

**SYLVIO ROBERTO DEGASPERI KUHLMANN**

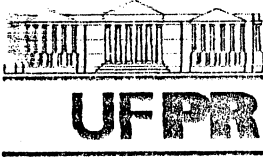
**OS ATOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
NO DEVIDO PROCESSO PENAL**

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.**

**Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

**CURITIBA**

**2003**



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
Setor de Ciências Jurídicas  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado  
Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - CEP 80.020-300 Curitiba - Paraná - Brasil  
Fone/Fax: (41) 310-2685 - site: www.direito.ufpr.br - e-mail: posjur@ufpr.br

## PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann**, sob o título "**Os Atos do Ministério Público no Devido Processo Penal**", após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho - 9,00 (nove inteiros)

Prof. Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - 9,00 (nove inteiros)

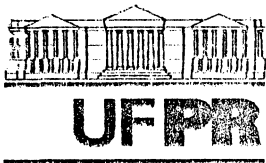
Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr - 9,00 (nove inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de vinte e três créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.

Curitiba, 20 de agosto de 2003.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
Setor de Ciências Jurídicas  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado  
Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - CEP 80.020-300 Curitiba - Paraná - Brasil  
Fone/Fax: (41) 310-2685 - site: www.direito.ufpr.br - e-mail: posjur@ufpr.br

Ata da reunião da Comissão Julgadora da  
Dissertação apresentada pelo Mestrando  
Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann,  
realizada no dia vinte de agosto de dois mil e  
três, às quinze horas.

Aos vinte dias do mês de agosto do ano de  
dois mil e três, às quinze horas, nas dependências do Programa de Pós-  
graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR - 3.º andar,  
em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Dissertação  
apresentada pelo Mestrando Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann, sob o  
título **“Os Atos do Ministério Público no Devido Processo Penal”**.  
Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Jacinto Nelson de  
Miranda Coutinho (Orientador-Presidente/UFPR), Geraldo Luiz  
Mascarenhas Prado (UCAM-RJ) e Fauzi Hassan Choukr (Unoeste)  
respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa.  
Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com  
a exposição sumária pelo Mestrando, no prazo máximo de sessenta minutos,  
sobre o conteúdo de sua Dissertação, em seguida cada examinador argüirá o  
candidato, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a argüição ser  
respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na  
argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o candidato foi argüido  
sucessivamente pelos Professores Doutores Jacinto Nelson de Miranda  
Coutinho, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado e Fauzi Hassan Choukr. Em  
seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos,  
passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da  
Dissertação, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez  
(equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente,  
anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a  
Dissertação, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes  
notas: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, 9,00 (nove inteiros), Geraldo  
Luiz Mascarenhas Prado, 9,00 (nove inteiros), Fauzi Hassan Choukr, 9,00  
(nove inteiros), resultando a média 9,00 (nove inteiros), equivalente ao  
conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a  
sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de  
todos. Do que para constar, eu, Marcelo Alves Blitzkow, Assistente em  
Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores  
Membros da Comissão Julgadora.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pelos ensinamentos de Direito Processual Penal desde a graduação e, especialmente, pelo estímulo e orientação ao presente trabalho.

À Flávia, pelo apoio e compreensão.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	1
2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	3
2.1 PRINCÍPIO DE LIMITAÇÃO OU CONTROLE DO PODER .....	3
2.1.1 Em resgate do mito .....	3
2.1.2 Sob o paradigma do direito natural .....	5
2.2 ANTIGÜIDADE .....	6
2.2.1 Desconcentração do poder real .....	6
2.2.2 Política de Aristóteles .....	8
2.2.3 Raízes do processo penal contemporâneo .....	11
2.2.4 Direito natural clássico .....	13
2.2.4.1 Origens .....	13
2.2.4.2 Estoicismo e a contribuição de Cícero .....	15
2.2.5 Cristianismo .....	17
2.3 IDADE MÉDIA .....	18
2.3.1 Cristianismo e poder .....	18
2.3.2 Bases do pensamento .....	20
2.3.2.1 Santo Agostinho .....	20
2.3.2.2 São Tomás de Aquino .....	21
2.3.3 Ressurgimento da idéia do direito .....	22
2.3.4 Atos de limitação do poder .....	23
2.3.5 A caminho da Idade Moderna .....	25
2.4 IDADE MODERNA .....	27
2.4.1 Direito natural moderno .....	27
2.4.2 A doutrina de John Locke .....	29
2.4.3 As declarações de direitos .....	32
2.5 A HISTÓRIA ROMPIDA .....	34

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	37
3.1 CONCEITO .....	37
3.1.1 Enfoque funcional .....	37
3.1.2 Conteúdo e alcance.....	40
3.1.2.1 Dimensão processual .....	40
3.1.2.2 Dimensão substantiva .....	42
3.2 NO DIREITO BRASILEIRO .....	44
3.2.1 Dimensão processual .....	44
3.2.2 Dimensão substantiva .....	46
3.2.2.1 Fundamento constitucional .....	46
3.2.2.2 Fundamento ético-positivo.....	48
3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	51
3.3.1 Origens.....	51
3.3.2 Elementos.....	52
3.3.3 Fundamentação normativa .....	54
3.3.3.1 Quadro geral .....	54
3.3.3.2 No Brasil .....	55
3.4 DEVIDO PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	59
3.4.1 Direito a um julgamento justo e garantismo .....	59
3.4.2 Conteúdo .....	62
4 MINISTÉRIO PÚBLICO.....	63
4.1 CONCEITO E NATUREZA CRATOLÓGICOS.....	63
4.1.1 Visão tradicional e interdisciplinaridade .....	63
4.1.2 Poder e Ministério Público .....	64
4.1.2.1 Conceito .....	64
4.1.2.2 Etiologia .....	66
4.1.2.3 Classificação.....	68
4.1.2.4 Justificação .....	68
4.1.2.5 Exercício .....	69
4.2 ORGANIZAÇÃO.....	71
4.2.1 Aspectos gerais.....	71
4.2.2 Nos Estados.....	72

4.2.2.1 Procuradoria Geral.....	72
4.2.2.2 Colégio de Procuradores .....	74
4.2.2.3 Conselho Superior .....	74
4.2.2.4 Corregedoria Geral .....	75
4.2.3 Na União .....	76
4.2.3.1 Procurador-Geral da República.....	76
4.2.3.2 Colégio de Procuradores .....	77
4.2.3.3 Conselho Superior .....	78
4.2.3.4 Câmaras de Coordenação e Revisão.....	79
4.2.3.5 Corregedor-Geral.....	79
<b>4.3 ELEMENTOS INSTITUCIONAIS CONCRETIZADORES DO DEVIDO</b>	
<b>PROCESSO LEGAL .....</b>	<b>80</b>
4.3.1 Aspectos gerais.....	80
4.3.2 Princípio da independência.....	81
4.3.2.1 Da instituição.....	81
4.3.2.2 Dos órgãos de execução.....	83
4.3.3 Princípio do Promotor Natural.....	85
<b>4.4 DEVIDA ATUAÇÃO CRIMINAL .....</b>	<b>91</b>
4.4.1 Aspectos gerais.....	91
4.4.2 Na investigação .....	92
4.4.2.1 Suspeito: sujeito de direitos .....	92
4.4.2.2 Poder investigatório .....	94
4.4.2.3 Limites e promoção do devido processo.....	96
4.4.2.3.1 Investigação pelo Ministério Público .....	96
4.4.2.3.2 Investigação pela polícia sob controle externo do Ministério Público .....	97
4.4.3 Na titularidade da ação penal pública.....	99
4.4.3.1 Arquivamento dos autos .....	99
4.4.3.2 Denúncia .....	100
4.4.4 No processo – instrução e alegações finais.....	101
<b>5 CONCLUSÕES .....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>107</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho partiu de uma convicção muito simples: o Ministério Público somente se preservará como instituição de caráter essencial no Estado brasileiro caso assuma o compromisso de cumprir e defender a Constituição.

O Ministério Público da Constituição da República de 1988, ainda adolescente (como o Estado Democrático de Direito brasileiro), encontra-se em busca de uma identidade capaz de lhe apontar um caminho seguro para se afirmar junto à sociedade. A procura, às vezes excessiva, de espaço junto à opinião pública revela o desafio da legitimidade.

É falsa a noção de que o reconhecimento, pelo povo, da essencialidade do Ministério Público pode ser alcançado extrapolando ou negando seu papel constitucional, pois a importância da instituição está diretamente relacionada com a grandeza de suas atribuições, que, aliás, não são poucas.

Engana-se também quem supuser que *as pessoas do povo* não se importam com os seus direitos fundamentais e não percebem a violação deles. Apenas por falta de empatia é possível continuar pensando que a “periferia” não se ressentida de uma Constituição que *não vale* para todos, a começar pela constante ameaça de pontapé na porta, ao irromper da madrugada, o que “do lado de cá da cidade” depende de ordem do juiz, sendo executável apenas durante o dia e de acordo com todas as demais formalidades legais.

O exercício do poder dentro dos limites da ordem jurídica é questão nuclear do princípio do devido processo legal.

No primeiro capítulo, a evolução histórica do princípio foi estudada em sua base mítica. Exploraram-se idéias e doutrinas que, desde a Antigüidade, formaram a *crença* de que o devido processo é absolutamente indispensável ao indivíduo e à sociedade em face do poder de Estado.

No segundo capítulo, deteve-se na estrutura teórica acerca do conteúdo e do alcance, bem como dos fundamentos legais e ético-positivos do devido processo,

especialmente no que se refere à sua inserção no contexto do direito brasileiro.

Compreendido o devido processo em sua evolução história e em suas linhas teóricas, no terceiro capítulo o tema do poder é retomado com três objetivos: elucidar o conceito, a natureza e a organização do Ministério Público como ente de poder, demonstrar que os atos do Ministério Público, como atos de poder do Estado, estão sujeitos ao devido processo procedimental e substantivo, e evidenciar a função do Ministério Público como instituição responsável pela exigência de cumprimento do devido processo e efetivação dos demais direitos e garantias fundamentais.

## 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### 2.1 PRINCÍPIO DE LIMITAÇÃO OU CONTROLE DO PODER

#### 2.1.1 Em resgate do mito

Historiar um princípio<sup>1</sup> é atividade das mais complexas, pois os princípios são objetos idealizados, verdadeiros mitos<sup>2</sup>, sem os quais não se estabeleceria o raciocínio científico. Diversamente ocorreria se o objeto fosse um instituto jurídico, cujo conceito e características poderiam, em uma narrativa linear de fatos e acontecimentos do passado, acabar investigados e reunidos no tempo e no espaço determinantes de sua feição considerada como definitiva.

Um relato dos momentos de reconhecimento do princípio do devido processo legal pela jurisprudência ou pelos ordenamentos jurídicos dos Estados, partindo-se, como soa intuitivo, do marco de sua enunciação na Magna Carta de João Sem Terra (1215), ou de outra data simbólica qualquer, prima por uma tentadora linearidade, mas não leva à melhor compreensão do seu desenvolvimento.

Essas incursões registram, sem qualquer dúvida, a autenticação de sua

---

<sup>1</sup> A noção de princípio credita-se à filosofia grega, em que foi apresentada por Anaximandro e explorada em seus significados por Aristóteles, entendendo-se como “El punto de partida y el fundamento de un proceso cualquiera.” ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1963. p. 948.

<sup>2</sup> “... o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. Daí o big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a Grundnorm a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos. O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no principium está um mito, sempre!” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, p. 164, 1998. Como bem complementa Augusto Novaski, “Mythos quer dizer Palavra. ‘No princípio era o Verbo...’, diz lá o maior livro clássico de todos os tempos. Há uma ‘palavra’ no começo de tudo, algo que pronuncia o mundo, tornando-o mundo humano.” NOVASKI, Augusto. **As razões do mito**. Campinas: Papirus, 1988. p. 27.

existência, mas não passam de evidências ou manifestações de um consenso (seu ponto de arremate), pois, mito como se desvela, o princípio do devido processo legal traduz, sob essa ótica, uma *crença* resultante de progressivo processo histórico de idéias e valores que propiciaram à cultura ocidental a convicção da necessidade de imposição de limites à atuação do Estado, por ocasião, especialmente, da aplicação de sanções.

Vislumbrar a história do devido processo sob a perspectiva de sua previsão legal ou de sua aplicação pelos tribunais, estabelecendo-se esperada e confortadora cronologia, reduz, assim, o foco ou apreensão que se proponha a realizar quanto à sua autêntica natureza, algo como tomar a superfície pelo fundo ou os sintomas de um problema pela sua causa.

Como conclui Maria Rosynete Oliveira Lima, o grau de abstração do princípio do devido processo legal importa que o seu conteúdo apenas pode ser identificado nas suas “concretizações”, o que provoca, no curso de sua história, uma multiplicidade de compreensões.<sup>3</sup>

Contudo, sob o propósito de norte expositivo, interessa investir na asserção da autora de que há “uma idéia diretiva, uma função primária, que conduz todo esse processo desde o nascedouro – *o controle do poder*. Este vetor tem comandado seu desenvolvimento, estabelecendo-lhe os limites de atuação.”<sup>4</sup>

Não por outro motivo, inclui-se o devido processo legal no rol dos direitos fundamentais, confundindo-se a sua história com a destes, a qual, como bem afirma Ingo Wolfgang Sarlet, é a *história da limitação do poder*, dando origem ao moderno Estado constitucional, pelo qual se assume a prioridade de promoção da dignidade do

---

<sup>3</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 289.

<sup>4</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 289.

homem.<sup>5</sup>

O poder de que hoje se reveste o Estado e que outrora era exercitado em caráter incontestável guarda, em tempos de paz, sua face mais contundente na condição legitimada de atingir o corpo da pessoa humana, aprisionando-o. Por isso, entre o Estado e o homem haverá de estar sempre o processo, caso não se ignore que o réu não apenas representa, mas é a pessoa humana.

A complexidade em historiar o princípio, inicialmente citada, consiste na racionalização do mito que o sustenta, no sentido de torná-lo acessível ao conhecimento. Para se dar conta desse objetivo, cabe discorrer sobre a evolução do pensamento, tendo por base um conjunto não-exaustivo de idéias e doutrinas que, como juízos ou proposições, influenciaram na sua construção.

### 2.1.2 Sob o paradigma do direito natural

O princípio do devido processo legal, como atualmente compreendido, é fruto de lenta sedimentação, em itinerário de séculos, com avanços e retrocessos ao sabor do influxo de concepções e práticas sociais e políticas várias. Para fins didáticos de seus antecedentes históricos, pode-se agrupar a contribuição de três períodos básicos – clássico, medieval e moderno –, inter-relacionados pelos critérios de repetição ou de contraste (negação).

Deve-se ter em mente que o devido processo legal foi forjado, assim como os direitos fundamentais em geral, por idéias inspiradas nos paradigmas: a) do direito natural<sup>6</sup> e b) da filosofia do direito (a partir do século XVI)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998. p. 36.

<sup>6</sup> Celso Lafer enuncia os elementos que caracterizam o direito natural como paradigma de pensamento: “a) a idéia de *imutabilidade* – que presume princípios que, por uma razão ou outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; b) a idéia de *universalidade* destes

Apesar da diversidade de significados relativos ao direito natural, Norberto Bobbio adverte que as concepções guardam em comum a prescrição de um conjunto de regras e valores que se colocam antes e acima do poder de Estado, servindo-lhe de limite e, por conseqüência, tornando ilegítimas as iniciativas jurídicas e políticas contrárias à normas jusnaturalistas.<sup>8</sup>

O direito natural se apresenta, portanto, como *pano de fundo e fio condutor* da história da limitação e controle do poder subjacente à formação do devido processo legal.

## 2.2 ANTIGÜIDADE

### 2.2.1 Desconcentração do poder real

A história do pensamento ocidental se inicia com os gregos.<sup>9</sup>

---

princípios metatemporais...[...] e aos quais o homem tem acesso através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação*.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, Companhia das Letras, 1988. p. 36.

<sup>7</sup> Este sucedeu àquele em razão dos processos de secularização, sistematização, positivação e historicização do Direito a partir da origem do Estado moderno no século XVI. Ver, a propósito, LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, Companhia das Letras, 1988. p. 37-40.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto e outros. **Dicionário de política**. 3. ed. Trad.: Carmen C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1991. p. 656.

