas. A Constituição de 1946 trouxe a criação do Tribunal Federal de Recursos, bem como um capítulo versando sobre direitos e garantias individuais, sem contudo fazer referência ao princípio do devido processo legal. Trazia ela os princípios da liberdade humana, traduzindo-se num instrumento de proteção dos direitos do cidadão, sendo considerada, juntamente com a atual Constituição, as únicas a serem elaboradas sob bases democráticas. Ao trazer, no artigo 141, § 4º, que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, dele se extrai o princípio da justicialidade, e mesmo que o devido processo legal não apareça explicitado, não se pode vislumbrar o direito ao controle jurisdicional dos atos apartado do uso de meios adequados para tal e devidamente previsto pelo ordenamento jurídico.

Após o golpe militar de 1964, a Constituição de 1967 suspendeu os direitos e garantias constitucionais e deu mais poderes à União e ao presidente da República. Esta Constituição conservou um rol de direitos individuais e previa a ampla defesa e, para os casos criminais, a observância do contraditório.

A Emenda Constitucional de 1969 se referia somente aos princípios da ampla defesa e do contraditório, buscando alguma segurança e garantia para os cidadãos.

Em 1985 foi editada a Emenda Constitucional XXVI, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, culminando com a promulgação da Constituição da República, de 1988, promulgada em 5 de outubro.

Nela, pela primeira vez o princípio do devido processo legal apresentou-se expressamente previsto, conforme redação dada ao artigo 5, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, considerada cláusula pétreia (art. 60, inciso IV, § 4º), versando entre os direitos individuais e coletivos.

De conformidade com Gilson Bonato <sup>159</sup>, o constituinte de 1988 procurou restabelecer o equilíbrio entre o Estado e a sociedade, procurando conter a força daquele a partir da consagração dos direitos e garantias do cidadão. Não somente se ampliou a incidência dos direitos e garantias, mas lhes deu aplicação imediata, ao dispor, no art.5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, e ainda ao prescrever, no art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O princípio do devido processo legal está intimamente ligado à defesa da dignidade humana, e em se tratando de Direito Processual Penal, ganha ainda maior relevância pelos valores por ele tratados, a saber, a vida e a liberdade.

---

<sup>159</sup> BONATO, op. cit., p. 23.

Desta forma, pode-se concluir que o princípio do devido processo legal, pela primeira vez, aparece expresso no Texto Constitucional, não obstante as garantias dele decorrentes já terem feito parte de Constituições anteriores. O significado deste princípio abrange tanto o aspecto processual como o material, embora sua aplicação neste último seja, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda tímida.

Paulo Fernando Silveira acredita que “o novo popular e democrático documento político trouxe diversas e significativas inovações, numa tentativa válida e ímpar de conter a força imperial do Estado, em face das liberdades civis, que consagrou prefacialmente através de um título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, buscando encontrar o ponto de equilíbrio entre a ordem e a liberdade”.<sup>160</sup>

Oportuno mencionar o pensamento de José Afonso da Silva, ao prefaciar a obra de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Não deixemos de mencionar, de passagem, que o princípio do *due process of law* não esteve propriamente ausente do nosso direito constitucional. Ele emergia de algumas garantias do processo e do direito de segurança, inscritas entre os direitos e garantias individuais. Seu reconhecimento dependia de pesquisa no texto constitucional e de construção doutrinária. Agora, ele está expresso. Basta à doutrina compreendê-lo na evolução centenária que tanto o enriqueceu. E, sendo limpidamente expresso, pode-se até reproduzir suas potencialidades em novos avanços, mormente porque inscrito numa Constituição com tantas novidades que hão de nele repercutir.<sup>161</sup>

Apesar de expressamente previsto, não alcançou ainda a efetividade, a interpretação e o respeito esperados, principalmente no que se refere ao Direito Processual Penal, conforme salientado por Gilson Bonato.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 42.

<sup>161</sup> SILVA, José Afonso da, *in* CASTRO, op. cit., (prefácio).

<sup>162</sup> BONATO, op. cit., p. 24.

## 2.2 Devido Processo Legal Processual e Substantivo

### 2.2.1 Conceito de devido processo legal

Antes de adentrar no estudo do princípio, em suas dimensões processual e substantiva, necessário se faz mencionar que a tradução conferida à locução *due process of law* não é uníssona, divergindo os juristas quanto à utilização da expressão “devido processo legal”, entendendo alguns “mais adequando utilizar processo penal justo”, outros somente devido processo ou processo devido, ou ainda processo razoavelmente estruturado. Quer seja o “*due*” entendido como “devido”, ou ainda como “justo”, o certo é que ele pretende que o processo seja conduzido em conformidade com os direitos e garantias previstos pela Constituição da República.

Gilson Bonato, citando Vigoriti, evidencia a dificuldade em se traduzir a expressão “*due*”:

A tradução italiana da expressão *due process of law* apresenta alguma dificuldade. O termo ‘*due*’, no qual é guardada toda a força da expressão, é um apelo seguro à consciência do homem, para uma justiça superior edificada conforme a natureza e a razão. Por isso não pode ser traduzida com adjetivos como ‘regular’ ou ‘correta’ que exprimem somente uma exigência da legalidade que não exaure o conteúdo da garantia, mas deverá ser traduzida com o termo ‘justo’, o único que pode atribuir com eficácia o conteúdo ético do termo ‘*due*’. A incerteza da escolha e a dificuldade de uma tradução adequada, aconselham, todavia, a usar a expressão o quanto possível na língua original, sem querer forçar a todo custo um significado numa fórmula que nos seja familiar.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> VIGORITI, Vitorio. **Garanzie Costituzionali del Processo Civile**. Milão: Giuffrè, 1973, p. 30, nota n. 12 *apud* BONATO, op. cit., p. 29. – “*La traduzione italiana dell’espressione due process of law presenta alcune difficoltà. Il termine ‘due’, in cui è racchiusa tutta la forza dell’espressione, è un appello fiducioso all’á coscienza dell’uomo, ad una giustizia superiore fondata sulla natura e sulla ragione. Per questo*



O devido processo, em sua origem, foi vislumbrado como uma garantia meramente processual, capaz de assegurar a regularidade do processo a ser observado nas várias instâncias judiciais. Nos Estados Unidos, o devido processo legal ganhou aplicação diversa, visando a analisar a produção legislativa, quanto a ser esta opressiva ou não-razoável, isto é, arbitrária.

Cooley entende como devido o processo que “(...) andou com a correção e ordem devidas, porque nele se observaram todas as garantias dos direitos individuais, que são aplicáveis ao caso especial de que se trata. Neste sentido é sinônimo de ‘lei da terra’, (...)”.<sup>164</sup>

Mas, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos verifica-se a preocupação em aplicar tal princípio, sem que isto implique necessidade de conceituá-lo. Talvez o propósito fosse justamente o de não o restringir, permitindo sua interpretação conforme o caso concreto, tornando-o imune às mudanças históricas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em suas decisões, acaba por relacionar o princípio do devido processo legal às garantias presentes na Magna Carta (contra a opressão e o arbítrio dos reis), como forma de limitação dos Poderes do Estado, prezando por um processo que se adapte ao que pode ser chamado de “devido processo legal” (considerado justo, correto, imparcial), sem se contentar com um processo que se

---

*non può tradursi con aggettivi come ‘regolare’ o ‘correto’ che esprimono solo un’esigenza di legalità che non esaurisce il contenuto della garanzia, ma verrà tradotto col termine ‘due’ l’único che possa rendere con efficacia il contenuto ético del termine ‘due’. L’incertezza della scelta, la difficoltà di una traduzione adeguata, consigliano comunque di usare l’espressione per quanto possibile nella língua originale, senza volerne forzare a tutti i costi il significato in una formula a noi familiare”.*

<sup>164</sup> COOLEY, op. cit., p. 217.

desenvolva de qualquer forma, somente para se justificar que houve. Nesta direção, tem-se a decisão proferida no caso *Solesbee v. Balkcon*, em 1950.<sup>165</sup>

Henry Campbell Black assevera que “um ato do Legislativo pode ser processo de lei, mas ele não será ‘devido processo’ a menos que esteja em conformidade com os preceitos constitucionais e com os princípios postos de direito e justiça”. Acrescenta ele, que o “devido processo legal exige um procedimento ordenado, adaptado à natureza do caso, no qual o cidadão tenha oportunidade de ser ouvido, defendendo, cumprindo e protegendo seus direitos.”<sup>166</sup>

Também Ada Grinover entende que os conceitos de justiça, devido processo legal e irrepreensibilidade são conceitos históricos e relativos, variando o seu conteúdo de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de uma nação.<sup>167</sup>

É de todo compreensível a dificuldade em se conceituar o *due process of law* em razão de ele trazer consigo valores tais como justiça e igualdade, não podendo ser definido tecnicamente. É certo que, em razão disso, é passível de sofrer influências, sejam elas decorrentes do lugar ou do momento histórico em que se situam, o que acaba por dificultar que se possa chegar a um rol explícito de tudo o que pode ser considerado como inserido neste vago conceito de devido processo legal.

No Direito brasileiro, na tentativa de se trazer uma definição precisa e definitiva para devido processo legal, são proferidas afirmações, que de tão vagas acabam por não dizer

---

<sup>165</sup> SILVEIRA, op. cit., pp. 239-240.

<sup>166</sup> COKE, Henry Campbell. **Handbook of American Constitutional Law**. 3. ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1910, pp.572-573. Tradução livre: “An act of the legislature may be process of law, but it is not ‘due process’ unless it conforms to the requirements of the constitution and to the settled principles of right and justice.” Acrescentando: “Due process of law requires an orderly proceeding, adapted to the nature of the case, in which the citizen has an opportunity to be heard, and to defend, enforce, and protect his rights.”

<sup>167</sup> GRINOVER. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

nada. O fato de trazer consigo a abstração própria dos princípios e referir-se a valores, em si já não permite um conceito definido.

Mas este princípio, de difícil definição, impreciso e dinâmico por acompanhar os valores culturais, apresenta-se sob dois aspectos: o processual, representando o processo devido, capaz de garantir a inviolabilidade da defesa em juízo, a igualdade entre as partes e o material, visto como o direito a que a lei seja razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

Segundo Tucci e Tucci, os elementos constitutivos do devido processo legal são: a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo o desdobramento da concepção norte-americana); b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo (*judicial process*); e c) assecuração, neste, da paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.<sup>168</sup>

Osmar Medeiros aduz que não somente na atuação jurisdicional, mas também na criação legislativa, o devido processo ganha importância fundamental na história dos direitos fundamentais através dos seus sentidos processual e material, este último, de influência americana.<sup>169</sup>

No ordenamento brasileiro, o princípio foi mais facilmente visualizado em seu aspecto processual, ou seja, através dos vários princípios que dele decorrem, aplicáveis ao devido processo legal processual.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 15-16.

<sup>169</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 122.

<sup>170</sup> PAMPLONA, op. cit., p. 67.

Mas isso não afasta a utilidade do devido processo legal material no ordenamento pátrio, oponível à Administração Pública, referente ao princípio da moralidade na prática dos atos a ele pertinentes.

Paulo Silveira, citando a liminar concedida na ADIn nº 1.511-7-DF, do Supremo Tribunal Federal, ressalta a diferença entre as dimensões, conforme apontada pelo eminente ministro Carlos Velloso:

*Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.<sup>171</sup>

### **2.2.2 Devido processo legal processual (*procedural due process*)**

A partir da Carta Magna, em 1215, pode-se vislumbrar que o princípio do devido processo legal, inicialmente utilizado sob a expressão “lei da terra”, nasceu com o propósito meramente processual, ou seja, uma forma de se garantir que não houvesse condenação,

---

<sup>171</sup> Entretanto, é sabido que um processo justo não se limita a se ter garantido o direito de defesa. O caso em questão se refere à ADI-MC 1511- DF - DISTRITO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 16/10/1996 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02113-01 PP-00071. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia>. Acesso em 20.jun.06.

destituição de bens, desterro sem um processo justo e paritário, calcado em leis preestabelecidas.<sup>172</sup>

Este princípio assecuratório da regularidade processual teve a mesma interpretação nos Estados Unidos, influenciado pelo *common law* e incentivada pelo conservadorismo do publicista Alexander Hamilton, que assim dispôs: “as palavras *due process* têm um preciso significado técnico e são somente aplicadas ao processo e procedimento das Cortes de justiça; elas não podem nunca se referir a um ato do legislativo”.<sup>173</sup>

Somente mais tarde percebeu-se que este princípio evoluiu como um precioso instrumental, manejável pelo Poder Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, evitando que fossem cometidas arbitrariedades capazes de atingir bens tais como a vida, a liberdade e a propriedade.<sup>174</sup>

Gilson Bonato<sup>175</sup> relata que no período entre 1953 e 1969, na chamada Warren Court, utilizou-se o substantivo e o processual devido processo, o que provocou uma verdadeira revolução judiciária, buscando implementar a igualdade em seus julgamentos. No campo criminal, três casos foram fundamentais para esta evolução:

- *Mapp v. Ohio*, de 1961, quando a Corte americana absolveu o cidadão condenado pela Corte estadual, em razão desta ter admitido a apreensão ilegal de provas, ofendendo assim a garantia constitucional contra a desarrazoável busca e apreensão;<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 131.

<sup>173</sup> HAMILTON, Alexander. **The papers of Alexander Hamilton**. New York: Columbia University Press, 1962, p. 35. “The words ‘due process’ have a precise technical import, and are only applicable to the process and proceedings of the courts of justice; they can never be referred to an act of the legislature.”

<sup>174</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 236.

<sup>175</sup> BONATO, op. cit., p. 32-33.

<sup>176</sup> Syllabus - SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - 367 U.S. 643 - *Mapp v. Ohio* - APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF OHIO - No. 236 Argued: March 29, 1961- Decided: June 19, 1961. “(...) All evidence obtained by searches and seizures in violation of the Federal Constitution is inadmissible in a criminal trial in a state court (...)”.

- *Gideon v. Wainwright*, de 1963, quando Gideon, então condenado por furto, não teve direito a um advogado dativo, mesmo diante de sua pobreza e a Suprema Corte decidiu que ele tinha direito a ter a decisão revista;<sup>177</sup>

- *Miranda v. Arizona*, de 1966, quando a Suprema Corte reverteu as condenações anteriores por seqüestro e estupro, em razão de Miranda ter sido preso e interrogado sem o aviso de que tinha direito a um advogado presente. A confissão obtida desta maneira serviu para embasar o decreto condenatório.<sup>178</sup>

Segundo Paulo Silveira, “o devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial são executados”. Diz o autor que será verificado se houve violação ao devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.<sup>179</sup>

No Direito americano, sob o aspecto de garantidor de um devido processo criminal, o princípio incluía as garantias explícitas e implícitas das liberdades previstas pela Constituição. Como garantias expressamente previstas tem-se a proibição de *Bill of*

---

Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics>>. Acesso em 20.jun.06.

<sup>177</sup> Idem. 372 U.S. 335 - *Gideon v. Wainwright* - CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF FLORIDA – Nº 155 Argued: January 15, 1963 --- Decided: March 18, 1963 “(...) Charged in a Florida State Court with a noncapital felony, petitioner appeared without funds and without counsel and asked the Court to appoint counsel for him, but this was denied on the ground that the state law permitted appointment of counsel for indigent defendants in capital cases only. Petitioner conducted his own defense about as well as could be expected of a layman, but he was convicted and sentenced to imprisonment. Subsequently, he applied to the State Supreme Court for a writ of habeas corpus, on the ground that his conviction violated his rights under the Federal Constitution. The State Supreme Court denied all relief. (...) The right of an indigent defendant in a criminal trial to have the assistance of counsel is a fundamental right essential to a fair trial, and petitioner's trial and conviction without the assistance of counsel violated the Fourteenth Amendment (...).” Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics>>. Acesso em 20.jun.06.

<sup>178</sup> Idem. 384 U.S. 436 - *Miranda v. Arizona* - CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF ARIZONA – Nº 759 Argued: February 28-March 1, 1966 --- Decided: June 13, 1966 [\*]. “(...) In each of these cases, the defendant, while in police custody, was questioned by police officers, detectives, or a prosecuting attorney in a room in which he was cut off from the outside world. None of the defendants was given a full and effective warning of his rights at the outset of the interrogation process. In all four cases, the questioning elicited oral admissions, and, in three of them, signed statements as well, which were admitted at their trials. All defendants were convicted, and all convictions, except in No. 584, were affirmed on appeal (...).” Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics>>. Acesso em 20.jun.06.

<sup>179</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 242.

*attainder*<sup>180</sup> e da retroatividade das leis (*ex post facto law*), ambas contidas no artigo 1º da Constituição; o julgamento por júri (*jury trial*), proibição de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e a vedação da auto-incriminação forçada (*self incrimination*), previstas na V Emenda; direito a ser julgado pronta e publicamente (*speedy and public trial*), júri imparcial e competente territorialmente, o direito do acusado de ser informado da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e ao contraditório, previstos na VI Emenda. Isso sem prejuízo de outras garantias extraídas do *Bill of Rights*. Quanto às garantias implícitas tem-se o direito do acusado em ter “o seu dia na Corte” (*his day in the Court*)<sup>181</sup>, sendo ouvido em audiência judicial o mais breve possível, contraditar argumentos, manifestar-se sobre os documentos juntados, além do direito ao silêncio e a ter assistência gratuita de profissional habilitado, no caso de não ter condições financeiras para contratar respectivo profissional.<sup>182</sup>

Desta forma, pode-se concluir que o princípio, em sua origem, pretendia ficar restrito ao enfoque processualístico, não se estendendo à análise das normas.

No Direito brasileiro, no que se refere ao processo legal, observa-se que mesmo não estando expressamente disposto desde os primórdios da história constitucional, este princípio se fazia presente sob a forma de garantias. O sentido processual sempre foi o mais utilizado pela doutrina e pela jurisprudência, podendo, inclusive, atingir leis injustas e seus efeitos no processo.

---

<sup>180</sup> Por *Bill of attainder* se entende o ato do Legislativo que comina pena a um indivíduo sem que a questão seja, previamente, submetida à apreciação do Judiciário.

<sup>181</sup> Ada Grinover afirma que “a garantia do *notice and hearing* resulta no direito de ter *his day in the Court* e consiste: a) na citação do réu, efetiva ou implícita; b) na concessão de uma razoável possibilidade de comparecer, expor seus direitos, depor pessoalmente, apresentar testemunhas, produzir prova documental e outras; c) na constituição do tribunal, de modo a dar uma razoável segurança de honestidade e imparcialidade; e d) na competência do tribunal”. GRINOVER. **As garantias...** op. cit., p. 40.

<sup>182</sup> CASTRO, op. cit., pp. 29-31.

Em razão disso, há que se ter em mente a função do processo penal e neste sentido, Osmar Medeiros pondera que: “Se se pensasse no processo penal apenas como instrumento de aplicação do direito material e como forma de legalização da imposição da pena a eventual autor de ato tido como ilícito penal, ou seja, a realização da pretensão punitiva, parece que perderia o sentido a garantia do devido processo legal na medida em que consistiria apenas em mera formalidade e pior, em discurso hipócrita com fundo meramente legitimador da pena.”<sup>183</sup>

O processo tem por fim a proteção à dignidade, à vida, à liberdade da pessoa humana, tudo à luz dos preceitos constitucionais. E a garantia do devido processo implica dizer que se tentasse assegurar a justiça, o fim maior, pautado na efetivação dos direitos fundamentais.

Osmar Medeiros<sup>184</sup> avalia que o sentido processual do devido processo se traduz na possibilidade de que ao cidadão/acusado seja garantido acesso à Justiça, com paridade de armas contra o acusador, permitindo-lhe o contraditório e a ampla defesa. Acesso à justiça, com devido processo, implica ainda:

a) a possibilidade de toda e qualquer pessoa ingressar em Juízo com o fim de se defender amplamente, produzindo provas, arrolando testemunhas, tendo ciência de todos os atos do processo, contestando a acusação contra si imposta, em observância da inafastabilidade do controle jurisdicional de lesão ou ameaça a seu direito, numa posição e num estado de inocência, cabendo a quem acusa o ônus da comprovação dos fatos alegados, sob pena de improcedência dos pedidos;

---

<sup>183</sup> MEDEIROS, op. cit. p. 133.

<sup>184</sup> Idem, pp. 134-135.



b) a garantia de ser julgado por juiz natural, dotado da investidura legal, juiz este independente e imparcial, à luz de um procedimento regular e julgamento público, calcado na legalidade e revestido de formalidades essenciais, voltadas à celeridade e à justiça;

c) a garantia de refutar e pugnar contra medidas ilegais de busca e apreensão; a inadmissibilidade de condenação embasada em provas obtidas por meio ilícitos ou ilegítimos;

d) assistência judiciária, gratuita, se necessário;

e) privilégio contra a auto-incriminação.

A garantia, então aplicável ao processo penal, acabou por se estender ao processo civil, sendo certo que no Brasil, conforme disposição constitucional, também se estende ao processo administrativo, impondo-se que sejam observados os princípios da legalidade e da moralidade administrativas.

Em suma: o processo deve ter equilíbrio e as regras que o regem devem ser respeitadas, todas. Sendo elas a “regra do jogo”, a grande proteção mesmo é contra os homens, suas ignorâncias e maldades, tomando-se em conta, aqui, os atos em que agem por pulsão tanatológica.

### 2.2.3 Devido processo legal substantivo

Uma vez recepcionado o *common law* pelas colônias inglesas na América, o devido processo legal foi ganhando uma conotação menos no sentido processual (embora nunca tenha deixado de ser assim) e mais no sentido de racionalidade e proporcionalidade na elaboração das leis, bem como no que se refere à atuação da administração pública, todos com o mesmo propósito de garantir os cidadãos contra o Estado. No sentido material do devido processo é ele antes preventivo, uma vez que no sentido processual, geralmente é chamado a corrigir alguma irregularidade havida no decorrer do processo.<sup>185</sup>

Historicamente, isto tem razão de ser. Na Inglaterra prevalecia o pensamento de Locke, acerca da supremacia do Poder Legislativo sobre os demais poderes públicos, com um governo monárquico calcado em privilégios para os aristocratas, situação esta mantida, inclusive, após a instituição do Parlamento. Já na América do Norte, o Poder Legislativo era visto com ressalvas, o que acabou por garantir ao Poder Judiciário um poder maior em controlar os atos deste emanados.

Neste sentido, tem-se a famosa disputa entre sir Edward Coke e Blackstone, evidenciada no Dr. Bonham's case (1610). Conforme ressaltado por Castro, nos séculos XVI e XVII, sir Edward Coke esforçou-se para estender o predomínio das Cortes de *common law*<sup>186</sup> sobre os Tribunais da Coroa investidos da jurisdição de equidade

---

<sup>185</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 122.

<sup>186</sup> Sir Edward Coke atuou como *Chief Justice* da Corte de *Common Pleas* esforçando-se para diminuir os poderes da Coroa em favor do *common law*. Anteriormente aos séculos XV e XVI, ao lado do *common law* existia um outro conjunto de regras jurídicas, as de *equity*, aplicadas pelas jurisdições do Chanceler, conseguindo resistir a esta e até mesmo dominá-la no século XVII. O *common law* foi ficando cada vez mais

(*chancery*), a fim de que os primeiros pudessem controlar os atos do Legislativo, sendo certo que prevaleceu a tese da supremacia do Parlamento, conforme teorizações de Blackstone, que afirmou que verdadeiro é o que o Parlamento diz, sem que nenhuma autoridade sobre a terra possa desfazer.<sup>187</sup>

Este caso referia-se ao exercício regular da profissão de médico, culminando com a multa imposta pela Academia Real de Medicina ao Dr. Bonham, parte desta para o Colégio dos Médicos e parte para o rei, sob pena de prisão, segundo estatuto de elaboração parlamentar. A própria Academia tinha competência para julgar, impor a multa e determinar o aprisionamento. Enquanto foi magistrado do King's Bench, Coke sentenciou a favor do Dr. Bonham, dispondo que:

Os censores não podem ser juízes, ministros e partes; juízes para proferir sentença e julgar; ministros para fazer notificações ou intimações e parte para terem metade das multas, *quia aliquis non debet esse judex in propria causa, imo iniquum est alequem suae rei esse judicem*; e ninguém pode ser juiz e advogado para qualquer das partes... e consta dos nossos livros que, em muitos casos, o direito comum controlará atos do parlamento, e, às vezes, julgá-los-á absolutamente nulos, pois quando um ato do parlamento vai de encontro ao direito comum e à razão, ou é inaceitável ou impossível de executar, o direito comum irá controlá-lo e julgá-lo como nulo.<sup>188</sup>

---

preso ao quadro dos *writs*, não sendo capaz de dar solução a todos os casos que se apresentavam. Os juízes dos tribunais do *common law*, mesmo nomeados pelos reis, alcançaram certa independência. A idéia de recorrer diretamente ao rei e ao seu chanceler fez nascer uma nova jurisdição e um novo processo, onde a decisão cabia ao chanceler, que decidia em equidade sem considerar as regras do processo, bem como o *common law*. Enquanto no *common law* o processo era oral e público, na chancelaria era ele escrito, secreto e inquisitório, adotando o Direito Romano. Estas decisões foram se ampliando, tendendo ao absolutismo, em detrimento das jurisdições do *common law*. Os *common lawyers* contaram com o apoio do Parlamento contra o absolutismo. V. Gilissen, op. cit., p. 207 e ss.

<sup>187</sup> “True it is that what the Parliament does, no authority upon earth can undo”. (tradução livre).

<sup>188</sup> CASTRO, op. cit., pp. 15-16. “The censors cannot be judges, ministers and parties; judges to give sentence of judgment; ministers to make summons, and parties to have the moiety of the forfeiture, quia aliquis non debet esse judex in propria causa, imo iniquum est alequem suae rei esse judicem; and one cannot be judge and attorney for any of the parties...AND IT APPEARS IN OUR BOOKS, THAT IN MANY CASES THE COMMON LAW WILL CONTROL ACTS OF PARLIAMENT AND SOMETIMES ADJUDGE THEM TO BE UTTERLY VOID, for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant or impossible to be performed. THE COMMON LAW WILL CONTROL IT, AND ADJUDGE SUCH ACT TO BE VOID”. V. também MARTEL, Letícia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade – a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense.

Entretanto, a decisão de Coke chegou à América, lá despertando o desejo de se ter o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, bem como a razoabilidade e racionalidade dos atos do Legislativo.

Esta amplitude alcançada pelo princípio fica bem esclarecida a partir do comentário do juiz Felix Frankfurter, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que observa:

Due process não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula ... ‘due process’ é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. ‘Due process’ não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.<sup>189</sup>

Outras decisões ocorreram no mesmo sentido, argüindo-se a inconstitucionalidade de uma lei estadual, como nos Slaughter-House Cases, bem como no caso Munn v. Illinois<sup>190</sup>, inaugurando a era do “governo dos juízes”.

Castro descreve bem esta nova era:

O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucionalista (*procedural due process*) e o início da fase ‘substantiva’ na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente ‘substantivo’ no seio das instituições governativas. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público encontram, enfim, no plano institucional, a autoridade dotada de prerrogativa decisória (do final *enforcing power*) e revestida dos predicados de intérprete derradeiro do sentido da Constituição: o Poder Judiciário.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> CASTRO, op. cit., p. 48. Ressalta ele que essa opinião constou do voto de Frankfurter no caso Anti-Facist Committee v. Mc Grath, 341 U.S. 123 (1951).

<sup>190</sup> Syllabus – SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - 94 U.S. 113 - Munn v. Illinois - ERROR TO THE SUPREME COURT OF THE STATE OF ILLINOIS; Syllabus - SUPREME COURT OF THE UNITED STATES - 83 U.S.36 - Slaughterhouse Cases [\*] - ERROR TO THE SUPREME COURT OF LOUISIANA. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics>>. Acesso em 20.jun.06.