<sup>9</sup> Para que, tanto quanto possível, não se passe da paixão pela busca para o seu perdimento, duas citações de um precavido historiador da Grécia: a) “Todo historiador de um mundo desaparecido – e todo mundo que é objeto da história é um mundo desaparecido, mesmo que esse passado remonte a apenas algumas horas – se vê preso num dilema insolúvel. É seu dever mais elementar mostrar no que e como esse mundo difere do nosso, mostrar que os seus valores não são os mesmos, que as suas instituições não funcionam exatamente como as nossas, que mesmo quando as nossas palavras derivam das suas – o que é o caso do nosso vocabulário político em relação ao grego e ao latim –, elas não têm, entre nós, o mesmo significado que entre eles. [...] ...o olhar que lançamos sobre o passado, sejamos historiadores ou não, é um olhar de homens do nosso tempo. b) “O que está na nossa história, ou pelo menos numa parte da nossa história, e que não podemos extirpar, porque ela é o passado, é o diálogo com a Grécia e, antes de tudo, com os textos gregos. A reelaboração da herança grega, ora sob a forma mítica ou ideológica, ora sob a forma do trabalho crítico e científico, é um dos dados da nossa

Responsáveis pelas formulações básicas da política e da democracia, deles provém a primeira notícia de controle e limitação do poder. Segundo Jean-Pierre Vernant<sup>10</sup>, deparou-se com uma nova modalidade no trato com o poder quando os gregos passaram a exigir que os assuntos de interesse comum deixassem de ser geridos exclusivamente pelo rei, posicionado, até então, como mediador único dos deuses da cidade.

Essa contestação ao poder absoluto entre os gregos revelou elementos que influenciariam de forma definitiva a elaboração de um conceito de devido processo legal, a começar pelos rudimentos de igualdade entre os homens gregos (mulheres, estrangeiros e escravos não participavam da vida pública). Séculos depois, uma igualdade pelo menos formal se estenderá a todos, indistintamente, e, por via de consequência, ao próprio processo, pois a isonomia processual é francamente impensável em uma sociedade que não a admite, nem em caráter axiomático.

Deve-se aos gregos, ainda, o início de uma percepção humana da pessoa, através de um “conceito de *natureza humana (anthoropinê physis)*”<sup>11</sup>. O próprio tema da *dignidade do homem* volta à baila na Renascença, em alusão proposital a Sófocles e à sofística.<sup>12</sup>

A igualdade se estende à palavra<sup>13</sup>, forma elementar de contraposição ao

história intelectual, que se exprime na criação, incessantemente renovada, de novos modos de discurso, de novos conceitos, de novos campos epistemológicos.” VIDAL-NAQUET, Pierre. **Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio**. Trad.: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 192-193 e 254-255.

<sup>10</sup> VERNANT, Jean-Pierre. Os gregos inventaram tudo. Trad.: José Marcos Macedo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 out. 1999, Caderno Mais. p. 4.

<sup>11</sup> VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia Filosófica**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 32.

<sup>12</sup> VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia Filosófica**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 80.

<sup>13</sup> Eis “a idéia fundamental do homem como ser dotado do *logos (zôon logikón)*, ou seja, da palavra e do discurso capaz de demonstrar e persuadir”. VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia Filosófica**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 33.

poder e de discussão das questões de interesse geral. Entrevê-se a oralidade, o contraditório e a publicidade para as (e das) decisões mais graves para a comunidade, projetando-se ao ocidente meios de, democraticamente, solucionar problemas, inclusive judiciais:

“... isegoria”, o direito igualitário à palavra. É na verdade uma revolução, uma atitude radicalmente diversa no trato com a realeza, com a “monarchia”, o poder de um só. Os “aristoi” consideram que não existe nenhuma instância exterior que possa exercer sobre eles algum poder. [...] Pouco a pouco, todos os assuntos de interesse público e comum são regulados dessa maneira, sob a vista de todos. O que muda são os argumentos e contra-argumentos. Há um jogo de demonstração, de persuasão, uma arte da palavra que lá se aprende. O poder retórico de convicção torna-se uma das engrenagens decisivas para o funcionamento da sociedade. Essa é também uma mudança fabulosa: o rei sempre tivera conselheiros com quem discutir, mas isso não tinha nada a ver com o debate público e contraditório. E o poder se acha, ao termo desse debate, dessacralizado.<sup>14</sup>

Aos gregos, realmente, não passou despercebido o fenômeno do poder – titularidade e exercício – em sua dimensão política, presente em todas as atividades administrativas e judiciais da cidade. Uma manifestação viva disso se encontra em Aristóteles.

### 2.2.2 Política de Aristóteles

*Política*, havida como uma obra inaugural a respeito do Estado e espécies de governo<sup>15</sup>, impressiona pela riqueza de informações e pela atualidade. Utilizando o que ele mesmo define como método analítico<sup>16</sup>, Aristóteles nela estudou a estrutura e as

---

<sup>14</sup> VERNANT, Jean-Pierre. Os gregos inventaram tudo. Trad.: José Marcos Macedo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 out. 1999, Caderno Mais. p. 4.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a Filosofia Política e as lições dos clássicos**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 159.

<sup>16</sup> “...examinamos a matéria segundo nosso princípio: o método analítico. Acostumamo-nos a analisar outras coisas compostas até que não possam mais ser subdivididas; façamos o mesmo com o Estado e com as partes que o compõem, e entenderemos melhor as diferenças entre um e outras, e se podemos deduzir algum princípio de funcionamento das diversas partes.” ARISTÓTELES. **Política**. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 143-144.

relações de poder no Estado (*pólis*).

Esse filósofo se vale da observação do mundo para, a partir do instinto associativo do homem (animal político dotado de fala), decompor em etapas – família, aldeia, Estado – o surgimento deste último, tal qual “criação” da natureza.<sup>17</sup>

Em *Política* não se encontra propriamente um conceito de Estado para além de um “forma natural de associação”, muito menos qualifica-se a ele como um ente de direito público. O colorido político, sua interação com as questões relevantes da cidade, dá-se através da constituição, método organizativo por excelência. Aristóteles percebeu que, além do caráter fundamental de sinalizar o caminho da justiça para outras leis, a existência de uma constituição voltada ao bem comum já representava um óbice ao poder desviado.<sup>18</sup>

Conquanto qualificasse de constitucional o governo de um homem só para todos (monarquia), não deixou de denunciar e abominar o governo de um homem só, em seu próprio benefício e contra todos, ao qual denominou de *tiranía* ou *despotismo*.<sup>19</sup>

Mostrava-se cético quanto a qualquer desprendimento do homem diante do poder. O poder – sabia-o – é capaz de cegar e fazer adoecer. Inteligente, argumentou

---

<sup>17</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 145-146.

<sup>18</sup> “... a constituição vem primeiro e estabelece o padrão para as leis; e, sendo assim, as leis instituídas de acordo com uma das espécies “justas” de constituição serão justas; mas, se de acordo com uma das constituições divergentes, serão injustas.” [...] “Claro está, então, que as constituições que objetivam o bem comum estão certas, de acordo com a justiça absoluta, enquanto as que objetivam somente o bem dos governantes estão erradas. São desvios, divergências do padrão correto.” ARISTÓTELES. *Política*. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 234 e 223.

<sup>19</sup> “O rei governa os súditos de acordo com a lei; o tirano dirige pessoas subjugadas à força; de modo que um recebe proteção de seus cidadãos, e outro precisa de proteção contra eles. [...] Desse tipo de governantes podemos dizer que, uma vez que agem como senhores ou déspotas, são tiranos; desde que sejam escolhidos pelos súditos, e de boa vontade, são reis.” ARISTÓTELES. *Política*. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 242.

de maneira genérica e poupou cidadãos de Atenas, mas atribuiu a autoridades de Esparta (eforado e conselho dos anciãos) e de Andros vícios comuns e repudiáveis em ocupantes de cargos de poder, especialmente o continuísmo e a corrupção.<sup>20</sup>

O poder, em Aristóteles, ganhou diferenciação em decorrência de sua natureza e espécies. Era-lhe claro que o poder político distinguia-se do poder em família ou sobre os escravos. O poder político, que em regra seduz e envaidece, e do qual se apropria o tirano (o que ele tanto abominava), identifica-se com “o corpo de cidadãos”, pois este “é o poder supremo dos Estados”. A sua “supremacia pode residir ou num homem, ou na minoria, ou em todos”. Não em razão de sua titularidade, mas de sua destinação (se para o bem de um único homem, ou de alguns com riqueza, ou de alguns sem riqueza, ou de todos) realiza-se com justiça ou degeneração (“desvio”).

Assim, a democracia ateniense se revelou uma forma de controle de exercício do poder transferido das mãos do monarca para o povo, a quem cabe a tomada de decisões (o controle), em que pese constituir uma categoria apartada de outra, ideal, a *politéia* (“governo exercido pela maioria dos cidadãos, para o bem de toda a comunidade”).<sup>21</sup>

Acostumado a não se afastar muito de sua visão realista dos fatos e da sociedade, uma das questões fundamentais para Aristóteles estava na aquisição do poder político como decorrência da distribuição do poder econômico.<sup>22</sup>

Por todos estes fatores que envolvem as relações entre o homem (natureza

---

<sup>20</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 197-198.

<sup>21</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 224-225.

<sup>22</sup> “O ponto essencial é que, quando a posse do poder político se deve à posse do poder econômico ou riqueza, seja o número dos que detêm grande ou pequeno, temos a oligarquia; e, quando a classe dos não-proprietários detém o poder, temos a democracia. Mas, como dissemos, na verdade os primeiros são poucos e os últimos, muitos. Poucos são ricos mas todos partilham a liberdade; e essas são as bases de seu direito de participar da *politéia*: propriedade no primeiro caso, livre condição social no outro.”

humana e inconfessáveis interesses políticos e econômicos) e o poder (centralizador de interesses), o melhor governo deve-se estabelecer através da lei, limite ao administrador e guia das deliberações últimas em benefício da comunidade.<sup>23</sup>

A pedra angular de um governo das leis em proveito da maioria foi definido pelo sistema judiciário grego, integrado por cidadãos<sup>24</sup>. Em outro texto, *A Constituição de Atenas*, Aristóteles bem explica que, “quando o povo tem o direito de votar nos tribunais, controla a constituição...”<sup>25</sup>

*Política* antecipa a importância dos governos constitucionais e de temas essenciais na ciência política, como a legitimidade e a ética no exercício do poder.

### 2.2.3 Raízes do processo penal contemporâneo

O julgamento e a condenação de Sócrates à morte, descritos por Platão em sua *Apologia de Sócrates*, revela a assimilação, pelo direito da Grécia antiga, de características recorrentes para a decisão dos assuntos da *pólis*: publicidade, oralidade e respeito a um contraditório.

Da obra de Platão destacam-se aspectos bem interessantes, preservados até

---

<sup>23</sup> “Por outro lado, os governantes nada podem fazer sem um princípio geral que os guie; esse princípio oferece algo que, por não ter sentimentos, é melhor do que aquele que, por natureza, é dotado de sentimento. Um ser humano deve ter sentimentos; uma lei não os tem.” [...] “Segue-se assim que é preferível que a lei governe, não um cidadão. Continuando nessa linha de raciocínio, vamos acrescentar que até mesmo se for demonstrado que certas pessoas devem governar, estas precisam ser designadas defensoras da lei, ou suas servidoras. [...] Portanto, aquele que pede que a lei governe está pedindo a Deus e à Inteligência, e não a outros, que o façam; quem solicita o governo de um ser humano está produzindo uma besta selvagem; pois as paixões humanas são como bestas selvagens, e sentimentos poderosos levam à perdição os governantes e os melhores homens. Na lei tem-se o intelecto sem paixões.” ARISTÓTELES. *Política*. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 243-247.

<sup>24</sup> O seu conceito de cidadão pressupunha a reunião de condições de participar dos núcleos de poder (tribunais e outros órgãos de governo). Ver: ARISTÓTELES. *Política*. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 211-213.

<sup>25</sup> ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 258.

hoje em legislações processuais e que consistem na existência de: a) acusação, além de oral, documentada e acessível ao acusado; b) defesa; c) precedência da acusação à defesa (premissa de ordem lógica do contraditório); d) faculdade de produção de provas a serem, pelo que se deduz, postuladas em momento oportuno.<sup>26</sup>

Chama a atenção, sobremaneira, a constatação da exigência de um processo para a aplicação de uma pena a Sócrates, não se admitindo que esta fosse infligida direta e imediatamente pelo detentor do poder.

É notável, igualmente, que o ordenamento processual grego guardava elementos que, atualmente, são considerados garantias ao acusado, com a previsão, em esboço, de: a) duplo grau de jurisdição; b) organização fixa da competência dos tribunais (juiz natural); c) regras de procedimento.<sup>27</sup>

A democracia, observada na administração da cidade e repetida na condução dos temas da justiça, também se manifesta pela arte, notadamente através da tragédia, existindo uma ligação bastante especial entre ambas.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Excertos da oração de Sócrates perante o Tribunal dos Heliastas: “Como se faz com o texto das acusações, leiamos o das suas: ‘Sócrates é réu de pesquisar sem discrição o que existe sob a terra e nos céus, de fazer que prevaleça a razão mais fraca e de ensinar aos outros o mesmo comportamento.’” [...] “De novo, já que se trata de outros acusadores, analisemos também o texto de sua acusação. Diz ele mais ou menos assim: ‘Sócrates é réu de corromper os jovens e de não acreditar nos deuses em que o povo acredita, e sim em outras divindades novas.’” [...] “Posso citar muitas outras pessoas, uma das quais devia Meleto ter apresentado como testemunhas da acusação; se se esqueceu, faça-o agora, como minha licença, e diga se tem algum testemunho daquela natureza.” PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad.: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 42, 48 e 62.

<sup>27</sup> Ver: ARISTÓTELES. **A Constituição de Atenas**. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 293-294, 304-305 e 310-313.

<sup>28</sup> “Só darei dois exemplos dessa relação singular da tragédia com a democracia, ambos tirados de Ésquilo, um das *Suplicantes*, o outro das *Eumênides*. [...] As *Suplicantes* põem em cena algumas jovens que se pretende casar à força com primos-irmãos e que pedem asilo ao rei de Argos. Elas tomam esse rei de fato por um rei, isto é, com liberdade para decidir. Mas Pelasgo sabe que o poder pertence ao povo e decide consultá-lo: ‘Não estais em julgamento no meu lar; se a mancha atinge toda Argos, que o povo inteiro se ocupe de descobrir um remédio para isso.’ Pela primeira vez, segundo nosso conhecimento, em Atenas, o termo *démou* e o verbo *kratêin* se aproximam: ‘Diz agora a qual opinião a mão soberana do povo (*démou kratôusa khéir*) deu a maioria’. Já estamos aí no quadro da regra democrática. [...] Quanto à *Eumênides* [...], o que se vê nessa peça? Um tribunal presidido, em Atenas, pela deusa Atena, e que se transformará no Arcópago, deve julgar Orestes

## 2.2.4 Direito natural clássico

### 2.2.4.1 Origens

Na tragédia grega também se registra uma primeira noção de direito natural.<sup>29</sup>

Antígona, na obra homônima de Sófocles, contesta ao rei (Creonte), que havia negado, arbitrariamente, uma sepultura para o corpo do irmão dela<sup>30</sup>. Quando Creonte pergunta a Antígona “– Mesmo assim ousaste transgredir minhas leis?”, recebe como resposta a seguinte afirmação:

“– Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram.”

E acrescenta:

“– A lei do Reino dos Mortos é igual para todos.”<sup>31</sup>

---

culpado ou não de matricídio. Orestes é defendido por Apolo e perseguido pelas Erínias. [...] Há tantos votos de um lado quanto do outro, e Atena pronuncia a absolvição de Orestes. [...] Os votos estavam divididos, mas Atena (ou Atenas) restabeleceu a concórdia e reconciliou os adversários. Nesse sentido, o escrutínio das *Eumênides* tem exatamente o mesmo sentido que o das *Suplicantes*.” VIDAL-NAQUET, Pierre. **Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio**. Trad.: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 182-185.

<sup>29</sup> “Antígona é recorrente em estudos de Filosofia do Direito a propósito do Direito Natural e do Direito Positivo, no que toca à independência daquele em relação a esse.” GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura: anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 22.

<sup>30</sup> “Nas cidades antigas a lei punia os grandes culpados com um castigo considerado terrível, ou seja, a privação da sepultura. Punia-se assim a própria alma, condenando-a a um suplício quase eterno.” COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 18.