<sup>191</sup> CASTRO, op. cit., p. 49

Osmar Medeiros ressalta que a partir dessa conquista norte-americana, o sentido material do devido processo passa a ser entendido, ou seja, a partir do momento em que o Poder Judiciário ganha força para rever os atos do Poder Legislativo. Acrescenta ele que tal conceito ampliou-se, alcançando maior interpretação em nome dos direitos fundamentais do cidadão.<sup>192</sup>

Desta maneira, o devido processo, de garantia direta do cidadão contra o Estado, verificada através e durante o curso de um processo transcorrido de forma devida; passa a um meio fiscalizatório, nem sempre associado a um caso concreto, exercido pelo Judiciário, quando da elaboração das leis e da prática de atos do poder público no âmbito do Estado.<sup>193</sup>

Paulo Silveira compreende que o substantivo devido processo legal se traduz num “plus” em relação do *judicial review*, de que se utiliza o Poder Judiciário para resguardar sua independência como poder político e também proteger o indivíduo eficazmente, em suas garantias constitucionais básicas, contra a inclusão e a opressão do Estado, seja através de leis ou atos administrativos.<sup>194</sup>

Para tanto, requer-se que a lei seja elaborada observando-se a razoabilidade e a racionalidade, para que esteja em conformidade com o *due process of law*. Corroborando seu entendimento, Medeiros cita a análise feita por Corwin e Peltason acerca da Constituição norte-americana: “O sentido substantivo do devido processo, que se tornou importante na Suprema Corte dos Estados Unidos por volta de 1890, requer que a Corte

---

<sup>192</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 126.

<sup>193</sup> Idem, p. 127.

<sup>194</sup> SILVEIRA, op. cit., pp. 244-245.

seja convencida de que a lei – não meramente o procedimento pelo qual a lei deve ser aplicada, mas, que fique claro – é equitativa, razoável e justa.”<sup>195</sup>

No Direito brasileiro, o sentido material do devido processo é explicitado no artigo 37 da Constituição da República, *in verbis*: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, (...)”; evidenciando um nítido exemplo do devido processo legal material, invocado em favor da sociedade, impondo aos órgãos representantes dos entes e componentes da Federação limites na atuação e gestão da coisa pública, de forma preventiva, mesmo na ausência de um caso concreto.<sup>196</sup>

Também passível de fiscalização pelo Poder Judiciário, outro exemplo se evidencia no artigo 68 e incisos, da Carta Política, com a delegação legislativa ao Executivo, em casos específicos, com limites estabelecidos, a serem fiscalizados pelo Congresso.

Ruitemberg Nunes Pereira completa: “A grande contribuição do debate hermenêutico que circunda a evolução do princípio do devido processo legal substantivo, no Direito Estadunidense, foi, sem sombras de dúvidas, a proposta teórica em torno de uma abertura da Constituição, voltada para o reconhecimento dos princípios e valores materiais que orientam o Estado e seu ordenamento jurídico como um todo.”<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> CORWIN, Eduard S., e PELTASON, Jack W. Understanding the Constitution. Third edition. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966, p. 132 *apud* MEDEIROS, op.cit.,p. 127 – Tradução livre: “*Substantive due process, which began to be important in the United States’ Supreme Court about 1890, requires that the Court be convinced that the law – not merely the procedures by which the law would be enforced, but its very purpose – is fair, reasonable, and just.*”

<sup>196</sup> *Idem*, pp. 127-128.

<sup>197</sup> PEREIRA, op. cit., p. 238.

O devido processo legal, em sua dimensão material, representa a busca pelo ideal de justiça, propiciado pela abertura constitucional, com a conseqüente observação dos princípios e valores. A mencionada abertura tem sido denominada como “processualização das normas constitucionais ou constituição como processo aberto”, sendo certo que “processo”, aqui, está associado à capacidade de mobilidade constitucional e de adaptabilidade das normas constituintes à realidade.<sup>198</sup>

### **2.3 Garantias Constitucionais Inerentes ao Devido Processo Penal**

É indubitável que dentre as garantias constitucionais relativas ao processo, o devido processo legal se mostra como de maior importância, em razão de todas as outras que dele decorrem. Se estas dizem respeito ao direito de exigir do Estado a tutela jurisdicional e o julgamento de suas lides e “casos penais”, de nada adiantaria se o processo se desenrolasse sem observância aos preceitos básicos de respeito à dignidade da pessoa humana.<sup>199</sup>

Assim, conforme preconizado por Gilson Bonato: “No tocante ao devido processo legal, pode-se afirmar tratar-se de um verdadeiro princípio, do qual emanam inúmeras garantias, equiparadas a direitos no sistema brasileiro, servindo estes como instrumentos para efetivar o princípio em apreço, garantindo a todos o acesso a um processo justo.”<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> PEREIRA, op. cit., p. 240.

<sup>199</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 121.

<sup>200</sup> BONATO, op. cit., p. 72.

Desta forma, diante da amplitude do princípio em questão, não se pode afirmar sem possibilidade de erro que existe um rol taxativo de garantias dele derivadas.

A estrutura processual penal, cujas regras são ditadas pela Constituição da República, está inserida num sistema. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assim entende por sistema: “Conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.”<sup>201</sup>

Em sede de processo penal têm-se os sistemas processuais inquisitório e acusatório, regidos pelos princípios inquisitivo e dispositivo, respectivamente, identificáveis através da gestão da prova, não obstante deles tomarem parte outros elementos, tais como a existência de partes.

A Constituição de 1988 impõe que o Direito Processual Penal se paute por princípios que efetivamente garantam e assegurem os direitos fundamentais do homem. Ao adotar explicitamente o modelo acusatório de processo, impôs que os dispositivos processuais penais ganhassem uma nova leitura. Mas na prática, muitos dos elementos essenciais de um sistema acusatório não são observados. E como bem ressalta Geraldo Prado, o modelo vigente no Brasil balança entre as exigências normativas garantistas e práticas autoritárias, e mesmo leis editadas nesta mesma época acabam por reproduzir tal contradição.<sup>202</sup>

Podem ser extraídas da Constituição da República algumas garantias básicas específicas protegidas pelo devido processo legal e aplicáveis ao processo penal, sem prejuízo de outras decorrentes dos princípios adotados, ou mesmo concedidas pela legislação ordinária, as quais sejam: 1. prisão somente em caso de flagrante ou por ordem judicial (art. 5º, inciso LXI); 2. direito de permanecer o acusado calado e de ter assistência

---

<sup>201</sup> COUTINHO. **Os princípios...**, op. cit., p.3.

<sup>202</sup> PRADO, op. cit., p. 3.



da família e do advogado (art. 5º, inciso LXIII); 3. direito de que a prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente e a membro da família indicado pelo acusado (art. 5º, inciso LXII); inviolabilidade da residência, exceto em caso de flagrância do delito ou desastre, ou durante o dia, mediante ordem judicial (art. 5º, inciso XI); inviolabilidade de correspondência ou comunicações telefônicas e dados, salvo por ordem judicial (art. 5º, inciso XII); 6. direito a julgamento pelo juiz natural, não se admitindo tribunal de exceção (art. 5º, inciso LIII); 7. proibição de uso de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI); 8. julgamento por júri nos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII); 9. individualização e proporcionalidade da pena: não atingindo terceiros, nem deixando de considerar a gravidade do delito (art. 5º, inciso XLV e XLVI); 10. obrigação de toda autoridade fundamentar suas decisões, aferindo-se não só a legalidade estrita, mas também a justiça do ato (art. 93, inciso IX).<sup>203</sup>

Gilson Bonato assegura que o devido processo legal diz respeito a determinadas garantias indispensáveis ao desenvolvimento regular do processo, as quais são: o acesso à justiça, a presunção de inocência, o juiz natural, o princípio da identidade física do juiz, o princípio do promotor natural, o tratamento paritário dos sujeitos processuais, a plenitude de defesa e o contraditório, a publicidade dos atos processuais, a motivação dos atos decisórios e o prazo de duração do processo.<sup>204</sup>

Osmar Fernando de Medeiros considera que as garantias constitucionais, inerentes ao processo penal, constam do art. 5º e se referem aos seguintes incisos: XXXIV – direito de petição aos Poderes Públicos para defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de

---

<sup>203</sup> Importante ressaltar aqui, que não obstante essa garantia não constar tecnicamente das cláusulas pétreas, aí se inclui, por integrar o devido processo, sendo pois, garantia fundamental.

<sup>204</sup> BONATO op. cit., p. 116 e ss.

poder; XXXVII – proibição de juízo ou tribunal de exceção; XXXVIII – reconhecimento da instituição do júri; LIII – garantia do juiz natural; LIV – princípio do devido processo legal; LVI – inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos; LVII – estado de inocência; LVIII – desobriga o civilmente identificado a fazê-lo na esfera penal, salvo exceções; LIX – ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública; LX – garantia de publicidade dos atos processuais; LXI – excepcionalidade da prisão: somente em flagrante ou por ordem escrita fundamentada do juiz; LXII – comunicação imediata da prisão ao juiz competente, à família ou quem ele indicar; LXIII – o preso deverá ser informado de seus direitos, entre eles: permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de um advogado; LXIV – direito de o preso ter identificado o responsável por sua prisão ou seu interrogatório policial; LXV – o relaxamento da prisão ilegal; LXVI – direito à liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVIII – concessão de *habeas corpus*; LXXIV – assistência judiciária integral e gratuita, a ser prestada pelo Estado.<sup>205</sup>

Ana Lúcia Menezes Vieira focaliza:

São garantias do devido processo legal na Constituição da República: a) a garantia do juiz natural, com a proibição dos juízos ou tribunais de exceção, abrangendo a idéia de juiz competente (art. 5º, XXXVII e LIII); b) o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); c) a igualdade processual – decorrente do princípio da isonomia (art. 5º, I), significando a paridade de armas ou *par conditio* – igual possibilidade de atuação das partes no processo civil ou penal; d) a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais (arts. 5º, LX, e 93, IX); e) presunção de inocência do acusado (art. 5º, LVIII). Além das garantias expressas, há outras decorrentes do contraditório e da ampla defesa – direito à prova, por exemplo – que integram a garantia do devido processo legal.<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 93-94.

<sup>206</sup> VIEIRA, op. cit., p. 71.

## 2.4 Garantias Processuais e Devido Processo Penal

Considerando-se o Direito Processual Penal, o princípio do devido processo legal diz respeito a determinadas garantias necessárias ao regular desenvolvimento do processo, o que coincide com um processo devido. É o processo legal relativo à liberdade humana e à dignidade do ser humano.

A garantia constitucional do devido processo legal, aqui especialmente, do processo penal, traduz-se num postulado universalmente reconhecido e previsto nos ordenamentos jurídicos pautados num Estado Democrático de Direito, trazida no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição da República *in verbis*: “ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

“Em uma abordagem garantista do processo, e especificamente do processo penal, as garantias processuais devem ser inseridas como novos componentes da concessão dos direitos fundamentais do Estado Constitucional. As garantias processuais são os instrumentos que fazem valer os direitos fundamentais”.<sup>207</sup>

Tucci constata que o devido processo penal se especifica nas seguintes garantias: a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos

---

<sup>207</sup> ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 107.

processuais penais, f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; h) da legalidade da execução penal.<sup>208</sup>

Mas quando se fala em dialética processual se pretende dizer que não há uma hierarquia entre as garantias constitucionais, mas sim uma relação de interdependência mútua, em respeito à dignidade da pessoa humana. O processo deve ser conduzido de forma que todas as garantias sejam respeitadas, visto que todos os sujeitos processuais se submetem aos limites impostos pela Constituição.

#### **2.4.1 O acesso à justiça**

A Constituição da República, no artigo 5º, inciso XXXV, assim dispõe: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*” Diante da inafastabilidade do controle jurisdicional, garante-se ao cidadão o direito de recorrer ao Judiciário em defesa de seus direitos, fundamentalmente os direitos de plena defesa, uma vez que no Direito Processual Penal lida-se diretamente com a questão da liberdade. Assim, ter acesso à justiça é permitir ao acusado um processo desenvolvido de forma regular, devendo então preocupar-se com a realidade que envolve o processo.

Mauro Cappelletti aduz que a expressão acesso à justiça “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve

---

<sup>208</sup> TUCCI. **Direitos ...** op. cit., p. 67.

ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.<sup>209</sup>

Gilson Bonato atesta que, no processo penal, ter acesso à justiça é “dar condições de uma acusação regular, baseada em elementos colhidos de forma imparcial e verdadeira, e ainda propiciar ao acusado condições de exercer plenamente o seu direito de defesa, com amplo acesso a todas as provas que sejam necessárias para demonstrar e provar a sua inocência”.<sup>210</sup>

Tucci pondera que essa garantia de acesso à Justiça Criminal se apresenta sob duas formas: uma referente ao custo do procedimento penal, ou seja, acessibilidade econômica, e aí se inclui a necessidade de assistência judiciária materialmente efetiva a todos, e com mais ênfase aos menos favorecidos, que geralmente são os que mais sofrem processos criminais, e outra referente à atuação de profissional, legalmente habilitado, quer dizer, acessibilidade técnica efetiva.<sup>211</sup>

Entretanto, ao se mencionar o custo do processo, não se pode esquecer outras conseqüências dele advindas, de caráter moral, social, psicológico e familiar, sendo certo que o acusado sofre com a demora excessiva em se chegar a uma decisão.

A garantia do acesso à justiça implica possibilitar ao indiciado ou acusado todos os meios de exercer as garantias constitucionais fundamentais, tornando assim efetiva a sua defesa.

Mauro Cappelletti também se pronuncia:

---

<sup>209</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

<sup>210</sup> BONATO, op. cit., p. 118.

<sup>211</sup> TUCCI. **Direitos...** op. cit., p. 85 e ss.

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo”.<sup>212</sup>

Pelo exposto, vê-se que não basta a aplicação correta de normas para o caso em questão, a mera regularidade formal, devendo-se voltar as atenções para a eficaz proteção dos direitos dos cidadãos. E isto demanda, inclusive, um novo papel a ser desempenhado pelos juízes diante da ordem imposta pela Constituição da República de 1988.

#### 2.4.2 Juiz natural

Também denominada garantia do juiz legal, do juiz competente, representa a vedação de tribunais extraordinários e juízo *ad hoc*, bem como o impedimento à subtração da causa ao tribunal competente.<sup>213</sup> Procura-se assegurar a imparcialidade do juiz, vista não como atributo deste, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. É garantia da própria jurisdição, mas antes ao jurisdicionado.

A Constituição da República, no artigo 5º, inciso XXXVII e LIII, dispõe que: “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*” e “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”.

---

<sup>212</sup> CAPPELLETTI e GARTH, op.cit., p. 15.

<sup>213</sup> FERNANDES, op. cit., p.125.

Tal proibição não se confunde com a criação de justiça especializada, onde se atribui a órgãos inseridos na estrutura judiciária, competência para o julgamento de matérias específicas, constitucionalmente previstas.<sup>214</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho entende que a visão tradicional insiste em não considerar a competência do juiz como integrante do princípio do juiz natural, o que se evidencia com a atitude tomada pelos tribunais alterando a competência em processos já constituídos.<sup>215</sup> Acrescenta ele:

Juiz competente, diante do quadro constitucional de 1988 é, sem sobra de dúvida, o Juiz Natural ou Juiz Legal, de modo a poder-se dizer ser dele a competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado, assim como excluir todos os demais, evitando-se, deste modo, manipulações indesejáveis, com vilipêndio das regras de garantia, como tem acontecido com frequência inaceitável, mormente em face da chamada interpretação retrospectiva.<sup>216</sup>

Neste sentido, imprescindível transcrever o entendimento de Figueiredo Dias:

Daí que desde há muito se tenha considerado, com inteira razão, como puro corolário daquela exigência de legalidade a afirmação do *princípio do juiz natural ou do juiz legal*, através do qual se procura sancionar, de forma expressa, *o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente*. A tanto vincula a necessária garantia dos direitos da pessoa, ligada à ordenação da administração da justiça, à exigência de julgamentos independentes e imparciais e à confiança da comunidade naquela administração. Para corresponder a tais exigências importa assinalar ao princípio um tríplice significado:

- a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da *fonte*: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência.
- b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência *temporal*, através deste afirmando um princípio de *irretroactividade*: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo.

---

<sup>214</sup> *Idem*, 127.

<sup>215</sup> COUTINHO. **O papel...**, op, cit. p. 12.

<sup>216</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crime continuado e unidade processual**, in: SHECARIA, Sérgio Salomão (org.). Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo: Método, 2001, p. 202.

c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de *competência*, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a proibição de jurisdições de exceção, i. é, jurisdições ad hoc criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras *gerais* de competência; o que não obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como a sua suspensão discricionária por qualquer autoridade.<sup>217</sup>

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “o princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade”.<sup>218</sup>

Importante salientar que o princípio do juiz natural não se confunde com o princípio da identidade física do juiz, quando se assegura aos jurisdicionados a vinculação da pessoa do juiz ao processo. No nosso processo penal, todavia, jamais teve ele aplicação, pela própria natureza do sistema adotado, embora seja tema de grandes discussões.<sup>219</sup>

Vale dizer ainda que o papel do juiz não mais se restringe a uma simples aplicação da lei, independentemente de seu conteúdo, devendo, sim, zelar pela adequação dos princípios constitucionais. Apresenta-se como garantidor dos direitos fundamentais, até mesmo contra o legislador, emitindo um juízo de valor sobre as leis no momento de decisão.

Com esclarece Adelino Marcon:

Nosso legislador constitucional preferiu adotá-lo já no seu significado completo para se evitarem interpretações distorcidas e mesmo absurdas ou abusivas. Apesar disso, não tem sido matéria simples. A uma, porque sua interpretação não tem correspondido ao respeito que merece, preferindo-se acreditar mais na ação do homem do que na norma; a duas, porque interesses escusos implicam na sua manipulação e, a três, porque parte dos que produzem justiça, não está comprometida com o verdadeiro Estado Democrático de Direito e por isso não percebe, ou não quer perceber, a importância de a garantia da competência estar estabelecida anteriormente ao fato humano a ser submetido à decisão judicial.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> DIAS, op. cit., pp. 322-323.

<sup>218</sup> COUTINHO. **Introdução...**, op. cit., p. 12.

<sup>219</sup> Idem, p. 14.

<sup>220</sup> MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 227.



### 2.4.3 Tratamento paritário dos sujeitos processuais

Este princípio somente poderá ser considerado efetivo se os preceitos processuais penais forem vistos à luz da Constituição, uma vez que o Código de Processo Penal<sup>221</sup> traz diversas situações em que a disparidade é visível. Prega-se o tratamento paritário, mas este não é vislumbrado na prática. Não existe igualdade de tratamento para acusação e defesa.

Neste sentido é o entendimento de Gilson Bonato: “Há que se entender que a igualdade pretendida significa dar às partes as possibilidades que necessitam para poderem fazer valer os seus direitos, que necessariamente não são idênticos, pois a forma de se exercer a acusação e a defesa é diferente. O importante é que haja o equilíbrio de situações, que é preconizado abstratamente pelo legislador e deve corresponder à realidade processual.”<sup>222</sup>

Também o juiz deverá zelar para que os direitos do acusado sejam resguardados, tendo a tarefa de garantir o equilíbrio entre as partes, pois não bastam os princípios e as previsões, se os homens que os operam não respeitarem as regras impostas. Sem contar que o aparato estatal posto à disposição da acusação para produzir provas por si só já se mostra desigual diante dos recursos que a defesa tem, muitas vezes prejudicada diante da negativa do juiz para a produção de determinada prova.

---

<sup>221</sup> Exemplo disto tem-se no art. 394 do CPP, que ao se referir ao interrogatório prevê a intimação do Ministério Público, nada proferindo quanto à defesa. Outro exemplo diz respeito ao art. 501, que prevê que os pertinentes aos arts. 499 e 500, ambos do CPP – (requerimento de diligências e alegações finais) correrão em cartório, salvo para o Ministério Público.

<sup>222</sup> GRINOVER. *Novas...* op. cit., p. 7.

E isto está associado à independência deste no momento do julgamento, que segundo Binder, pode ser assim delimitada: a) independência externa: o juiz não deve depender de nenhum dos poderes do Estado; b) independência interna: o juiz não deve depender de nenhum organismo superior dentro do próprio Poder Judiciário; c) independência burocrática ou administrativa: o juiz deve ser independente em relação à organização administrativa que o rodeia, não podendo delegar funções que deve exercer pessoalmente.<sup>223</sup>

Ao se exigir do juiz neutralidade e imparcialidade, considerando que o juiz não tem nenhum interesse direto no caso (ao menos em tese, é o que se espera) se pretende justificar que o equilíbrio entre as partes foi garantido, que todos receberam mesmo tratamento. Mas um Estado democrático de Direito pressupõe um juiz atuante, consciente e atento à realidade que o cerca e da qual ele também é parte. Ficar preso a discursos vazios é fechar os olhos para o que realmente importa. E o mais importante aqui é o espírito desarmado, cada um lutando contra seus preconceitos e prejulgamentos, para fazer cumprir as “regras do jogo”.

---

<sup>223</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. (trad. De Fernando Zani). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 110.

#### 2.4.4 Ampla defesa e contraditório

Conforme disposto pela Constituição em seu art. 5º, inciso 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*”.

O direito de defesa não pode sofrer restrições, e isto justifica a denominação ampla defesa. A ampla defesa se divide em defesa técnica e autodefesa. Esta última é exercida pelo próprio acusado e ocorre principalmente por ocasião do interrogatório, mas também quando auxilia seu advogado quanto às testemunhas a serem arroladas, ou quanto às provas a serem produzidas. A defesa técnica, por sua vez, será exercida por advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, que participará de todos os atos. Deverá ser efetiva e não simplesmente formalista, ressaltando-se que o contraditório há que ser efetivo e real e não se limitar à resposta, à contestação, mas se estendendo a todos os atos do processo.

Figueiredo Dias afirma:

[...] o princípio incita a que se arme o arguido com um efectivo e consistente direito de defesa – mas acaba por se bastar com uma geral possibilidade de oposição e contestação, ou de exposição pelo arguido das suas próprias razões. Acontece, por último, que o princípio deve respeitar a todo o decurso do processo, impedindo que nele se tome qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico de uma pessoa sem que esta tenha oportunidade de se fazer previamente ouvir [...].<sup>224</sup>

Rui Portanova constata:

---

<sup>224</sup> DIAS, op. cit., p. 151.

Assim, o princípio da ampla defesa, para atender perfeitamente aos termos constitucionais, mais do que nunca, deve ser cuidadosamente informado pelo princípio da efetividade social do processo. Exige-se interpretação a mais abrangente possível. Não basta o só direito de defender-se; é indispensável, para que a defesa seja plena, que a parte tenha a liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva. Só assim ter-se-á certa paridade de partes no processo.<sup>225</sup>

O princípio do contraditório está intimamente ligado ao princípio da ampla defesa, enquanto direito fundamental da pessoa humana. Tal princípio implica não se poder ser julgado sem antes ser ouvido sobre as alegações e provas apresentadas pela parte contrária. Portanto, devem ser usados todos os meios necessários para evitar que a disparidade de tratamento dispensado às partes, quanto às posições no processo, possa interferir no resultado, o que prejudicaria a prestação da tutela jurisdicional.<sup>226</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica:

Em sendo ele, o contraditório, uma garantia constitucional, para se ter um processo penal democrático não se pode pensar em restringi-lo, salvo quando esbarrar em outro princípio também previsto na Constituição, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses em que são protegidos os direitos à intimidade e à privacidade. Tal confronto há de ser resolvido pela aplicação do princípio da proporcionalidade (como querem os alemães) ou princípio da razoabilidade, na visão dos americanos.<sup>227</sup>

Desta maneira, conforme ressaltado por Osmar Medeiros, estabelece-se aí a dialética processual. O cidadão, ao ser acusado da prática de determinado delito, tem o direito constitucional de participar efetivamente de todos os atos do processo do qual é parte, podendo responder nos devidos termos (contraditório), mediante defesa técnica (constituída ou nomeada), produzir provas, ser informado de todos os atos inerentes ao processo, bem

---

<sup>225</sup> PORTANOVA, op. cit., p. 127.

<sup>226</sup> BONATO, Gilson. Por um efetivo “devido processo penal”, in: BONATO, Gilson (org.). **Direito penal e processual penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 132.

<sup>227</sup> COUTINHO. **Introdução...**, op. cit., p. 27.

como recorrer, havendo sucumbência (total ou parcial), às instâncias superiores (o duplo grau de jurisdição).<sup>228</sup>

No mesmo sentido, Tucci esclarece:

Realmente, ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que se lhe propicie a produção de ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*), e por via de conseqüência, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da participação ativa e contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo (...) a concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör*, isto é, da garantia de ampla defesa, seja qual for a natureza do objeto do processo, compreende: a) o direito de ser informado; b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.<sup>229</sup>

#### 2.4.5 Publicidade dos atos processuais

O Estado democrático se funda no princípio da soberania popular e impõe a participação efetiva dos cidadãos na atividade desenvolvida pelos poderes estatais, e para tanto é imprescindível a publicidade dos atos que envolvem o Estado.

O exercício do poder jurisdicional, por meio do processo, torna-se visível, assegurando-se o princípio da publicidade. Tal princípio assegura a todos, e não somente aos interessados o direito a que tenham conhecimento acerca da questão tratada no processo, bem como à decisão prolatada.

Para Tucci, a publicidade dos atos processuais se impõe para que a defesa do imputado seja assegurada em sua plenitude, e por sua vez, imprescindível ao *due process of*

---

<sup>228</sup> MEDEIROS, op. cit., p. 151.

<sup>229</sup> TUCCI e TUCCI. op. cit., pp-60-61.

*law* no processo penal, e “se perfaz com o conhecimento e a presença, na totalidade deles, dos interessados na definição e/ou satisfação de concreta relação jurídica penal, bem como pelo acesso a eles de todos os membros da comunidade.”<sup>230</sup> Isto implica dizer que, nos procedimentos criminais, deve haver acesso do público às audiências, bem como a possibilidade de serem os autos examinados por terceiros interessados. O aspecto jurídico que envolve a publicidade se traduz no direito que o acusado tem a um processo público, segundo as normas previstas em lei. Esta possibilidade de participação dos interessados também se presta a garantir a transparência da justiça e, por conseguinte, garantir a confiança popular nesta.

Acrescenta Tucci que este princípio é “determinante, em regra, da regularidade, e conseqüente validade, dos atos processuais, presta-se, não só para garantir ao interessado na sua realização a segurança de um iter procedimental escoreito de qualquer vício, mas, igualmente, ‘para que a sociedade possa formar sua opinião sobre a retidão dos órgãos judiciais’”.<sup>231</sup>

Ana Lúcia Menezes Vieira aponta duas vertentes para o princípio da publicidade, uma que se refere às partes possibilitando o contraditório e o exercício da ampla defesa, e a outra que se traduz na publicidade perante terceiros, tendo por fim o controle público da Justiça e a contínua promoção da confiança popular nos tribunais. É ele, também, sustentáculo do devido processo e do Estado de Direito.<sup>232</sup>

Nas palavras de Ana Lúcia Menezes Vieira,

---

<sup>230</sup> TUCCI. **Direitos...**, op. cit., p. 210.

<sup>231</sup> *Idem*, p. 211.

<sup>232</sup> VIEIRA, op. cit., p. 74.

somente a publicidade processual pode possibilitar ao acusado o controle sobre os instrumentos e as decisões estatais de coerção de seu interesse. Somente em um processo público é possível garantir ao acusado sua liberdade e proteção de todos os seus direitos fundamentais. Somente sendo público o processo o acusado poderá participar de seu desenvolvimento – defendendo-se, produzindo provas, fazendo valer sua verdade sobre os fatos -, protegendo-se da parcialidade e suspeição do julgador.<sup>233</sup>

Para Figueiredo Dias: “Tanto o interesse da comunidade (enquanto tal e consubstanciada no tribunal) como o interesse do próprio argüido convergem, pois, no sentido de ser dada publicidade à audiência; esta constitui para todos uma verdadeira garantia.”<sup>234</sup>

#### **2.4.6 Motivação dos atos decisórios**

A Constituição da República traz no art. 93, IX, o princípio da motivação dos atos decisórios, *in verbis*: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”.

A imposição do devido processo legal exige que o julgador exteriorize as razões de sua decisão, e manifeste qual interpretação foi dada à lei e aos fatos do caso *sub judice*.

---

<sup>233</sup> Idem, p. 90.

<sup>234</sup> DIAS, op. cit., p. 223.

Importante ressaltar que muitos fatores podem influir no convencimento do julgador, mesmo que inconscientemente. As decisões podem ser facilmente manipuladas pelos operadores do Direito, e no que se refere às decisões judiciais, basta que sejam utilizados requisitos retóricos bem trabalhados. E a linguagem pode tornar verdade em mentira, ou vice-versa, até mesmo pode auxiliar um juiz a se valer dela para manipular o resultado que pretenda. Primeiro se julga, depois se buscam as provas para embasar o decreto condenatório.<sup>235</sup>

É fato, entretanto, que os juízes se percam em meio a citações e doutrinas e esqueçam de analisar o que realmente importa, as questões de fato surgidas no processo.