<sup>31</sup> SÓFOCLES. **Antígona**. Trad.: Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 35-36 e 38-40.

Assim, o direito natural nasce como uma crença e nela se constitui<sup>32</sup>. Acredita-se, firmemente, na existência de leis de origem divina, imutáveis, superiores e oponíveis ao poder do rei.

Fustel de Coulanges desenvolve na sua famosa *Cidade Antiga* (1864)<sup>33</sup>, escrita a partir de documentos, textos e fragmentos, a tese de que a própria história greco-romana é a história de uma crença. Os gregos e romanos acreditavam em deuses – deuses da família, deuses da fratria, deuses da tribo, deuses da cidade e outros tantos – e ocupavam seu cotidiano com rituais privados e públicos de devoção. O direito antigo foi, em consequência, um direito não-dissociado dos hábitos religiosos, um direito orientado pela crença em deuses. Para Coulanges, essa crença é o mais vigoroso poder criador, no homem, do seu poder sobre os outros indivíduos e a sociedade, e o elemento justificador do poder da sociedade sobre os indivíduos.<sup>34</sup>

Ainda segundo a tese de Coulanges, o Estado antigo também surgiu da crença dos homens em deuses<sup>35</sup>. É importante contrapor, com a visão mais atualizada de Jean-Pierre Vernant, que a crença não adveio de uma religião dogmática, baseada

---

<sup>32</sup> Ver LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 35.

<sup>33</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

<sup>34</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 143.

<sup>35</sup> “Abarquemos com o olhar o caminho percorrido pelos homens. De início, a família vive isolada e o homem só conhece os deuses domésticos, *theo patro, dii gentiles*. Acima da família forma-se a fratria com seu deus, *teós phratios, Juno curialis*. A seguir temos a tribo, e o deus da tribo, *théos phyllos*. Chega-se enfim à cidade e concebe-se um deus cuja proteção abrange a cidade inteira, *theos polieus, penates publici*. Hierarquia de crenças, hierarquia de associações. A idéia religiosa foi, entre os antigos, o sopro inspirador e organizador da sociedade. As tradições dos hindus, dos gregos e dos etruscos contavam aos homens que haviam sido os deuses a lhes revelar as leis sociais. Sob esta forma lendária há meia verdade. As leis sociais foram obra dos deuses, mas esses deuses, tão poderosos e tão benfazejos, nada mais eram do que as crenças dos homens. Este foi o modo de nascimento do Estado entre os antigos; o seu estudo era indispensável para nos esclarecermos sobre a natureza e instituições da cidade.” COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 143-144.

em livros e na teologia, mas de uma “religião política”, de uma religião que não se apartava das interações sociais, de uma religião situada fora do homem e de deuses que estavam no mundo, governando o destino dos homens.<sup>36</sup>

Não se podendo enxergar senão com os olhos vendados à razão desde a modernidade, entende-se como foi possível a existência de uma sociedade crédula e racional, onde mito e filosofia, superstição e argumento não se entrechocavam, e sim conviviam.<sup>37</sup>

#### 2.2.4.2 Estoicismo e a contribuição de Cícero

Inezil Penna Marinho assinala como “fontes literárias” do direito natural, além de Sófocles, já citado, Homero, Hesíodo e Píndaro, e como “fontes filosóficas” Heráclito, Pitágora, Sócrates, Platão, Aristóteles e os pensadores do estoicismo.<sup>38</sup>

O estoicismo, escola greco-romana, na sua nova vertente, de cunho predominantemente moral e religioso, ampliou-se durante o período imperial (com Sêneca, Epíteto, Musônio Rufo e Marco Aurélio, entre outros), ganhando adeptos do mundo político romano. Para os estóicos, existe uma lei de justiça e proibição do mal,

---

<sup>36</sup> “Percebemos então que o sistema politeísta está estreitamente ligado às formas de organização sociopolítica em todos os seus níveis: podemos chamar esta religião de religião política. Em todo este período, o fato fundamental é a criação da cidade grega, e a religião é uma das expressões deste importante fenômeno. Isto significa que o religioso, por ser sociopolítico, é muito mais uma forma de vida social e de vida coletiva do que, primeiramente, uma forma de experiência pessoal e de relação pessoal com a divindade.” VERNANT, Jean-Pierre. **Entre mito e política**. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: USP, 2001. p. 198-203.

<sup>37</sup> VERNANT, Jean-Pierre. **Entre mito e política**. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: USP, 2001. p. 204.

<sup>38</sup> MARINHO, Inezil Penna. **O direito natural na Grécia antiga**. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1978.

de progênie divina, que se inscreve na conduta humana<sup>39</sup>. Há uma razão divina que a tudo comanda e, assim como os animais seguem o instinto, os homens orientam-se, naturalmente, pela razão<sup>40</sup>.

Cícero recebeu influência dessa escola e procurou traduzi-la na jurisprudência romana. Em Roma, a democracia foi diferente daquela de Atenas e, dada a tradição e métodos aristocráticos, os tribunais não eram integrados por pessoas do povo, mas por uma elite, que também se ocupava dos cargos políticos<sup>41</sup>. Cícero, apesar de conservador e de apoiar a aristocracia, rejeitava qualquer espécie de ditadura e prestigiava o debate<sup>42</sup>. Assim como Aristóteles, posicionou-se a favor de um Estado respeitador de direitos e por um grupo de governo ético em *A República*<sup>43</sup>, em *Verrinas, contra Quinto Cecílio*<sup>44</sup> e em *As Leis*<sup>45</sup>. Seus escritos repercutiram inclusive

<sup>39</sup> MARINHO, Inezil Penna. **O direito natural na Grécia antiga**. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1978. p. 35 e 38.

<sup>40</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1963. p. 462-463.

<sup>41</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 394-396.

<sup>42</sup> CÍCERO, Marco Túlio. **Manual do candidato às eleições – Carta do bom administrador público – Pensamentos políticos selecionados**. Trad.: Ricardo da Cunha Lima. São Paulo, Nova Alexandria, 2000. p. 10.

<sup>43</sup> “O que, é na verdade, um Estado, senão uma sociedade de Direito?” CÍCERO, Marco Túlio. **Manual do candidato às eleições – Carta do bom administrador público – Pensamentos políticos selecionados**. Trad.: Ricardo da Cunha Lima. São Paulo: Nova Alexandria, 2000. p. 129.

<sup>44</sup> “Em meio à satisfação dos criminosos mais nocivos, em meio à lamentação cotidiana do povo romano, a má reputação dos tribunais, o mal-estar provocado pela classe inteira dos parlamentares, nessa conjuntura existe um único remédio para tantos males, segundo penso: que os homens idôneos e íntegros assumam a defesa do Estado e das leis.” CÍCERO, Marco Túlio. **Manual do candidato às eleições – Carta do bom administrador público – Pensamentos políticos selecionados**. Trad.: Ricardo da Cunha Lima. São Paulo: Nova Alexandria, 2000. p. 131.

<sup>45</sup> “De minha parte, penso que, mudando o estilo e o padrão de vida da elite, muda-se o comportamento da sociedade. Por isso, fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime.” CÍCERO, Marco Túlio. **Manual do candidato às eleições – Carta do bom**

no início do direito natural moderno<sup>46</sup>.

O estoicismo serviu como ponte entre uma filosofia legitimadora de uma sociedade escravocrata, com *rudimentos de igualdade*, e a filosofia cristã, pois supera a tese da desigualdade natural dos homens admitida por Platão e Aristóteles. O estoicismo, ao contrário, ao defender a igualdade natural entre os homens, repugna a escravidão<sup>47</sup> e lança o gérmen da fraternidade universal do cristianismo<sup>48</sup>.

### 2.2.5 Cristianismo

O cristianismo se impõe como divisor e anuncia o final do período clássico.

Em uma sociedade marcada pela distinção entre nacionais e estrangeiros, pela regulação dos atos da vida civil e política pela religião, por uma religião que se confundia com o Estado e por um Estado que interferia na própria liberdade do indivíduo, pode-se resumir a importância da nova doutrina: a) no favorecimento da integração da humanidade e na relação entre os povos e governos, abandonando-se os deuses e as religiões de uma família, de uma cidade ou de uma raça a favor da crença em um Deus único e universal; b) no arrefecimento do autoritarismo religioso do Estado, daí em diante separado da religião (“Dai a César o que é de César, e a Deus o

---

**administrador público – Pensamentos políticos selecionados.** Trad.: Ricardo da Cunha Lima. São Paulo, Nova Alexandria, 2000. p. 133.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto e outros. **Dicionário de política.** 3. ed. Trad.: Carmen C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1991. p. 656.

<sup>47</sup> A propósito, diz o estoicista Sêneca: “Queiras refletir sobre isto: aquele que tu chamas de teu escravo nasceu da mesma semente, goza do mesmo céu, respira, vive, morre da mesma forma que tu. [...] ‘É um escravo!’ Mas talvez livre na alma. ‘É um escravo!’ Devemos censurá-lo por isso? Mostra-me alguém que não o seja: um é escravo dos prazeres da carne, o outro da cupidez, um outro ainda da ambição, e todos da esperança e do medo.” SÊNECA. **As relações humanas: a amizade, os livros, a filosofia, o sábio e a atitude perante a morte.** Trad.: Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2002. p. 53-56 e 59.

<sup>48</sup> MARINHO, Inezil Penna. **O direito natural na Grécia antiga.** Brasília: Instituto de Direito Natural, 1978. p. 38-39.

que é de Deus”), cedendo-se espaço para a liberdade de fé.<sup>49</sup>

O cristianismo, diferentemente do direito antigo, que se fundia na crença e devoção aos deuses, influenciou na formação de um sistema dualista de direito – direito laico e direito religioso – desde o final da Antigüidade e início da Idade Média, o que vai perdurar até o século XX. No início da Idade Média, a Europa passa a contar com o direito romano no sudeste (direito bizantino), o direito canônico, os direitos germânicos, os direitos eslavos e o direito celta.<sup>50</sup>

## 2.3 IDADE MÉDIA

### 2.3.1 Cristianismo e poder

O cristianismo, como qualquer doutrina ou sistema de crenças, não poderia deixar de ser manipulado com o intento de conquista e manutenção do poder.

Constantino se comparava aos apóstolos e anunciava amizade com Jesus Cristo. No século VI, cunhavam-se moedas com a figura do imperador (Justiniano II,

---

<sup>49</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 412-417.

<sup>50</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad.: A. M. Hespanha e outro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 127-128. John Gilissen oferece um ótimo resumo histórico dos sistemas jurídicos no final na Antigüidade e início da Idade Média: “No século IV, no fim da Antigüidade, o Império Romano divide-se em dois impérios: o Império do Ocidente (Roma) e o Império do Oriente (Constantinopla=Bizâncio=Istambul). Ele ocupa uma larga metade da Europa, desde a Inglaterra (até os confins da Escócia), a Gália, a Ibéria, a Itália, a parte meridional da Germânia até à Península Balcânica ao sul do Danúbio; por outro lado, fora da Europa, o Norte de África e uma parte da Ásia ocidental. Na Europa continental, o Reno e o Danúbio constituem mais ou menos o limite setentrional. A Norte e a Leste destes rios encontram-se povos germânicos e eslavos, ainda mais ou menos nômades. Sob a pressão dos povos vindos da Ásia central, aqueles povos germânicos deslocam-se para Ocidente; os Germanos penetram na órbita do Império Romano a partir do século III; no século V, invadem o Império do Ocidente que desaparece; estabelecem-se aí reinos germânicos. Os povos eslavos deslocam-se igualmente para o Oeste e o Sul, atingem a região do Óder e do Elba do Norte e passam o Danúbio ao Sul. No extremo ocidental da Europa, mantêm-se ainda alguns povos célticos. O Império do Oriente – ou Império Bizantino – resiste no entanto a estas pressões; o direito romano sobrevive aí, enquanto direito bizantino.” Ibidem, p. 127.

por exemplo) numa face e a de uma cruz na outra. Isso teria por finalidade divulgar as boas intenções do rei.<sup>51</sup>

Neste contexto, pode-se compreender, com Condorcet, que o cristianismo passou a representar um “partido poderoso”, intrometendo-se em disputas e levando Constantino ao trono<sup>52</sup>.

Condorcet refere-se a esse período como *anarquia feudal*. Nele se submetia o povo ao arbítrio dos reis, dos chefes guerreiros, dos sacerdotes e da legislação. Admitia-se até saldar a pena, legitimamente, com dinheiro. Criavam-se “pecados imaginários”, e dificilmente alguém deixava de integrar o grupo de pessoas a alimentar, com seus bens, as burras sacerdotais<sup>53</sup>.

Essa anarquia se reflete no desfazimento dos organismos de Estado, transferindo-se, inclusive, o poder de julgar do rei às hierarquias feudais, integradas por juízes literalmente analfabetos, que se valiam dos costumes (nos séculos X e XI sequer havia direito laico escrito – leis ou livros jurídicos) e invocavam a interferência de Deus nas decisões (ordálios e duelos).

O direito canônico, escrito e a princípio restrito aos clérigos, alterou suas regras processuais nos fins do século XII, deixando de depender da iniciativa das partes e tornando-se um processo sem provocação. Os feitos instaurados pelo Santo Ofício perseguiram aqueles que fossem considerados praticantes de heresia, contra os quais se institucionalizou a tortura por bula de Inocêncio IV (1252).<sup>54</sup>

Para a manutenção das estruturas de poder, o cristianismo deturpado

---

<sup>51</sup> ANGOLD, Michael. **Bizâncio: a ponte da Antigüidade para a Idade Média**. Trad.: Alda Porto Santos, Rio de Janeiro: Imago, 2002. p. 23 e 58.

<sup>52</sup> CONDORCET. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Trad.: Carlos Alberto Ribeiro de Moura, Campinas: Unicamp, 1993. p. 84.

<sup>53</sup> CONDORCET. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Trad.: Carlos Alberto Ribeiro de Moura, Campinas: Unicamp, 1993. p. 93-95.

<sup>54</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad.: A. M. Hespanha e outro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 189-191.

instalou, estrategicamente, a ignorância do povo, o medo, a opressão e o declínio cultural, negando-se, mesmo entre os poucos instruídos<sup>55</sup>, qualquer valor à ciência e à filosofia clássica que não servisse para justificar dogmas religiosos.

Caminha-se, aqui, por um trecho da história de negação do devido processo legal.

### 2.3.2 Bases do pensamento

#### 2.3.2.1 Santo Agostinho

Representante da patrística, a filosofia dos padres, Santo Agostinho emprestou à Igreja uma doutrina de enfrentamento à heresia e ao paganismo, tão vital para lhe preservar a hegemonia. Confundindo religião e filosofia, fé e razão, Santo Agostinho fez, a seu modo, uma leitura da filosofia clássica grega, impregnando-a de elementos de cristianismo católico.<sup>56</sup>

Há nas *Confissões* de Santo Agostinho pelo menos dois aspectos reveladores da ideologia do catolicismo e do direito da Inquisição.

O primeiro expõe o conceito aberto e radical de pecado na Idade Média. Sua obra *confessa* os pecados da primeira infância, passa pelos pecados da adolescência –

---

<sup>55</sup> Sobre a filosofia na Idade Média, em obra que se dedica a discorrer, em divisão temática por capítulos, sobre Literatura Filosófica, Lógica, Física, Metafísica, Psicologia e Ética deste período, Alain de Libera esclarece que o pensamento medievo se caracteriza por “uma transição de dez séculos, um interminável parêntese entre Platão, Aristóteles, Petracca, Lutero e Descartes, uma “idade média”, “intermediária”, na qual a “autoridade” dos “Padres” e dos “Doutores” da Igreja reina sem rival, na qual a fé prevalece sobre a razão, a linguagem sobre a experiência, o abstrato sobre o concreto, as palavras sobre as coisas.” LIBERA, Alain de. **A filosofia medieval**. Trad.: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 7.

<sup>56</sup> SOUZA, Mauro Araújo de. **Confissões (Santo Agostinho)**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 15 e 23.

que incluíam, além do “furto das pêras” aos dezesseis anos<sup>57</sup>, o despertar do desejo e a atração sexuais<sup>58</sup> –, indo até os pecados dos dezenove aos vinte oito anos, decorrentes da busca da fama pela arte.<sup>59</sup>

O segundo aspecto é que as *Confissões*, por terem sido escritas por um homem da Igreja, legitimavam-na a esperar ou exigir idêntica conduta de todos. Saber, através de confissão espontânea, os *segredos* dos fiéis e ter acesso, mediante tortura, aos pecados dos hereges (sob o pretexto de possibilitar arrependimento e salvação), deu à Igreja, durante a Idade Média, imenso poder sobre as pessoas. A força da confissão é tamanha, que ainda hoje, no início do século XXI, ela é praticada sob a crença no seu efeito de remissão dos pecados, razão de fé que, evidentemente, se respeita.

#### 2.3.2.2 São Tomás de Aquino

A escolástica, que tem origem na patrística, encontrou em São Tomás de Aquino o seu principal representante.

Coube-lhe dissipar a confusão, na Idade Média, em torno de correntes opostas sobre o direito natural. Não se haveria de admitir a posição naturalista de Ulpiano (o direito natural como ensinamento da natureza a todos os seres animados), nem a posição racionalista de Cícero (o direito natural como orientação instintiva do

---

<sup>57</sup> “... quis roubar, e roubei não forçado pela necessidade, mas por penúria, fastio de justiça e abundância de maldade, pois roubei o que tinha em abundância, e muito melhor. Nem me atraía ao furto o gozo de seu resultado, mas atraía-me o furto em si, o pecado...” SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 55-56.

<sup>58</sup> “... lodosa concupiscência de minha carne e do fervilhar da puberdade levantava-se como que uma névoa que obscurecia e ofuscava meu coração, a ponto de não discernir a serena amizade da tenebrosa libido...” SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 51.

<sup>59</sup> “... perseguindo a aura da glória popular até os aplausos do teatro, os certames poéticos, os torneios de coroas de feno, as bagatelas de espetáculos...” SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 79.

homem à sua razão), mas sim a noção de direito natural como obediência à razão de Deus no homem. Estabeleceram-se, assim, os fundamentos do jusnaturalismo católico, pelo qual se autorizava a Igreja a questionar a incidência de uma lei quando em desconformidade com a lei natural, ou, mais exatamente, quando não-coincidentes com os interesses guiantes de sua interpretação.<sup>60</sup>

São Tomás de Aquino prestou também contribuição para o estudo do direito romano nas Universidades. A Igreja repudiava o direito romano, porque, sendo anterior ao Cristianismo católico, não se harmonizava com os seus postulados. No começo do século XIII, São Tomás de Aquino, revisitando Aristóteles, obteve êxito em neutralizar preconceitos contra o saber em geral da Antigüidade, nele incluído o direito romano. Os estudos de direito romano nas Universidades colaboraria, mais tarde, para divulgar a concepção de uma sociedade regulada pelo direito e se firmaria como um dos pontos mais importantes, pelo menos sob o ponto de vista do arcabouço teórico, para o estabelecimento do sistema de direito romano-germânico.<sup>61</sup>

### 2.3.3 Ressurgimento da idéia do direito

Extenuado por seu longo tempo de duração e toda sorte de prejuízos sociais causados pela desorganização política, o sistema feudal entrou em decadência. Paralelamente, nos séculos XII e XIII, fortaleceu-se o poder de reis e senhores, que assumiram o encargo de distribuir segurança e justiça, que, conquanto precárias, superavam, em alguma medida, a violência generalizada.

Sintomaticamente, o IV Concílio de Latrão, em 1215, aboliu a participação

---

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto e outros. **Dicionário de política**. 3. ed. Trad.: Carmen C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1991. p. 656-657.

<sup>61</sup> “O meio principal pelo qual as novas idéias se espalharam, favorecendo o renascimento do direito, foi constituído pelos novos focos de cultura criados no Ocidente Europeu; uma função essencial pertence às universidades, da qual a primeira e a mais ilustre foi, na Itália, a Universidade de Bolonha.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 31-32 e 34.

eclesiástica em processos com ordálios ou juízos de Deus, o que incentivou a instrução por meios de prova *racionais*, segundo Gilissen<sup>62</sup>. Isso, porém, ocorreu apenas em tese, dado o contrapeso, por exemplo, da rainha das provas – a confissão –, obtida sob a tortura oficializada por bula de Inocêncio IV (1252), para se ater à crítica mínima ao processo inquisitório canônico.

Com avanços tão-só aparentes ou reais, reclama-se, nos séculos XII e XIII, a ressurgência da idéia do direito, prementemente regulador da sociedade:

Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite conhecer; repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural. O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XVIII o movimento que procurará substituir a regra do poder pessoal pela democracia, ou, no século XX, aquele que pretenderá substituir a anarquia do regime capitalista pelo remédio da organização social marxista. A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Essas idéias tornam-se as idéias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII.<sup>63</sup>

#### 2.3.4 Atos de limitação do poder

Inspirada na idéia de regulação e afirmação de direitos dos séculos XII e XIII, a Europa assiste a candeios de liberdade.

Já no século XII, as cidades-repúblicas do norte da Itália, em que pese ainda pertencerem juridicamente ao Santo Império Romano, mantêm-se em independência de governo, primeiro confiados aos cônsules e, depois, aos *podestà*, funcionários eleitos pelo voto popular, para mandato certo.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad.: A. M. Hespanha e outro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 205.

<sup>63</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 31.

<sup>64</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 25-26.

Fenômeno parecido ocorre em cidades do norte da Alemanha e da Suíça, ladeado pelo aparecimento, em alguns países, de pactos de divisão do poder de legislar entre o rei, os nobres, o clero e o povo, ou entre os reis, os barões e as comunas.<sup>65</sup>

Neste ambiente de desejada reorganização política e social e enfraquecimento das estruturas feudais, o Rei João Sem Terra, após duro embate com o baronato, cansado de seus desmandos, concede em assinar a Magna Carta de 1215, em cujo capítulo 39 se encontra o que se habituou a qualificar como o embrião do princípio do devido processo legal:

“Ne corpus liberi hominis capiatur nec imprisonetur nec disseisiatum nec autlagetur nec exuleter, nec aliquo modo destruat, nec rex eat vel mittat super eum vi, nisi per iudicium parium suorum, vel per legem terrae”, ou seja, “nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.”<sup>66</sup>

É preciso, contudo, não estreitar horizontes. A história do devido processo legal não se opera a partir de fatos ou documentos singulares.

Nos séculos XIII e XIV, registram-se atos firmados com o mesmo objetivo de limitação do poder real, como a Carta de Afonso IX de Leão (1188), a Bula Áurea húngara (1222); a *Joyeuse Entrée de Brabant* (1356) e a *Paz de Fexhe*, em Liège (1316).<sup>67</sup>

A Magna Carta e todos esses demais atos são, a um só tempo, atos de direito e atos de política, porque ambos se entrelaçam a partir do conceito de poder, na exata proporção que lhe empresta Norberto Bobbio de que “o principal conceito que estudos

---

<sup>65</sup> CONDORCET. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Trad.: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. Campinas: Unicamp, 1993. p. 103-104.

<sup>66</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 30-31.

<sup>67</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad.: A. M. Hespanha e outro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 424-425.

jurídicos e políticos têm em comum é sobretudo o conceito de poder”<sup>68</sup>. Transitar pela história do direito ou pela história das instituições políticas é acompanhar o curso do poder, cuja limitação ou controle – não é despidendo insistir – identifica-se com a história do devido processo legal.

### 2.3.5 A caminho da Idade Moderna

Na história do direito ocidental há uma continuidade entre a Idade Média e a Idade Moderna. Nos séculos XIII e XIV, surgem as linhas gerais que se estendem nos séculos XV e XVI, até se afirmarem nos séculos XVII e XVIII.<sup>69</sup>

Também a ciência política e a filosofia captaram essa fase de extensão ou, mais precisamente, de graduais modificações.

Quentin Skinner, em *As fundações do pensamento político moderno*, reúne os primeiros elementos do conceito de Estado moderno a partir do final do século XIII até o encerramento do século XVI, quando

... o passo decisivo deu-se com a mudança da idéia do governante conservando seu estado – o que significava apenas que defendia sua posição – para a idéia de que existe uma ordem legal e constitucional distinta, a do Estado, que o governante tem o dever de conservar. Um efeito dessa transformação foi que o poder do Estado, e não do governante, passou a ser considerado a base do governo. E isso, por sua vez, permitiu que o Estado fosse conceitualizado em termos caracteristicamente modernos – como a única fonte da lei e da força legítima dentro de seu território, e como o único objeto adequado da lealdade de

---

<sup>68</sup> “A ligação é estreitíssima tanto se por ‘direito’ se entende o direito em sentido objetivo, isto é, um conjunto de normas vinculantes que se fazem valer recorrendo-se em última instância à coação, quanto se por direito se entende o direito em sentido subjetivo, pelo menos em uma das suas inúmeras acepções. Com relação ao direito objetivo, o poder, entendido, segundo a definição mais comum que remonta a Bertrand Russel, como ‘produção de efeitos desejados’, intervém seja no momento da criação, seja no momento da aplicação das normas. Na teoria do direito subjetivo, os juristas chamam habitualmente de ‘poder’ uma forma específica de situação subjetiva ativa que consiste na capacidade, atribuída pela ordem a certos sujeitos, de produzir efeitos jurídicos.” BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a Filosofia Política e as lições dos clássicos**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 238-239.

<sup>69</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad.: A. M. Hespanha e outro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 244.

seus súditos.<sup>70</sup>

Há acontecimentos e doutrinas que marcam a transição, permitindo traçar, com subsídios em Skinner, um panorama desse estágio pré-moderno, qual seja:

a) As origens da Renascença se encontram nas cidades-repúblicas do norte da Itália, no século XII, focadas no ideal de liberdade.

b) Quando a liberdade das cidades-repúblicas italianas cede, nos fins do século XIII, por causa de disputas internas, e se passa, com o objetivo de atingir a pacificação, a apoiar o governo de um só (déspota), concorrem para a restauração da liberdade os estudos da retórica e da filosofia escolástica. A retórica, aprendida nas universidades para a formação de advogados, permitiu a estes o acesso à cultura clássica, de modo que se pode tê-los como os primeiros humanistas. A filosofia escolástica se desenvolve com as traduções do árabe para o latim das obras de Aristóteles, contrastando a sua concepção de *pólis* (em *A política*), de origem humana para fins humanos, com a filosofia agostiniana de uma sociedade política emanada da ordem divina para salvação dos pecadores.

c) Na Renascença italiana, ganha destaque Florença, não apenas pelas artes, mas também pela filosofia política de humanistas como Bruni, Poggio, Vergerio, Alberti, Mannetti, Valla e Palmieri, com o objetivo de fazer frente a soberanos autoritários.

d) A Renascença do norte foi influenciada pela Renascença italiana, especialmente pelo aparecimento do livro impresso (metade do século XV) e pelo ingresso de humanistas italianos em universidades européias. Isso provocou, em contrapartida, a ida de muitos estudantes à Itália, o que culminou, pelo retorno destes ao magistério em suas universidades, com a superação da escolástica e a elaboração de uma outra cultura humanista na França, na Inglaterra e na Alemanha do início do século XVI.

---

<sup>70</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 9-10.

e) A reforma luterana vigorizou o absolutismo. Em meio a fortes oposições populares e de governos europeus, no fim da Idade Média, em face dos muitos abusos praticados pelo clero, Lutero centrou suas críticas nos “poderes de jurisdição” da Igreja, mas reforçou os poderes laicos.

f) No século XVI, em meio ao nascimento da ideologia absolutista, filósofos da contra-reforma teorizam que o poder político pertence ao povo, antecipando, com esse posicionamento, o constitucionalismo moderno e influenciando os contratualistas do século seguinte.

g) Com base no direito natural, os revolucionários calvinistas distanciaram-se da exortação ao não-resistir de São Paulo, em que pese a vinculação de Calvino à doutrina da não-resistência, para concluir que a sociedade política se legitima pela vontade consensual do povo.<sup>71</sup>

Fixavam-se, assim, os alicerces das futuras doutrinas liberais modernas do constitucionalismo.

## 2.4 IDADE MODERNA

### 2.4.1 Direito natural moderno

Para se entender melhor o direito natural da Idade Moderna, deve-se, antes, ter em conta que esta se pautou pelo racionalismo, do qual foram modelos as teorias de René Descartes na filosofia e de Galileu nas ciências:

A originalidade do projeto cartesiano de filosofia aparece já na inversão por ele levada a cabo na ordem tradicional do saber filosófico, que progredia da Física à Metafísica, sendo que na Física o homem encontrava o seu lugar como “ser da natureza” ... [...] A inversão cartesiana começa com o privilégio atribuído ao *método* como ponto de partida e, portanto, com a construção do objeto do saber segundo as regras do método ou no âmbito

---

<sup>71</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 25-26, 29-31, 40-41, 59, 71-72, 91, 134, 217-218, 301, 394, 450, 469, 590 e 658.

do *ens ut cogitatum*. Nesse âmbito, o método aplica-se primeiro ao problema do fundamento último da certeza, o que conduz ao domínio da Metafísica, do qual procederá dedutivamente a Física. [...] ... o ideal do método ou a definição rigorosa das regras do bem pensar constituem um dos temas dominantes da cultura intelectual da época. [...] A revolução cartesiana em filosofia e a revolução galileiana na ciência dão origem a uma nova idéia de *razão* que transforma profundamente a autocompreensão do homem e abre o espaço epistemológico no qual virão constituir-se as chamadas ciências do homem.<sup>72</sup>

Portanto, o direito natural desse período somente poderia orientar-se pela razão, por uma razão metódica, uma razão que habita na inteligência, vale dizer, na natureza do homem. O direito, como os demais objetos cognoscíveis, revela-se pela razão que faz do indivíduo – o seu portador – titular de direitos inatos, de direitos que decorrem da sua simples condição de existir.

Quanto a prescrever um conjunto de regras e valores que se colocam antes e acima do poder de Estado, não se contrapõem o direito natural da Antigüidade e da Idade Média (de normas objetivas) ao direito natural moderno (de direitos subjetivos). Por conseqüência, a autoridade política haveria de se submeter às leis que habitavam a natureza do homem em caráter universal, permanente e imutável.

A razão também teria suficiente abrangência para, a partir do indivíduo, justificar a fundação do Estado. O instrumental de acesso a essa compreensão corresponderia a outras criações teóricas, a par dos direitos inatos, o *estado de natureza* e o *contrato social*.

Fruto de elaboração mental, a razão criativa do jusnaturalismo moderno *acreditava* – e, neste sentido, não deixa de representar, como o direito natural da Antigüidade e da Idade Média, também uma crença – em um estado de natureza deixado pelos homens, para pactuar com o soberano (contrato social), voluntariamente, a existência do Estado, encarregado de lhes garantir o respeito aos direitos subjetivos.

O direito natural moderno agregou várias correntes, sobretudo no que toca à

---

<sup>72</sup> VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia Filosófica**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 82, 84 e 89.

divergência em relação aos conceitos de estado de natureza e contrato social. Se não existisse entre elas o ponto comum e finalístico de controle ou limitação do poder, dificilmente se entenderia o papel desempenhado por um dos seus principais articuladores, John Locke, e a influência de suas idéias no continente europeu e entre os estadunidenses.

#### 2.4.2 A doutrina de John Locke

John Locke era um racionalista, mas um racionalista empírico (razão fundada na experiência). Diferentemente de Descartes, não acreditava em idéias inatas. O livro I de seu *Ensaio sobre o entendimento humano* foi intitulado *Nem os princípios nem as idéias são inatas*<sup>73</sup>. Nessa obra, ele funda uma epistemologia própria e dirigida a fins políticos. Se o conhecimento humano não se forma a partir de idéias inatas, não se justifica um poder inato e divino, como se defendia em favor do absolutismo, inclusive da monarquia dos Stuart, combatida por Locke em contribuição à Revolução Inglesa de 1689.