A fundamentação se impõe não somente aos atos decisórios, como também às decisões interlocutórias, tema que será melhor tratado em capítulo próprio.

De conformidade com Gilson Bonato, “as motivações decisórias revelam respeito para com a pessoa do acusado e sua dignidade, dando-lhe, inclusive, a oportunidade de poder exercer a ampla defesa em eventual recurso, caso a decisão motivada lhe tenha sido desfavorável.”<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> BONATO. **Por um efetivo...** op. cit., pp.132-133.

<sup>236</sup> Idem, p.134.



## CAPÍTULO III – DENÚNCIA OU QUEIXA

### 3.1 Ação Penal e Processo

#### 3.1.1 O direito de ação

Ao assumir o monopólio da Justiça, o Estado conferiu ao cidadão instrumentos hábeis a fazer valer seus direitos, e entre eles, o direito de ação, cujo fundamento jurídico constitucional se abriga no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Através da ação se exercita a atividade jurisdicional, vale dizer, é um instrumento de impulso da jurisdição.

A ação, traduzida no direito à tutela jurisdicional pelo Estado é tida como um direito público subjetivo. Neste sentido, Tucci esclarece que ação é considerada como direito geral e abstrato, que pode ser exercida mesmo quando não se ostente a titularidade de direito subjetivo material, merecedor de tutela jurisdicional, conceituando ação “como a atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato (em linha de princípio, até porque, com ela, se concretiza), autônomo, público, genérico e subjetivo, qual seja o direito à jurisdição”.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> TUCCI. **Teoria...**op. cit., p. 79.

Acrescenta ele: “Pertencente a todos os membros da comunhão social como decorrência da própria personalidade, exige-se, apenas que o autor faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito objetivo; incumbindo ao Estado, à vista dela, exercer sua atividade jurisdicional, com o proferimento de sentença, ainda que desfavorável.”<sup>238</sup>

Sempre existiu uma grande preocupação em se definir a natureza jurídica da ação, o que ensejou uma série de teorias neste sentido.

Da concepção primitiva, herdada do Direito Romano e desenvolvida, dentre outros, por Savigny, que perdurou até meados do século XIX, tem-se que ação e direito subjetivo se confundiam. Essa corrente afirma que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”.<sup>239</sup> A ação seria o próprio direito material pleiteado em juízo, o direito material em movimento – dois lados da mesma moeda. Agredido por um lado, por outro se movimentava. Tal teoria confundia situações absolutamente distintas, isto é, aquela regulada pelo direito material e aquela decorrente do exercício da ação, eminentemente instrumental. No primeiro caso, o objeto da relação é concreto (um contrato, por exemplo) e no segundo, aquilo que é decorrente dele ou, melhor dizendo, algo que aparece tendo a ele como antecedente necessário, razão por que é ela, ação, instrumentalmente conexa a um caso concreto.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> TUCCI. **Teoria...** op. cit., p. 67.

<sup>239</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95. O conceito de ação partiu da definição de Celso contida na 2ª parte de pr. I., 4, 6: *actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*. “A ação, porém, nada mais é do que o direito (de alguém) de buscar em juízo o que lhe é devido.” V. TORNAGHI, op. cit., p. 244.

<sup>240</sup> V. COUTINHO. **A lide...**op. cit., p. 148.

Passou-se pela polêmica entre Windscheid e Muther, em que se concluiu que existia uma distinção entre o direito material e o direito de ação.

Windscheid, em seu livro “*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*” (“A actio do Direito Civil Romano do ponto de vista do Direito Moderno”), publicado em 1856, em Düsseldorf, afirma que a *actio* do Direito Romano não é a mesma coisa que então se entende por ação (*Klage*) ou direito de agir (*Klagerecht*). Entende ele que uma *actio* é “a faculdade de realizar a própria vontade através de uma perseguição judiciária (*Gerichtliche Verfolgung*)”. Assim, Windscheid chama de pretensão (*Anspruch*) o que os romanos denominavam *actio*.<sup>241</sup>

Entretanto, em 1857, em Erlangen, Theodoro Muther tem seu livro publicado “*Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und die singular Succession in Obligationem*” (“Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa – direito de ação –, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações”), e este é uma crítica a Windscheid. Em síntese, Muther procura evidenciar que há coincidência entre a *actio* e a ação moderna, onde a palavra ação foi utilizada para designar o direito de pedir a tutela do Estado. Assim há um direito à tutela jurídica estatal, dirigido ao Estado e este é diverso do direito contra o particular, para que elimine a lesão.<sup>242</sup>

No mesmo ano, Windscheid responde às críticas de Muther com seu “*Die actio, abwehr gegen dr. Theodor Muther*” (“A *actio*, defesa contra Dr. Theodoro Muther”), onde afirma que os romanos usavam o vocábulo *actio* no lugar da palavra direito e que Muther pretende que ação continue a ser entendida como direito à tutela do Estado, conceito este que não lhe valor, mas acrescenta que a ação neste sentido não pertence ao Direito

---

<sup>241</sup> TORNAGHI, op. cit., pp. 245 e ss.

<sup>242</sup> Idem.

substantivo e sim ao processual. Mas o pensamento de Windscheid recebeu contorno definitivo no “*Lehrbuch des Pandektenrechts*”, de 1862, afirmando-se que a *anspruch* serve para exprimir a tendência do Direito a sujeitar a si a vontade alheia, prestando-se não só para indicar o fato de pretender, mas também o pretender como pertinência jurídica da pretensão, ou seja, o direito de pretender, de exigir algo de outrem. Os romanos, desconhecendo semelhante conceito, utilizaram o vocábulo *actio*, cuja abrangência tornava-se cada vez mais restrita: atividade, atividade com outrem, atividade judiciária, atividade judiciária contenciosa, atividade judiciária contenciosa com especial referência ao agressor e, pois, perseguição judiciária, chamada *klage*, não como fato, mas como pertinência jurídica. A *actio* não é exatamente a *anspruch*.<sup>243</sup>

Consoante Couture:

Una famosa discusión acerca del contenido de la *actio* romana y la *Anspruch* germánica, culminó con el reconocimiento de que no existía coincidencia entre ambas. La *Anspruch* o pretensión constituía en el pensamiento de Windscheid primero y en el de Wach después, un fenómeno jurídico diferenciado del derecho.

Para la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo.

Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fue a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.<sup>244</sup>

Adolf Wach, a partir das afirmações de Muther, em 1885, no 1º volume de seu “*Handbuch des Civilprozessrechts*” (“Manual de Direito Processual Civil Alemão”) e em 1889 no “*Der Feststellungsanspruch*” (“Ação Declaratória”), escrito em homenagem a Windscheid, aduz ser a ação um direito de exigir do Estado a proteção jurídica e do

<sup>243</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 271.

<sup>244</sup> COUTURE, op. cit., pp. 63-64.

adversário a submissão.<sup>245</sup> Wach acabou por influenciar Chiovenda e por intermédio deste, seus discípulos – Calamandrei e Liebman – alcançando o processo ibero-americano.<sup>246</sup>

Para Wach, apesar de autônomo, uma vez que “não nasce juntamente com o direito material, nem deste por vezes decorra (como na ação declaratória negativa), o direito de ação só compete a quem é titular de um interesse real, e não imaginário” e, “embora não nascendo junto com o direito subjetivo material, dele haverá de decorrer, sempre e necessariamente, à exceção da hipótese da ação declaratória negativa. Assim, distinguem-se os dois direitos, mas o segundo nascerá depois do primeiro, quer da violação deste, ou da ameaça ao mesmo”.<sup>247</sup>

Acolhe a idéia de ser a ação, enquanto direito à jurisdição, um direito autônomo, em face do Estado. Entende o direito de ação como direito a uma sentença favorável (um direito público e concreto), uma vez que o direito material necessitaria ser reconhecido para então existir um direito concreto de agir. A ação passa a ser considerada como direito subjetivo à prestação da tutela jurisdicional, mas ainda sob um enfoque individualista, preocupada em solucionar um conflito individual.<sup>248</sup>

A partir de seu entendimento, Wach impõe três condições para a ação: “a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse, que deverá ser real e não imaginário; b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse do próprio autor; c) a possibilidade jurídica do

---

<sup>245</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 273.

<sup>246</sup> SILVA e GOMES, op. cit., p. 103.

<sup>247</sup> Idem, p. 104.

<sup>248</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal: denúncia, queixa e aditamento**. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 21.

pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados.”<sup>249</sup>

Foram feitas muitas críticas à teoria de Wach, uma vez que este somente admitia o exercício do direito de ação quando resultasse numa sentença favorável, sendo incapaz de explicar a questão da ação improcedente.

Embora possa ser considerada como variante da teoria concreta, merece menção a concepção de Chiovenda, elaborada sob o prisma do direito potestativo. Chiovenda sustenta a autonomia da ação, com a teoria do direito potestativo, ou seja, a ação deve ser entendida como um direito *concreto atual*, preexistente ao processo e precisamente como uma *potestad* jurídica, a fim de obter, contra o adversário, um resultado favorável no processo. A ação, enquanto direito potestativo, é um poder meramente ideal, ou seja, um poder de querer alcançar determinados efeitos jurídicos. Sendo a ação um direito potestativo frente ao adversário, seu único efeito será sujeitá-lo aos efeitos jurídicos visados, que reproduzem a vontade da lei.<sup>250</sup>

Chiovenda define:

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública.<sup>251</sup>

Embora acolha a teoria de Wach quanto à ação ser um direito autônomo, dele discorda quanto ao caráter publicístico, pelo fato de a ação se traduzir num direito não

---

<sup>249</sup> SILVA e GOMES, op. cit., p. 104.

<sup>250</sup> SILVA e GOMES, op. cit. p. 106.

<sup>251</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 42.

contra o Estado, mas contra a outra parte, pois diante da negativa em se cumprir uma obrigação, a parte lesada ingressa em juízo, dirigindo-se ao Estado, para que este coloque esta parte em posição de sujeição frente ao autor.

Dentre os doutrinadores autonomistas ainda se destacam Degenkolb, na Alemanha, e Plosz, então Prússia, na parte que hoje corresponde à Hungria, que consideram a ação como direito autônomo, não ligado a outro, nem de outro decorrente, podendo ser concebido como abstração de qualquer outro, o que possibilita que se pleiteie a prestação jurisdicional, independente de ter ou não razão diante do direito material. O direito de ação será exercido independentemente de se obter ou não uma sentença favorável. Segundo essa teoria, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material pleiteado. Sendo a ação a razão de ser do processo, existirá processo havendo ou não razão. O importante é que exista a ação, o direito de agir, considerado como direito subjetivo público, existente ainda que não haja um direito anterior reconhecido ou lesado.

Degenkolb acrescenta ao direito de ação a necessidade de existir boa fé, pressupondo ter direito àquilo que é pleiteado, considerando-se assim, amparado pela lei, não importando se tenha ou não razão.<sup>252</sup>

Entretanto, importa dizer, que a conceituação para o direito de ação, emprestada do Direito Processual Civil, não se ajusta ao Direito Processual Penal, seja quanto às condições para o exercício do direito de ação, seja quanto à real função do processo, não limitada à mera prestação jurisdicional, pois se assim o fosse, como detentor do monopólio da Justiça, o Estado não necessitaria do processo para impor a sanção, a partir da prática de um ilícito penal.

---

<sup>252</sup> TORNAGHI, op. cit., pp. 272-273.

Tudo isto só vem consolidar a impossibilidade de se adaptar princípios, regras e institutos de Direito Processual Civil ao Direito Processual Penal, propugnando por uma teoria geral do processo. Mas não se trata de negar todo o conhecimento posto, e sim aproveitar o que pode trazer alguma utilidade, absolutamente imprescindível. Todavia, não perder isto de vista. Do contrário, tem-se a grande chance de se escrever sobre Direito Processual Civil e colocar o rótulo de Direito Processual Penal, um absurdo inadmissível.

### 3.1.2 Ação penal

O Estado, detentor do *jus puniendi* no plano abstrato, a partir da prática de um ato considerado infração penal passa a detê-lo em concreto. Diante da impossibilidade de o Estado impor a sanção penal, esta será alcançada por meio do processo, acrescente-se: justo, devido.<sup>253</sup>

O vocábulo ação penal, no processo penal brasileiro, decorre da teoria unitária do processo, trazendo a questão da “lide penal”, bem como dos elementos subjetivos dela integrantes: pretensão, interesse e vontade.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> “Cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade. (...) Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre –; e tem importância prática já na primeira fase da persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes; caso penal, por exemplo”. COUTINHO. **A lide...**, op. cit., pp. 137-138.

<sup>254</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 32.



Em razão disso, imprescindível o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda: “A doutrina tradicional do nosso processo civil-penal, sem muitas indagações sobre as chocantes incoerências que a transferência provoca, assim atua. Não faz mal, é verdade, mas procurando, em nome do pressuposto fundamental – a lide, à qual o processo existe como instrumento de sua composição – observar coerentemente os fenômenos processuais. O vício, portanto, está na raiz e não propriamente nos efeitos”.<sup>255</sup>

Tucci entende que ação penal corresponde “ao exercício do direito à jurisdição criminal, para reconhecimento ou satisfação, da prevalência, enfim, do *ius puniendi* estatal ou do *ius libertatis* do ser humano envolvido numa *persecutio criminis*”.<sup>256</sup>

José Antonio Paganella Boschi admite que o poder-dever de punir, enquanto monopólio estatal, somente se efetiva através do processo, submetendo-se aos limites por ele mesmo impostos, em respeito ao devido processo legal.<sup>257</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho entende, no sistema processual penal brasileiro, “a ação como um direito-dever de provocar, para acertar um determinado caso penal, a atuação jurisdicional.”<sup>258</sup> Pode-se afirmar que a ação penal é um direito subjetivo público, autônomo, abstrato, limitado e conexo, instrumentalmente, a um caso concreto.

A classificação da ação penal no Direito brasileiro, quanto ao critério subjetivo, ou seja, considerando-se a legitimidade para sua propositura, compreende a ação penal pública (incondicionada ou condicionada), a ação penal de iniciativa privada (propriamente dita), a ação penal de iniciativa privada personalíssima e a ação penal privada subsidiária da pública.

---

<sup>255</sup> COUTINHO. *A lide...*, op. cit., p. 146.

<sup>256</sup> TUCCI. *Teoria...*, op. cit., p. 80.

<sup>257</sup> BOSCHI, op. cit., p. 13.

<sup>258</sup> COUTINHO. *A lide...*, op. cit., p. 147

A ação penal pública pode ser incondicionada (que é a regra) ou condicionada à representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou à requisição do ministro da Justiça, cabendo em ambos os casos a legitimidade de sua propositura ao Ministério Público. Importa salientar que conforme dispõe a Constituição da República, no art. 129, I, o Ministério Público detém, como função institucional, a promoção privativa da ação penal pública, impossibilitando, assim, a confusão entre julgador e acusador. Entretanto, é sabido que no sistema acusatório isto é secundário porque caracterizado, principalmente, pela questão referente à gestão da prova. A representação e a requisição, aqui, autorizam a propositura da ação penal pelo Ministério Público, caso a entenda cabível. É ela regida pelos princípios da oficialidade (ato próprio de um órgão do Estado); da obrigatoriedade (diante da ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável; presentes as condições para o exercício da ação penal, deve o Ministério Público propor ação penal pública); da indivisibilidade (deve alcançar a todos que, direta ou indiretamente, foram identificados como responsáveis pela infração penal cometida) e da indisponibilidade (conforme dispõe o art. 42 do CPP, o Ministério Público não pode desistir da ação penal).

Há casos em que a iniciativa do direito de agir é conferida ao particular, caracterizando a ação penal de iniciativa privada, regida pelos princípios da oportunidade ou conveniência (o ofendido ou seu representante legal decidirá sobre a conveniência em propor ação penal de iniciativa privada), além da indivisibilidade e da intranscendência (princípio este que limita a *persecutio criminis* ao autor da prática da conduta ilícita, estando diretamente vinculado ao art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado ...”), também aplicáveis à ação penal

pública. Para alguns, vige aqui também o princípio da disponibilidade, mas ele, por primário, diz respeito ao conteúdo do processo.

Em se tratando de ação penal de iniciativa privada personalíssima, a legitimidade para a propor cabe exclusivamente ao ofendido, não se permitindo sucessão processual.

A ação penal privada subsidiária da pública se traduz numa ação penal pública, a ser proposta pelo Ministério Público, que o não tendo feito no prazo legal, torna possível que o ofendido o faça.

Assim, concluído o inquérito policial, uma das formas de investigação criminal<sup>259</sup>, será este remetido à Justiça e em sede de ação penal pública, caso o representante do Ministério Público decida pela propositura da ação penal e uma vez presentes as condições da ação, oferecerá desde logo a denúncia, que, após recebida, dará ensejo a se iniciar o *iter* processual da *persecutio criminis*. Em sede de ação penal de iniciativa privada cabe ao ofendido, ou a quem tenha qualidade para representá-lo, a propositura da queixa-crime. A denúncia ou queixa-crime é o ato processual que permite o acesso à jurisdição, onde o juízo de admissibilidade positivo sobre a ação move o processo.

Deste modo, o processo implica intervenção do Estado-juiz, aplicando a lei ao caso penal concreto. Os princípios constitucionais do *nulla poena sine iudice* e do *nulla poena sine iudicio* requerem que a aplicação de pena se dê por meio de juiz e de processo. O

---

<sup>259</sup> O inquérito é somente uma modalidade de investigação criminal, podendo inclusive ser dispensado, havendo elementos suficientes para possibilitar a propositura de ação penal. Entretanto, cabe aqui ressaltar que o inquérito policial mal conduzido leva, conseqüentemente, à propositura de ação penal sem o devido suporte mínimo probatório, caso o Ministério Público entenda que deva denunciar cegamente, em respeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. O Ministério Público não pode se limitar a ser mero acusador, mas deve ser, prioritariamente, garantidor do Estado Democrático de Direito. Além do mais, sem o preenchimento das chamadas condições da ação, deve o juiz rejeitar a denúncia ou a queixa, se for o caso, nos termos do art. 43, do CPP.

processo ganha relevo por sua instrumentalidade na tutela de direitos, e uma das maiores preocupações dos processualistas contemporâneos se traduz na sua efetividade como tal.

Neste sentido, Kazuo Watanabe aduz que existe a preocupação de que o processo se ajuste à realidade sociojurídica, cumprindo seu papel de instrumento a serviço de uma efetiva realização dos direitos. Mas não um instrumentalismo meramente formal, e sim substancial.<sup>260</sup>

### 3.1.3 Condições para o regular exercício do direito de ação

As condições da ação para os seguidores da teoria do direito concreto da ação seriam condições de existência do direito de ação. Para os seguidores da corrente do direito abstrato de agir, estas são condições para viabilizar o exercício regular do direito de ação.<sup>261</sup>

A doutrina do direito processual penal, inadvertidamente, acabou por se utilizar daquelas condições previstas para o Direito Processual Civil, depois de feitas algumas observações, o que parece não ter sido apropriado, pelas diferenças entre eles. O que se não pode contudo negar é que tais condições pretendem resguardar o Poder Judiciário das demandas inúteis, evitando-se o arbítrio nas proposituras de ações.

Neste sentido, Marco Aurélio Nunes da Silveira ressalta que as condições de ação se traduzem em “requisitos à obtenção da tutela jurisdicional” e diante da ausência de uma

---

<sup>260</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 21.

<sup>261</sup> JARDIM, op. cit., p. 53.

delas, se não poderá ter o mérito apreciado, acabando por evitar “o emprego abusivo do direito de ação”.<sup>262</sup>

Na doutrina tradicional, que faz aplicação direta do direito processual civil no direito processual penal, a primeira dessas condições é a legitimidade das partes (*legitimatío ad causam*), onde o direito de ação (concreto) pertence ao titular desse direito, que poderá o usar regularmente. Significa que as partes devem ser legítimas, investidas de capacidade de agir. A legitimidade para agir diz respeito às titularidades ativa e passiva da ação, ou “significa existência de pretensão subjetivamente razoável.”<sup>263</sup>

Para Liebman, legitimação é a pertinência subjetiva da ação em relação ao autor e ao réu, ou seja, o reconhecimento pela ordem jurídica de que o autor e o réu são as pessoas facultadas respectivamente a pedir e a contestar a providência demandada.<sup>264</sup>

A segunda condição é o interesse de agir, que se não confunde com o interesse de direito substancial. O interesse de agir decorre da necessidade de ir a juízo para obter algo que somente poderá ser atingido dessa maneira, e o Estado assume o dever de prestar a tutela jurisdicional, referindo-se pois, à utilidade do provimento.

Esta condição encontra seu fundamento no fato de, não obstante o Estado ter interesse no exercício da jurisdição, há que se esperar dele um resultado útil, atentando assim para o binômio necessidade e adequação. A necessidade da tutela jurisdicional se justifica pela impossibilidade de se obter a satisfação do direito por outra via que não a judicial, enquanto

---

<sup>262</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 41.

<sup>263</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 189.

<sup>264</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Araras: Bestbook, 2001, p. 107.

a adequação reside na relação existente entre a situação lamentada pelo autor e o provimento judicial pleiteado, sendo este último apto a corrigir o mal alegado pelo autor.<sup>265</sup>

A terceira condição é a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, se o que se pleiteia se relaciona à descrição legal de um direito. Para que o pedido seja juridicamente possível é necessário que se reconheça a tipicidade da conduta narrada.

Liebman entende por possibilidade jurídica “a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor”.<sup>266</sup>

No Direito Processual Civil se tem entendido essa formulação no sentido negativo, ou seja, desde que o ordenamento jurídico não proíba expressamente o exercício do direito à jurisdição, haverá possibilidade jurídica do pedido.

Entretanto, no Direito Processual Penal há que ser vista no aspecto positivo, quando a providência pleiteada for admissível, em abstrato, no ordenamento jurídico pátrio, correspondendo a um tipo legal. A ação penal somente poderá ser intentada se a conduta imposta ao acusado se amoldar a um tipo, definido em lei, em conformidade com o preceito constitucional de respeito à legalidade (art. 5º, XXXIX, da CR e art. 1º do CP).

Maria Thereza Rocha de Assis Moura, no que se refere às condições para o exercício da ação, ressalta:

(...) ser de todo desaconselhável e impróprio, tecnicamente, transferir o entendimento existente no Direito Processual Civil para o Direito Processual Penal. Tais como definidas as condições naquele ramo do Direito, não se ajustam ao processo penal. Inútil querer ignorar o jurista, a martelo, as evidentes diferenças existentes entre as duas disciplinas, para ver operar na ação penal condenatória as três condições da ação, tal como divisadas no processo civil.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p.257.

<sup>266</sup> LIEBMAN, op. cit., p. 106.

<sup>267</sup> MOURA, op. cit., p. 215.

Em se tratando de processo penal, pode-se afirmar que são suficientes as condições para o exercício da ação extraídas da lei processual penal, tratadas no art. 43 do CPP, bem como em sua interpretação sistemática com o art. 18, também do CPP.

Na concepção de Antonio Acir Breda “as condições da ação são requisitos exigidos pela lei para o exercício de qualquer ação penal” e que o Código de Processo penal trata das condições da ação de forma negativa, ou seja, como causa de rejeição da denúncia ou queixa. Mas também são elas requisitos positivos para que seja possível o exercício do acerto do caso penal. Estas podem ser extraídas a partir do disposto no art. 43 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses em que o juiz deve rejeitar a denúncia ou a queixa, bem como no art. 18 do mesmo diploma legal, as quais são: a) tipicidade aparente<sup>268</sup>; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa.<sup>269</sup> Entendimento esse, corroborado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.<sup>270</sup>

Por tipicidade aparente se compreende que deve o fato típico, objeto da imputação, ter a aparência de um delito definido pela lei penal, para justificar a instauração de um processo. Tal condição da ação está descrita no art. 43, I, do CPP (“*A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime, ...*”). Decorre ela do princípio da reserva legal, pois somente as condutas que se amoldam à descrição legal podem se sujeitar à sanção previamente prevista em lei, salientando que este fato descrito deve ser certo e determinado.

---

<sup>268</sup> Marco Aurélio Nunes da Silveira esclarece que a condição da ação do art. 43, I, do CPP, foi definida originariamente por Breda como tipicidade objetiva, entretanto, tratando-se de juízo de admissibilidade da acusação, não se indaga sobre tipicidade, que é matéria de mérito, mas sim sobre um juízo de aparência a partir da expressão legal “evidentemente não constituir crime”, sendo chamada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho tipicidade aparente. V. SILVEIRA, op. cit., pp. 56-57 (em nota de rodapé).

<sup>269</sup> Breda, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo legal, in **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, nº 31, p. 93, janeiro-junho/1981.

<sup>270</sup> COUTINHO. **A lide...**, op. cit., pp. 148-149

Neste sentido, fundamental o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Uma coisa, portanto, é o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm, na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos, algo tão-somente comprovável no curso do processo; outra, é a comprovação efetiva”.<sup>271</sup>

João Pedro Gebran Neto, a partir de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, afirma que a tipicidade é aparente, pois somente no curso do processo será comprovada ou não, a adequação perfeita do fato ao tipo penal. Ademais, além dos elementos objetivos, a tipicidade é integrada por elementos normativos e subjetivos, aferíveis na instrução processual.<sup>272</sup>

Esta condição da ação penal é muitas vezes descrita como possibilidade jurídica do pedido e em outras, não considerada como condição da ação, mas questão pertinente ao mérito.

A punibilidade concreta, prevista no art. 43, II, do CPP, e muitas vezes descrita como interesse de agir, refere-se à inexistência de qualquer uma das causas de extinção da punibilidade, hipótese estas previstas no art. 109, do Código Penal, além de outras previstas em lei. Nesse caso, o juiz decretará a extinção da punibilidade, proferindo uma sentença de mérito (art. 61 do CPP).

Considerando-se que a ação penal se presta ao accertamento de um caso penal, podendo haver imposição de pena, não se pode negar que havendo extinção da punibilidade, se não atingiria tal intento.

---

<sup>271</sup> Idem, p. 150.

<sup>272</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial**: arquivamento e princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, pp. 47-48.



As causas de extinção de punibilidade referem-se àquelas preexistentes ao oferecimento da denúncia, sem prejuízo daquelas que possam ocorrer no curso do processo e que podem ser decretadas como tal, pelo juiz, a qualquer tempo.

A legitimidade da parte, prevista no art. 43, III, 1ª parte, do CPP, parece guardar mais semelhanças com seu equivalente processual civil, entretanto como ressalva Marco Aurélio Nunes da Silveira, a legitimidade da parte no processo civil diz respeito à pertinência subjetiva, conceito ainda ligado à lide. No processo penal, a classificação das ações decorre do autor da acusação (critério subjetivo), longe do conceito de pertinência subjetiva.<sup>273</sup>

Pode-se afirmar que a legitimidade somente é relevante em se tratando de direito processual penal em face da dicotomia entre ação penal pública e privada.<sup>274</sup>

Uma vez ausente essa condição da ação penal, no caso de ação penal pública de iniciativa do Ministério Público, determinará o juiz que a legítima se manifeste. Sendo a ação penal de iniciativa privada, deverá o juiz aguardar pela sua manifestação, na hipótese de o Ministério Público ter apresentado denúncia.<sup>275</sup>

A justa causa, prevista na segunda parte do inciso III, artigo 43, do CPP: “*A denúncia ou queixa será rejeitada quando: II – (...) faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.*” e art. 18, do CPP: “*Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, (...)*”.

Na falta de base para a denúncia, deve o Ministério Público propugnar pelo arquivamento do inquérito policial (ou de outros elementos de convicção). Isto é, deve haver justa causa para a acusação, ou seja, existência de prova do fato e indícios de autoria,

---

<sup>273</sup> SILVEIRA, op. cit., pp. 58-59.

<sup>274</sup> GEBRAN NETO, op. cit., p. 50.

<sup>275</sup> SILVEIRA, op. cit., pp. 59-60.

“requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental”. Inclusive, a denúncia exercida com falta de base para acusação pode ser fruto de denúncia caluniosa.<sup>276</sup>

Um processo criminal traz consigo uma carga psicológica muito grande para o acusado, e se isto já não fosse suficiente, ainda haveria a repercussão social, diante da desconfiança sobre a veracidade do fato que motivou a ação penal. Ademais, há que ressaltar que haverá dispêndio de recursos públicos a serem gastos com um processo que não teria razão de existir.