Em seu *Segundo tratado sobre o governo*, John Locke detalha sua doutrina liberal. De pronto, percebeu que o poder de prescrever leis e fazê-las cumprir não provém de Deus, mas diretamente do poder político legitimado pelo pacto entre

---

<sup>73</sup> LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Trad.: A. Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 36. Em relação ao inatismo, Carlos Estevam Martins esclarece: “Santo Agostinho (354-430), Santo Anselmo (1035-1109), Descartes (1596-1650), defensores do inatismo, afirmavam a existência no espírito humano, antes de qualquer experiência, da idéia de um ser perfeito; daí concluíam sua existência autônoma. Ao contrário, segundo Locke, a existência de Deus poderia ser demonstrada por uma variante da prova ‘por contingência do mundo’: a existência do ser contingente, que é o homem (conhecimento adquirido pela experiência), supõe a existência de um ser eterno, todopoderoso e inteligente. Além disso, a não universalidade da idéia de Deus ficaria comprovada pelo fato de que há selvagens que seriam inteiramente destituídos dessa idéia. A crítica ao inatismo, realizada por Locke, levou-o a conceber a alma humana, no momento do nascimento, como uma ‘tábula rasa’, uma espécie de papel em branco, no qual inteiramente nada se encontra escrito.” MARTINS, Carlos Estevam e outro. In: **John Locke**. Trad.: A. Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 10.

homens livres e iguais em um estado de natureza dirigido pela razão.<sup>74</sup>

No capítulo XII, desenhou o Poder Legislativo (“supremo”, mas não em relação ao povo, que o investe na função e dela o desinveste), o Poder Executivo (permanente e separado do primeiro) e o Poder Federativo da Comunidade, um poder “natural”, “de guerra e de paz, de ligas e alianças”, pertencente aos homens em estado de natureza anterior à sociedade política<sup>75</sup>. Não cuidou do Poder Judiciário, entretanto reservou a juízes imparciais e idôneos a tarefa de aplicação da lei<sup>76</sup>.

A sociedade política, resultante de um pacto entre pessoas livres e iguais, haveria de ser uma sociedade regulada pelo direito, um direito distinguido pelo intento de consecução dos interesses do povo. O governante que se afastasse desses interesses para fins pessoais, mesmo com a vestimenta da lei, instalaria a tirania, abertamente

---

<sup>74</sup> “Para bem compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estado todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhe as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem. Estado também de igualdade, no qual é recíproco qualquer poder e jurisdição, ninguém tendo mais do que qualquer outro.” [...] “O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.” LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância – Segundo tratado sobre o governo – Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad.: A. Aiex e outro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35-39.

<sup>75</sup> Locke investiu em um conceito de soberania popular, de poder emanado do povo: “... cabe ainda ao povo um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo quando é levado a verificar que age contrariamente ao encargo que lhe confiaram. Porque, sendo limitado qualquer poder concedido como encargo para conseguir-se certo objetivo, por esse mesmo objetivo, sempre que se despreza ou contraria manifestamente esse objetivo, a ele se perde o direito necessariamente, e o poder retorna às mãos dos que o concederam, que poderão colocá-lo onde o julgarem melhor para a garantia e segurança próprias.” LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância – Segundo tratado sobre o governo – Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad.: A. Aiex e outro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 93.

<sup>76</sup> “Em assim sendo, quem tiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos extemporâneos; por juízes indiferentes e corretos, que terão de resolver as controvérsias conforme essas leis...” LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância – Segundo tratado sobre o governo – Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad.: A. Aiex e outro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 84.

repudiada.<sup>77</sup>

Um dos aspectos mais significativos da obra de Locke é o fato de ele declarar um *direito natural de resistência* contra qualquer agente público que, agindo com abuso de poder – poder somente pela lei outorgado e a ela circunscrito –, venha a pretender ferir, pela força, a esfera do indivíduo. Daí a comparação que faz entre um policial que invade uma casa, extrapolando sua autoridade, e o rei que se comporta contra o direito.<sup>78</sup>

A Revolução Inglesa, primeira da modernidade e responsável pela mutação da monarquia absoluta para a monarquia parlamentar, até os dias de hoje, valer-se-ia do arcabouço teórico de Locke. No dizer de Mariano Grondona, a modernidade, politicamente falando, aportou na Inglaterra um século antes que na França<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> “...a tirania é o exercício do poder além do direito, o que não pode caber a pessoa alguma. E esta consiste em fazer uso do poder que alguém tem nas mãos, não para o bem daqueles que lhe estão sujeitos, mas a favor da vantagem própria, privada e separada – quando o governante, embora autorizado, faz não a lei mas a própria vontade de regra, não se orientando as ordens e ações dele para a preservação das propriedades do povo, mas para a satisfação da ambição, vingança, cobiça ou qualquer outra paixão irregular que o domine.” LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância – Segundo tratado sobre o governo – Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad.: A. Aiex e outro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 113.

<sup>78</sup> “Onde quer que a lei termine, a tirania começa, se se transgredir a lei para dano de outrem. Em quem quer que em autoridade exceda o poder que lhe foi dado pela lei, e faça uso da força que tem sob as suas ordens para levar a cabo sobre o súdito o que a lei não permite, deixa de ser magistrado e, agindo sem autoridade, pode sofrer oposição como qualquer pessoa que invada pela força o direito de outrem. [...] Àquele que tem autoridade para prender a minha pessoa na rua posso opor-me como se ele fosse ladrão ou salteador, se procurar invadir-me a casa para executar um mandado, embora eu saiba que tem o mandado e autoridade legal que lhe dá o poder de prender-me fora de casa. [...] ... exceder os limites da autoridade não constitui direito em um grande mais do que em um funcionário de categoria inferior, nem mais justificável em um rei do que em um policial; mas tanto pior será naquele em que se deposita maior confiança, que tem já parte muito maior do que o resto dos seus irmãos e supõe-se, pelas vantagens da educação, emprego e conselheiros, possuir maior conhecimento das medidas do justo e do injusto.” LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância – Segundo tratado sobre o governo – Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad.: A. Aiex e outro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 114-115.

<sup>79</sup> GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick**. Trad.: Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 18.

Carlos Estevam Martins afirma:

... Locke exerceu a mais profunda influência sobre o pensamento ocidental. Suas teses encontram-se na base das democracias liberais. [...] No século XVIII, os iluministas franceses foram buscar em suas obras as principais idéias responsáveis pela Revolução Francesa. Montesquieu (1689-1755) inspirou-se em Locke para formular a teoria da separação dos poderes. A mesma influência encontra-se nos pensadores americanos que colaboraram para a declaração da Independência Americana, em 1776.<sup>80</sup>

### 2.4.3 As declarações de direitos

A revolução americana, segunda da modernidade, legou ao mundo declarações de direitos, com destaque para a Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1776), porque ela inaugura, no processo de positivação dos direitos fundamentais, a fase dos direitos fundamentais constitucionais. Nos pilares das declarações de direitos americanas encontravam-se os direitos naturais da tradição do pensamento inglês, não tardando para que, como direito posto, viessem a ser garantidos pela Suprema Corte.<sup>81</sup>

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, após preludiar que “os representantes do povo francês [...] resolveram expor numa declaração solene os *Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem*”, proclama, entre outras disposições, que: a) Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos... (art. 1.º); b) O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem... (art. 2.º) e c) O princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação... (art. 3.º).

---

<sup>80</sup> MARTINS, Carlos Estevam e outro. In: **John Locke**. Trad.: A. Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 17.

<sup>81</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998. p. 44. Com o adendo do autor no sentido de que “... este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que for afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.” Ibidem, p. 45.

Essa declaração dispõe também e, especificamente, acerca da exigência de um devido processo legal, pelo menos no aspecto procedimental, de modo que “ninguém pode ser acusado, preso e detido senão nos casos previstos *na lei e de acordo com as formas aí prescritas*” (art. 7.º).

É desnecessário, por certo, divagar sobre a importância da propagação dos valores da revolução francesa para toda a civilização ocidental.

Para a consolidação do devido processo legal foi preciso, portanto, fundar o Estado controlado pelo direito, dividir o exercício do poder pela divisão de funções do Estado e focar no homem, portador de direitos em igualdade desde o nascimento, a origem do poder conferido ao Estado.

Já no período contemporâneo, as declarações de direitos atingem a terceira etapa de sua história, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). A primeira etapa foi obra dos filósofos do direito natural, a segunda decorreu da recepção dessas idéias nos textos constitucionais modernos, e a terceira se consolida com a universalização e positivação dos direitos do homem, como afirma Bobbio.<sup>82</sup>

A partir de então, passam a ser crença generalizada entre todas as nações e oração entre todos povos a necessidade e a esperança de que:

VIII – Toda pessoa tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

IX – Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

X – Toda pessoa tem o 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.

XI – Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que sua culpa tenha sido provada de acordo com a lei, *em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*.

A subordinação do poder político a leis eternas e divinas entre os antigos, a submissão do poder temporal à razão de Deus no homem, a imposição de limites ao poder absoluto mediante o respeito aos direitos subjetivos dos indivíduos e a

---

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30-31.

incorporação desses direitos próprios e inalienáveis aos ordenamentos jurídicos dos Estados compõem a história do estabelecimento e incorporação de um mito, a história da gestação do princípio do devido processo legal.

## 2.5 A HISTÓRIA ROMPIDA

A par de sua edificação na Antigüidade e na Modernidade, e de sua negação na Idade Média, a história do devido processo legal continua sendo, de uma forma mais extrema, uma história para além da sua própria negação.

Nunca se poderá tratar concretamente de direitos do homem sem um corte de realidade que permita entrever – após a *ruptura* há pouco mais de cinquenta anos promovida pelo Estado totalitário, mais recentemente pelos regimes burocrático-autoritários e, presentemente, pelo Estado antiterrorista, após o 11 de setembro de 2001 – que se vive um tempo de reconstrução e de violação, e não um tempo de acabamento e plenitude dos direitos fundamentais.<sup>83</sup>

Como antes dito, ao menos parcialmente, o princípio do devido processo legal e os demais direitos fundamentais encontraram no paradigma da filosofia do direito um substituto para o do direito natural. O novo paradigma guia-se notadamente pela *lógica do razoável*, pelo exame do que seja admissível ou justificável diante, sobretudo, da sensatez de que se revestem as teorias e acontecimentos em determinadas circunstâncias.

Ao que se assistiu no século XX, absurdamente, através do stalinismo e do nazismo, foi ao esfacelamento desses padrões, “experiências nas quais os limites entre o aceitável e o inaceitável desbordaram amplamente daquilo que hoje nos parece

---

<sup>83</sup> Acentua Ingo Wolfgang Sarlet: “Cumprer referir, por oportuna, a advertência atualíssima de Pierr-Henri Imbert, Diretor de Direitos Humanos do Conselho Europeu, apontando para a simultânea multiplicação dos tratados e mecanismos destinados à proteção dos direitos fundamentais, e o paralelo recrudescimento de suas violações, de tal sorte que, por ocasião da Conferência de Viena, recordou-se que mais da metade da população mundial encontrava-se privada de seus direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998. p. 22.

razoável. A mais dramática destas experiências foi o totalitarismo, que Hannah Arendt analisou como um forma inédita de governo apoiada na ideologia, na burocracia e no terror, e caracterizada pela ubiqüidade do medo.”<sup>84</sup> Para Bertrand Saint-Sernin, o totalitarismo difere das outras ditaduras por manter-se, concomitantemente, presente e evasivo.<sup>85</sup>

A ideologia, acompanhada, invariavelmente, da mentira na criação e na distorção dos fatos, a burocracia, que confunde e omite os verdadeiros responsáveis pelas ordens no sistema, o terror das prisões sem motivo ou sem acusação definida, por tempo indeterminado e intercalada pela humilhação da tortura, o medo, que a todos imobiliza e sujeita à delação, afora outras características incidentais, autorizam perfilhar ao totalitarismo os regimes burocrático-autoritários das décadas de 60 e 70 na América do Sul (Argentina, Brasil, Chile e Uruguai), bem como na Espanha (Franco), em Portugal (Salazar ) e na Grécia (coronéis).<sup>86</sup>

Neste início do século XXI, nos Estados Unidos da América do Norte, país que se sabe ter tradicionalmente acolhido o princípio do devido processo legal, choca o risco, senão a própria constatação, de nova *ruptura*, na acepção arendtiana do vocábulo<sup>87</sup>. Por incrível que pareça, alguns dados do Estado totalitário se repetem no

---

<sup>84</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 76-79.

<sup>85</sup> SAINT-SERMIN, Bertrand. **A razão no século XX**. Trad.: Mário Pontes. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998. p. 139.

<sup>86</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 76-79.

<sup>87</sup> “Uma das notas típicas do pensamento de Hannah Arendt é a percepção e a reflexão sobre o fenômeno da ruptura. Para ela, a ruptura traduz-se num hiato entre o passado e o futuro, gerado pelo esfacelamento dos padrões e das categorias que compõem o repertório da tradição ocidental. Tal hiato gera contínuas perplexidades no presente na medida em que a tradição do pensamento não fornece regras para a ação futura e conceitos para o entendimento dos acontecimentos passados. Daí um dos aspectos da crise contemporânea que se caracteriza pela dificuldade de discernir, no contexto dos problemas do mundo, até mesmo as classes de perguntas que devem ser formuladas.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 80-81.

Estado paranóico e antiterrorista, através dos conceitos de *inimigo objetivo* e de *crime possível*<sup>88</sup>, bem como pela manutenção de pessoas presas, obcecadamente, como prisioneiros de uma nova guerra (Guantánamo).<sup>89</sup>

Enquanto não se completa a *transição paradigmática* de que cuida Boaventura dos Santos<sup>90</sup>, enquanto se tem acesso a antigas portas de conhecidos cômodos, sempre à procura de novos ângulos que renovem a paisagem à janela, a tarefa da ciência jurídica, na parcela de responsabilidade que lhe cabe, consistirá em não permitir que permaneça em aberto uma questão: saber até quando será suportável reunir os escombros das reiteradas rupturas, e até quando a crença na limitação ou no controle do poder se sustentará para a humanidade como capaz de manter a luta pelo asseguramento dos seus direitos fundamentais.

---

<sup>88</sup> “O ‘inimigo objetivo’ leva, no plano jurídico, ao conceito totalitário de *crime possível*, que se baseia na previsão, calcada na ideologia, que certos fatos poderiam ocorrer. [...] ‘... o pressuposto central do totalitarismo – de que tudo é possível – leva assim, através da constante eliminação de restrições reais, à consequência absurda e terrível de que todo crime que o governo possa conceber como viável deve ser punido, tenha sido cometido ou não. A determinação do ‘inimigo objetivo’ e a tipificação do ‘crime possível’ cabem à liderança e estão fora da alçada da polícia. Desta maneira, os serviços secretos dependem inteiramente das autoridades políticas e é por isso que a polícia secreta, ao materializar as ordens e os desejos da liderança, torna-se, monisticamente, ‘a própria encarnação da lei’. A consequência desta encarnação monística da lei faz com que as qualidades peculiares de uma polícia secreta se transformem em qualidade gerais de uma sociedade totalitária. Daí a atitude de suspeita mútua e de espionagem generalizada que impregna o quotidiano num regime totalitário.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 101-102.

<sup>89</sup> Referentemente aos conceitos de guerra e terrorismo, Luigi Bonanate adverte sobre o perigo: “...aproveitarei a oportunidade para refletir sobre a aproximação que hoje, pouco depois do dia 11 de setembro de 2001, está sendo obsessivamente proposta entre guerra e terrorismo. E com toda a razão: de fato, já poderíamos dizer que o terrorismo é a forma pós-moderna da guerra (e, dependendo do ponto de vista, não estaríamos nem um pouco longe da verdade). Contudo, devemos admitir: o problema é mais complexo e precisa ser analisado com mais cuidado.” BONANATE, Luigi. **A guerra**. Trad.: Maria Tereza Buonafina e outro. São Paulo: Estação Liberdade, 2001. p. 9.

<sup>90</sup> Ver SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

### 3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

#### 3.1 CONCEITO

##### 3.1.1 Enfoque funcional

Não é da tradição do direito brasileiro trabalhar com princípios, muito menos com temas constitucionais. No afã de apresentar um conceito exaustivo e definitivo de *devido processo legal*, têm-se feito afirmações temerárias e sujeitas a cair no vazio, tais como: “o alicerce, a base de todos os outros princípios, o gênero através do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”<sup>91</sup>; “um conjunto complexo e plural de diversas garantias constitucionais”<sup>92</sup>; “a síntese de todos os princípios que se referem ao direito natural de defesa em juízo, síntese de princípios e não propriamente um princípio isolado, o que acontece também com o chamado princípio dialético, que nada mais é que a síntese da ampla defesa e contraditório”<sup>93</sup>.

Conceituando o devido processo legal como o gênero, o conjunto ou a síntese de todos ou de alguns princípios ou garantias constitucionais, pode-se até pretender dizer tudo, mas isso em nada colabora para o conhecimento dos fundamentos, do conteúdo e do alcance daquele princípio.

Diferentemente – agora em razão da dificuldade de apreensão de seu conceito e pela necessidade básica da ciência do direito de compreender seus objetos

---

<sup>91</sup> DINIZ, José Janguê Bezerra. Princípios constitucionais do processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 739, p. 739, 1997.

<sup>92</sup> FRIEDE, R. Reis. A garantia constitucional do devido processo legal. **Justitia**, São Paulo, n. 172, p. 49, 1995.

<sup>93</sup> TOVO, Paulo Cláudio e outros. **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 59.

de conhecimento –, vale-se, ordinariamente, do recurso de associação do devido processo legal a outros princípios, garantias e direitos decorrentes<sup>94</sup>.

A rigor, o devido processo legal, quer pelo nível de abstração próprio dos princípios, quer pelo espaço valorativo que ele comporta, não admite conceitos da espécie dos determinados.

A insistência em conceituar o devido processo legal em termos cerrados é própria da nossa tradição romano-germânica, segundo a qual interpretar o direito exige, normalmente, que se tome como ponto de partida o texto da lei ou a enunciação pronta/aceita de um princípio jurídico para subsumir o fato à ordem jurídica.

Já no direito norte-americano, onde melhor se desenvolveu jurisprudencialmente o devido processo legal, a flexibilidade do sistema aberto da *common law*<sup>95</sup> fez com que, naturalmente, como lhe ocorre no trato de matérias

---

<sup>94</sup> Rogério Lauria Tucci e Hector Faundez Ledesma lançam mão desse modelo de enfoque: a) “... constituem, na força de seu conjunto, e em sede penal, o *devido processo penal*, especificando-se, outrossim, 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 processuais; f) da motivação dos atos decisórios penais; e g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal.” TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 36; e b) “I - Las condiciones previas relativas al tribunal – 1) Un tribunal competente; 2) Un tribunal independiente; 3) Un tribunal imparcial; 4) Un tribunal establecido por la ley. II - Los principios generales - 1) Igualdad ante la ley y ante los tribunales; 2) Presunción de inocencia (a) la carga de la prueba; b) la calidad de la prueba; c) la actitud del tribunal ; d) la exclusión de consecuencias negativas antes de que se dicte sentencia definitiva; 3) Derecho a defenderse (o derecho a ser oído); 4) Igualdad de armas. III - Las garantías relativas al proceso mismo – 1) Publicidad del proceso; 2) La rapidez del proceso. IV - Las garantías de la defensa – 1) Derecho a ser informado de la acusación (a) contenido de la información; b) oportunidad de la información; 2) Derecho al tiempo y las facilidades necesarias para la defensa (a) tiempo necesario para la preparación de la defensa; b) medios adecuados para la preparación de la defensa); 3) Derecho a contar con un intérprete; 4) Derecho a contar com asistencia jurídica. V - Garantías relativas a la prueba o evidencia – 1) Derecho a confrontar la evidencia presentada por la acusación; 2) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo; 3) Derecho a presentar evidencia en su favor. VI - Garantías subsecuentes al proceso – 1) Derecho a apelar; 2) Derecho a no ser procesado más de una vez por un mismo hecho.” LEDESMA, Hector Faundez.. El derecho a un juicio justo. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, n. 80, p. 141-178, 1991.

<sup>95</sup> “Os direitos da família romano-germânica constituem conjuntos coerentes, ‘sistemas fechados’, em que toda a espécie de questões pode e deve, pelo menos em teoria, ser resolvida pela

constitucionais, que não se tentasse e não se tente uma definição preestabelecida. A observância do devido processo depende de verificação, caso a caso, através do método de inclusão e exclusão (*case system*)<sup>96</sup>.

Há outro fator fundamental para que no direito norte-americano assim se proceda. O princípio foi recepcionado do direito inglês e se consolidou como uma tradição liberal em sua cultura jurídica, constituindo um valor supralegal de justiça e correção dos atos de Estado. Em pelo menos duas oportunidades, esse caráter restou bem assentado nas decisões da Suprema Corte: a) em *Holden versus Herdy*: “Este tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law*; [...] basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça, aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer”; b) em *Solesbee versus Balkcom*: “Acha-se assentada a doutrina por esta Corte que a cláusula do *due process* enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda nossa história. *Due process* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo.”<sup>97</sup>

Convencida pela diversidade que o devido processo assumiu no seu percurso histórico, Maria Rosynete Oliveira Lima, acertadamente, considera a demarcação do

---

‘interpretação’ de uma regra jurídica existente. O direito inglês é, pelo contrário, um ‘sistema aberto’; comporta um método que permite resolver toda a espécie de questões, mas não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias. A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação das regras jurídicas; consiste, partindo das *legal rules* já estabelecidas, em descobrir a *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie; esta tentativa é conduzida levando-se em conta os fatos de cada espécie e considerando com cuidado as razões que existem para distinguir a situação que hoje se apresenta das que foram apresentadas no passado.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 326.

<sup>96</sup> Neste sentido: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 153-154.

<sup>97</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 61, p. 42-43, 1994.

conceito uma *ilusão tópica*, preferindo uma abordagem pela sua funcionalidade, na qual se incluem: a) a mais importante, controlar o poder do Estado, assegurando-se o respeito aos direitos fundamentais; b) revestir de racionalidade a interpretação, tornando-a objetiva e controlável e dotando de máxima efetividade os bens de tutela constitucional; c) oferecer um parâmetro de constitucionalidade, protegendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais; d) legitimar a criação jurisprudencial com permissão para a participação do cidadão na elaboração do direito, tornando o sistema jurídico permeável a valores não-positivados.<sup>98</sup>

Para se transitar pelo conteúdo e alcance do devido processo legal, é necessário entender a evolução de seu sentido jurídico (ou de seus sentidos jurídicos) no direito norte-americano, onde ele se estruturou, para fins classificatórios, em duas etapas, das quais apenas a primeira foi assimilada pelo direito brasileiro, com resultados questionáveis e com matizes de um direito de fonte predominantemente legislativa.

### 3.1.2 Conteúdo e alcance

#### 3.1.2.1 Dimensão processual

Inicialmente, o devido processo legal, aplicado tão-somente no âmbito processual penal, correspondia ao dever de obediência a regras e princípios de procedimento (*procedural due process*), “às garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito à ‘ordely procedings’, procedimentos ordenados por princípios...”<sup>99</sup> Com esse feitiço processual, o devido processo vigeu na

---

<sup>98</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 225-236 e 289.

<sup>99</sup> BRINDEIRO, Geraldo. A constituição federal e o devido processo legal no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**, São Paulo, n. 14, p. 15-16, 1996.

antiga Inglaterra e foi absorvido, mais incisivamente, pelas 5.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup> emendas à Constituição norte-americana<sup>100</sup>.

A cláusula *due process of law* em matéria criminal importava em garantias expressas e em garantias implícitas no sistema constitucional.

Entre as primeiras, cumpre destacar: a) a proibição de *bill of attainder* e de leis retroativas; b) o direito a julgamento por um júri; c) as vedações de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato e da auto-incriminação forçada; d) o direito a um julgamento célere e público por um júri imparcial; e) o direito de ser informado sobre a imputação; f) o direito à defesa e ao contraditório.

Incluem-se nas garantias implícitas as decorrentes de decisões judiciais em que se reconheceu como direitos conservados pelo povo (9.<sup>a</sup> Emenda)<sup>101</sup> e, portanto, insertos no rol das liberdades públicas da Constituição, notadamente, os seguintes: a) ter “o seu dia na Corte” (*his day in the Court*); b) ter designada audiência judicial para ser ouvido o quanto antes (*prompt hearing*); c) ser cientificado pela autoridade policial da sua prerrogativa de permanecer calado e de ser assistido por um advogado nomeado ou constituído.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> a) Emenda n.º V: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” e b) Emenda n.º XIV – Seção 1: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” The Constitution of the United States of America. Washington: The Supreme Court Historical Society, [199-]. p. 18 e 21-22.

<sup>101</sup> “The enumeration, in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.” The Constitution of the United States of America. Washington: The Supreme Court Historical Society, [199-]. p. 19.

<sup>102</sup> Conforme CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 34-37.

### 3.1.2.2 Dimensão substantiva

Na segunda fase, passou o devido processo, por obra da jurisprudência da Suprema Corte, a adquirir feição substancial ou material de controle dos atos do Poder Legislativo e da Administração, quando em conflito com valores incorporados na ordem constitucional (*substantive due process*). A lei e o ato de governo violadores de princípios constitucionais comportam exame de sua razoabilidade e racionalidade, podendo, se houver sacrifício desmedido de direitos fundamentais, sofrer sanção de inconstitucionalidade.

A teoria do exame judicial (*judicial review*) das leis, com vistas à verificação de sua constitucionalidade, deferindo ao Poder Judiciário o controle dos atos do Legislativo, justifica-se também por certa prevenção, que remonta à época colonial, contra as ingerências do parlamento inglês. A Suprema Corte encontrou na cláusula do devido processo um meio de estender a *judicial review* para aferir a razoabilidade e a racionalidade de leis e atos administrativos, o que na Inglaterra nunca se admitiu, por parecer intocável a soberania da qual se investe o parlamento.<sup>103</sup>

Assim, a cláusula do devido processo legal assume o papel de padrão de confrontação, segundo os critérios do que seja tido como razoável ou racional em determinadas circunstâncias, entre as iniciativas do Estado e o círculo de incidência dos direitos fundamentais, de modo a se delimitar e harmonizar as esferas entre o interesse público e o interesse privado.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 709, p. 250, 1994.

<sup>104</sup> Como exemplo, pode-se, com Adhemar Ferreira Maciel, mencionar a aplicação do devido processo legal ao tema do aborto: “Praticamente todas as legislações estaduais e territoriais americanas baixaram leis dificultando, limitando ou até mesmo impedindo o aborto. O caso matriz, que constantemente tem sido posto à prova, por não ter ainda solucionado a contento a questão, é o ‘Roe v. Wade’. O Estado do Texas tinha lei proibindo aborto, exceto para salvar a mãe no caso de risco de vida. Jane Roe (nome fictício de Norma MacCorvey), moça solteira de vinte e cinco anos de idade, foi estuprada por uma gangue e ficou grávida. Não queria o filho, pois nem sequer sabia quem era o pai. Lastreou sua defesa no direito à privacidade. A Suprema Corte decidiu, após memorável discussão, que, de acordo com a Emenda n.º XIV, uma mulher grávida tinha o ‘direito fundamental à

Contudo, em um primeiro momento, a vertente material do devido processo se debruçou sobre a legislação econômica, invalidando leis intervencionistas, com vistas a assegurar os postulados do liberalismo de mercado, até que, nos anos 30, mudou de direcionamento para admitir rasgos de um Estado social, passando a se ocupar em preservar os direitos ou liberdades individuais propriamente ditas.<sup>105</sup>

A mudança de sentido na aplicação da cláusula do devido processo revela sua permeabilidade aos valores de cada momento histórico e a uma ideologia de Estado e de sociedade. Pela atualização casuística do seu conceito, a Constituição se mantém e se revigora, legitimando o Poder Judiciário como protagonista de sua interpretação e guarda.

No direito brasileiro, o princípio do devido processo legal acompanhou, em parte, o desenvolvimento norte-americano, instalando-se primeiramente no direito processual penal e passando, progressivamente, a ser aplicado no direito processual civil e no direito administrativo.

Todavia, se é inegável a sua extensão ao campo do direito processual civil e do direito administrativo, ainda se afigura bastante nova sua recepção no sentido

---

privacidade', a qual englobava o direito de interromper, após conselho médico, gravidez indesejável. Fixou-se, então, um equilíbrio de 'preponderância de interesses' entre o Estado e a cidadã. Até nas vizinhanças de três meses de prenhez, o aborto seria admitido, pois o *compelling interest* era da mulher. Depois do primeiro trimestre de gravidez, o *compelling interest* passava a ser do Estado, que tinha o dever de proteger a saúde da mulher e o futuro cidadão que estava indefeso em suas entranhas." MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due processo of law*. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 61, p. 46-47, 1994.

<sup>105</sup> Para melhor ilustrar: "... o *leading case* na área do controle judicial da legislação econômica surgiria no ano de 1905, no famoso caso *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte estadunidense declarou inconsistente com a Constituição a lei daquele Estado, que fixara jornada máxima de trabalho para empregados de padaria (*bakers*), reconhecendo, para tanto, que a garantia do *devido processo legal* assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, portanto sem qualquer ingerência do Poder Público. [...] A doutrina *Lochner*, logo transformada em figurino no campo do controle jurisdicional sobre as medidas de intervenção do Estado na ordem econômica e social, foi responsável pela invalidação de dezenas de textos legislativos nos anos 20, tendo por objeto a regulamentação dos mais variados setores da economia, como o tabelamento de preços, as condições de comércio, indústria e profissão, além das relações de trabalho e sindicais." CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 64-68.

material ou substantivo.

A timidez com que se trata o devido processo no Brasil, a relativa escassez de fontes doutrinárias e jurisprudenciais autenticamente nacionais, as origens e características de nosso sistema e os dados de nossa Constituição exigem uma digressão necessariamente contributiva para o tema.

## 3.2 NO DIREITO BRASILEIRO

### 3.2.1 Dimensão processual

Com a importante ressalva de sua pouca efetividade e de toda sorte de manipulação sugerida pelo princípio do prejuízo em matéria de nulidades (art. 563 do Código de Processo Penal), o devido processo legal, em sua dimensão procedimental, ou, mais exatamente, pelo que se pode aproveitar da expressão *procedural due process* do direito norte-americano, de há muito vem sendo aplicado no Brasil.<sup>106</sup>

No que respeita à obediência das regras de procedimento, a lacuna de uma tradição constitucionalista nos afasta, visivelmente, de um direcionamento protetor do indivíduo, tão caro às concepções liberal e jusnaturalista anglo-americanas.

O fenômeno da *aparência de um devido processo* foi muito bem observado por Aduino Suannes:

Se a Constituição considera a presença do advogado indispensável para que tenhamos um *fair trial*, para que essa conquista duramente batalhada ao longo da conceituação da *due process clause* não seja algo meramente formal, como aceitar que seu trabalho seja

---

<sup>106</sup> Se na jurisprudência nacional fosse observado um direito ao procedimento, não se poderia, de todo, negar razão a Reis R. Friende: “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao rito (procedimento) adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida. Deve ser recordada, a esse especial propósito, a imperatividade – e, por consequência, inafastabilidade por livre convenção das partes – das regras processuais (normas eminentemente de direito público), de modo geral, e, em especial, as relativas aos ritos processuais.” FRIEDE, R. Reis. A garantia constitucional do devido processo legal. *Justitia*, São Paulo, n. 172, p. 50, 1995.

considerado algo absolutamente despiciendo? De fato, segundo a nossa jurisprudência dominante, a presença do defensor no interrogatório judicial é dispensável, a defesa prévia é dispensável, a intimação do defensor da data da audiência que se realizará no Juízo deprecado é dispensável, as alegações finais são dispensáveis, a interposição de recurso contra sentença condenatória é dispensável, as razões de recurso são dispensáveis, as contra-razões de recurso são dispensáveis, os embargos infringentes são dispensáveis, a atuação em revisão criminal é dispensável. É isso porque a Constituição diz que o advogado é indispensável. Imagine se ela dissesse ser ele dispensável!<sup>107</sup>

Atentos ao envelhecimento de nosso Código de Processo Penal e ao acomodamento dos tribunais, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho até que tentaram arejar a jurisprudência e formularam doutrina nova e estimulante do devido processo procedimental, denominada *atipicidade constitucional*, pela qual o ato processual violador de preceito constitucional sempre ensejaria inexistência jurídica ou nulidade absoluta:

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal”, como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da jurisdição. [...] Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior será a consequência que surgirá da própria Constituição ou dos princípios gerais do ordenamento. [...] Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser julgado inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas.<sup>108</sup>

Depois de anos a fio de convivência com uma Constituição outorgada e desvinculados de qualquer cumplicidade social que um poder constituinte autenticamente originário mobiliza, falta aos nossos tribunais a compreensão de que os atos processuais realizados em discordância imediata com as regras do Código de Processo Penal têm a capacidade de atingir também normas constitucionais de

---

<sup>107</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 317-319.