### **3.2 Denúncia ou Queixa no Código de Processo Penal**

#### **3.2.1 Formalidades da denúncia ou queixa**

O direito de punir (*jus puniendi*) pertence exclusivamente ao Estado, que passa a poder o exercer a partir da prática da infração penal. Mas foram impostas restrições ao exercício dele, estabelecendo-se que o caso penal somente será dirimido através do processo (*nulla poena sine judicio*), sendo que a pena só poderá ser imposta por um juiz (*nulla poena sine judice*). Assim, diante da constatação de uma infração penal, bem como preenchidas as condições exigidas por lei para o regular exercício da ação penal, será exercida – e se for o caso acolhida – a ação.

---

<sup>276</sup> BREDA, op. cit., p. 93.

Conforme dispõe o art. 24, do CPP, *in verbis*: “*Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo*”.

Em ambos os casos, a denúncia será a peça processual com a qual o Ministério Público invocará perante o Poder Judiciário a prestação da tutela jurisdicional. Em se tratando de crime de ação de iniciativa privada, o exercício do direito de ação está nas mãos do ofendido ou de seu representante legal, por meio da queixa-crime. Neste caso, o Estado deixa ao critério do ofendido a decisão de propor a ação penal, uma vez que a propositura desta, adentrando a esfera de intimidade daquele, poderá o trazer danos maiores que os já ocorridos.

Assim, presentes as condições da ação, o Ministério Público (*dominus litis*), formada a *opinio delicti*, promoverá a ação penal pública, através de oferecimento de denúncia, dependendo, quando a lei exigir, de requisição do ministro da Justiça ou representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para o representar.

Como bem observa Paulo Rangel, “o Ministério Público não é um órgão propulsor cego da ação penal sem que esteja embasada nos elementos que lhe são essenciais.”<sup>277</sup>

A denúncia é o ato processual que exercita a ação penal pública, invocando-se do Poder Judiciário a prestação da tutela jurisdicional. E como tal se reveste de certas formalidades.

---

<sup>277</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 213.

Hélio Tornaghi opina que: “Denúncia, em sentido técnico, é o ato pelo qual o Ministério Público manifesta a vontade do Estado, ofendido pelo crime, de que se faça justiça. É o pedido, ou, melhor, a exigência de prestação jurisdicional.”<sup>278</sup>

Segundo Luis Gustavo Grandinetti, “a denúncia nada mais é do que o exercício do direito público, abstrato e genérico, de invocar a tutela jurisdicional do Estado.”<sup>279</sup>

Para José Frederico Marques: “A denúncia é, por isso, o ato processual em que se formaliza a acusação, ou ato instrumental para início da *actio poenalis* de caráter público(...).”<sup>280</sup>

Desta forma, observa-se que enquanto a denúncia é a forma de proposição da ação penal pública, cuja atribuição cabe ao Ministério Público, a queixa é a forma de proposição da ação penal privada, de atribuição do ofendido ou de quem tenha qualidade para o representar. A titularidade da ação é o elemento subjetivo que as distingue, mas as formalidades, no entanto, são semelhantes.

Sobre a denúncia ou a queixa, assim se manifestaram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

A denúncia ou queixa são peças fundamentais, não só por promoverem o nascimento da relação jurídica processual, como porque são os instrumentos através dos quais é formulada a acusação, imputando-se a alguém o cometimento de infração penal e pedindo-se a sua condenação. Devem assim existir, como realidade jurídica, para que o processo se constitua. Impõe-se, ademais, que descrevam de forma clara e precisa a conduta criminosa, a fim de poder o réu exercer com amplitude a sua defesa, sabendo do que é acusado (...) A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais.<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 327.

<sup>279</sup> CARVALHO, op. cit., p. 185.

<sup>280</sup> MARQUES. *Elementos...* v.II, op. cit., p. 146.

<sup>281</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 91-92 e 84-85.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 41, dispõe que: “A *denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas*”, requisitos necessários em se tratando de um ato processual.

Assim, ao se oferecer a denúncia ou a queixa, deve-se indicar todos os elementos que integram a conduta típica do agente. Isto porque, para que possa exercitar a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, é necessário que o acusado saiba do que está sendo acusado, sob pena de se violar preceito constitucional. Afinal, não se pode compactuar com acusações temerárias e vazias, com o intuito de dar uma resposta à sociedade, submetendo o acusado a um constrangimento desnecessário e acompanhado da fatal estigmatização.

Em atendimento ao disposto no referido artigo, tem-se que a denúncia ou queixa deverá trazer a exposição do fato apontado como delituoso. Este requisito é considerado como essencial, de fundamental importância, e sua inobservância torna inepta a denúncia.

A denúncia deverá trazer a exposição minuciosa do fato apontado como delituoso, com todas as suas circunstâncias<sup>282</sup> explícitas, não se cogitando da possibilidade de se ter o objeto do processo implícito, a ser definido no curso dele. A partir do advento da Lei nº 9.099/95 – Lei sobre os Juizados Especiais –, a denúncia também é possível sob a forma oral (art. 77, *caput* e § 3º), mas devendo ser reduzida a termo (art. 78), não perdendo os seus requisitos.

As circunstâncias do crime, entretanto, não se limitam aos elementos do tipo. Estas também se referem à infração penal, em sua estrutura lógica, abordando data, horário, local

---

<sup>282</sup> Aqui estão compreendidas as elementares do crime também, como é óbvio. A linguagem do Código de Processo Penal é infeliz.

do fato, objeto ou instrumento utilizado na prática do crime, como se deu a conduta do agente, o resultado verificado, o motivo do crime, desde que estes tenham relevância para o tipo. Não se está com isso pregando que a denúncia deva ser extensa, mas certamente deverá ser clara o bastante para não suscitar dúvidas, nem limitar o direito de defesa do acusado. Não pode ela, tampouco, limitar-se a repetir o tipo legal.

Neste sentido, tem-se o *habeas corpus* 86.609/ RJ, cujo Relator foi o min. Cezar

Peluso:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Denúncia. Inépcia. Caracterização. Lesões corporais culposas. Acidente de veículo. Imputação de culpa, na modalidade de imperícia. Não descrição do fato em que teria esta consistido. Mera referência a perda de controle do veículo. Insuficiência. Processo anulado desde a denúncia, inclusive. HC concedido para esse fim. É inepta a denúncia que, imputando ao réu a prática de lesões corporais culposas, em acidente de veículo, causado por alegada imperícia, não descreve o fato em que teria esta consistido.<sup>283</sup>

No mesmo sentido, tem-se o *habeas corpus* 84161/RJ, cujo relator é o min.

Sepúlveda Pertence:

EMENTA: Denúncia: venda de bem alienado fiduciariamente (C. Penal, art. 171, § 2º, I, c/c art. 1º, § 8º, do DI. 911/6): ausência de descrição de circunstâncias aptas a demonstrar a presença do elemento subjetivo do tipo: inépcia. Não é apta a denúncia, tal como formulada no caso, por deixar de descrever dados de fato necessários à configuração do elemento subjetivo do tipo, quais sejam: que aqueles que adquiriram os bens ignoravam que a coisa pertencia a terceiro; ou que, com a venda, se inviabilizou o direito de a instituição financeira rever a coisa.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp> >. Acesso em 30/07/06 - *Habeas corpus* julgado em 06/06/2006, pela Primeira Turma, publicado no DJ 23-06-2006 PP-00053 EMENT VOL-02238-01 PP-00159. Figuras como partes: Pacte.(S): Patrick Fleury, Impte.(S): Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo e outro(A/S), Coator(A/S)(Es): Superior Tribunal de Justiça.

<sup>284</sup> Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp> >. Acesso em 30/07/06 - *Habeas corpus* julgado em 29/06/2005, pela Primeira Turma, publicado no DJ 19-08-2005 PP-00046 EMENT VOL-02201-02 PP-00283. Figuras como partes: Pacte.(S): Fernando Antônio da Câmara Freire, Pacte.(S): Eliane Magda de Souza Freire ou Eliane Magada de Souza Freire, Pacte.(S): Ricardo Canedo Cavalcanti ou Ricardo Canedo ou Ricardo Canedo Cavalcante, Impte.(S): Sergio Geraldo Moreira Rodrigues Jr, Coator(A/S)(Es): Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, as circunstâncias de tempo e lugar, além de melhor esclarecerem acerca da infração penal, estão intimamente ligadas às questões relativas à prescrição e à competência.

Hélio Tornaghi também se vale das expressões – *Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?* – considerando que:

A primeira *Quis*, “quem”, refere-se à pessoa do agente, seus antecedentes e personalidade. A segunda *Quid*, “que coisa”, diz respeito aos acidentes do evento (*lato sensu*), do acontecimento histórico. A terceira relaciona-se ao lugar, *Ubi*, “onde”. *Quibus auxiliis*, a quarta, relaciona-se aos partícipes e aos instrumentos. A quinta, *Cur*, “porque”, alude à razão do crime. *Quomodo*, “de que maneira”, a sexta, reporta-se à forma de execução e, finalmente, a última, *Quando*, “quando”, considera o tempo em que foi cometida a infração.<sup>285</sup>

Havendo mais de um acusado, dever-se-á individualizar a conduta de cada um, visto que com base na acusação imputada, será estruturada a defesa.

Fauzi Hassan Choukr aduz que: “Assim, a individualização da descrição da conduta é imperiosa para: (i) o exercício do direito de defesa e (ii) para que se alcance, quando o caso, uma reprimenda adequada ao grau de culpabilidade do agente (iii) a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada penal.”<sup>286</sup>

Também se faz necessária a qualificação do réu e da vítima, uma vez que o processo surgido a partir da prática de uma conduta delituosa por pessoa devidamente identificada e qualificada, deve se pautar no respeito à dignidade da pessoa do acusado. Desta forma, imprescindível que sejam apostos todos os dados necessários à exata individualização dele, devendo constar na peça acusatória todos os elementos que permitam o distinguir de qualquer outra pessoa.

---

<sup>285</sup> TORNAGHI, op. cit., pp. 328-329.

<sup>286</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 129.

Neste sentido, é o entendimento de Hélio Tornaghi:

Qualificação é o ato de qualificar – e, por extensão, o conjunto de qualidades que individualizam a pessoa. Nele se inclui: o nome, isto é, a locução substantiva composta do prenome (professor, doutor, tenente), nome *stricto sensu* (José, João, Pedro), o sobrenome (Carlos, Henrique), o cognome ou nome de família ou apelido (Silva, Freitas) e o agnome ou alcunha (“Sete Dedos”, “Carne Crua”), e até o pseudônimo, nome diverso do patronímico, usado para fins culturais; o estado, ou seja, a situação jurídica, a maneira de ser segundo a lei: estado de família, que inclui não apenas a situação de casado ou solteiro, mais ainda a filiação; a cidadania, nacional ou estrangeira, e o estado físico, isto é, idade e sexo.<sup>287</sup>

Inadmissível que ainda se acolha a possibilidade de se individualizar o acusado no curso do processo, como se isso fosse uma prática inofensiva e desprovida de resultados danosos.

Também a qualificação jurídica do crime se torna fundamental. Neste sentido é o entendimento de Hélio Tornaghi, embora tratando de classificação: “é indicar o dispositivo de lei que descreve o fato criminoso. A simples indicação do *nomen iuris* não basta, pois sob a mesma denominação podem aparecer crimes diferentes (...)”.<sup>288</sup> Entretanto, da precisa qualificação jurídica resulta uma defesa eficiente.

Outra formalidade diz respeito à apresentação do rol de testemunhas, em sede de processo penal. O momento adequado para indicar as testemunhas arroladas pela acusação é o do oferecimento da denúncia ou queixa, sob pena de preclusão, apesar de haver entendimento de que a apresentação extemporânea de testemunhas pelo Ministério Público seria admissível.

---

<sup>287</sup> TORNAGHI, op. cit., p. 329. Importante salientar que na questão referente ao nome, alguns termos não são pacíficos. Mas inquestionável é a relevância que a questão tem para o Direito, tanto que este a tutela. O nome está intimamente vinculado à pessoa, que com ela se confunde. Não se trata somente de um designativo. O nome que designa uma pessoa e pelo qual ela se identifica e se constrói não se reduz a uma categoria meramente jurídica. O nome se apresenta como expressão de identidade, cujas regras devem ser analisadas à luz da Constituição, considerando seu valor maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

<sup>288</sup> Idem.



Neste sentido, tem-se a decisão proferida pela Quarta Turma, no *habeas corpus* 2005.01.00.043995-4/MT, tendo o Desembargador Federal Italo Fioravanti Sabo Mendes como relator:

**Ementa:**

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OMISSÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. DOCUMENTOS JUNTADOS INTEMPESTIVAMENTE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. A peça de denúncia é o instrumento apropriado para arrolamento das testemunhas pela acusação. A falta de apresentação do respectivo rol, nesta oportunidade, não enseja a nulidade do processo ou mesmo da prática do ato se o MP busca superar a omissão até a audiência de interrogatório do Réu ou, se realizado este, promove o Juiz condutor do feito novo interrogatório, de modo que possa o Réu manifestar-se quanto às referidas testemunhas. 2. A imprecisão na prática do ato processual somente tem relevância quando resulta em prejuízo para a acusação ou para a defesa, influenciando na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, conforme expressamente definido pelos artigos 563 e 566, do CPP. 3. A juntada de documentos ao processo pelas partes pode se dar em qualquer fase do procedimento, exigindo-se apenas a audiência da parte contrária (art. 231, CPP). 4. Ordem denegada.<sup>289</sup>

Quanto à queixa-crime, enquanto petição equivalente à denúncia, é exigida a observância aos mesmos requisitos. Quando proposta por procurador, é indispensável que o instrumento de mandato traga o nome do querelado, bem como a menção do fato criminoso, exigências estas aptas a limitar a responsabilidade do mandante e os eventuais excessos do mandatário, no caso de denúncia caluniosa.

Questões controvertidas referentes ao tema dizem respeito ao disposto nos artigos 383<sup>290</sup> e 384<sup>291</sup>, ambos do Código de Processo Penal, quando se cogita a possibilidade de se ter a qualificação jurídica, onde caberá ao juiz decidir sobre aquela que entenda correta.

---

<sup>289</sup> Disponível em: < <http://www.trf1.gov.br> >. Acesso em 30/07/06. *Habeas corpus* publicado em 24/02/2006 DJ p.62, cuja decisão foi proferida em 06/09/2005, decidindo a Turma, por unanimidade, denegar a ordem de habeas corpus.

<sup>290</sup> “Art. 383: O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

<sup>291</sup> “Art. 384: Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Em razão da existência de leis que agravam ou beneficiam a situação processual do acusado, a definição jurídica disposta na peça inicial da acusação passou a ter enorme importância, sendo certo que um erro nesta definição pode acarretar ao acusado uma situação de maior gravidade.

Com base nisto, entende-se que diante de uma qualificação jurídica, deve o magistrado antecipar o momento da *emendatio libelli* ou a correção da qualificação jurídica contida na denúncia ou queixa (art. 383, do Código de Processo Penal), procedendo ainda no curso da instrução criminal, tal retificação, em respeito ao princípio do devido processo legal.<sup>292</sup>

Entretanto, os Tribunais Superiores, presos ao conservadorismo, ignoram a nova ordem constitucional, reproduzindo o velho discurso de que o acusado se defende dos fatos imputados e não da qualificação jurídica atribuída a eles (capitulação provisória que não traz prejuízo ao acusado), assim como qualificação jurídica do fato penalmente relevante apresentado na inicial acusatória não é relevante a ponto de ensejar a inépcia desta e, ainda, que o magistrado somente pode aplicar o disposto no art. 383 do CPP no momento da sentença, sob pena de invadir a esfera de atribuições do órgão acusador, antecipando o mérito. E se a qualificação jurídica equivocada passar a restringir os direitos processuais do acusado? O juiz não estará acusando, mas sim garantindo os direitos dele.

---

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas”.

<sup>292</sup> CHOUKR, op. cit., p. 574.

Se isto por si só não fosse suficiente para demonstrar o caráter inquisitório do Direito Processual Penal pátrio, ainda surgem, como agravantes, as decorrências dessa qualificação jurídica, seja quanto à produção de provas, seja quanto à concessão de medidas cautelares.

Deferida a produção de meios específicos de prova, como interceptação telefônica, por exemplo, descobre-se depois que o crime, ao final determinado, não a ensejaria! Como entender possível que foi negada a concessão de liberdade provisória por se tratar de “crime hediondo” e se descobrir que a qualificação jurídica estava equivocada?

Em se considerando possível a ocorrência de *emendatio libelli*, mais correto que o juiz analisasse com muito cuidado a inicial acusatória, constatando se a qualificação jurídica se encontra em conformidade com os fatos imputados, promovendo esta, se necessário, na própria fundamentação do recebimento da denúncia ou queixa.

Quanto à possibilidade de *mutatio libelli*, prevista no art. 384, do CPP, Geraldo Prado ressalta que esta se refere “a uma mudança de perspectiva, relativamente a elementares ou circunstâncias do fato sobre o qual se funda a pretensão, em decorrência de provas surgidas durante a instrução (...)”.<sup>293</sup> Neste caso, qualquer alteração somente seria possível pelas mãos do próprio autor da ação penal.

E acrescenta:

Em que pese o respeito que merece quem sustenta a violação do monopólio de função jurisdicional pelo acusador, ao classificar juridicamente o fato, daí decorrendo uma série de conseqüências no conjunto das relações jurídicas processuais, sob pena de arrostar o princípio acusatório o juiz não pode atribuir à conduta do acusado objeto de sua atenção, e limite da sua futura decisão, uma qualificação distinta da operada pela denúncia ou queixa, se entre o fato narrado e esta qualificação promovida pelo acusador há perfeita sintonia.

---

<sup>293</sup> PRADO, op. cit., p. 184.

Pode ser, por exemplo, que os fatos apurados na investigação criminal sejam diferentes do narrado na inicial (...); pode ser que a descrição contida na denúncia ou queixa seja fruto de algum delírio, estando desconectada dos fatos efetivamente investigados.

(...) O caso é de rejeição da inicial, liminarmente ou pela via do *habeas corpus*, por falta de justa causa, extinguindo-se o processo, e não de se modificar o teor da acusação, por ato do juiz, com significativa perda da confiança que o acusado e a própria sociedade possam depositar na imparcialidade do magistrado e, o que é relevante, com ingerência do juiz sobre a causa de pedir e o pedido, isto é, em suma, sobre o conteúdo da própria acusação, direito do autor.”<sup>294</sup>

No que se refere ao art. 384, também Rubens Casara entende que este não foi recepcionado pela Constituição da República, fazendo-se presente no senso comum do operador jurídico.<sup>295</sup>

Desta forma, mais que urgente se vê a necessidade de adequação do processo penal aos preceitos constitucionais.

### 3.2.2 Denúncia ou queixa: possibilidade de rejeição

Conforme já abordado anteriormente, o art. 43, do CPP, traz consigo as condições para o exercício da ação penal, se vistas de forma positiva, não obstante, vistas de forma negativa, ensejarem a rejeição da denúncia ou queixa.

O artigo 43, do CPP, apresenta-se como um meio de controle à atividade de denunciar ou oferecer queixa-crime, estabelecendo que:

---

<sup>294</sup> PRADO, op. cit., p. 186.

<sup>295</sup> CASARA, Rubens R. R. **Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.141.

A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

- I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;
- II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;
- III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único. Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

O inciso I, do art. 43 do CPP diz respeito à tipicidade aparente, que prevê que o fato típico, objeto da imputação, deva ter a aparência de um delito definido pela lei penal, para justificar a instauração de um processo, uma vez que isto somente será comprovado no decorrer do processo. O fato descrito deve ser certo e determinado, devendo ainda, corresponder ao modelo abstrato definido em lei.

O inciso II, do art. 43, do CPP refere-se à existência de causa de extinção da punibilidade, que impossibilitaria o acerto do caso penal e, conseqüentemente, não haveria imposição de pena. Assim, ocorrendo alguma das hipóteses previstas no art. 109, do Código Penal, sem prejuízo de outras previstas em lei, considera-se extinta a punibilidade, sendo proferida uma sentença de mérito.

Como ressalta João Pedro Gebran Neto: “Sendo todo o processo penal teleológico, cujo fim principal é uma decisão final de mérito, com possível aplicação de sanção penal àquele que pratica conduta delituosa, e restando impossível a aplicação da pena, em face da extinção da punibilidade, não existe razão para que um processo penal seja iniciado, pois seu objetivo jamais será alcançado.”<sup>296</sup>

---

<sup>296</sup> GEBRAN NETO, op. cit., p. 49.

No que se refere à prescrição, enquanto causa de extinção da punibilidade, assim ressalta Fauzi Hassan Choukr:

O sistema penal trabalha com mecanismos limitadores do seu funcionamento, a dizer, que impedem o exercício da persecução penal a partir de determinadas causas. Um dos principais fatores impeditivos do funcionamento do sistema penal é o tempo, que rege instrumentos como a prescrição e a decadência. A limitação temporal para o exercício da persecução é um dos fundamentos do direito penal (e processual penal), não se concebendo, como regra, que num Estado de Direito o Estado possa exercer o direito ao exercício da ação por toda a existência física da pessoa imputada.<sup>297</sup>

Questão que se apresenta controvertida diz respeito ao acolhimento da prescrição antecipada, extinguindo-se a punibilidade no curso do processo, por entender que ele não terá qualquer utilidade, visto ser incapaz de impor uma pena ao final.

Os que discordam deste posicionamento se amparam no fato de que há um desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ademais, a prescrição antecipada não encontra previsão legal e por se referir a um fato futuro.

Argumenta Fauzi Hassan Choukr que “dada a estrutura do modelo de reconhecimento da prescrição no direito brasileiro, surgiu a discussão sobre a possibilidade jurídica de deixar-se de proceder à acusação quando, analisando determinados fatores objetivos (delito imputado) e subjetivos (condições pessoais da pessoa acusada) reconhecer-se, em projeção, a ocorrência de prescrição”.<sup>298</sup>

Questiona-se a possibilidade de se acolher a prescrição retroativa, pois além de não haver expressa previsão legal, esta se baseia num mero prognóstico, por faltar uma sentença condenatória transitada em julgado. Sua concessão, no entendimento daqueles que

---

<sup>297</sup> CHOUKR, op. cit., p. 136.

<sup>298</sup> Idem, p. 137.

se opõem a essa, estaria ferindo a Constituição da República ao privar o acusado do devido processo penal, presumindo sua pena.

Melhor seria então se utilizar o processo não como instrumento efetivo de justiça, mas como pena, submetendo o acusado ao transtorno de passar por este, mesmo se sabendo que não haverá resultado? Por certo, muitas decisões no decorrer do processo são tomadas com base em probabilidades.

Rogério Greco sustenta que caso o Ministério Público, diante dos autos de inquérito policial, verifique que a futura pena a ser possivelmente aplicada dará ensejo ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, deverá lhe requerer o arquivamento.<sup>299</sup>

Neste sentido a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Recurso em Sentido Estrito de nº 70005159371, tendo como relator Sylvio Baptista Neto:

Ementa: Prescrição antecipada. Possibilidade. O processo, como instrumento, não tem razão de ser, quando o único resultado previsível levará, inevitavelmente, ao reconhecimento da ausência de pretensão punitiva. O interesse de agir exige da ação penal um resultado útil. Se não houver aplicação possível de sanção, inexistirá justa causa para a ação penal. Assim, só uma concepção teratológica do processo, concebido como autônomo, auto-suficiente e substancial, pode sustentar a indispensabilidade da ação penal, mesmo sabendo-se que levará ao nada jurídico, ao zero social. E a custas de desperdício de tempo e recursos materiais do Estado. Desta forma, demonstrando que a pena projetada, na hipótese de uma condenação, estaria prescrita, deve-se declarar a prescrição, pois a submissão do acusado ao processo decorre do interesse estatal em proteger o inocente e não intimidá-lo, numa forma de adiantamento de pena. Recurso improvido. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70005159371, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 28/11/2002).<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> GRECO, Rogério. Arquivamento de inquérito policial, rejeição da denúncia e extinção do processo em razão da falta de interesse de agir levando-se em consideração a pena em perspectiva *in* **Revista Jurídica do Ministério Público** – JUS – Minas Gerais XXIV – vol. 17, 1994, p.182.

<sup>300</sup> Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. nº 22 – out-nov/2003, p.73.

A questão da legitimidade da parte, prevista no art. 43, III, 1ª parte, do CPP, tem importância considerando-se as ações penais como públicas e privadas, definindo-se quem tem legitimidade para a propositura da ação penal.

Quanto à justa causa, prevista no art. 43, III, 2ª parte, do CPP, ressalta Fauzi Hassan Choukr que sua importância é indiscutível, uma vez que na ausência desta pode-se interromper a investigação preliminar ou mesmo o processo.<sup>301</sup>

Tourinho Filho, mesmo não se valendo da expressão justa causa, procura demonstrar que o interesse de agir, como condição para o regular exercício da ação penal deve ser entendido como legítimo interesse e esse, para existir, exige a presença do *fumus boni juris*, exige um fundamento razoável, argumentando que para a propositura da ação penal, “não basta simples denúncia, ou simples queixa, narrando o fato criminoso e dizendo quem foi o autor. É preciso que haja elementos de convicção, suporte probatório à acusação, a fim de que o pedido cristalizado na peça acusatória possa ser digno de apreciação”.<sup>302</sup>

Conforme ressalta Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

A maioria prefere enumerar os casos de falta de justa causa, como fizeram os antigos, destacando que ela abrange, dentre outras hipótese, a falta de criminalidade do fato; a falta de prova; a não-identidade da pessoa; a conservação indevida de uma pessoa na prisão, em vez de ser transferida para outra, a fim de ser julgada; a prisão que não repousa em um fato provado sumária ou concludentemente, de onde resulte criminalidade ou justificação para detenção do paciente; ausência de indícios suficientes de autoria; a prisão feita por motivos vagos, porque ilegais; a conservação do acusado na prisão quando o crime, por sua natureza, permite que ele se livre solto; a extinção da punibilidade; o processo manifestamente nulo.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> CHOUKR, op. cit., p. 139.

<sup>302</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 1, pp. 489-490.

<sup>303</sup> MOURA, op. cit. p. 166.



Referida autora prossegue afirmando que se não trata de verificar tão-somente a legalidade, uma vez que a norma obriga não somente por ser válida, mas por conter um valor, não se podendo negar que a justa causa seja a causa legítima, ou a causa que a ordem jurídica prevê. Desta forma, conclui que: “Mostra-se, pois, evidente que, também no processo penal, ‘justa causa’ é um conceito político, pois a legitimidade ou não da causa guarda estreita relação com o contexto político vivido em determinada época, segundo o entendimento que se tenha de justiça, sob seus aspectos formal e material”.<sup>304</sup>

A ausência de justa causa para a propositura da ação penal além de ser razão para que rejeite a denúncia, é passível de ser sanada, via *habeas corpus*, configurando-se coação ilegal, conforme dispõe o art. 648, I, do CPP: “A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa; (...)”.

Em sede de legislação especial, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09.02.1967) traz, no art. 44, § 1º, *in verbis*: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos no art. 43 do Código de Processo Penal”.

Com o advento da Lei 10.409/02 – nova Lei de Tóxico, a questão ganha ainda maior relevo em razão do disposto no art. 38 e ss, ao se exigir do juiz o exame da justa causa para dar início ao processo.

Entretanto, o que resta indiscutível é que a denúncia não pode representar mera arbitrariedade do Ministério Público. Em se tratando de um Estado democrático, um cidadão não pode ficar sujeito à vontade de um acusador que lhe atribua a prática de um crime que na verdade não cometeu, ou que sequer existiu, sujeitando-se ainda, à vontade de

---

<sup>304</sup> MOURA, op. cit., p. 170.

um juiz que receba a denúncia ou queixa, simplesmente porque a peça inicial trouxe, impecavelmente, todos os requisitos formais que a lei exige.

### **3.2.3 Acusação, imputação e conteúdo do processo**

A denúncia deve se apresentar formal e materialmente correta, ajustando a descrição dos fatos a um tipo legal de crime, bem como considerando um mínimo fático capaz de embasar a acusação.

Os requisitos mencionados, quais sejam: : a) tipicidade aparente; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa, todos estes não se confundem com o *meritum causae*.

Com a denúncia ou queixa são identificados os elementos que se destinam a identificar a ação proposta, bem como aqueles relacionados à constituição do processo.