<sup>108</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19-21.

processo. Neste caso, o interesse público de prevalência ou primazia da ordem constitucional se resolve na legislação ordinária, mesmo no Código de Processo Penal vigente, como hipótese de nulidade absoluta, sem que se cogite de qualquer prejuízo para a acusação ou a defesa (art. 563).

### 3.2.2 Dimensão substantiva

#### 3.2.2.1 Fundamento constitucional

O devido processo legal é a grande novidade positivada na Constituição da República de 1988. Até então, ele lampejava em decisões de nossos tribunais na condição de princípio não-escrito, ou ganhava referências na doutrina, as mais das vezes como princípio de direito comparado.<sup>109</sup>

Impressionada pelo nosso atraso e contra ele fazendo alavanca retórica, Lúcia Valle Figueiredo enfatiza:

... temos de pensar que, quando [a expressão *devido processo legal*] aparece neste texto, aparece com o conteúdo do Direito Americano [...]. Não é possível pensar que, no final do século, aquilo que foi evolução do Direito Americano nas primeiras décadas deste século, quando é incorporado em Constituição do Terceiro Mundo, entretanto equiparável às constituições melhores do Primeiro Mundo, à Constituição Espanhola, à Constituição Alemã e à Constituição Portuguesa – nós não podemos supor que o texto constitucional empregou o “devido processo legal” ainda com seu aspecto apenas formal, com o aspecto do século passado. Isso também é fazer tábula rasa de toda evolução do Direito Moderno e, realmente, não posso entender como uma Constituição tão moderna quanto esta fosse encampar, apenas no sentido formal, e não no material, até porque o sentido formal já

---

<sup>109</sup> “Afirmava F. C. de Santiago Dantas (1953, p. 53-54), quando vigente a Carta de 1946 (que não continha expressa em seu texto a cláusula do ‘devido processo legal’), que a técnica de limitação da função legislativa, no Direito positivo pátrio, resultava da concorrência de dois dispositivos constitucionais: o princípio da igualdade (base de todos direitos fundamentais), oriundo do Direito Constitucional europeu, e a norma de controle judiciário das leis, oriunda do Direito Constitucional americano. Afirmava este autor que, graças ao princípio da igualdade, podia-se atingir no Direito brasileiro os mesmos recursos jurisprudenciais construídos, nos Estados Unidos da América, pela Suprema Corte a partir do ‘devido processo legal’ (Dantas, 1953, p. 63-64).” DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 709, p. 253, 1994.

havia.<sup>110</sup>

O reclamo da autora tem procedência ao fundamento da própria Constituição da República. Constando entre os direitos e garantias fundamentais, acode ao princípio do devido processo legal a regra de extensão de seu sentido ou de ampliação do seu conteúdo inserta na primeira parte do § 2.º do art. 5.º, pela qual outros direitos e garantias decorrentes de princípios por ela adotados não devem ser excluídos. Textualmente: “*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.*” (Destacou-se.)

Na interpretação mais literal possível, se o devido processo é princípio (e direito e garantia de acesso a ele), a Constituição de 1988 recepcionou-o por inteiro (nos sentidos formal e material), dada sua interação com o sistema constitucional de tutela dos direitos fundamentais, dotando o cidadão do direito de questionar atos de Estado que o vergastem.

Detendo-se um pouco mais na literalidade do § 2.º do art. 5.º da Constituição da República, o direito ao devido processo substantivo decorre, por outro lado, do próprio *regime adotado*, o regime democrático, indissociável do Estado Democrático de Direito.

Willis Santiago Guerra Filho, ao tratar do que denomina de *fórmula política do Estado Democrático de Direito*, permite entrever uma *fórmula política do devido processo legal* como refúgio de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. Segundo o autor, o Estado Democrático de Direito e os seus princípios, instituídos no art. 1º, da Constituição da República, compõem uma fórmula política que serve de base de interpretação para todos os seus demais dispositivos. O Estado Democrático de Direito – que veio à tona na Europa do pós-guerra, como meio de se seguir à frente do Estado liberal e do Estado Social – não comporta o aniquilamento dos interesses do

---

<sup>110</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. **Revista Trimestral de Direito Público**, 36/44, p. 123-124.

indivíduo em favor dos interesses do Estado; antes disso, prescreve-lhes uma sintonia<sup>111</sup>. A razoabilidade e a racionalidade, alusivas ao aspecto material do devido processo, buscam exatamente harmonizar as esferas entre o interesse público e o interesse privado.

É relevante anotar também que, apesar de não o dizer com todas as letras, o Supremo Tribunal Federal se permite, excepcionalmente, reconhecer o devido processo legal em sua feição substantiva:

Embora não-declarado expressamente, o princípio do devido processo legal, em sua feição substantiva, foi utilizado em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, no ano de 1968. Cuidou-se do julgamento do Habeas Corpus n. 45.232-GB, que, por obra do Ministro-Relator Themístocles Cavalcanti, serviu para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 48 do Decreto-lei n.º 314, de 15.03.67 – “Lei de Segurança Nacional” – com fundamento no artigo 150, caput e § 35 da Constituição Federal de 1967. [...] Passados quase dez anos, o exame de razoabilidade volta à tona no Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n.º 930-DF. [...] Outras decisões do Supremo Tribunal Federal continuaram a ser proferidas, deixando antever em seus fundamentos o devido processo legal substantivo.<sup>112</sup>

Raphael Augusto Sofiati Queiroz apresenta justificativa bastante plausível acerca da timidez jurisprudencial em torno do devido processo substantivo. A formação positivista dos nossos magistrados os levaria a conceber o princípio da razoabilidade como carente de orientação técnico-jurídica, levando, por isso, a se incorrer no subjetivismo.<sup>113</sup>

### 3.2.2.2 Fundamento ético-positivo

A Constituição de 1988 também fundou um Estado de *justiça*, ao proclamá-

---

<sup>111</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 19-20 e 24-25.

<sup>112</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 200-206.

<sup>113</sup> QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 32.

la, em seu preâmbulo, entre os *valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ora, “la justicia no es sencillamente una noción jurídica o política, sino eminentemente ética; de manera que al defender la justicia no sólo estamos defendiendo los fundamentos del sistema democrático, sino – lo que es más importante – los valores morales del cuerpo social”<sup>114</sup>.

Avulta aqui o substrato ético do devido processo legal, apenas perscrutável em sua perspectiva material ou substantiva.

Bem percebeu Maria Rosynete Oliveira Lima que do próprio vocábulo *devido* descortina-se o horizonte ético do devido processo legal. Portanto,

... como dizer *o que é devido* sem recorrer a valores? É, pois, uma pauta que carece de preenchimento valorativo. Assim, a aplicação do princípio em foco exige frequentemente um juízo de valoração que, segundo Karl Larenz, há que ser guiado pelo *ethos* jurídico dominante, ou seja, pela consciência jurídica geral (1989:148). E, embora reconheça que os valores sofrem grande influência das própria idéia de justiça de quem os aplica, eles possuem uma via de acesso à razão, eis que são objetivadas como valores que têm uma validade geral.<sup>115</sup>

O exame de razoabilidade dos atos de Estado remete à questão da *justiça das leis*, pois estas devem estar em consonância com um *direito justo*, porquanto representativo dos valores em sociedade.<sup>116</sup>

Nesse diapasão, concebe-se plenamente a exigência de um *processo penal justo* vinculado à idéia de um *direto a um julgamento justo*, expressão, aliás, preferida por Lesdema, pela sua carga axiológica, para designar o próprio devido processo legal:

Un de los derechos individuales que a lo largo de la historia siempre ha figurado entre los derechos fundamentales, en cuanto constituye un instrumento de protección en contra de los abusos del poder, es el derecho a un “juicio justo”, también llamado derecho al “debido proceso”, o derecho a un “proceso regular”. Aunque la primera denominación

---

<sup>114</sup> LEDESMA, Hector Faundez.. El derecho a un juicio justo. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, n. 80, p. 179, 1991.

<sup>115</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 183.

<sup>116</sup> Neste sentido: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 150-153.

sugerida (derecho a un “juicio justo”) – a diferencia de las otras dos – parece apuntar más a consideraciones de justicia que de derecho positivo, consideramos que ella responde adecuada y cabalmente a la naturaleza del referido derecho, en cuanto se refiere a un conjunto de normas plasmadas en el derecho positivo y cuyo propósito es, precisamente, asegurar la justicia, equidad, y rectitud de los procedimientos judiciales. Esta es, en consecuencia, la denominación que utilizaremos.<sup>117</sup>

A concepção de um processo penal justo, corolário do devido processo legal substantivo, cumpre, como em suas raízes jusnaturalistas, uma *função ético-política de justificação* do direito positivo, como se referia Kelsen relativamente ao direito natural<sup>118</sup>. Acrescente-se que esta função se opõe diametralmente à teoria da norma fundamental, por ele defendida como fundamento de validade do direito positivo, e não, como fazia questão de advertir, do seu conteúdo de validade<sup>119</sup>. É de se ver, pois, que justamente o *conteúdo* das leis processuais e dos atos jurisdicionais em geral, atos de poder do Estado, submete-se à perquirição de sua razoabilidade e racionalidade com o escopo de garantir um julgamento justo, pautado pela tutela dos valores que foram escolhidos e, por isso, absorvidos pela Constituição como direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>120</sup>

Do até aqui exposto, pode-se concluir acerca do devido processo legal

---

<sup>117</sup> LEDESMA, Hector Faundez.. El derecho a un juicio justo. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, n. 80, p. 137, 1991.

<sup>118</sup>“...a norma fundamental da Teoria Pura do Direito não pode ser – como o direito natural – um critério de apreciação do direito positivo e também não pode, conseqüentemente, ter a função que ao direito natural cumpre exercer em face do mesmo direito positivo: a função ético-política de justificação.” KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad.: João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 171.

<sup>119</sup>KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad.: João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 171.

<sup>120</sup>Poder-se-ia dizer, com Dinamarco, que “Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*. A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem política-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 21.

brasileiro: *a)* possui a natureza jurídica de princípio de direito constitucional controlador e balizador dos atos do Estado; *b)* em sua fórmula política, é instrumento do Estado Democrático de Direito; *c)* endereçado à pessoa humana, constitui direito e garantia fundamental a um tratamento informado: *c.1)* pelos princípios e regras de processo e de procedimento (aspecto procedimental) e *c.2)* por valores implicitamente consagrados na Constituição, ou explicitadamente reconhecidos entre os direitos fundamentais, notadamente o valor de justiça, segundo o senso comum desta (aspecto substantivo).

Referentemente ao devido processo substantivo brasileiro, é de fundamental importância saber se, além dos princípios da razoabilidade e da racionalidade (do direito norte-americano), ele também compreende o princípio da proporcionalidade (do direito europeu-continental), assunto que, por suas particularidades, merece ser tratado em tópico específico.

### 3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

#### 3.3.1 Origens

As idéias jusnaturalistas que tanto marcaram o direito anglo-americano, no curso da história da limitação ou controle do poder, haveriam de trazer conseqüências também para os ordenamentos jurídicos da Europa continental.

Para fazer frente ao poder desmedido do monarca, resguardando a liberdade do indivíduo, centro das preocupações do jusnaturalismo inglês dos séculos XVII e XVIII, que o inspirou, o princípio da proporcionalidade se originou do direito administrativo francês, como instrumento de defesa do cidadão (*récourse pour excès de pouvoir*) e se consolidou no direito constitucional alemão, com o objetivo de proteger

os direitos fundamentais em face da atividade do Poder Legislativo.<sup>121</sup>

Na condição de princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade sustenta-se, política e historicamente, na evolução e superação do Estado de Direito da Constituição de Weimar, ligado ao princípio da legalidade, para o Estado de Direito do segundo pós-guerra, voltado para o princípio da constitucionalidade e para a valorização dos direitos fundamentais. Os limites ao Poder Legislativo (ordinário ou até mesmo constituinte derivado) certificam a supremacia constitucional em relação à lei, ou a prevalência do princípio da constitucionalidade em face do princípio da legalidade.<sup>122</sup>

Depois dos horrores do nazismo, a Constituição alemã de 1949 emprestou à dignidade humana e aos direitos fundamentais lugar de destaque, quer pela submissão dos poderes de Estado a eles (art. 1.º), quer por definir o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (art. 19), somente se admitindo restringi-los por lei necessária e geral que não atinja o seu conteúdo. Coube, então, ao Tribunal Constitucional estabelecer que as medidas restritivas de direitos fundamentais seriam analisadas sob três critérios: necessidade, adequação e proporcionalidade.<sup>123</sup>

### 3.3.2 Elementos

A necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas de restrição aos direitos fundamentais correspondem aos elementos ou

---

<sup>121</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 44-45.

<sup>122</sup> BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 34, p. 281-283, 1994.

<sup>123</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 46-47.

subprincípios do princípio da proporcionalidade. De forma diversa do sistema da *common law*, o sistema europeu-continental recorre a conceitos apriorísticos, extraindo das regras gerais a solução dos casos. Permite-se, assim, operar com definições.

Suzana de Toledo Barros detalha conceitualmente os elementos do princípio da proporcionalidade:

Princípio da adequação ou da idoneidade... [...] Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na observância do *princípio da proporcionalidade*. O controle intrínseco da legiferação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?...[...] Princípio da necessidade ou da exigibilidade... [...] O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa... [...] Princípio da proporcionalidade em sentido estrito [...] Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido.<sup>124</sup>

Ainda que se trabalhe com subprincípios ou elementos bem determinados, não se pode ignorar a complexidade de algumas situações. É possível que uma lei, pretendendo dar efetividade a um direito fundamental, acabe por atingir outro direito fundamental.

Ocorrendo uma *colisão de direitos fundamentais*, entra em cena o *método da*

---

<sup>124</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 76-83. Em matéria criminal, não se pode deixar de registrar que “... o comando de proporcionalidade implicaria importante moderação no próprio exercício da jurisdição criminal, vez que, algumas vezes, afetaria mesmo a obrigatoriedade de aplicação de determinadas disposições legais aos casos concretos, ainda quando fossem formalmente inobjektáveis e se justificassem sob outras circunstâncias fáticas, mas que, concretamente, revelam inadequação à consecução de seus fins, desproporção de meios ou, ainda, aptidão a produzir danos exagerados em ponderação com os objetivos de proteção.” FLACH, Norberto. **Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 51.

*ponderação de bens*<sup>125</sup>, que se pauta no princípio da proporcionalidade e nos seus subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>126</sup>

O método da ponderação de bens se realiza diante das peculiaridades do caso concreto. Constatada a colisão entre dois ou mais princípios (ordinariamente os direitos fundamentais estão previstos nesta categoria), os bens em cotejo sofrerão limitações imprescindíveis à concretização de todos, pois os princípios autorizam aplicação concomitante, conforme o *peso* que assumam.<sup>127</sup>

### 3.3.3 Fundamentação normativa

#### 3.3.3.1 Quadro geral

Em síntese, para a fundamentação normativa do princípio da proporcionalidade apresentam-se as seguintes teses: a) do Estado de Direito, a exemplo do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, sob o argumento de que, em sentido material, o Estado de Direito contempla a idéia de justiça, e esta se realiza pelo princípio da proporcionalidade (na Espanha, o Tribunal Constitucional tem invocado, algumas vezes, esse fundamento); b) do conteúdo essencial dos direitos

---

<sup>125</sup> Registre-se que há outros recursos teóricos ou métodos de ponderação de bens em conflito para compor a colisão entre direitos fundamentais, como os princípios da unidade da constituição e da concordância prática. Ver, a propósito: FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 118-126.

<sup>126</sup> SARMENTO, Daniel e outros. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 93.

<sup>127</sup> SARMENTO, Daniel e outros. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 93. “O método da ponderação de bens é amplamente utilizado em países que possuem contencioso constitucional, notadamente nos Estados Unidos, na Alemanha e na Espanha. No Brasil, a jurisprudência dominante não se vale explicitamente do método da ponderação, usando-o porém de forma velada, no afã de mascarar as condicionantes da decisão que não pertençam ao domínio da lógica-formal.” Ibidem, p. 94.

fundamentais, antiga posição do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; c) do princípio da dignidade humana; d) do devido processo legal substantivo, especialmente na doutrina brasileira.<sup>128</sup>

### 3.3.3.2 No Brasil

Há motivos bem claros, relacionados com as origens do direito constitucional brasileiro e com a matriz de nosso sistema de direito, para sustentar a fundamentação normativa do princípio da proporcionalidade no devido processo legal substantivo (princípios da razoabilidade e da racionalidade).