Afrânio Silva Jardim entende imputação como “a atribuição da prática de determinadas condutas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como todas as circunstâncias juridicamente relevantes”.<sup>305</sup> Acrescenta que para que seja admissível a acusação não basta a imputação de conduta típica, ilícita e culpável, mas sim que esta venha embasada por um suporte probatório mínimo, presente no inquérito policial ou nas peças de informação.<sup>306</sup>

---

<sup>305</sup> JARDIM, op. cit., p. 147.

<sup>306</sup> Idem.

É a imputação que delimita a prestação jurisdicional, além de estar intimamente relacionada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, orientando como o acusado procederá quanto à sua defesa.

Observa-se, assim, que o oferecimento da denúncia ou queixa marca o momento da delimitação do conteúdo do processo, que não poderá se apresentar como incerto e indefinido, uma vez que, a partir dele, desenvolver-se-ão todas as atividades pertinentes ao processo, culminando com a sentença. O conteúdo do processo é o caso penal, deduzido para ser acertado no processo.

O conteúdo do processo está intimamente ligado ao princípio *ne bis in idem*, que por força no disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República, com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos do Homem no Direito brasileiro, acabou textualizado. O item 2, do art. 8, prevê que “(...)o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”<sup>307</sup> Isto porque não se pode ser acusado pelos mesmos fatos já julgados em ação anterior.

Assim, o princípio mencionado se liga diretamente ao conteúdo do processo, podendo-se valer de mecanismos tais como habeas corpus e exceção de coisa julgada.

O conteúdo do processo deve ser desde cedo definido e não ser suscetível de mudanças no curso do processo. A imputação deverá ser certa e determinada, uma vez que atribui ao acusado a prática de determinados atos considerados delituosos, exigindo-se, assim que tal conduta seja descrita de maneira precisa e bem individualizada.

Entretanto, diante da possibilidade de se alterar o conteúdo do processo, ou seja, (re)definir o conteúdo do processo na fase decisória, através dos mecanismos previstos no

---

<sup>307</sup> CHOUKR, op. cit., p. 124.

art. 384 do CPP, numa nítida manifestação de inquisitividade, assim se pronuncia Fauzi Hassan Choukr:

Assim, desenvolve-se toda uma determinada atividade cognitiva a partir de um objeto veiculado numa acusação para, ao final da relação processual, poder alterar-se seu conteúdo. A 'estabilização da demanda' no processo penal brasileiro não se dá na fase que lhe seria apropriada, acarretando potencial incerteza na atividade de cognição e conseqüente manipulação do acusado. Mais ainda, acarreta desperdício de recursos estatais na (de)formação de uma relação processual célere e objetiva.<sup>308</sup>

Uma vez fixado o conteúdo processual se estabelecerá a prova a ser produzida, visto que esta se conforma àquele, o que deverá ocorrer o mais breve possível. Merece destacar também que pela fixação do conteúdo, ou seja, pela imputação ou acusação, também é fixada a competência.

O fato é que a acusação penal causa transtornos de tal ordem na vida das pessoas que se torna inconcebível aceitar que a imputação seja uma mera proposta para que se proceda a uma devida e definitiva investigação dos fatos. Na verdade, a imputação é um sério gravame, atingindo o *status dignitatis* da pessoa e maculando sua reputação no meio social em que vive.

Controvérsias também surgem quando se menciona a possibilidade de existir denúncia alternativa, pelo fato de se não referir com precisão a fato certo e determinado, e, conseqüentemente, acarretar dificuldade ao exercício da plena defesa.

Também merece destaque a questão envolvendo a denúncia abusiva. O fato de o Ministério Público deter a exclusividade da propositura da ação penal pública não lhe permite práticas arbitrárias, a ponto de denunciar sem que haja qualquer motivação jurídica para tal. Isto não afasta ainda eventuais imputações excessivas, bem como enquadramento

---

<sup>308</sup> Idem, p. 125.

jurídico equivocado dos fatos e imputação fantasiosa, sem amparo nas provas coligidas, o que, certamente, acarretará reflexos no *status libertatis* ou *status dignitatis* do acusado. Situação, aliás, passível de ser evitada caso houvesse um exame minucioso da peça acusatória por ocasião de seu oferecimento.

Importa ressaltar, ainda, que deve haver correlação entre acusação e sentença, não podendo o juiz condenar o acusado por fato que lhe não tenha sido imputado e do qual não tenha se defendido.

E aqui se insere a questão do aditamento à denúncia, que não somente garante ao Ministério Público o exercício pleno de suas funções institucionais, mas principalmente garante ao acusado que somente haja acréscimo ao conteúdo do processo por manifestação do titular da ação penal pública.<sup>309</sup>

### 3.3 Denúncia ou Queixa e a Garantia de Defesa

Através do processo penal o Estado pode exercer eficazmente seu poder punitivo, mas principalmente serve ele como garantia para que o acusado possa exercer plenamente seu direito de defesa. Assim dispõe a Constituição da República no art. 5º, 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*”.

---

<sup>309</sup> RANGEL, Paulo. O garantismo penal e o aditamento à denúncia. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, 2001, p. 183.

Afinal, o processo penal, num Estado democrático de direito, representa o meio necessário e imprescindível de garantir os direitos do acusado.

O acusado procura obter do Poder Judiciário uma decisão sobre o pedido acusatório deduzido na denúncia ou queixa, donde decorre a importância da denúncia para a garantia de defesa que, inclusive, decorre do princípio do devido processo legal. Havendo contraditório haverá garantia de defesa e, no processo penal, deverá esta ser plena.

A denúncia, em se tratando de ação penal pública, é peça inaugural, prestando-se a definir e determinar o conteúdo do processo penal. Da mesma forma que a queixa-crime, no caso de ação penal de iniciativa privada, personalíssima ou subsidiária da pública, presta-se a descrever o fato tido como delituoso, imputando-o ao acusado. Pela denúncia ou queixa recebida o processo penal passa a se realizar.

A partir da descrição e narração contida na peça exordial, o acusado toma ciência, pelos meios próprios, do fato que lhe é imputado e que poderá resultar em possíveis conseqüências jurídico-penais, o que também se presta a limitar a sentença.

Neste sentido, tem-se:

STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 11.650 (2001/0092346-7) (DJU 15.04.02, SEÇÃO 1, P. 234, J. 19.03.02) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER RECORRENTE: A.C.C.M. ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS COELHO MENDES RECORRIDO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO PACIENTE : A.O.C. EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME FUNDAMENTAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. É inepta a denúncia que apresenta imputação vaga e incompleta que não enseja a adequação típica. A eventual dispensa de especificações nos delitos societários não implica em prescindir da vinculação entre a conduta e o resultado. Recurso provido.<sup>310</sup>

---

<sup>310</sup> Boletim IBCCRIM – Jur. ementada 2965/2002: Processo penal. Denúncia (CPP, art. 41). IMPUTAÇÃO vaga e incompleta. Inépcia. Rejeição. Disponível em: < <http://www.ibccrim.com.br> >. Acesso em 31.jul.06.

STJ - REsp 694602 / SP; RECURSO ESPECIAL 2004/0068807-1, RELATOR MINISTRO FELIX FISCHER, T5 - QUINTA TURMA; JULGADO EM 26/04/2005 E PUBLICADO EM DJ 30.05.2005 P. 410:

EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. Se a *imputatio facti* permite a adequação típica, indicando de forma clara e suficiente a conduta delituosa atribuída ao paciente, não há que se admitir a alegada inépcia. Recurso provido.<sup>311</sup>

Ciente dos fatos que lhe são imputados, o acusado passa a desenvolver sua defesa, inclusive sabendo que a sentença apreciará o que nela estiver exposto, traduzindo-se, assim, a denúncia, no “*punctum pruriens* relevante para a sua defesa, pelo conhecimento que se lhe dá do fato que lhe é atribuído”.<sup>312</sup>

Em se tratando de processo penal, o conteúdo da acusação deve se apresentar de forma definida e certa, pois a partir dele serão estabelecidos os limites impostos à cognição, bem como à atividade decisória. Sem uma narração precisa do fato delituoso, sérios prejuízos serão causados à defesa do acusado. Somente a partir do conhecimento correto da acusação será possível deduzir adequadamente a defesa eficiente.

Desta forma, imprescindível, conforme dispõe o art. 41 do CPP, que dentre os requisitos que devem estar contidos na denúncia (ou queixa), que o fato criminoso seja exposto com todas as suas circunstâncias.

Para o acusado, é fundamental que haja defesa efetiva, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e aí reside a importância em se definir o conteúdo do processo, que lhe garantirá o pleno exercício de seus direitos.

---

<sup>311</sup> Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp> >. Acesso em 30.jul.06.

<sup>312</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal – O direito de defesa**: repercussão, amplitude e limites. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

A defesa, vista sob a ótica constitucional, revela-se como garantia, não somente do acusado, mas da sociedade como um todo, garantia esta do devido processo, como sendo essencial ao Estado democrático de direito.

Desta forma, o conteúdo do processo se presta a levar até o juiz o fato ocorrido num determinado tempo e lugar, que se entende aparentemente enquadrado num tipo penal, circunscrevendo os limites do conhecimento do julgador e delimitando, assim, a prestação jurisdicional, seja no aspecto subjetivo, (não alcançando outra pessoa que não o acusado), seja no aspecto objetivo, quando o acusado pode, efetivamente, defender-se dos fatos descritos na denúncia.<sup>313</sup>

---

<sup>313</sup> RANGEL. **O garantismo...**op. cit., pp. 189-191.



## CAPÍTULO IV – A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

### 4.1 Dever de Motivar – Breve Histórico

O dever de motivar como forma de garantir transparência na prestação jurisdicional é recente, não obstante haver menção deste em diferentes épocas. Tal explanação demandaria um estudo aprofundado de cada época, com suas particularidades e as conseqüências dela advindas, o que não é o caso, no momento.

A primeira referência acerca da motivação da sentença aparece no Direito Canônico, com a decretal<sup>314</sup> *Sicut nobis* de Inocêncio III (1199), ao se referir à validade da sentença não motivada, em razão da *auctoritas iudiciaria* que presumia a ausência de vícios, pressupondo-se que era do conhecimento a prática da motivação. A decretal *Quum medicinalis* de Inocêncio IV, por sua vez, tratava da necessidade de fundamentar a sentença de excomunhão, principalmente para que houvesse a possibilidade de o excomungado se redimir.<sup>315</sup> Vinha imposta pela lógica dos recursos que, justamente, atacavam as decisões e, assim, seus fundamentos.

---

<sup>314</sup> Decretais “são escritos dos papas, respondendo a uma consulta ou a um pedido emanado de um bispo ou de uma alta personagem eclesiástica ou laica. São, como os reescritos dos imperadores romanos, decisões dos papas, complementares dos decretos dos diversos concílios, tendendo nomeadamente a dar a explicação autorizada e a indicar as modalidades de aplicação dessas regras conciliares”. GILISSEN, op. cit., p. 144.

<sup>315</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 52-53.

Com o Concílio de Latrão, em 1215, abolidos os *Juízos de Deus*, começam a surgir as primeiras alusões aos motivos ensejadores da decisão, mas estas se referiam aos fatos ocorridos no decorrer do processo. A ausência deles, contudo, não levava à invalidade da sentença. Esta situação, ainda que precária, não prosperou diante do absolutismo. Se o rei exercia o poder pela vontade de Deus, não se cogitava da necessidade de fundamentar qualquer de seus atos, até mesmo pelo fato disso possibilitar comparações entre decisões proferidas.

Segundo Gilissen, de um modo geral, as sentenças não eram fundamentadas. Até o século XIII, os julgamentos eram raramente escritos, entretanto, a partir daí, passaram a ser escritos e conservados em registros, sem que os dados anotados representassem uma motivação jurídica. Não obstante existirem casos de sentenças fundamentadas no século XIII, o mesmo não prossegue, sendo certo que desde 1344 havia diplomas que proibiam que membros do Parlamento francês violassem o segredo da decisão revelando os fundamentos desta. Sendo os Tribunais soberanos, não precisavam justificar sua decisão. Em 1788, em França, um édito passa a exigir que toda sentença em matéria criminal enumere e qualifique expressamente os delitos.<sup>316</sup>

Antônio Magalhães Gomes Filho ressalta que a partir do século XVI começam a surgir prescrições legais acerca da motivação, tais como a *Rota Florentina* e a *Rota Romana* e outros *Grandes Tribunais italianos*.. Em Portugal, as Ordenações Afonsinas tratariam timidamente a questão, enquanto as Ordenações Manoelinas foram mais

---

<sup>316</sup> GILISSEN, op. cit., pp. 395-396.

explícitas. Na verdade, o monarca queria controlar a atuação dos magistrados a ele subordinados.<sup>317</sup>

Acrescenta ele, que mais no sentido que hoje se atribui à questão, tem-se a legislação de alguns estados de despotismo esclarecido, sob a influência iluminista. No reinado de Frederico II da Prússia, com o *Codex Fridericianus Marchicus, em 1748*, a motivação da sentença, então utilizada como forma de controle do órgão superior sobre a atuação dos juízes, ganha ares de instrumento também voltado às partes. Nestas decisões deveriam ser expostas as questões de fato e de direito, bem como um relatório dos trâmites processuais e da análise das provas coligidas, exprimindo as *rationes decidendi et dubitandi* sobre a solução da controvérsia, expondo ainda a opinião motivada, que seria a fundamentação da decisão final. Entretanto, a motivação se dava no âmbito do próprio processo, não se prevendo a publicação da decisão fundamentada.<sup>318</sup>

Como discorre Ferrajoli, mesmo que houvesse sinais de motivação na Santa Inquisição e antes ainda, quanto aos magistrados romanos, ela é recente. A obrigação de motivar foi sancionada pela primeira vez na Pragmática.<sup>319</sup>

A *Prammatica* de Ferdinando IV, de 1774, de Nápoles, disciplinaria a atividade dos juízes e tribunais quanto à fundamentação, com a exposição dos motivos sob os quais se apoiava a decisão, dando posterior publicidade a esta. Mario Pisani considera que esse texto legislativo, pela primeira vez, estabeleceu a obrigatoriedade da motivação das sentenças.<sup>320</sup>

---

<sup>317</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 56

<sup>318</sup> Idem, p. 57.

<sup>319</sup> FERRAJOLI. *Direito...*, op. cit., p. 622.

<sup>320</sup> PISANI, Mario. Notas para a história da motivação no processo penal (tradução de Armida Bergamini Miotto), in **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Borsoi, n. 1, 1971, jan-mar, p. 67. Pisani transcreve parte do texto da *Pragmática*: n. XXVIII – “Com Despacho Real, e por intermédio do Senhor Marquês Tanucci, foi-me dado conhecimento de que, continuando a haver contra os Tribunais querelas de litigantes que, se às vezes estão providas de direito, outros estão apenas empenhados em prolongar os pleitos,

No intuito de evitar o arbítrio dos juízes, superou-se a mera concepção endoprocessual da garantia. Por tal razão, encontraria resistência por parte dos juízes, na motivação de suas decisões.

A fundamentação das decisões judiciais que aparecia positivada de maneira esparsa nos ordenamentos jurídicos então existentes, a partir da segunda metade do século XVIII passa a se inserir de maneira mais generalizada nas legislações ocidentais.

Ferrajoli acrescenta que a motivação foi recebida através da codificação napoleônica por quase todos os códigos europeus, encontrando maior resistência nos sistemas anglo-saxões de tradição acusatória, quando se discutia a incompatibilidade entre a motivação técnica e o veredicto dos jurados.<sup>321</sup>

A partir da Revolução Francesa, observa-se uma maior preocupação não somente com a estrutura interna do processo e com o controle burocrático sobre a atuação dos juízes mas, sobretudo, com a própria exigência de certeza do direito e ao papel desempenhado por esses juízes ao aplicarem o direito ao caso concreto.<sup>322</sup>

---

resolveu finalmente o Soberano pôr cõbro a isso, da maneira mais eficaz para anular qualquer pretexto da malignidade ou da fraude, e assegurar, perante a opinião pública, a exatidão e a religiosidade dos Magistrados. Quer, pois, Sua Majestade que, também a exemplo e conforme o uso dos mais célebres Tribunais, em qualquer decisão tanto concernente à causa principal, como aos incidentes, proferida por qualquer Tribunal de Nápoles, ou Colégio, ou Junta, ou outro Juiz da mesma Capital, que tenha faculdade de decidir, seja exposta a razão da decisão, ou os motivos sôbre os quais se apóia a decisão. Encarece Sua Majestade que os julgamentos devem ser o mais possível escoimados do arbítrio, e bem assim devem ser os Juízes preservados de qualquer suspeita de parcialidade; por isso e para isso, as razões devem fundar-se não já na pura autoridade dos Doutores, que, infelizmente, com as suas opiniões têm alterado o direito, ou têm-no tornado incerto ou arbitrário, mas nas leis, expressas do Reino, ou mesmo comuns. Se não houver lei expressa para o caso de que se trata, devendo-se então recorrer à interpretação ou à extensão da lei, quer o Rei que isso seja feito pelo Juiz de tal modo que as duas premissas do raciocínio sejam sempre fundadas em leis expressas e literais. E quando o caso fôr totalmente nôvo, ou inteiramente duvidoso, de sorte que não possa haver decisão dentro da lei, nem ao amparo da lei, quer o Rei que seja dito caso encaminhado, e se aguarde o seu Soberano Pronunciamento”. - colhida na *Nuova Collezione della Prammatiche del Regno di Napoli* (elaborada por L. Giustianini, 1805, p. 135 (Tít. CCXVI, *De ordine, et forma iudiciorum*). A segunda parte da “pragmática” trata da questão da publicidade dos julgamentos, assim dispendo: “Sua Majestade, ao resolver e ordenar que as decisões assim motivadas sejam impressas, cuidou do decôro dos Magistrados (...)”.

<sup>321</sup> FERRAJOLI. *Direito...*, op. cit., pp. 622-623.

<sup>322</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 61.

Antônio Magalhães Gomes Filho esclarece que a motivação, com características de um discurso justificativo da decisão judicial, passa a ser exigida a partir da lei de organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790 que, no art. 15, dispõe o que os julgamentos, civis ou criminais, devem conter: os nomes e qualificação dos litigantes; as questões de fato e de direito suscitadas no processo; *“le résultat des faits reconnus ou constatés par l’instruction et les motifs qui auront déterminé le juge seront exprimés”* e, por último, o dispositivo. Em 1795, a Constituição Francesa do ano III consolidou o dever de motivar as decisões, dispondo no art. 208 que *“Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée.”*<sup>323</sup>

Fica evidenciado que a preocupação maior era observar se as decisões judiciais estavam em conformidade com a lei, sendo aplicadas corretamente, evitando-se assim o arbítrio, e principalmente visavam demonstrar a supremacia do Legislativo sobre o Judiciário. Daí a criação do Tribunal de Cassação, incumbido de zelar pela observância estrita da lei. Se a sociedade delegou ao Estado o exercício do poder jurisdicional, nada mais natural que pudesse exercer um controle sobre isto. Mas esta função política do dever de motivar não foi exercitada. Observa-se que o dever de motivar alcançava o direito e não os fatos, que eram tidos presumidamente como corretos, por terem sido comprovados por provas produzidas e discutidas publicamente.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 63. Tradução da autora: “O resultado dos fatos reconhecidos ou evidenciados pela instrução e as razões que levaram o juiz a decidir deverão ser expressas” e “os julgamentos serão motivados e devem ser declarados os termos da lei aplicada”.

<sup>324</sup> Idem, p.64.

No início do século XIX se observa um retrocesso neste aspecto, quando as constituições dos Estados criados por Napoleão não mais evidenciavam o sentido político da motivação, figurando ela somente em nível de legislação ordinária.<sup>325</sup>

O dever de motivar volta às suas funções essenciais principalmente após a Segunda Guerra Mundial, com a Constituição Italiana de 1948, a Constituição Alemã de 1949, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Portuguesa de 1976, reformada em 1982, quando se observa a possibilidade de controle democrático sobre a forma de administrar justiça.<sup>326</sup>

Nos países de *common law*, não obstante não haver obrigatoriedade legal de fundamentação de decisões judiciais, trata-se de prática já consolidada, decorrente do já firmado posicionamento jurisprudencial, onde se é preciso explicar em que se baseia o pronunciamento judicial. Nos Estados Unidos, entretanto, esta prática não é freqüente.

Por ocasião do descobrimento do Brasil vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas (editadas em 1446), inexpressivas neste aspecto de motivação de decisões. Entretanto, as Ordenações Manuelinas (1521), no título *Das sentenças definitivas*, assim dispunham, no Livro III, Título L:

Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fora, posto que cada um dos sobreditos Letrados não sejam, e quaisquer outros Julgadores, que Letrados forem, que sentenças definitivas proferem, declarem em suas sentenças (assim na primeira instancia, como na causa de apelação, ou agravo, ou na causa da revista) a causa, ou causas, por que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar, dizendo especificamente o que é, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem suas sentenças”.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> Idem, p.65.

<sup>326</sup> Idem, pp. 66 e ss.

<sup>327</sup> Disponível no <http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l3p192.htm>. Acesso em 01 jul.06. “Mandamos, que daqui por diante todos os Noffos Defembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fóra, pofto que cada huu dos fobreditos Letrados nom fejam, e quaeftquer outros Julgadores, que

Observa-se a partir do disposto que se permitia às partes conhecer das causas de decidir, bem como aos magistrados de superior instância a compreensão dos fundamentos da decisão recorrida. Ao prolator de sentença sem motivação era imposto o pagamento de multa.<sup>328</sup>

As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, trataram do tema no capítulo *Das sentenças diffinitivas*, Livro III, Título LXVI, par. 7, assim dispendo:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.<sup>329</sup>

O Código de Processo Criminal, de 1832, não fazia menção ao dever de motivar as decisões, uma vez que adotado o tribunal do júri, tal dever era dispensado.

O Regulamento n. 737, de 1850<sup>330</sup>, destinado a disciplinar o procedimento das causas comerciais, assim dispunha, no art. 232: “A *sentença deve ser clara, sumariando o juiz o*

Letrados forem, que sentenças definitivas pofere, declarem em fuas sentenças (affi na primeira infancia, como na caufa d’apellaçam, ou agravo, ou na caufa da revista) a caufa, ou caufas, per que fe fundam a condenar, ou abfolver, ou a confirmar, ou revogar, dizendo efpecificamente o que he, que fe prova, e por que caufas do feito fe fundam a darem fuas sentenças (...).”

<sup>328</sup> “(...) e a não cumprir como nela está contido, (...) pagará vinte cruzados, (...)”.Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/13p192.htm>>. Acesso em 01 jul.06.

<sup>329</sup> Disponível em: < <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13p668.htm> >. Acesso em 01 jul.06. “E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.”<sup>329</sup>

<sup>330</sup> Sérgio Nojiri considera o Regulamento n. 737 como sendo o primeiro ato legislativo genuinamente nacional a prever a motivação das decisões judiciais. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

*pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, o uso ou estilo em que se funda.”*

A Constituição de 1891 permitiu que os Estados Membros editassem normas processuais. Alguns Códigos Estaduais apenas reproduziram o disposto no Regulamento nº 737. Entretanto, outros inovaram. Os Códigos de Processo de Minas Gerais e de Pernambuco proibiram que “divagações científicas ou inúteis” constassem na sentença (arts. 382 e 388). Outros códigos previram a nulidade para as sentenças não motivadas. Neste sentido, tem-se o de São Paulo (art. 333), o do Paraná (art. 231) e o de Santa Catarina (art. 794).<sup>331</sup>

Em sede de processo penal, a exigência de motivação se encontra presente na legislação ordinária, tratada no art. 381, III,<sup>332</sup> do Código. A exposição de motivos do Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, assim esclarece: “[...] *A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento. [...].*”

A obrigação de motivar as decisões aparece expressamente somente na Constituição de 1988, no art. 93, IX<sup>333</sup>, que dispõe: “*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*

---

<sup>331</sup> ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium, 2004, p. 35.

<sup>332</sup> “Art. 381. A sentença conterá: [...] III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; [...]”.

<sup>333</sup> Inciso IX com redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004.



*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.”*

Como ressalta Maria Thereza Gonçalves Pero, o fato do dever de motivar estar expressamente previsto na Constituição de 1988 vem confirmar o significado político deste discurso judicial, com uma finalidade muito mais expressiva que simplesmente integrar a sentença válida.<sup>334</sup>

Da análise do artigo 93, IX, da CR, se pode observar que ao se referir “a todas as decisões” nele incluiu todo pronunciamento com carga decisória, somente excluindo os despachos de expediente. A relevância do dever de fundamentar é evidenciada pela nulidade prevista para a sua não-observância.

Assim, pode-se concluir que esta é uma das garantias capazes de assegurar, por meio do processo, uma efetiva proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Mas a motivação das decisões judiciais não se restringe a uma questão processual, referindo-se principalmente ao exercício do poder estatal. Um Estado democrático requer publicidade e transparência, para que se possa verificar a não-arbitrariedade do poder e se esse está sendo exercido conforme os anseios e os valores da sociedade. O Poder Judiciário se legitima em razão do modo como exerce sua função, sempre com respeito às garantias constitucionais, do que se conclui que o juiz tem um novo papel a desempenhar no Estado Democrático de Direito, mais consciente e mais atento à realidade que o cerca.

---

<sup>334</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.58.

#### 4.2 Motivação dos Atos Decisórios Judiciais enquanto Garantia

Diversamente dos Estados absolutistas, o Estado democrático de direito, caracterizado pela limitação do poder estatal, necessita explicitar as razões de sua atuação como forma de se justificar. Afinal, se o poder emana do povo (assim preceitua a Constituição da República, no § único, do art. 1º), pressupõe-se que este possa acompanhar como ele é exercido. A necessidade de justificação dos atos de poder se aplica aos atos do Legislativo, aos atos do Executivo, e principalmente aos atos jurisdicionais, e aqui se entendem todos aqueles dotados de conteúdo decisório.

Em razão disto, Maria Thereza Pero afirma que a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais se traduz num instrumento hábil a permitir que as partes possam aferir a imparcialidade do juiz, a legalidade da decisão, a efetividade do contraditório, permitindo ainda, o controle sobre como o Poder Judiciário é exercido, seja pelas partes interessadas, seja pela sociedade como um todo.<sup>335</sup>

A função extraprocessual da motivação das decisões, ou seja, sua função política, está intimamente ligada à questão constitucional, por ser esta asseguradora de direitos. A necessidade de fundamentação, vista como mera garantia das partes, diante de um processo garantidor dos direitos fundamentais, com ênfase à sua função política, estende-se ao interesse social, diante da necessidade de se aferir a imparcialidade do juiz, a legalidade e a justiça das decisões. Observa-se, assim, que ela deixou de ser uma exigência meramente

---

<sup>335</sup> PERO, op. cit., p. 53.

processual para referir-se ao exercício do poder estatal. Isto porque a liberdade do juiz ao julgar “esbarra” no dever de fundamentar.

Mas a fundamentação não se limita a prestar contas às partes, mas sim à sociedade como um todo, “como forma de controle da independência, da imparcialidade e da probidade dos membros do Poder Judiciário”.<sup>336</sup> A fundamentação acaba por esclarecer ao próprio juiz que sua decisão foi acertada, que foram observados os fatos e os argumentos alegados, numa nítida prestação de contas.

Neste sentido é o entendimento de Rui Portanova, que considera a motivação como garantia para o Estado, os cidadãos, o próprio juiz e a opinião pública.<sup>337</sup>

Antonio Scarance Fernandes enfatiza quanto à garantia de motivação dos atos decisórios:

Evoluiu a forma de analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, entendia-se que se tratava de garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permitir que os órgãos judiciais de segundo grau pudessem examinar a legalidade e a justiça da decisão. Agora, fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa.<sup>338</sup>

Sob o aspecto extraprocessual, é certo que à sociedade interessa saber como foi prestada a tutela jurisdicional, como forma de legitimar o exercício da jurisdição, enquanto Poder da República. Pela fundamentação se fica sabendo como se deu o raciocínio do magistrado. A publicidade dos julgamentos se encarrega de possibilitar tal controle.

---

<sup>336</sup> ZAVARIZE, op. cit., p. 56

<sup>337</sup> PORTANOVA, op. cit., p. 250.

<sup>338</sup> FERNANDES, op. cit., p. 129.

Importa ressaltar, entretanto, que o juiz não pode se sujeitar às pressões impostas pela sociedade, nem tampouco deve se expor indevidamente em busca de aprovação social. Existe, portanto, uma integração entre o juiz e a sociedade, por sinal conforme expresso na Constituição da República.

O juiz tem um papel a desempenhar, e Luigi Ferrajoli afirma que o controle público favorece a probidade dos juízes no exercício de uma função onde é tão fácil cometer abusos, ressaltando que o juiz tem uma responsabilidade social.<sup>339</sup>

Mauro Cappelletti também faz menção à responsabilidade social, no que se refere ao “critério da responsabilização dos juízes perante os ‘consumidores’ do Direito e da Justiça: os cidadãos de cada sociedade, a cujo serviço deve operar o sistema jurídico em sua inteireza, em um ordenamento verdadeiramente democrático.”<sup>340</sup>

A motivação enquanto garantia pode ser vista “de um lado como instrumento apto a assegurar as limitações do Poder Judiciário no contexto das instituições políticas do Estado de direito (garantia geral ou política); de outro, como mecanismo de proteção de certos valores essenciais do próprio processo (garantia processual)”. A motivação assegura a efetividade de valores essenciais ao Estado de Direito, dentre os quais se ressalta a participação popular, a soberania da lei, a certeza do direito, a separação de poderes e a supremacia dos direitos individuais.<sup>341</sup>

Num momento em que se entendia que bastaria a existência de leis para se evitar o arbítrio e garantir os direitos do cidadão, a simples menção a elas poderia ser suficiente para se motivar uma decisão. Mas diante da dificuldade em se prever todas as possíveis

---

<sup>339</sup> FERRAJOLI. *Direito...* op. cit., p. 616.

<sup>340</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 13.

<sup>341</sup> GOMES FILHO, op. cit., pp. 82-83.

situações, a aplicação do direito se tornou uma tarefa mais complexa, exigindo que o juiz interprete o direito a ser aplicado e verifique sua adequação aos preceitos constitucionais. Sendo tal interpretação passível de abusos, a exigência de motivação se faz indispensável e se presta a controlar a atuação jurisdicional. Também pela motivação se garante a previsibilidade do direito a ser aplicado.

Outro aspecto relevante é a necessidade de fundamentação para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente em se tratando de Direito Processual Penal, que alcança a liberdade e a dignidade do indivíduo.

Assim entende Adauto Suannes:

A menos que a segurança do Estado se sobreponha aos interesses fundamentais da pessoa humana – o que já implica opção política –, o processo penal somente pode ser considerado, tal qual deve ser nos regimes democráticos, como garantia do acusado. Garantia porque parte da necessidade de o autor (Estado) provar a acusação que faz; garantia porque substitui os processos inquisitoriais e os procedimentos sigilosos pelo processo público, em que o acusado tem até mesmo a garantia de inviolabilidade em relação a seu corpo e sua mente (*habeas corpus*); garantia porque o Estado se comprometeu a designar um técnico, um *peritus ars dicendi ac probandi*, para falar pelo réu (*advocatus*); garantia porque o Estado que acusa não é, por ficção jurídica, o Estado que julga, donde ser ele obrigado a mostrar as razões de seu convencimento.<sup>342</sup>

Ao lado da função política, que possibilita o controle popular sobre as atividades judiciais de decisão, existe outra função que diz respeito à técnica processual, constituindo um dos requisitos formais das decisões, previstos em lei processual. A partir dos fundamentos apresentados na decisão será possível perceber seu real conteúdo, permitindo-se a impugnação dela ou mesmo o convencimento do vencido quanto ao seu acerto, a execução da sentença ou a determinação da coisa julgada.

---

<sup>342</sup> SUANNES, op. cit., p. 280.

A fundamentação das decisões judiciais interessa tanto aos jurisdicionados quanto à própria jurisdição. Em se tratando dos jurisdicionados, a fundamentação importa às partes, para que tomem ciência de como se conduziu a decisão, como foram analisados os elementos trazidos aos autos, permitindo, inclusive, arrazoar em caso de interposição de recurso. Importa convencer os destinatários da fundamentação que os argumentos apresentados, sejam quanto aos fatos ou quanto ao direito alegado, foram devidamente analisados, configurando-se, assim, o aspecto endoprocessual da questão. Com o dever de motivar as decisões e diante da possibilidade de haver controle, o juiz deverá se valer de um discurso racional e coerente.

A garantia do dever de motivar, segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, é um instrumento para fazer valer todas as demais garantias processuais. Acrescenta ele que o fundamental é assegurar que a decisão decorra de uma efetiva apreciação, pelo juiz, das questões de fato e de direito suscitadas.<sup>343</sup>

Afinal, no processo são trazidos os elementos necessários à tomada de decisão, para que o juiz deles conheça efetivamente e assim legitimar a função jurisdicional. E na motivação se exterioriza se realmente o juiz considerou tais elementos, se houve efetiva cognição judicial, uma vez que a decisão não pode se sujeitar à mera vontade do juiz.

Rogério Lauria Tucci ensina que, pela motivação, o juiz explicita como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre estes incide, proporcionando, assim, com clareza, lógica e precisão, a exata compreensão da forma como foram examinadas todas as questões suscitadas no processo e como se chegou à conclusão. Com base nisso, expõe as funções da motivação enquanto garantia processual:

---

<sup>343</sup> GOMES FILHO, op. cit., pp. 96-97.

- a) no plano subjetivo, evidenciar ao órgão jurisdicional monocrático ou coletivo que o profere, e ‘antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitima o ato decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição’;
- b) objetivamente, persuadir as partes, especialmente aquela desfavorecida pelo ato decisório, de que este se ateve à realidade fática e jurídica retratada nos autos do processo, com a correta aplicação da lei aos fatos, devidamente comprovados, de sua perfeita especificação ao caso concreto;
- c) no campo da hierarquia funcional, no exercício da jurisdição, permitir o controle crítico do decidido, delimitando o conteúdo da vontade de seu prolator, e, conseqüentemente, dos limites objetivos do julgado, e propiciada ao órgão recursal rigorosa análise, tanto no aspecto formal, como no material, do pronunciamento recorrido; e
- d) servir, quando correta e justamente proferido o ato decisório, para o aprimoramento da aplicação do direito, e, reflexivamente, para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial.<sup>344</sup>

Para Tucci: “A exigência de motivação dos provimentos penais integra e completa todo um sistema de garantias penais e processuais penais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade da imposição de qualquer medida punitiva no Estado de Direito.”<sup>345</sup>

Através da motivação se pode aferir se foram observadas as garantias do devido processo, tais como contraditório, ampla defesa, publicidade processual, bem como evidencia que o processo foi conduzido até o acerto do caso penal por um julgador independente e imparcial, que analisou todas as questões. A exigência de motivação das decisões, assim, está intimamente ligada à garantia constitucional do devido processo legal.

Tal questão, de tão relevante, já ensejava discussão antes mesmo de expressamente prevista na Constituição de 1998. Neste sentido, manifestou-se José Carlos Barbosa Moreira:

A motivação das decisões judiciais, como expressão da justiça formal dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia

---

<sup>344</sup> TUCCI. **Direitos...**, op. cit., pp. 227-228.

<sup>345</sup> GOMES FILHO, op. cit., pp. 97-98.

inerente ao Estado de Direito. (...) O princípio de que as decisões judiciais devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau de jurisdição, sem exclusão dos que possuam discricionária índole ou se fundem em juízos de valor livremente formulados. (...) É conveniente a inclusão, na Constituição da República, de dispositivo que consagre em termos expressos o princípio da obrigatoriedade da motivação.<sup>346</sup>

Segundo Kazuo Watanabe, a motivação decorre do “próprio conceito de ‘devido processo legal’, assegurado no mesmo dispositivo constitucional citado, certo é que essa cláusula não significa acesso a procedimento de qualquer natureza, e sim a um processo que concretamente assegure às partes todos os meios necessários à efetiva realização judicial do direito”.<sup>347</sup>

A independência e a imparcialidade do juiz, indispensáveis para a objetividade do julgamento, estão interligadas, uma vez que a independência é pressuposto da imparcialidade e esta é manifestação da independência do juiz. Assim, a exigência da motivação vai assegurar os limites da independência do juiz, evitando que este não invada a esfera dos demais poderes, nem seja arbitrário no exercício de sua função. A partir da análise e da fundamentação da decisão se pode constatar que o juiz foi realmente imparcial ao decidir, ou melhor dizendo, mesmo sendo a total imparcialidade impossível de ser atingida, pode-se verificar se houve parcialidade e se esta ficou dentro do considerado razoável. Como ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho o juiz, no processo, não está acima das partes, mas “está para além dos interesses delas”.<sup>348</sup>

Intimamente ligada à garantia de motivação das decisões judiciais tem-se a garantia à publicidade. Afinal, de nada adiantaria uma decisão fundamentada sem que se pudesse ter conhecimento desta. Até mesmo nos casos em que a publicidade pode ser restringida, há

---

<sup>346</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito** in Temas de direito processual, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 83-95.

<sup>347</sup> WATANABE, op. cit., p. 67.

<sup>348</sup> COUTINHO. **O papel...** op. cit., p. 11.



que se aferir se o caso em questão se enquadra nas situações possíveis. Assim, a partir do momento que as decisões judiciais são motivadas e publicadas, permite-se que se exerça sobre elas uma espécie de controle democrático, capaz de apurar possíveis arbitrariedades e impondo limites ao exercício do poder jurisdicional. Isto, sabe-se bem, não é perfeito, mas nada de diverso há para fundar uma imprescindível democracia processual.

A fundamentação das decisões judiciais (e aí se incluem sentenças e decisões interlocutórias) permite que se controle se a racionalidade predominou sobre o arbítrio, sendo um elemento essencial para um processo penal democrático.<sup>349</sup>

### **4.3 A Estrutura da Motivação**

A Constituição da República, ao dispor no art. 93, IX, que todas as decisões serão fundamentadas, estabelece um padrão a ser seguido, ou seja, a decisão judicial reconhecida é a fundamentada. Não se enquadrando neste modelo imposto, a nulidade da decisão é o que se impõe.

As normas processuais tratam timidamente a questão pertinente à estrutura da decisão, seja no Código de Processo Civil, seja no Código de Processo Penal, limitando-se, este último, a afirmar no art. 381, III, pertinente à sentença, que esta indicará os motivos de fato e de direito em que se funda a decisão. É o que se tem; e o que basta.

---

<sup>349</sup> LOPES JR.. op. cit., p. 253.

Num primeiro momento, importa diferenciar motivo e motivação. Motivo ou fundamento, para as questões processuais, é o elemento de caráter objetivo (de fato ou de direito), considerado pelo juiz no momento da formação de sua decisão. A motivação (ou fundamentação) é a explicitação destes motivos. Em sede de Direito Público, a indicação dos motivos é fundamental (é elemento do ato administrativo, como se sabe), levando aos destinatários do ato, em particular, e à comunidade, como um todo, as razões que levaram a uma determinada decisão, que atinge a todos.<sup>350</sup>

Muitas vezes, o juiz primeiro decide, para depois buscar os fundamentos capazes de justificar sua decisão. Assim, a decisão ocorre quando o juiz, com base nos elementos jurídicos – de fato e de direito, bem como a partir de elementos não-jurídicos, e aí se incluem os aspectos ideológicos, morais, políticos e psicológicos, escolhe a solução para o caso, e esta se legitima pela exposição dos motivos, pela fundamentação.

O juiz, como se sabe, não raro, manipula seu discurso a fim de justificar sua decisão. O problema reside na utilização da argumentação e da retórica para ocultar as arbitrariedades produzidas pelos juízes.<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> GOMES FILHO, op. cit., pp. 110-111.

<sup>351</sup> “Os mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comuns a todos, se em algum tempo tiveram um sentido uma correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar pós-moderna. Por muitas razões, está hoje em crise o arquétipo do Estado-nacional, que por muito tempo representou a moldura tradicional (geralmente não-conscientizada) das usuais idéias de sociedade e de cultura, e a múltipla fragmentação social e cultural tomou o lugar das velhas imagens totalizantes e coerentes da sociedade e da cultura. Nessas situações em via de transformação, ou já transformadas, altera-se inevitável e profundamente a missão do juiz e, conseqüentemente, os componentes, as peculiaridades e as estruturas de seu raciocínio. Além disso, neste mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes: cabe por isso às cortes a tarefa de resolver os conflitos entre valores universais e regras cada vez mais gerais, de um lado, e, de outro, situações cada vez mais particulares e culturalmente individualizadas. Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca *inanimada* da lei, teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de norma simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras

A motivação ou fundamentação é provavelmente a parte mais importante da decisão. Brum salienta que aqui reside o “núcleo retórico da decisão”, quando o juiz precisa convencer que sua decisão foi legítima, válida e justa. Ele avalia as provas coligidas, demonstra que tudo ocorreu de uma determinada forma, diz qual o direito a ser aplicado e o porquê desta escolha. Reconstrói discursivamente o fato analisado, subsumindo-o ao direito que entende ser aplicável a este, acolhe ou rejeita os argumentos das partes e explica os mecanismos racionais pelos quais decide. É a parte que mais se aproxima do que se pode chamar requisitos retóricos, que para o autor é o “conjunto de argumentos essenciais (essencial no sentido de mínimo necessário e provavelmente suficiente) da sentença, entendida esta como discurso persuasivo”.<sup>352</sup> Brum ressalta como elementos representativos da argumentação retórica da decisão: 1) a verossimilhança fática – diante da impossibilidade de se atingir a verdade real, a verdade que existe é aquela estabelecida através do processo e dentre as provas utilizadas para tal, o juiz procura demonstrar que elegeu a melhor prova na formação de seu convencimento, manifestando-se, inclusive, quanto às demais provas capazes de ensejar outras versões; 2) efeito de legalidade – o juiz deve demonstrar que a sua decisão se encontra amparada no ordenamento jurídico; 3) efeito de adequação axiológica – o juiz demonstrará que os verdadeiros valores comunitários estão expressos na literalidade da lei ou que a lei está devidamente adequada aos valores da sociedade, o que, em tese, garantiria uma maior aceitação, entretanto, não é assim tão fácil, diante do pluralismo valorativo manifestado através de ideologias conflitantes; 4) efeito de

---

e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no *depósito* constituído pelo senso comum”. TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz in **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, n. 2, julho-dezembro/2001, p. 196.

<sup>352</sup> BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 4 e 5.

neutralidade judicial, quando o juiz, em nome da segurança jurídica, procura passar a imagem de que é neutro, não obstante se saber que isto não existe de fato.<sup>353</sup>

Mas como ressalta Brum:

alguns juízes jamais aceitarão a afirmativa de que sua atividade é predominantemente retórica, já que se consideram sinceramente neutros e imparciais. No entanto, devem conformar-se com saber que a imparcialidade é impossível quando se trabalha em áreas de conflito, onde se chocam interesses e valores. O julgador não é parcial porque queira sê-lo, mas porque também é produto (“sujeito”) de uma cultura parcial que o dotou de pautas valorativas que sempre estarão em contradição com outras pautas valorativas determinadas por outras culturas ou condicionamentos sociais antagônicos, pois a socialização não se faz de modo uniforme e não evita que, em uma mesma formação social, existam vários padrões de justiça.<sup>354</sup>

Também Alice Bianchini entende que para que a sentença alcance persuasão, ou seja, seja recepcionada e receba a adesão de todos a quem se destina, bem como da comunidade jurídica, deve se valer dos requisitos retóricos. Acrescenta ela: “Os juízes não são neutros e imparciais, mas produto de uma cultura, de pensamentos, de valores, de ideologias, de opiniões, sendo que na atividade jurídica facilmente pode-se observar estas influências”.<sup>355</sup>

Brum assim entende:

Em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é absolutamente impossível) reconstituir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu. No que se refere à avaliação da prova, os códigos são lacônicos; a doutrina, extremamente plástica, e a jurisprudência, vacilante. Com tais instrumentos, os juízes podem manipular os fatos segundo seu temperamento, sua formação pessoal, sua ideologia, enfim, o que não implica que isso seja feito de forma consciente ou premeditada.

A única garantia que o sistema oferece é a imposição legal que obriga os juízes a fundamentarem suas decisões, permitindo, assim, que os inconformados possam atacá-las, voltando contra elas os mesmos instrumentos oferecidos pelo sistema.<sup>356</sup>

---

<sup>353</sup> BRUM, op. cit., pp. 72-84.

<sup>354</sup> Idem, p. 41.

<sup>355</sup> BIANCHINI, Alice. Aspectos subjetivos da sentença penal, *in*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 6, n. 22, abril-junho, p. 37, 1998.

<sup>356</sup> BRUM, op. cit., p. 71.

É fato, também, que a lei pode ser facilmente manipulada pelos operadores do Direito, bastando que os requisitos retóricos sejam bem trabalhados ou tenham um arsenal lingüístico para tanto.

Ademais, como ressalta Brum, “conhecer, interpretar, valorar, decidir e justificar são aspectos de uma só atividade indivisível que se chama julgar”.<sup>357</sup>

#### **4.3.1 Motivação de fato e de direito**

Num Estado democrático de direito, caracterizado pela submissão do poder à legalidade, poder-se-ia dizer que a motivação tem por fim demonstrar que a decisão está embasada em normas do ordenamento jurídico e não provém de mera arbitrariedade. Considerando-se o juiz como mero aplicador do direito e o ordenamento jurídico como sendo completo, capaz de prever todas as situações possíveis, dando a solução correta a cada caso concreto, a simples menção à regra aplicada já seria suficiente como motivação de direito. Mas a aplicação judicial do direito não é assim tão simples. Não basta enunciar a lei a ser aplicada, é preciso dar concretude a esta.

“[...] A motivação, para dar validade à sentença, deve ser completa, adequada e sem contradições.[...] A sentença, ainda que formalmente motivada, será tida como ineficaz, se

---

<sup>357</sup> Idem, pp. 41-42.

desprovida de motivação adequada, com erro e com a invocação de provas desamparadas por lei e por esta proscritas.”<sup>358</sup>

A justificação das decisões quanto ao direito não se limita à mera indicação do dispositivo legal a ser aplicado. Não se trata de simples subsunção. Primeiramente, há que ressaltar que o ordenamento jurídico não consegue fornecer todas as soluções para os casos que se apresentam, principalmente se considerando a complexidade que permeia as sociedades contemporâneas. As normas são editadas como se fossem solução para todos os males, principalmente em sede de direito penal e processual penal, que precisam dar conta do aumento da criminalidade. Assim, existem inúmeras leis especiais, códigos, às vezes ambíguos e contraditórios, dificultando sua aplicação. Ademais, na atual perspectiva do direito, há que se atentar para as disposições constitucionais, fonte maior de direitos e obrigações, que impõem um novo olhar para o direito. Assim, a escolha da regra a ser aplicada e sua respectiva interpretação devem ser realizadas dentro de um contexto prático.

Certamente, a interpretação do direito é a que traz maiores problemas, principalmente considerando-se que esta é manipulada ideologicamente. O juiz pode dar interpretação conservadora ou modificadora dependendo da situação, se esta se refere a algo que ele aprove ou reprove. Brum ressalta que “a atividade jurídica, entendida essa expressão no seu mais amplo sentido, é uma das práticas onde mais se faz sentir a influência das ideologias, podendo dizer-se que toda a atividade jurídica é uma prática ideológica”.<sup>359</sup>

A forma de interpretar decorre dos vários métodos existentes ao longo da história, todos a serviço do intérprete, contribuindo para a decisão final em cada processo. Como

---

<sup>358</sup> MARQUES, José Frederico. **Pareceres. Sentença penal condenatória**. São Paulo: AASP, 1993, p. 104.

<sup>359</sup> BRUM, op. cit., p. 11.

afirma Brum, “em matéria de interpretação jurídica, haverá tantas verdades quantos forem os métodos existentes”.<sup>360</sup> Isto é a comprovação de que o discurso sobre métodos beira o *non sense*, por razões primárias.

Não obstante reconhecer “que os métodos e escolas de interpretação são tantos quantas são as concepções ideológicas dos homens que se dispuseram a pensar a sociedade, o estado, o direito, a função do jurista e a atividade judicial”; Brum identifica duas tendências predominantes: as concepções formalistas e as realistas, voltadas ou para a segurança ou para a equidade.<sup>361</sup>

Os formalistas se prendem à lei como fonte de direito, dela extraindo todas as soluções, como se o ordenamento jurídico fosse um todo coerente, numa mera atividade silogística demonstrativa, buscando a segurança jurídica e para tanto se valem de um juiz neutro e imparcial. Já os realistas se afastam das propostas legislativas e buscam soluções alternativas, permitindo ao juiz criar o direito, demonstrando seu raciocínio através de silogismos retóricos, exaltando a equidade.

Alexandre Morais da Rosa afirma que “a postura prevalente, acolhida pelo senso comum teórico, acredita, pois, que os métodos de interpretação são capazes de tal desate rumo à verdade primeva (...)”, entretanto “reconhece-se, entretanto, que não há salvação transcendente, inexistente um método absoluto, universal, capaz de dar o conforto antes prometido. A decisão judicial não confere a verdade anunciada, (...)”<sup>362</sup>

---

<sup>360</sup>BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos...**, p. 15. Ressaltando que Brum traz uma significativa abordagem sobre os métodos interpretativos (pp. 15-38).

<sup>361</sup> Idem, p. 43.

<sup>362</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como *Bricolage* de significantes**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 374.

Argumenta o autor, que é ilusório se pretender alcançar uma decisão penal meramente lógica, diante da singularidade de cada caso concreto, havendo sempre “a atividade cognitiva e hermenêutica”. Contudo, as decisões somente serão produzidas com a devida observância dos preceitos constitucionais, e aqui se inclui a fundamentação dos atos decisórios. “Somente assim, os *significantes* se mostram democraticamente produzidos.”<sup>363</sup>

No que se refere ao exame dos fatos, estes são ainda mais negligenciados. O juiz entende que sua função se limita a aplicar o direito, considerando que os fatos cabem às partes e assim, decidem sem uma minuciosa análise das provas. E o exame das provas é uma atividade complexa<sup>364</sup>, em decorrência da pluralidade de fatos a serem apurados, sendo atribuído a elas diferentes graus de importância. Se a motivação se destina a justificar racionalmente a decisão, fazendo-se um exame crítico das provas, não basta a simples menção a documentos, testemunhas ouvidas, numa mera enunciação dos meios de prova, útil somente para a verificação da utilização ou não de provas ilícitas. Não é simples a tarefa de analisar a prova, principalmente pela real possibilidade de se incorrer em equívocos, já que esta não é uma atividade isenta. As provas mais relevantes geralmente são produzidas durante o inquérito policial, sem possibilidade de contraditório; também as provas periciais, em sua maioria, não podem ser posteriormente repetidas; ademais, na instrução criminal, as provas são geralmente testemunhais.

Porém, uma coisa é certa, o juiz pode facilmente manipular os fatos segundo seu interesse, suas convicções pessoais, mesmo que inconscientemente. Assim, a garantia que se coloca é justamente a exigência de motivação.

---

<sup>363</sup> Idem, pp. 307-308.

<sup>364</sup> Brum, a partir de Hernando Devis Echandia, enumera uma lista com vinte e quatro princípios gerais (rol não taxativo) capaz de fornecer critérios seguros de avaliação da prova. V. BRUM, op. cit., p. 59 e ss.



Alexandre Morais da Rosa entende que nas decisões todos os significantes devem ser levados em consideração (sejam eles da defesa ou da acusação), desde que recolhidos “conforme as regras do jogo”, e o juiz deve acolher ou rejeitar seu valor “de maneira fundamentada somente no ato decisório”. Há que se construir a decisão, a partir do que lhe foi trazido à mão, “sem o pretendido controle racional total”. E continua: “A perspectiva de onde o um-julgador analisará o ‘mar de significantes’ é fundamental num Estado Democrático de Direito, (...)”<sup>365</sup>

#### **4.3.2 Vícios da motivação**

O dever de fundamentar as decisões exige que sejam observados determinados requisitos essenciais, o que muitas vezes é negligenciado pelos magistrados. É certo que se está diante de uma atividade complexa, mas isto não autoriza o juiz a deixar de a fazer ou a fazer de forma insuficiente. Pode ser que ele não consiga desenvolver um raciocínio razoável de forma a se fazer compreender ou até mesmo pode não ter como traçar o caminho da decisão tomada sob pena de a invalidar (por exemplo, se decidiu com base em provas obtidas de forma ilícita), ou inclusive pode considerar tal exigência desnecessária e supérflua, sem atentar para o fato de acarretar evidente prejuízo para os envolvidos no processo, em particular e para a sociedade, como um todo.

---

<sup>365</sup> ROSA, op. cit., pp. 377-379.

O primeiro vício a ser considerado é a inexistência de motivação, onde a não enunciação do *iter* do raciocínio decisório viola determinação constitucional, uma vez que se não pode aferir se os fatos e o direito pertinentes ao caso foram considerados, sendo a decisão fruto de mero ato volitivo do julgador. A só aparência de motivação também se apresenta como não-fundamentação. Neste caso, conforme preceitua o texto constitucional no art. 93, IX e o próprio Código de Processo Penal, no art. 564, III, é causa de nulidade absoluta da decisão.

Nas palavras de José Frederico Marques: “a motivação (art. 381, nº III) é de todo imprescindível, tanto mais que, adotado o princípio do livre convencimento, só a fundamentação pode evitar o arbítrio (art. 157) e dar a conhecer às partes de como se operou a valoração das provas. A falta de motivação constitui, assim, nulidade insuprível, não havendo outro meio para saná-la senão determinando ao juiz que profira nova decisão devidamente motivada”.<sup>366</sup>

Antônio Magalhães Gomes Filho considera como ausência de um discurso de justificação as “afirmações genéricas e vazias de conteúdo”, aplicáveis a várias situações, o que evidencia que não foram analisados os elementos concretos do caso em questão ou as motivações tautológicas (ou que envolvem uma petição de princípios), quando as palavras do legislador são utilizadas, falaciosamente, como se fossem razões (exemplo clássico se dá nos casos de decretação da prisão preventiva, quando o próprio dispositivo legal – art. 312 do CPP – é utilizado para lhe justificar a concessão).<sup>367</sup>

Francesco Mauro Iacovello assim se pronunciou a respeito: “[...] a la falta de motivación no solo como ausencia absoluta de motivación si no también como ausencia

---

<sup>366</sup> MARQUES. **Elementos...** op. cit., v.2, pp. 429-430.

<sup>367</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 186.

sustancial, es decir como la omisión de pasajes decisivos en el razonamiento argumentativo del juez.”<sup>368</sup> Quanto à distinção entre insuficiência e falta de motivação, acrescenta: “[...] la ausencia de motivación es un vicio invalidante porque es el síntoma de un error en el razonamiento del juez; la insuficiencia en la motivación comprende el conjunto de todas aquellas faltas argumentativas que debilitan la trama expositiva, pero que no hieren la coherencia y la plausibilidad del argumento decisorio subyacente”.<sup>369</sup>

O segundo vício se traduz na insuficiência de motivação. Nestes casos, a decisão carece, em última análise, da devida integridade, requisito essencial a ser observado, decorrente do próprio texto constitucional, que não só aduz que todas as decisões judiciais devam ser fundamentadas, mas que toda ela deverá o ser. Assim, fica o juiz obrigado a justificar cada uma das escolhas parciais que concorreram para a decisão final, a saber, devem ser objeto de justificação “*todos* os elementos estruturais de cada particular decisão, como a escolha e interpretação da norma, os diversos estágios do procedimento de verificação dos fatos, a qualificação jurídica destes, etc., bem como os *critérios* (jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos) que presidiram as escolhas do juiz em face de cada um desses componentes estruturais do procedimento decisório”.<sup>370</sup>

Maria Thereza Gonçalves Pero entende que a motivação será insuficiente quanto ao direito, em quatro situações:

(...) quando o juiz não indica a norma ou princípio de que extraiu o argumento usado para chegar à decisão, toda vez que tal indicação não seja dedutível do contexto, ou restem dúvidas quanto à indicação; quando houver mera indicação da norma sem sua interpretação, gerando dúvidas quanto aos motivos pelos quais o juiz a considerou incidente no caso; quando a decisão se baseia em mais de uma

---

<sup>368</sup> IACOVELLO, Francesco Mauro. El control de la casación sobre la motivación, *in Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Fascículo A, 2002, p. 50.

<sup>369</sup> Idem, p. 65.

<sup>370</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 175.

norma e nem todas – com a relativa interpretação – são indicadas, ou, finalmente, quando não são indicadas as razões da opção por uma norma em lugar de outra também aplicável à espécie.<sup>371</sup>

Quanto à motivação de fato, são considerados casos de insuficiência de motivação:

A motivação de fato, por sua vez, será insuficiente quando o julgador não deixar claras as fontes de prova de que decorre o accertamento dos fatos, ou a indicação resultar obscura; quando, havendo nos autos diversos elementos probatórios, vertentes sobre o mesmo fato, faltar uma valoração conjunta e comparativa dos mesmos, sendo efetivamente considerados apenas alguns deles; e, finalmente, quando não se tiver claros os motivos que levaram o juiz a optar pela não assunção de uma determinada prova em detrimento de outra igualmente ou até mais relevante,[...].<sup>372</sup>

A decisão, para estar suficientemente fundamentada, deverá atentar para a dialeticidade, em respeito à participação dos interessados, ou ainda, em respeito ao contraditório. Afinal, as atividades desenvolvidas por estes somente serão significativas se forem efetivamente consideradas no momento da tomada de decisão. O discurso justificativo dela deverá ser, assim, dialógico. Desta forma, todas as teses e provas trazidas ao processo, em respeito ao contraditório, atentando para as controvérsias havidas.

Outro aspecto a ser considerado é a correspondência entre os elementos considerados na decisão e aqueles que efetivamente existem no processo, ou seja, sua correção. A partir daí se pode controlar o raciocínio judicial, pois não basta que a exposição dos motivos seja perfeita se não se sustentar nos elementos apresentados no processo. Não se trata, pois, de reapreciar o conteúdo da decisão, mas tão somente verificar se houve distorção na apreciação de uma prova presente no processo, ou ainda, se foi utilizada uma prova inexistente para embasar a decisão.

---

<sup>371</sup> PERO, op. cit., p. 92.

<sup>372</sup> Idem, pp. 93-94.

Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que este vício de motivação demonstra que o raciocínio judicial partiu de premissas “que não resultam da realidade dos autos, mas de dados incorreta ou ficticiamente formulados”.<sup>373</sup>

Importa aqui fazer menção a certos modos de fundamentar, que mesmo não caracterizando propriamente um vício, põem em risco as funções de garantia da motivação. Situações essas comuns na prática forense e contestadas pela doutrina e jurisprudência, que para Antonio Magalhães Gomes Filho podem “ser consideradas artifícios, estratégias, expedientes, ou subterfúgios, por meio dos quais o empenho justificativo é significativamente reduzido, em nome de outros valores como a economia processual e a rapidez na solução dos litígios”.<sup>374</sup>

Na motivação implícita, “a superação das lacunas torna-se possível em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no texto judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação mas não foi”.<sup>375</sup> Exemplo disto se tem quando o juiz, ao acolher o pedido de uma das partes, evidencia que indeferiu o pedido da parte contrária. Mas nem sempre os pedidos se contrapõem, para que o acolhimento de um, automaticamente exclua o outro. Ademais, os pedidos contêm diferentes elementos que devem ser todos examinados sob pena de nulidade da decisão.

Outra forma também questionável de fundamentação é a chamada motivação aliunde, na qual se faz simples menção a atos, documentos, produzidos em outro processo. O juiz, ao decidir, faz mera remissão às razões provindas de outro processo. O juiz até poderia

---

<sup>373</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 191.

<sup>374</sup> Idem, p. 197.

<sup>375</sup> Idem.

fazer referência à jurisprudência, mas não pode se limitar a as enunciar, deixando de expor suas razões, o que configura ausência de motivação.

Finalmente, tem-se a fundamentação *ad relationem* ou *per relationem*, quando “o preenchimento dos espaços vazios da argumentação decorre da integração expressa ao texto justificativo da motivação apresentada em outro documento”.<sup>376</sup> Tratando-se de prática muito utilizada em nome da economia processual e de uma maior rapidez na prestação jurisdicional, também não merece acolhida. O problema não reside em acolher as mesmas razões de uma decisão anterior ou até mesmo as razões apresentadas por uma das partes (se bem que se põe em dúvida a questão da imparcialidade, uma vez que simplesmente as acolhe sem expor as razões para tal), todavia, por respeito à garantia constitucional deve o juiz transcrever expressamente os pontos por ele aceitos e incorporados à decisão, juntamente com os demais pontos que fazem parte de sua justificação. Exemplo disso se tem no julgamento de um recurso, quando simplesmente se adotam as razões da decisão decorrida, quando se deveria, ao menos, explicitar o porquê estas merecem ser acolhidas.<sup>377</sup>

Questão também a ser exposta diz respeito à fundamentação sucinta ou concisa, que não necessariamente significa ser ausente ou insuficiente. Pode-se proceder a uma análise de todos os elementos de prova, bem como o exame das questões de fato e de direito, sem que isso implique se estender demais, mas a decisão não pode ser privada de clareza e racionalidade.

Todos estes vícios de motivação acima apresentados se traduzem em falta de justificação. A motivação pressupõe que o julgador ao expor as razões de seu

---

<sup>376</sup> *Idem*, p. 199.

<sup>377</sup> *Idem*.

convencimento procedeu à cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, além de possibilitar que se possa aferir o nível de preparo dos magistrados.

E como afirma Rogério Bellentani Zavarize, sendo a fundamentação das decisões um princípio de direito processual previsto na Constituição da República, dirigido a todos os juízes, e também uma garantia processual, dirigida não apenas às partes, mas à sociedade como um todo, há presunção de prejuízo em razão do irregular e ilegítimo exercício da atividade jurisdicional.<sup>378</sup> Daí a sua nulidade se estender para todos os atos que tenham influído no vício que a invalidou.

Breda, neste sentido, ressalta que a nulidade, seja ela absoluta ou relativa, uma vez declarada pode contaminar os atos processuais antecedentes, concomitantes, subseqüentes ou até mesmo, não contaminá-los. Afirma ele, que segundo a doutrina processual penal brasileira cabe exclusivamente ao juiz decidir o alcance da nulidade, quais atos foram contaminados, situação que ele não compactua.<sup>379</sup>

#### **4.3.3 O papel do juiz na motivação das decisões**

O Estado-juiz não deve ficar adstrito à função de mero aplicador da lei, pois num Estado que se diz democrático de direito sua função vai além disso, devendo interpretar e adequar os textos legais à realidade que o envolve. Os juízes deveriam aplicar a Constituição, mas o que se observa, em sua maioria, é a ainda prevalência da legislação

---

<sup>378</sup> ZAVARIZE, op. cit., p. 148.

<sup>379</sup> BREDA, op. cit., pp. 88-89.

infraconstitucional sobre os preceitos constitucionais, e aí se inclui o Supremo Tribunal Federal, extremamente conservador.

Como bem ressalta Rubens Casara, “o senso comum teórico dos operadores jurídicos implica a reiteração, a regra inconsciente, de um discurso aceito como verdade no mundo do dever-ser. A repetição acrítica de enunciações jurídicas acaba por privilegiar interpretações conservadoras e favorecer a sacralização dos entendimentos jurisprudenciais predominantes”.<sup>380</sup> Daí a posição da doutrina, inclusive de vertente mais tradicional.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho aduz que o operador jurídico restrito ao que se costuma chamar de *senso comum teórico dos juristas*, acaba por comprometer a efetividade das conquistas democráticas, quando de fato deveria ser o transformador do direito, garantindo a passagem da democracia formal à material.<sup>381</sup>

“A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização”.<sup>382</sup> É necessário que este assuma uma postura mais ativa, sobretudo diante da nova ordem mundial, demasiadamente excludente.

“Considera-se que o juiz, além de presidir o processo, é também o garantidor da correta aplicação da lei e a ele compete a tarefa fundamental de assegurar a tutela efetiva dos direitos, então a importância que se dá aos critérios em função dos quais o juiz formula sua decisão”, pondera Taruffo.<sup>383</sup>

---

<sup>380</sup> CASARA, Rubens R. R. **Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 62.

<sup>381</sup> COUTINHO. **Glosas...** op.cit., p.78.

<sup>382</sup> WATANABE, op. cit., p. 64.

<sup>383</sup> TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre prueba y verdad**. in *Derechos y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, ano VII, enero/diciembre, 2002, n. 11. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, p. 119. “Se considera que el juez, además de gobernar el proceso, es también el garante de la correcta aplicación de la ley y que le corresponde la tarea fundamental de asegurar la



O juiz sempre foi descrito como desinteressado, imparcial e neutro, o que contribuiu para que se chegasse a uma visão equivocada de seu real papel. O juiz não é esta figura perfeita, é simplesmente humano, passível de erros e acertos. É certo que se tentou passar a imagem de um juiz atrelado a técnicas preestabelecidas, mas a realidade é outra. O juiz, assim como qualquer ser humano, participa da sua própria história, auxiliando na sua construção. Não há como afastar a existência da ideologia, e aí não se pode falar em neutralidade. “Como todos os outros seres humanos, também é *construtor da realidade* em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva”.<sup>384</sup> Desta forma, o novo papel a ser desempenhado pelo juiz exige dele não a neutralidade, mas sim assumir uma *postura ideológica*, não mais alheio à realidade.<sup>385</sup>

A interpretação dada ao direito deve deixar a esfera retrospectiva, e sem temer romper com o passado autoritário, com o qual já se acostumou, adentrar a esfera prospectiva, mais próxima do ideal constitucional que se pretende alcançar, assumindo a função de garantidora de direitos. As decisões judiciais, mais significativamente, expressam esta tendência a manter o “velho” e ignorar os preceitos constitucionais.

A fim de que sejam alcançadas decisões adequadas e socialmente convincentes é primordial que se supere o positivismo jurídico, que impede o avanço na construção de um discurso jurídico capaz de conduzir à realização da justiça social. Isto demanda do jurista

---

tutela efectiva de los derechos, entonces el acento se desplaza necesariamente sobre los criterios en función de los cuales el juez formula su decisión”. (tradução livre).

<sup>384</sup> COUTINHO. **O papel...** op. cit., p. 46.

<sup>385</sup> Idem, p. 48.

uma formação ampla, multidisciplinar e interdisciplinar, conectando jurídico e social, de modo crítico.<sup>386</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assevera que uma dogmática qualquer, que não assuma qualquer posição, transformada ideologicamente a serviço do poder, não mais é concebível, devendo sim, ceder lugar a uma dogmática crítica, capaz de buscar uma transformação para melhor. Acrescenta o autor, que “o avanço democrático do Direito reclama um sotaque constitucional e, mais uma vez, a dogmática crítica pede o seu lugar.”<sup>387</sup>

Na lição de Lopes Júnior: “O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria.”<sup>388</sup>

O estrito legalismo na prestação jurisdicional não garante uma sociedade equilibrada, estável e democrática, livre de conflitos sociais, mas acaba por ignorar que por trás de processos, representados por números, existem pessoas e estas sofrerão todas as conseqüências emanadas das decisões judiciais.

“A legitimidade do juiz não tem que ver com a noção de democracia política, ligada à representação. Não deriva da vontade da maioria. O fundamento da legitimidade do juiz está na intangibilidade dos direitos fundamentais. É, assim, uma legitimidade democrática,

---

<sup>386</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 67.

<sup>387</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei**. (texto apresentado no Encontro Cumbuco, do Grupo Cainã, realizado nos dias 24, 25 e 26 de fevereiro de 2005, em Fortaleza), pp. 1-6.

<sup>388</sup> LOPES JR, op. cit., p. 278

enquanto derivada de sua função de garantidor dos direitos fundamentais, que são a base da democracia substancial.”<sup>389</sup>

Como afirma Amilton Bueno de Carvalho: “(...) o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem”. Acrescenta ele que o juiz pode “se completar tanto no plano individual, quanto como agente social, (...)”<sup>390</sup> O juiz precisa, primeiramente, conhecer a si próprio, situar-se no seu tempo. Precisa ele “sentenciar com a perspectiva do amanhã, com a possibilidade transformadora na diretiva da utópica vida com dignidade para todos. E propor o ainda não, mas que pode vir a ser. Decidir com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de novo modelo social.”<sup>391</sup>

Se uma decisão não é capaz de atender aos anseios da sociedade, não lhe útil. O Poder Legislativo, legitimado a representar a sociedade, acaba por representar não o interesse do povo, senão dos grupos que o fizeram eleger, o que fatalmente leva a crer que as leis, em sua maioria, estão distantes da realidade social. Assim, o juiz que se diz cumpridor de leis está longe de desempenhar seu verdadeiro papel. Deve ele analisar os fatos que envolvem a questão, não com a frieza da lei, mas com sentimento, sendo ele um homem, que no papel de juiz, deve se compadecer do sofrimento alheio. O juiz não pode ser neutro, mas contudo deve ser imparcial. Mas sua imparcialidade não deve ser confundida com indiferença.

---

<sup>389</sup> Idem, p. 283.

<sup>390</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência – um desabafo crítico *in* BONATO, Gilson (org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 4.

<sup>391</sup> Idem, p. 8.

Assim é o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Ora, a função do Juiz, num processo penal democrático, passa pelo controle de todos os atos processuais. É inconcebível, diante de uma posição assumidamente constitucional que lhe é dada – de ser o garante do ordenamento desde seu ápice e a partir dele –, não passar o Juiz de mero espectador sem atuação específica a garantir a CR/88”.<sup>392</sup>

Também merece relevo o entendimento de Alexandre Morais da Rosa: “O ‘um-magistrado’ precisa, então, dar-se conta do intrincado mundo em que (com)vive, não ser alheio ao dos seres humanos com o qual exercerá parcela do Poder Estatal. Essa mudança *paradigmática* não se faz do dia para noite. É um processo contínuo de *dar-se conta de si mesmo e do outro*. Um processo de autoconhecimento emancipatório e rompedor com o modelo prevalecente, no qual os conflitos são equacionados em formas jurídicas genéricas e abstratas incapazes, assim, de responder convenientemente ao mundo complexo que lhes é apresentado. Convencer os atores do cenário judiciário de que seu papel social se modificou, de que a interação com o social se mostra indispensável, é uma via possível neste momento histórico, numa sociedade excludente.”<sup>393</sup>

Importante ressaltar, ainda, que a atividade do juiz não é isenta de conseqüências. A sua responsabilidade na prestação jurisdicional diz respeito às partes, bem como aos outros que possam ser atingidos pela decisão e, principalmente, à sociedade como um todo.

Mauro Cappelletti, expõe seu pensamento a partir de Calamandrei, “O Elogio dos Juízes”, que assim declina:

---

<sup>392</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Ampla defesa e direito à contraprova** in Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 55 – julho-agosto de 2005 – Revista dos Tribunais, p. 376.

<sup>393</sup> ROSA, op. cit., p. 347.

O que pode constituir perigo para os magistrados não é a corrupção:(...). E tampouco podem ser consideradas ameaças muito graves à independência dos magistrados as interferências políticas:(...).

O verdadeiro perigo não vem de fora: é um lento exaurimento da consciência, que a torna aquiescente e resignada: uma crescente preguiça moral(...).

Acontece(...) que(os) magistrados se reduzem a constituir entre si uma espécie de ermo isolado(...). E, no entanto, desejar-se-ia no magistrado, sobretudo, largueza de idéias: a despreconceituosa experiência do mundo, a cultura que permite entender os fermentos sociais que fervem sob as leis(...).

Sob a ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. E seria de desejar fosse o juiz capaz de reviver em si, para os compreender, cada um destes sentimentos(...).

Justiça é compreensão: isto é, tomar em conjunto e adaptar os interesses opostos: a sociedade de hoje e a esperança de amanhã; as razões de quem a defende e as de quem a acusa(...).<sup>394</sup>

Não se pretende um juiz perfeito, mas sim um juiz comprometido com o papel que deve desempenhar e consciente da repercussão social que suas decisões alcançarão, visto que decide em favor de uma sociedade, da qual ele também é parte.

#### **4.4 Atos Judiciais Sujeitos à Motivação. O Recebimento da Denúncia ou Queixa como Ato Exigente de Fundamentação**

O juiz pratica atos decisórios e não-decisórios. Enquanto no primeiro existe um conteúdo de deliberação, no segundo, se observa uma simples função administrativa.

Malan registra: “O provimento judicial é uma manifestação do pensamento emitida pelo julgador, no processo judicial, mediante o uso da palavra, um ato processual através do

---

<sup>394</sup> CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudizi scritto da um avvocato**. 3.ed., Firenze, Le Monnier, 1955, p. 269 e ss, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes...**, p. 92-93.

qual o magistrado impulsiona o procedimento, decide certa questão incidental ou o próprio mérito da causa.”<sup>395</sup> Aí se inserem a sentença, a decisão interlocutória e o despacho.

A Constituição de 1988 preceitua que todos os atos judiciais com força decisória no processo devem ser devidamente fundamentados. Por decisões, compreendem-se os atos jurisdicionais mais relevantes, capazes de julgar ou não o mérito, ou seja, decisões interlocutórias e decisões definitivas, em suma, que decidem questões, no estrito sentido dado por Carnelutti.<sup>396</sup>

José Frederico Marques entende que “sentença é o ato de composição do litígio ou causa penal, em que o preceito normativo, imposto pela ordem jurídica, transforma-se em preceito concreto e específico”.<sup>397</sup> Alice Bianchini entende que a sentença “constitui o ato no qual é realizada a prestação jurisdicional que, em última análise, para alguns, representa a aplicação da justiça”.<sup>398</sup> A sentença é decisão que pode alcançar o mérito e, como se entendem em Direito Processual Civil com razão põe fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito.

As definições apresentadas para sentença ora demonstram uma tendência formalista, como mera declaração do direito aplicável ao caso concreto, ora demonstram uma

---

<sup>395</sup> MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

<sup>396</sup> Carnelutti, ao precisar o estudo entre processo e lide, estuda o tema ‘ questão’, ou melhor, “todo ponto duvidoso de fato ou de direito, toda incerteza em torno à realidade de um fato ou à sua eficácia jurídica”. Analisada a lide, o autor relembra a noção de questão e esclarece que as razões jurídicas (o remédio para a doença ‘ lide’) se prestam a resolvê-las. Havendo lide, pressupõe-se haver conflito de interesses – pretensão de uma e contração da outra – e qualquer dissenso quanto a estes pressupostos é uma questão. V. COUTINHO. **A lide...**op. cit., pp.36-37 e 53-54.

<sup>397</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. III, p. 25.

<sup>398</sup> BIANCHINI, Alice. Aspectos subjetivos da sentença penal, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, nº 22, p. 41, abril-junho-1998.

tendência realista, como a exposição do que sente o juiz. É a histórica disputa entre objetivistas e subjetivistas, mais própria para o Direito Processual Civil.

A decisão interlocutória se refere ao ato através do qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, não acertando o caso penal e portanto, não colocando fim ao processo.

Toda decisão interlocutória deverá ser adequadamente fundamentada, por força do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição da República, não só porque têm sua própria carga decisiva como também, porque tem relevância suficiente para assim ser tomada. Em se tratando de decisão judicial, o legislador constituinte não previu qualquer exceção, muito menos às interlocutórias.

O Código de Processo Penal, no art. 800, ao determinar os prazos para que os juízes pronunciem seus despachos e decisões, enumera a decisão definitiva, a interlocutória mista, a interlocutória simples e o despacho de expediente. As decisões interlocutórias mistas, também chamadas de decisões com força de definitiva, podem ser terminativas ou não-terminativas. As terminativas põem fim ao processo, mesmo sem decidir o mérito. Já a não-terminativa não põe fim ao processo, mas sim, a uma fase dele mas, mesmo assim, traz consigo uma carga decisória maior que as decisões interlocutórias simples. Estas, não põem fim nem ao processo, nem a uma fase processual. Entretanto, não se confundem com despachos, que sequer carregam qualquer carga decisória de relevância, observado do ponto de vista jurídico naturalmente.

Os despachos, por sua vez, apenas dispõem sobre o andamento do processo, não causando nenhum dano ao direito das partes. Não possuem caráter decisório, não decidindo sobre matéria relevante ao processo, ou seja, não incidem sobre questões.

Fernando da Costa Tourinho Filho assim afirma: “os despachos de expediente são atos singelos, pertinentes à movimentação do processo.”<sup>399</sup>

Humberto Theodoro Júnior entende que: “Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem direitos, causando algum dano (máxime se irreparável), deixarão de ser de mero expediente e ensejarão recurso”. Configurarão, na verdade, não despachos, mas verdadeiras decisões interlocutórias.”<sup>400</sup>

Observa-se que as assertivas podem ser contraditórias. Exemplo disso se tem José Frederico Marques que classifica o recebimento da denúncia ou queixa como "despacho ordinatório ou de expediente, cuja finalidade precípua é a de mandar que se faça a citação do réu".<sup>401</sup> Entretanto, reconhece que "... apesar de seu conteúdo precipuamente ordinatório, o recebimento da denúncia contém, implícito, um juízo de admissibilidade. Esse juízo decorre do exame de três espécies de condições ou pressupostos: a) regularidade formal da denúncia; b) viabilidade da relação processual; c) viabilidade do direito de ação".<sup>402</sup> Assim, como considerar como mero despacho provimento judicial que decide sobre a presença de condições de ação e pressupostos processuais?

Imprescindível, então, proceder-se à análise da natureza jurídica da manifestação judicial de recebimento da denúncia ou queixa, a considerando como decisão interlocutória, em razão dos efeitos jurídicos que dela decorrem, para que se possa verificar a exigência de fundamentação. Aqui, assim, residiria a controvérsia: se é ato judicial de simples

---

<sup>399</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 82.

<sup>400</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I p. 208

<sup>401</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, vol. II, p. 158.

<sup>402</sup> MARQUES. **Elementos...op. cit.**, p. 159.



movimentação do procedimento, sem carga decisória; ou se nela, efetivamente, decide-se uma questão processual. Não há, à evidência, que reter qualquer dúvida.

Eis o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Os atos praticados pelo órgão jurisdicional classificam-se em decisórios, instrutórios e de documentação. No Processo Penal, os atos decisórios ou jurisdicionais apresentam a grande dicotomia: a) decisões e b) despachos de expediente. Decisões, significando ato de decidir, são as soluções dadas pelos órgãos jurisdicionais às questões que surgem no transcorrer de um processo. Sua importância está na dependência do relevo da discussão suscitada. “Basta dizer que o ato por meio do qual o juiz recebe a denúncia é uma decisão”. Também o é aquele que põe fim ao processo, com ou sem julgado do mérito. Há, assim, uma gama de decisões. Já os despachos de expediente são atos singelos, pertinentes à movimentação do processo. (...) Assim, por exemplo, “são interlocutórias simples as decisões atinentes ao recebimento da peça acusatória”, incidente de falsidade documental, exceção de suspeição, ‘decretação da prisão preventiva’, etc.<sup>403</sup>

Rogério Lauria Tucci também se manifesta:

Não se pode falar em fundamentação hábil quando a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa limita-se à afirmação da co-existência de *fumus boni iuris* (fundamento razoável da acusação) e do legítimo interesse de agir do acusador, público ou privado: é absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique-os, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação.<sup>404</sup>

O juiz, nesta fase, deve proceder à análise do suporte probatório mínimo capaz de viabilizar a acusação, verificando se foram observados os requisitos formais previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, a presença das condições da ação (genéricas e específicas), pressupostos processuais, havendo previsão expressa, de forma técnica e concisa, sem que isso venha prejudicar a causa, prejudgando-a, para tão-somente verificando a admissibilidade da inicial penal. Não se pode negar que há aqui um juízo, mesmo porque repleto de questões.

---

<sup>403</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., pp. 78-79.

<sup>404</sup> TUCCI. **Direitos...** op. cit., p. 283.

Breda assim entende: “Como todas as questões prévias (pressupostos processuais, condições da ação, condições de procedibilidade ou de prosseguibilidade) devem ser examinadas como antecedente lógico-jurídico do exame de mérito, torna-se claro que a nulidade pode surgir como sanção ao descumprimento dessas questões (nem sempre) também denominadas de preliminares do exame de mérito.”<sup>405</sup>

No mesmo sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que o juiz, ao proceder ao exame da denúncia ou queixa, deverá verificar a regularidade formal (art. 41, do CPP), bem como a presença das condições da ação (CPP, art. 43), para concluir que a manifestação judicial que recebe a inicial acusatória constitui “decisão interlocutória simples”, sendo que a rejeição desta se caracteriza como “decisão interlocutória mista.”<sup>406</sup>

Frederico Marques acentua que o juiz exerce aqui um controle sobre a viabilidade do pedido acusatório e por este atingir o *status dignitatis* do acusado exige que o juiz não proceda como um autômato, mas que aja com equilíbrio e ponderação, sob pena de trazer prejuízo ao interesse comum e à segurança da vida social.<sup>407</sup>

Assim, não basta que a denúncia ou queixa seja formalmente apta, ou seja, traga a descrição dos fatos e a imputação de uma conduta que seja típica, ilícita e culpável, mas que haja uma relação entre esta e a prova trazida no inquérito policial ou na peça de informação. Assim, dentre as condições da ação penal condenatória se encontra a justa causa, que pressupõe que a acusação se baseia num mínimo de prova.

Importante ressaltar que se não pretende aqui valorar esta prova, mas simplesmente aferir sua existência. As provas colhidas no inquérito se prestam não a formar o

---

<sup>405</sup> BREDÁ, op. cit., pp. 92-93.

<sup>406</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., pp. 470/478.

<sup>407</sup> MARQUES. **Elementos...**v. II, op. cit., p. 164.

convencimento do juiz, mas tão-somente acolher a ação e instaurar o processo. Não se pretende exigir que o magistrado profira aqui uma sentença, com relatório, fundamentação e dispositivo, mas é fundamental que ele verifique a existência de um mínimo de indícios capazes de sustentar a acusação. O que não pode haver é a utilização deste “tal receio” para justificar o descumprimento de um preceito constitucional.

Não se pode ignorar que a manifestação judicial que recebe a denúncia ou queixa possui uma carga decisória, gerando efeitos próprios de qualquer decisão e exigindo, assim, fundamentação. Tal decisão, mesmo não colocando fim ao processo ou a uma fase, não pode ser confundida com mero despacho, porque uma decisão interlocutória. Ademais, pode-se afirmar que esta é a decisão mais importante no processo penal brasileiro depois da sentença.

Uma vez considerada como decisão, incorre-se na obrigatoriedade de fundamentação do recebimento da denúncia ou queixa. A partir do momento que o magistrado expõe os motivos que entendeu plausível a acusação, acaba por possibilitar ao acusado uma defesa mais ampla.

Mas o dia-a-dia forense tem revelado uma prática totalmente incompatível com um processo penal constitucional, no que se refere às poucas linhas utilizadas para se receber a denúncia ou queixa, quando isto não se dá por meio de um simples carimbo, ou até mesmo deixado a cargo de um serventuário da Justiça. Não raro o magistrado se limita a ordenar a citação, designando data para o interrogatório, onde se deduz que acolheu a exordial.

Tal entendimento é corroborado pelos Tribunais Superiores, que consideram tal ato como despacho ordinatório ou de mero expediente, necessário à movimentação do processo, sem carga decisória, o que o isenta de qualquer fundamentação, passível de ser

impugnado via *habeas corpus*. Acrescentam que tal ato não traz qualquer prejuízo ao acusado, uma vez que não há preclusão quanto à questão de natureza processual, a qual poderá ser examinada no momento oportuno. Risco maior se observa quanto à possibilidade de a fundamentação adentrar o mérito da causa.

Outros argumentos são utilizados, entre eles a preocupação em ter processos já transitados em julgado passíveis de serem impugnados tratando-se de nulidade absoluta e principalmente o fato de exigir dos juízes maior gasto de tempo, o que, para eles, comprometeria a prestação jurisdicional.<sup>408</sup>

Antonio Magalhães Gomes Filho explicita que “a jurisprudência predominante nos nossos tribunais assim não tem entendido, insistindo em considerar o recebimento da denúncia ou queixa simples *despacho*, ou mesmo, embora reconhecendo seu ‘conteúdo decisório’, assentar que não se encarta no conceito de ‘decisão’, como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação”.<sup>409</sup>

No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes reforça:

Apesar da clareza do texto constitucional no sentido de ser necessária a motivação de todas as decisões judiciais, continuaram a não ser fundamentadas as decisões de recebimento da denúncia, mantendo-se a praxe existente antes de 1988. Fundam-se os tribunais, inclusive Supremo Tribunal Federal, entre outros, nos seguintes argumentos: primeiro: não há decisão, mas simples despacho; segundo, ainda que se veja aí uma decisão, tem carga decisória diversa das que têm as sentenças condenatórias ou absolutórias; e, por fim, a exigência constitucional não atinge todas as decisões.

Não satisfazem essas razões. Não se trata de mero despacho de expediente, pois o juiz, no momento em que recebe a denúncia, verifica a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação. Há carga decisória, tanto assim que, a partir daí, instaura-se o processo e o indiciado passa a ser acusado.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> COSTA, Cláudio e MALAN, Diogo. **A inconstitucionalidade da ausência de fundamentação na decisão de recebimento da denúncia** in Discursos sediosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 225.

<sup>409</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 209.

<sup>410</sup> FERNANDES, op. cit., p. 131.

Gilson Bonato, corroborando tal entendimento, comenta:

Não obstante a Constituição Federal exija fundamentação das decisões (e o recebimento da denúncia é uma decisão interlocutória), o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o recebimento da denúncia trata-se de despacho, não necessitando de fundamentação. (...) Referida atitude demonstra claramente o descaso para com a pessoa do acusado, que sequer tem o direito de saber os motivos do processamento do seu caso. Saliente-se que em nosso país a verdadeira pena, muitas vezes, é responder ao processo, e não a sanção aplicada ao final, posto que inúmeros casos ficam anos e anos sendo processados para, ao final, receberem uma sentença extinguindo a punibilidade pela incidência do instituto da prescrição.<sup>411</sup>

Contudo, fica impossível compactuar com este entendimento, que entende inócuo o recebimento da denúncia ou queixa. Ademais, um exame efetivo das condições de admissibilidade da ação penal acabaria por diminuir sensivelmente o número de ações propostas que hoje sobrecarregam o Judiciário e pior, sem propósito e utilidade.

Uma avaliação mais atenta do magistrado por ocasião do recebimento da denúncia ou queixa acabaria por evitar os transtornos que uma acusação temerária ou infundada pode trazer ao cidadão inocente, o simples fato de ser acusado em um processo penal já alcança o *status dignitatis* do indivíduo, quanto mais o que daí irá decorrer. Mas é preciso, para tanto estudar os autos e analisar adequadamente as questões prévias.

Neste sentido é o entendimento de Aury Lopes Júnior: "A pessoa submetida ao processo penal perde sua identidade, sua posição de respeitabilidade social, passando a ser considerada desde logo como delinqüente, ainda antes mesmo da sentença e com o simples indiciamento. Em síntese, recebe uma nova identidade, degradada, que altera radicalmente sua situação social."<sup>412</sup>

---

<sup>411</sup> BONATO. **Por um efetivo...** op. cit., p. 123.

<sup>412</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 51.

Em meio a verdadeiros absurdos, eis que surgem decisões aptas a corroborar o entendimento daqueles que entendem que o processo penal somente pode ser lido à luz da Constituição da República.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS – Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia e falta de justa causa. Desacolhimento. Recebimento da denúncia por decisão imotivada. Decisão interlocutória simples que não se confunde com despacho de expediente. Inteligência dos arts. 93, IX, e 5º, LV, da CF. A denúncia não há de ser tida por inepta se descreve, ainda que de forma sucinta, os fatos que em tese configuram crime, e atribui aos únicos sócios da empresa os indícios de autoria. Havendo um mínimo de suporte probatório, colhido no IP e referido na denúncia, tem-se por presente a justa causa para a instauração da ação penal. O recebimento da denúncia se dá por meio de decisão de natureza interlocutória simples, embora a praxe nomeie o ato como se despacho fosse. O CPP só se refere a despachos enquanto atos meramente ordinatórios, ou de expediente (art. 800, III, CPP). Em processo penal, a doutrina entende ser necessária a motivação das decisões interlocutórias simples ou mistas, que não se confundem com despachos de expediente ou meramente ordinatórios. A decisão que recebe a denúncia tem a mesma natureza interlocutória simples da decisão que decreta a prisão preventiva, da que decide sobre exceção de suspeição, sobre fiança, ou incidente de falsidade documental, dentre outras. Portanto, a decisão de recebimento da denúncia deve ser fundamentada, para ensejar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício da ampla defesa, para o que se faz mister o conhecimento das razões de decidir. Inteligência dos arts. 93, IX, e 5º, LV, da CF. Ordem concedida em parte, para anular a decisão de recebimento da denúncia, para que outra seja proferida, fundamentadamente. (TRF3ª R. - HC 96.03.018348-2-SP - 2ª T - Relª Juíza Sylvania Steiner - DJU 12.06.1996).<sup>413</sup>

Outra decisão merece destaque:

CONSTITUCIONAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – *Habeas corpus* – Inépcia da denúncia e falta de justa causa – Acolhimento – Trancamento da ação penal – recebimento de denúncia por decisão imotivada – Nulidade absoluta – Inteligência dos arts. 93, IX, e 5º, LV, da Constituição Federal.

Ementa:

I – Demonstrada, de plano, a inexistência de qualquer ato concreto praticado pelo paciente que se subsuma à descrição da conduta típica prevista para o crime que lhe é imputado, é de se reconhecer a falta de justa causa para prosseguimento da ação penal com relação a ele, determinando-se seu conseqüente trancamento.

II – Verificando-se, igualmente, a inoportunidade de fatos reais, típicos das condutas atribuídas a dois outros réus, impõe-se estender-lhes, de ofício, a ordem de trancamento da ação penal proposta, nos termos do art. 654, § 2º, c/c o art. 580, ambos do CPP.

---

<sup>413</sup> DATADEZ – BANCO DE DADOS JURÍDICO – vol. 22 – 2005 – **Jurisprudência esparsa** – TRF3.

III – Inadmissível é considerar-se o recebimento da denúncia, com todas as repercussões e danos que causa à pessoa do réu, como um despacho meramente ordinatório, sem qualquer carga decisória. Sua natureza é típica de decisão interlocutória e, como tal, imperiosa se faz sua fundamentação, ex vi do disposto no art. 93, IX, c/c o art. 5º, LV, ambos da Constituição Federal. Assim, concede-se, também de ofício, habeas corpus em favor da acusada não beneficiada pelo trancamento da ação penal em questão, para anular decisão de recebimento da denúncia e demais atos subsequentes, a fim de que outra seja proferida, fundamentadamente.

IV – Ordem concedida. (HC 97.04319-2 – 2ª T. – 1ª Câm. – TJCE – j. 09.12.1997 – rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha).<sup>414</sup>

Sua natureza é, inquestionavelmente, de verdadeira decisão interlocutória, trazendo grande carga decisória e com significativa repercussão na vida do réu, sendo imprescindível a necessidade de fundamentação, conforme garantido constitucionalmente pelo artigo 93, IX.

Mas a prática do recebimento de denúncia ou queixa sem a devida fundamentação, de tão rotineira tornou-se regra, e o juiz passou a aplicá-la automaticamente, sem qualquer reflexão a respeito, sem sequer considerar que, decorridos quase dezoito anos da promulgação da Constituição da República, o Código de Processo Penal ainda não alcançou uma leitura em conformidade com aquela, fazendo-se justamente o contrário. Falta por evidente controle: os garantes do cidadão contra o abuso daqueles que deveriam ser garantes.

Sendo o ato que recebe a denúncia uma decisão interlocutória, ainda que simples, é indispensável a fundamentação, sob pena de nulidade. Tal fundamentação é de suma importância no que se refere à garantia de uma defesa plena. Se isto já não fosse suficiente, cabe ainda ressaltar as conseqüências que advêm do recebimento da denúncia ou queixa, quando o acusado é chamado a compor o processo. Neste momento, o juiz decide sobre a

---

<sup>414</sup> AMARAL FILHO, Adilson Paulo Prudente do. O recebimento da denúncia e a necessidade de sua fundamentação, *in*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 25, janeiro-março de 1999, p. 305.

vida do acusado e o tratamento que o direito lhe dará, por exemplo, se a denúncia versar sobre crime hediondo.

Mas o Direito Processual Penal brasileiro é pleno de contradições e nesta questão em particular importante fazer menção às ações penais de competência originária dos tribunais (art. 6º, da Lei 8.038/90), que incorre numa nítida ofensa ao princípio da igualdade, ao dispor aos acusados que gozam de prerrogativa de função o direito a ter o ato que recebe a inicial acusatória fundamentado. Outras disposições merecem destaque, tais como o art. 43, § 3º, da Lei 5.250, de 1967 ou o art. 81, *caput*, da Lei 9.099/95.

A Constituição da República, em seu artigo 93, IX, impõe ao magistrado, ao proferir sua decisão, a obrigação de declinar os motivos que foram considerados para tal. Isto porque o exercício da jurisdição está atrelado ao respeito ao Estado democrático de direito e às garantias constitucionais.

Por infelicidade muitas acusações temerárias e vazias são propostas em nome de uma resposta à sociedade no combate ao crime. É crime, denuncie-se. Há denúncia, receba-a! Para somente ao final, após anos de um processo estigmatizante, verificar-se que o processo não deveria sequer ter sido iniciado, por falta de alguma questão prévia.

Entretanto, mais que a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais acarretar conseqüências endoprocessuais, importa sua função extraprocessual, de cunho político, que exige dos “operadores do direito” uma tomada de posição, para sair do comodismo que os envolve e enfrentar a nova realidade.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assim se manifesta a respeito: “Tem sido uma missão assaz espinhosa dar vida concreta à Constituição da República de 1988, embora já lhe comece a pesar os anos, ou melhor, já nos comece a bater a vergonha pela sua falta de



efetivação e quiçá pela certeza – não muito difícil de antever, embora pessimista – de um nunca-vir-a-ser.”<sup>415</sup>

O futuro democrático do país depende, dentre outras coisas, do cumprimento integral da Constituição da República, mormente naquelas hipóteses sobre as quais não se tem dúvida, como no caso de tratar a decisão referente ao juízo de admissibilidade da acusação, de vera e própria decisão e, portanto, daquelas que devem ser fundamentadas.

---

<sup>415</sup> COUTINHO. *Crime...* op. cit., p. 195.

## CONCLUSÕES

1. O papel do Estado, ao assumir o monopólio da prestação jurisdicional, não fica restrito a declarar direitos ou garantir o acesso do cidadão à justiça, devendo sim, priorizar a garantia a tais direitos, de forma a os tornar efetivos e acessíveis a todos. A atuação da tutela jurisdicional, efetivada através do processo, presta-se a assegurar ao acusado os direitos previstos na Constituição da República. A mera legalidade dos procedimentos penais adotados não mais é suficiente.

2. Assim, não se pode negar a estreita relação entre a Constituição e o processo, uma vez que desempenham o mesmo papel, seja limitando a atuação do Estado, seja garantindo os direitos fundamentais. A partir do momento em que a Constituição adotou o sistema acusatório, e por estar em vigência um Código de Processo Penal de índole inquisitória, a resistência em adequar o processo penal aos ditames constitucionais resulta numa série de incoerências, demonstrando-se a distância entre o que deveria ser e o que existe de fato e a equivocada finalidade do processo penal que muitos insistem em proclamar.

3. O elo de ligação entre Constituição e processo se dá pelos princípios, que positivados ou não, servem como diretriz hermenêutica, assim como um limite à atuação legislativa. Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, a efetividade do processo está estritamente ligada à sua interpretação conforme a Constituição. O processo penal somente pode ser visto à luz da Constituição e dos princípios constitucionais a ele

aplicáveis, pois se a Constituição dispõe sobre princípios e regras a serem observados no processo, este se traduz numa garantia de respeito à ordem constitucionalmente imposta.

4. Não obstante ter o processo a finalidade de ser o meio pelo qual o Estado concretiza a atividade jurisdicional, desde que pautado no respeito às garantias individuais, constitui ele, essencialmente, garantia dos cidadãos. É fato que o processo se desenvolve em conformidade com determinados princípios e não aleatoriamente à vontade do julgador. Os princípios constitucionais do processo se traduzem em proteção contra o arbítrio da autoridade judicante. Assim, o processo não se limita a perseguir os acusados da prática de conduta delitiva para lhes impor uma pena, mas tem a função de garantir a liberdade do acusado diante do Estado e isto somente será alcançado se observados os princípios constitucionais. Não basta, então, a existência do processo, se esta vier apartada de sua regularidade. O mais importante é o devido processo legal que encabeça o conjunto dos princípios constitucionais.

5. O processo penal, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, traduz-se num instrumento necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado.

6. O princípio do devido processo legal sempre esteve atrelado à defesa dos ideais de liberdade, e mesmo em diferentes épocas sempre se manifestou como uma garantia das liberdades públicas do indivíduo em face do poder público e dos demais. Ocorreu como que um ajuste às necessidades advindas com o tempo, ganhando maior abrangência, e as interpretações, se errôneas ou não, tornaram-se de grande valia, servindo de base para leis e garantia de direitos moldados pela história.

7. O devido processo, em sua origem, foi vislumbrado como uma garantia meramente processual, capaz de assegurar a regularidade do processo, a ser observado nas várias

instâncias judiciais. Nos Estados Unidos, o devido processo legal ganhou aplicação diversa, visando analisar a produção legislativa, quanto a ser esta opressiva ou não-razoável, ou seja, arbitrária. Entretanto, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, verifica-se a preocupação em aplicar tal princípio, sem que isto implique necessidade de conceituá-lo. Talvez o propósito fosse justamente o de não o restringir, permitindo sua interpretação conforme o caso concreto, tornando-o imune às mudanças históricas.

8. No ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal, capaz de assegurar um julgamento justo, aparece expressamente pela primeira vez na Constituição da República de 1988, não obstante as garantias dele decorrentes já terem feito parte de constituições anteriores. O significado deste princípio abrange tanto o aspecto processual como o material, embora sua aplicação neste último seja, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda tímida. Todavia, apesar de expressamente previsto, ainda não alcançou a efetividade esperada.

9. Também no Direito brasileiro existe a dificuldade em conceituar o que seja devido processo legal, o que é compreensível em razão de ele trazer consigo valores como justiça e igualdade. Mas este princípio, de difícil definição, impreciso e dinâmico por acompanhar os valores culturais, apresenta-se sob dois aspectos: o processual, representando o processo devido, capaz de garantir a inviolabilidade da defesa em juízo, a igualdade entre as partes e o material, visto como o direito a que a lei seja razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

10. Dentre as garantias constitucionais relativas ao processo, o devido processo legal se mostra como de maior importância, em razão de todas as outras que dele decorrem. A Constituição de 1988 impõe que o Direito Processual Penal se pautar por princípios que

efetivamente garantam e assegurem os direitos fundamentais do homem. Ao adotar, explicitamente, o modelo acusatório de processo, impôs que os dispositivos processuais penais ganhem uma nova leitura. Mas, na prática, muitos dos elementos essenciais de um sistema acusatório não são observados.

11. Podem ser extraídas da Constituição da República algumas garantias básicas específicas protegidas pelo devido processo legal e aplicáveis ao processo penal, sem prejuízo de outras decorrentes dos princípios adotados ou mesmo concedidas pela legislação ordinária. O devido processo penal se especifica em garantias como: o acesso à Justiça; o juiz natural; o tratamento paritário dos sujeitos processuais; a plenitude de defesa; a publicidade dos atos processuais penais e a motivação dos atos decisórios. O processo deve ser conduzido de modo que todas as garantias sejam respeitadas, visto que todos os sujeitos processuais se submetem aos limites impostos pela Constituição.

12. Ter acesso à justiça implica permitir ao acusado um processo desenvolvido de forma regular, que possibilita ao acusado todos os meios de exercitar as garantias constitucionais fundamentais, tornando assim efetiva a sua defesa.

13. A garantia do juiz natural representa a vedação de tribunais extraordinários e juízos *ad hoc*, pressupondo, inclusive, o juiz competente. Procura-se assegurar a imparcialidade do juiz, vista não como atributo deste, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. É garantia da própria jurisdição, mas antes do jurisdicionado. O papel a ser desempenhado pelo juiz não se limita à mera aplicação da lei, apresentando-se como garantidor dos direitos fundamentais.

14. O tratamento paritário dos sujeitos processuais pretende que seja assegurado o equilíbrio entre as partes. No que se refere à ampla defesa e ao contraditório, princípios

intimamente ligados, espera-se que sejam efetivos, sem restrições, evitando-se qualquer disparidade de tratamento, capaz de acarretar prejuízo à prestação jurisdicional.

15. O princípio da publicidade dos atos processuais, imposição de um Estado democrático de direito, exige a participação efetiva dos cidadãos na atividade desenvolvida pelos poderes estatais. Tal princípio assegura a todos, e não somente aos interessados, que tenham conhecimento acerca da questão tratada no processo, bem como à decisão prolatada.

16. A motivação dos atos decisórios, prevista no art. 93, IX, da Constituição da República, imposição do devido processo legal, exige que o julgador exteriorize as razões de sua decisão, e explicita qual a interpretação foi dada à lei e aos fatos do caso *sub judice*. A fundamentação se impõe não somente aos atos decisórios, como também às decisões interlocutórias. A motivação das decisões judiciais se apresenta como uma relevante garantia de proteção do cidadão contra práticas arbitrárias e evidencia se a cognição judicial foi efetiva.

17. Ao assumir o monopólio da Justiça, o Estado conferiu ao cidadão instrumentos hábeis a fazer valer seus direitos, entre eles, o direito de ação, cujo fundamento jurídico constitucional se abriga no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Através da ação se exercita a atividade jurisdicional, ou seja, é um instrumento para se mover a jurisdição. Entretanto, a conceituação para o direito de ação, tomada do Direito Processual Civil, não se ajusta ao Direito Processual Penal, seja quanto às condições para o exercício do direito de ação, seja quanto à real função do processo, não limitada à mera prestação jurisdicional, pois se assim o fosse, como detentor do monopólio da justiça, o Estado não

necessitaria do processo para impor a sanção, a partir da prática de um ilícito penal. Se no processo penal não existe lide, não há pretensão, logo, não pode haver resistência a esta.

18. O poder-dever de punir, enquanto monopólio estatal, efetiva-se através do processo, observado o devido processo legal. A classificação da ação penal no direito brasileiro, levando-se em conta a legitimidade para sua propositura, compreende a ação penal pública (incondicionada ou condicionada), a ação penal de iniciativa privada (propriamente dita), a ação penal de iniciativa privada personalíssima e a ação penal privada subsidiária da pública.

19. As condições da ação para a maioria da doutrina, são condições para viabilizar o exercício regular do direito de ação. A doutrina acabou por se utilizar daquelas previstas para o Direito Processual Civil, depois de feitas algumas observações, o que parece não ter sido apropriado, pelas diferenças entre eles. O que se não pode contudo negar é que tais condições pretendem resguardar o Poder Judiciário das demandas inúteis, evitando-se o arbítrio nas proposituras de ações.

20. As condições para o exercício da ação penal são extraídas da própria lei, a partir do disposto no art. 43 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses em que o juiz deve rejeitar a denúncia ou a queixa, bem como no art. 18 do mesmo diploma legal, as quais são: a) tipicidade aparente; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa.

21. A denúncia ou queixa é o ato processual que inaugura o processo, invocando-se do Poder Judiciário a prestação da tutela jurisdicional. Reveste-se de certas formalidades, dispostas no art. 41 do Código de Processo Penal, enquanto o art. 43 se apresenta como um

meio de controle à atividade de denunciar ou oferecer queixa-crime, estabelecendo que os casos em que ela pode ser rejeitada.

22. A imputação, ou seja, a atribuição de um fato delituoso ao acusado, identifica a ação penal. É ela que delimita a prestação jurisdicional, além de estar intimamente relacionada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, orientando como o acusado procederá quanto à sua defesa. Desta forma, o oferecimento da denúncia ou queixa marca o momento da delimitação do conteúdo do processo, que não poderá se apresentar como incerto e indefinido, uma vez que, a partir dele, desenvolver-se-ão todas as atividades pertinentes ao processo, culminando com a sentença.

23. A obrigação de motivar as decisões aparece expressamente somente na Constituição de 1988, no art. 93, IX, de onde se pode observar que esta se refere a todo pronunciamento com carga decisória. Através da fundamentação das decisões se torna possível verificar o grau de racionalidade que estas trazem.

24. A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é uma das garantias capazes de assegurar, por meio do processo, uma efetiva proteção dos direitos fundamentais do cidadão, referindo-se não só a uma questão processual, mas principalmente ao exercício do poder estatal. Afinal, um Estado democrático de direito, caracterizado pela limitação do poder estatal, necessita explicitar as razões de sua atuação como forma de se justificar.

25. A função extraprocessual da motivação das decisões, ou seja, sua função política, está intimamente ligada à questão constitucional, por ser esta asseguradora de direitos. A necessidade de fundamentação, vista como mera garantia das partes, com o novo enfoque dado ao processo, com ênfase à sua função política, estende-se ao interesse social, diante da



necessidade de se aferir a imparcialidade do juiz, a legalidade e a justiça das decisões. A fundamentação não se limita a prestar contas às partes, mas sim à sociedade como um todo.

26. As leis não são suficientes para prever toda situação possível, fazendo com que a tarefa de aplicar o direito se tornou mais complexa, exigindo que o juiz interprete o direito a ser aplicado e verifique sua adequação aos preceitos constitucionais. Desta forma, o dever de fundamentar as decisões judiciais não somente se presta a limitar o exercício do poder estatal, mas também a verificar a racionalidade e a correção da decisão, apurando se foram observadas as garantias processuais penais.

27. Pela motivação se pode aferir se foram observadas as garantias do devido processo, tais como contraditório, ampla defesa, publicidade processual, bem como evidencia que o processo foi conduzido até o acerto do caso penal por um julgador independente e imparcial, que analisou todas as questões, o que a torna intimamente ligada à garantia constitucional do devido processo legal.

28. A prolação de uma decisão ocorre quando o juiz, com base nos elementos jurídicos – de fato e de direito, bem como a partir de elementos não-jurídicos, e aí se incluem os aspectos ideológicos, morais, políticos e psicológicos, escolhe a solução para o caso, e esta se legitima pela exposição dos motivos, pela fundamentação.

29. O dever de fundamentar as decisões exige que sejam observados certos requisitos essenciais, o que muitas vezes é negligenciado pelos magistrados. E o juiz, além de presidir o processo, é também o garantidor da correta aplicação da lei e a ele compete a tarefa fundamental de assegurar a tutela efetiva dos direitos.

30. O momento exige que o juiz assuma uma postura ideológica. Não se pretende um juiz perfeito, mas sim um juiz comprometido com o papel que deve desempenhar e

consciente da repercussão social que suas decisões alcançarão, visto que decide em favor de uma sociedade, da qual ele também é parte.

31. Conforme preceitua a Constituição de 1988, todos os atos judiciais com força decisória no processo devem ser devidamente fundamentados. Por decisões, compreende-se os atos jurisdicionais mais relevantes, capazes de julgar ou não o mérito, ou seja, decisões interlocutórias e decisões definitivas. Desta forma, toda decisão interlocutória deverá ser adequadamente fundamentada, por força do disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição da República, por tratar de questões relevantes para a solução do processo, aqui, o caso penal.

32. Não se pode ignorar que a manifestação judicial que recebe a denúncia ou queixa possui uma carga decisória, gerando efeitos próprios de qualquer decisão, exigindo assim, fundamentação. A começar pelos gravames impingidos ao acusado, a partir do momento que se admite a ação penal. Tal decisão, mesmo não pondo fim ao processo ou a uma fase, não pode ser confundida com mero despacho, mas se caracteriza como uma decisão interlocutória. Uma vez considerada como decisão, incorre-se na obrigatoriedade de fundamentação do recebimento da denúncia ou queixa. A partir do momento que o magistrado expõe os motivos por que entendeu plausível a acusação, acaba por possibilitar ao acusado uma defesa mais ampla.

33. Entretanto, o que causa mais maior indignação é o fato de que o dia-a-dia forense tem revelado uma prática totalmente incompatível com um processo penal constitucional, no que se refere às poucas linhas utilizadas para se receber a denúncia ou queixa, quando isto não se dá por meio de um simples carimbo, ou até mesmo deixado a cargo de um serventuário da justiça. Não se pode negar que se fosse promovida uma avaliação mais minuciosa por parte do juiz, no momento do recebimento da denúncia ou queixa, evitar-se-

ia muitos transtornos. Não se pode fechar os olhos ao projeto constitucional, nem tampouco se acomodar, simplesmente reproduzindo saberes, mas é momento de construir uma nova história.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro.** 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos S. A., v. 1, 1959.

AMARAL FILHO, Adilson Paulo Prudente do. O recebimento da denúncia e a necessidade de sua fundamentação in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, nº 25, janeiro-março, 1999.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

BARROS, Antonio Milton de. **Processo penal segundo o sistema acusatório: os limites da atividade instrutória judicial.** Leme: Editora de Direito, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIANCHINI, Alice. Aspectos subjetivos da sentença penal in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 6, n. 22, abril-junho, 1998.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal.** (trad. De Fernando Zani). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BLACK, Henry Campbell. **Handbook of American Constitutional Law.** 3.ed. St. Paul: West Publishing Company, 1910.

BONATO, Gilson. Por um efetivo “devido processo penal” in BONATO, Gilson (org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Senado Federal, 1989.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil in **Notícia do Direito Brasileiro**. Nova Série, nº 9, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**: denúncia, queixa e aditamento. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade do processo in **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, nº 31, jan/jul 1981.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** (trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. (trad. Hiltomar Martins Oliveira). Belo Horizonte: Líder, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência – um desabafo crítico in BONATO, Gilson (org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: Princípios constitucionais do processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASARA, Rubens R. R. **Interpretação retrospectiva**: sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, v. 1, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COKE, Henry Campbell. **Handbook of American Constitutional Law**. 3. ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1910.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América do Norte**. (trad. de Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Russell, 2002.

CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu significado atual** (trad. Lêda Boechat Rodrigues). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

COSTA, Cláudio e MALAN, Diogo. A inconstitucionalidade da ausência de fundamentação na decisão de recebimento da denúncia in **Discursos sediosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro in **Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**, ITEC, Porto Alegre, 2000.

\_\_\_\_\_. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

\_\_\_\_\_. Glosas a verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. **Revista de Estudos Criminais**, ano 4, 2004, nº 14.

\_\_\_\_\_. Crime continuado e unidade processual, in SHECARIA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva** (criminalista do século). São Paulo: Método, 2001.

\_\_\_\_\_. Ampla defesa e direito à contraprova, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 55 – julho-agosto de 2005.

\_\_\_\_\_. **Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei**. (texto apresentado no Encontro Cumbuco, do Grupo Cainã, realizado nos dias 24, 25 e 26 de fevereiro de 2005, em Fortaleza).

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1993.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Primeiro volume. Coimbra: Coimbra., 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. O estado constitucional de direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade, in: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 17 °, nº 67, p.47-48, julho-setembro 1996.

GAMA, Lidia Elizabeth Peñalosa Jaramillo. **O devido processo legal**. Leme: LED, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito** (trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros). Lisboa: Gulbenkian, 1988.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. Arquivamento de inquérito policial, rejeição da denúncia e extinção do processo em razão da falta de interesse de agir levando-se em consideração a pena em

perspectiva, in **Revista Jurídica do Ministério Público – JUS – Minas Gerais XXIV –** vol. 17, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. **Novas tendências do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HAMILTON, Alexander. **The papers of Alexander Hamilton**. New York: Columbia University Press, 1962.

HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal (Art. 32 de La Constitución Política), in **Revista de Processo**, ano XII, julho-setembro de 1987, nº 47.

IACOVELLO, Francesco Mauro. El control de la casación sobre la motivación in **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, Fascículo A, 2002.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIEBMAN, Enrico Túllio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. Araras: Bestbook, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2004.



MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, v. I, 1980.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, v. I, II e III, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Pareceres**. Sentença penal condenatória. São Paulo: AASP, 1993.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido processo legal e indevido processo penal**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, “Direitos Fundamentais”, 2. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 1198.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, in **Temas de direito processual**, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman – v. 39).

PAMPLONA, Danielle Anne Pamplona. **Devido processo legal**: aspecto material. Curitiba: Juruá, 2004.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal - O direito de defesa**: repercussão, amplitude e limites. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PISANI, Mario. Notas para a história da motivação no processo penal, in **Revista de Direito Penal**, n. 1, jan-mar., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PONTES DE MIRANDA. **História e prática do habeas corpus**. 7 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. O garantismo penal e o aditamento à denúncia, in **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 13, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como *Bricolage* de significantes**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, 2004.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**: due process of law. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: Aspectos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 185.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. in **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**, ano VII, enero/diciembre, 2002, n. 11. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

\_\_\_\_\_. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, n. 2, julho-dezembro/2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo: Direito processual civil ao vivo**. Rio de Janeiro: Aide, v. 5, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, v. 1., 2001.

\_\_\_\_\_. Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. Defesa do acusado e julgamento prévio em nosso novo processo penal in **Ciência Penal** – ano III – nº 1 – 1976.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium, 2004.