A ordem político-constitucional brasileira, desde a primeira Constituição republicana, demonstra o aproveitamento de institutos do direito constitucional norte-americano (Constituição escrita e rígida; regime presidencialista e sistema federativo; controle de constitucionalidade das leis pelo próprio Poder Judiciário; Judiciário com competência plena)<sup>129</sup>. No entanto, não houve como evitar que a doutrina e elementos do direito da Europa continental, também oriundo do sistema de direito romano-germânico, viessem aportar em nosso ordenamento jurídico e em nossas academias de

---

<sup>128</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 159-166. O autor trata, ainda, da “Fundamentação jusfundamental” de Alexy: “... a fundamentação da máxima da proporcionalidade que toma por base o caráter principial das normas de direitos fundamentais. Há uma co-implicação – uma implicação recíproca – entre princípios e máxima da proporcionalidade. Aqueles implicam esta, esta implica aqueles. No âmbito da questão que aqui se aborda – fundamento do princípio da proporcionalidade – isso significa que o princípio da proporcionalidade é deduzível ou infere-se, logicamente, do caráter o da natureza dos princípios. [...] As máximas da necessidade e da adequação são inferidas dos princípios como mandatos de otimização segundo as possibilidades fáticas. [...] Como se vê, para a teoria dos princípios, as máximas da proporcionalidade são, ao mesmo tempo, uma implicação lógica e normativa dos princípios. Enquanto mandatos de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, os princípios, principalmente na hipótese de colisão, exigem as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, partindo da premissa de que os direitos fundamentais têm natureza principial, é possível afirmar, também, que as máximas da proporcionalidade derivam das normas-princípios de direitos fundamentais, ou seja, dos direitos fundamentais enquanto princípios.” Ibidem, p. 168-171.

<sup>129</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 62-63.

direito. Logo, não causa estranheza que autores ou tribunais brasileiros utilizem, indistintamente, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Maria Rosynete Oliveira Lima, por exemplo, embora reconhecendo alguma diferença, satisfaz-se com a igualização:

Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro. E, repetindo o que já se disse sobre os princípios concretizadores, o princípio da proporcionalidade, bem assim o da razoabilidade, são subprincípios concretizadores do devido processo legal, no seu aspecto substantivo.<sup>130</sup>

Suzana de Toledo Barros não assinala qualquer diferença e não hesita em afirmar que “O *princípio da proporcionalidade*, a que se faz alusão neste trabalho, como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o *princípio da razoabilidade* dos norte-americanos, desenvolvido há mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito”<sup>131</sup>, sendo

---

<sup>130</sup> LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 287.

<sup>131</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 57-58. Carlos Roberto de Siqueira Castro aponta que, no direito norte-americano, também se realiza um exame de meio e fim da medida legislativa, através do devido processo e do princípio da isonomia: “...a moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam *razoáveis* e *racionais*. [...] Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre *meio e fim* – *means-end relationship*, segundo a nomenclatura norte-americana – da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de “razoabilidade” e de “racionalidade”, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política. [...] Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do *devido processo legal* erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas *irrazoáveis* ou *irracionais*. [...] Pode-se dizer, nesse sentido, que o princípio da igualdade, em sua conjugação com a cláusula do *devido processo legal*, desempenha, em nível de controle meritório da legislação, papel semelhante àquele desenvolvido pela teoria francesa do desvio de poder (*détournement de pouvoir*), no que concerne à aferição da legalidade e da moralidade dos atos ditos discricionários da Administração Pública.” CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 155-160.

certo que o juízo de razoabilidade se associa ao de proporcionalidade.

Diferentemente, Willis Santiago Guerra Filho aponta com severidade um embaralhamento de princípios. O princípio da razoabilidade teria função negativa, impedindo que se vá além do que seja, imediatamente, juridicamente admissível, ao passo que a proporcionalidade teria função positiva, afirmando o círculo onde se deve permanecer, ainda que fosse razoável, *prima facie*, transpô-lo.<sup>132</sup>

Raphael Augusto Sofiati Queiroz, por sua vez, entende que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se distinguem pela amplitude, maior do primeiro e menor do segundo.<sup>133</sup>

Wilson Antonio Steinmetz, por derradeiro, advoga a superioridade do princípio da proporcionalidade em relação ao da razoabilidade, porque capaz de ser aplicado, com critérios claros e pré-definidos, em casos de colisão de direitos fundamentais.<sup>134</sup>

Destas ponderações e posicionamentos coligidos, pode-se concluir, em resumo, que: a) os princípios da razoabilidade e da racionalidade e o princípio da proporcionalidade são formados a partir de um mesmo núcleo de idéias (jusnaturalistas) e se prestam, desde a concepção, à função de limitação ou controle do poder do Estado; b) os princípios da razoabilidade e da racionalidade remetem a uma indagação do conteúdo de valor das medidas restritivas dos direitos fundamentais a se apurar apenas no exame do caso concreto, ao passo que o princípio da proporcionalidade procura, por padrões preestabelecidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) indagar do caminho ou método utilizado para a

---

<sup>132</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago e outros. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25-26.

<sup>133</sup> QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 44-45.

<sup>134</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 187-188.

edição da medida; c) os princípios da razoabilidade e da racionalidade possuem fundamentação normativa historicamente consagrada no devido processo legal substantivo, enquanto o princípio da proporcionalidade pôde lograr ocupar esse lugar apenas pela indistinção conceitual na doutrina e na jurisprudência nacionais.

Seja como for, o princípio da proporcionalidade vem se afirmando, no Brasil, como elemento recorrente na aferição da constitucionalidade em face da urgência de mecanismos de proteção aos direitos fundamentais. Se, em última análise, o que não é proporcional não pode, também, ser admitido como razoável, está-se diante de uma perfeita simbiose de princípios. Culturalmente falando, continuamos habitando um país que, à distância média entre dois sistemas jurídicos separados por um oceano, põe-se à prova como capaz de recriar o direito.

Mas à disposição de absorver novos princípios deve corresponder o equivalente desprendimento de antigos paradigmas, para que se possa recepcionar o sistema que decorre desta superação. Um novo enfoque, derivado da concepção brasileira de um devido processo procedimental e substantivo passa em revista todo o seu sistema processual penal emergente do Código de Processo Penal, erigido sob um modelo datado de Estado e de sociedade<sup>135</sup>, completamente dissonante do sistema de garantias objetivado pela Constituição de 1988, fruto de um Estado Democrático de Direito em construção e de uma sociedade que se quer consolidar como fraterna e pluralista.

---

<sup>135</sup> “No Brasil, nós temos um sistema processual civil implantado pelo Estado Novo autoritário e que sobreviveu à redemocratização de 1946 e ao movimento militar de 1964, permanecendo na Nova República (o Código de Processo Penal é o mesmo e o de Processo Civil vigente traz as mesmas características do precedente). [...] Outro aspecto dos descompassos entre o processo e a ordem constitucional teve-se durante os vinte anos de regime autoritário que vivemos e principalmente no período em que maior foi a repressão e a restrição aos direitos e liberdades públicas.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 44-45.

### 3.4 DEVIDO PROCESSO PENAL BRASILEIRO<sup>136</sup>

#### 3.4.1 Direito a um julgamento justo e garantismo

O sistema de garantias da Constituição da República, tão próprio do constitucionalismo dos dias atuais, faz-se acompanhar, não por acaso, da evolução da ciência processual. O prestígio dos estudos de direito processual a partir do instituto do direito de ação justificava-se pelo individualismo de um Estado do tipo liberal, a preferência pela jurisdição se incluía no contexto de um Estado intervencionista de cunho social, e o destaque ao processo, às suas garantias e ao procedimento, mais recentemente, refletem as características de um Estado democrático de direito.

Um ano antes da promulgação da atual Constituição da República, Cândido Rangel Dinamarco afirmava que “a preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado *Estado social*...”<sup>137</sup>

Pouco mais de duas décadas após, Antonio Scarance Fernandes sinaliza outra tendência, a que prioriza os estudos de direito processual a partir do tema do

---

<sup>136</sup> Devido processo penal nada mais representa do que o devido processo legal na esfera do Direito Processual Penal, conforme a adesão de Rogério Lauria Tucci: “Esses consectários, por sua vez, constituem na força de seu conjunto, e em sede penal, o *devido processo penal* – expressão apropriada (dotada de rigor técnico) à sua designação no específico campo processual de atuação, como bem explica Pedro J. Bertolino, concluindo, *verbis*: “Claro está que la denominación de ‘penal’ adscripta a la garantía menta, por cierto, el modo corriente con el cual se indica al derecho que en el proceso respectivo se actua. Este es, digámoslo así, el sentido más apropiado y riguroso de la denominación.” TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19.

<sup>137</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 111-112.

processo. Diz esse autor:

O processo constitui o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa. Daí serem examinadas primeiramente as normas constitucionais sobre o instituto do processo. [...] *Reflexo desse posicionamento é, na atualidade, o destaque dado ao exame das garantias do devido processo legal, abrangendo-se nelas garantias das partes e da atividade jurisdicional.*<sup>138</sup> (Destacou-se.)

O processo (dele inseparável o procedimento) e a Constituição reanimam o direito processual, dando-lhe os contornos de um direito processual constitucional, no qual se sobrepõe o princípio do devido processo legal.

Nessa quadra, o devido processo penal interage com as posições do garantismo jurídico, referencial teórico e base do Estado Democrático de Direito, que se volta, prioritariamente, para a tutela dos direitos fundamentais.

O garantismo penal, a bem se ver, “é fruto da evolução da história da humanidade, a partir de um momento em que se passa a considerar o delinqüente – ou suposto delinqüente – como sujeito de direitos, tutelado pelo Estado, o qual tem por dever garantir o respeito a ele devido, quer na fase pré-processual, quer durante o julgamento, quer após condenado. Como afirma Ferrajoli, o garantismo significa a existência de um conjunto de garantias jurídicas necessária à afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Traduz os limites da legitimidade do poder de punir.”<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31-32.

<sup>139</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 96. Ferrajoli define que o sistema garantista é informado pelos “princípios: Nulla poena sine crimine. Nullun crimen sine lege. Nulla lex poenalis sine necessitate. Nulla necessitas sine iniuria. Nulla iniuria sine actione. Nulla actio sine culpa. Nulla culpa sine iudicio. Nullun iudicium sine accusatione. Nulla acusatio sine probatione. Nulla probatio sine defensione. Chamo a esses princípios, além das garantias penais e processuais penais por eles expressados, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, em sentido lato ou estrito; 3) princípio da necessidade ou de economia em direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também em sentido

Todavia, garantismo e devido processo penal no Brasil ainda compõem uma quimera. Não há como se pensar em um processo informado pelas garantias constitucionais ou em devido processo penal substantivo, especialmente ao seu fundamento ético-positivo de direito a um julgamento justo, se o sistema processual em vigor é, por natureza, um sistema injusto.

Insistentemente negado por muitos, que o prestigiavam como um sistema acusatório, o vício dessa repetição parece que, pouco a pouco, começa a ceder. Antes do crescimento do garantismo no Brasil, na realidade antes mesmo da atual Constituição, já se alertava que o nosso sistema era “na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil.”<sup>140</sup>

Apenas o sistema acusatório (orientado pelo princípio dispositivo) tende a contemplar um processo penal justo, visto que busca viabilizar a imparcialidade do julgador, destinatário da prova, distribuindo a sua *gestão* às partes.

Para atingir o estágio de um processo penal de partes, será necessária, portanto, ampla reforma da legislação processual penal, que, a par de alterar o sentido da instrução criminal (convencer o juiz, e não convencer-se o juiz), implementando o sistema acusatório, venha, como aponta Geraldo Prado, a preencher os princípios ou garantias constitucionais do processo de substância.<sup>141</sup>

---

lato ou estrito; 8) princípio acusatório ou de separação entre juiz e acusação; 9) princípio da carga probatória ou de verificação; 10) princípio do contraditório ou de defesa, ou de refutação. Estes dez princípios, ordenados e conectados aqui sistematicamente, definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamentais do direito penal.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995. p. 93.

<sup>140</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, p. 165 e 167, 1998.

<sup>141</sup> O autor se refere ao princípio do juiz natural, que ganharia substancialidade se adotássemos os princípios da identidade física e da oralidade. PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos

### 3.4.2 Conteúdo

O conteúdo de um processo penal comprometido com o princípio do devido processo legal arrasta para bem longe uma concepção de lide ou conflito, que, se não bastasse ser cientificamente imprestável<sup>142</sup>, é de inadmissível concepção entre o Estado (garantista) e o autor de uma infração penal, titular de direitos fundamentais garantidos pelo Estado.

Como pontifica Aduino Suannes, não há “uma pretensão do Estado à pena, mas uma pretensão do Estado à justiça penal, que tanto pode estar na condenação do criminoso, se realmente o tiver sido, como na declaração de legitimidade de seu ato, se não tiver sido criminoso. O Poder Público não litiga com o indiciado.”<sup>143</sup>

A pretensão de justiça, de que hoje é portador o Estado e que é elementar ao devido processo penal, há de se desenvolver por um Ministério Público de natureza, características e funções muito bem definidas a partir do texto constitucional de 1988.

---

em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: **Direito Penal e Processual Penal – uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 105-119.

<sup>142</sup> Ver COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

<sup>143</sup> SUANNES, Aduino. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 135.

## 4 MINISTÉRIO PÚBLICO

### 4.1 CONCEITO E NATUREZA CRATOLÓGICOS

#### 4.1.1 Visão tradicional e interdisciplinaridade

Coerente com o método de estudar a ciência do direito dentro de seus quadrantes dogmáticos e, por conseqüência, desprezando o papel destinado à filosofia e à interdisciplinaridade no resgate dos pressupostos do conhecimento<sup>144</sup>, a posição mais recorrente nas investigações sobre o atual Ministério Público brasileiro, inaugurada por Hugo Nigro Mazzilli, conceitua-o como um *órgão de Estado, a quem incumbe exercer parcela de sua soberania*<sup>145</sup>.

Há outras discussões, meramente formais, em torno da natureza e do conceito do Ministério Público, tais como: *pertencer à organização do Estado e dele não prescindir para sua existência*, que diz o óbvio; *não constituir um quarto Poder*, que apenas remete à previsão constitucional (art. 2.º); saber, afinal, *qual dos três Poderes integra*, que franqueia juízos opinativos. Todavia, os fundamentos, a base ontológica e as questões prepostas à natureza e ao conceito de Ministério Público, partindo-se, em superação, da visão tradicional de *órgão de Estado que desempenha parcela de sua soberania*, somente podem ser compreendidos pelo caminho da filosofia e da interdisciplinaridade.

Para o referido desiderato, há que se encontrar um núcleo comum, que

---

<sup>144</sup> A respeito da filosofia e da interdisciplinaridade como recursos para a superação da crise do ensino jurídico, com vistas a um novo magistério (crítico) do Direito Processual Penal, consultar: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um novo ensino do Direito Processual Penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 33, 1994.

<sup>145</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 35; MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 72.

permita o aproveitamento das várias contribuições – e esse eixo reside, exatamente, em um saber acerca do *poder*. Justifica-se a proposta metodológica, porque o Estado (Ministério Público) é poder institucionalizado, e a teoria da soberania, a que alude a doutrina tradicional, oculta relações de poder<sup>146</sup>. O poder, fenômeno mais amplo, antecede ao Estado e consiste em objeto de variadas disciplinas do homem e da sociedade. Na realidade, do isolamento da ciência do direito não se pode esperar respostas além das abstrações.

Por tais premissas, uma teoria do poder deve ser o ponto de partida para um (des)construir da tarefa empreendida pela dogmática sobre o conceito e outros temas do Ministério Público, e para uma reconstrução através da filosofia e da interdisciplinaridade.

#### 4.1.2 Poder e Ministério Público

##### 4.1.2.1 Conceito

Quando se fala em poder, depara-se com um mundo de idéias preconcebidas. Mau, perverso, impuro ou desastroso, o poder, despido dos preconceitos, é absolutamente comum e inato ao indivíduo e à sociedade. Acompanha o homem e os grupos desde os primeiros tempos, distingue pessoas, autoriza lideranças e sela a sorte dos povos. Força, agilidade, prestígio, conhecimento, dinheiro, cargo, fama e outras qualidades revelam – segundo o valor emprestado, e por mais vazios que alguns se apresentem – perseguidos símbolos de poder.

Conquanto não exista apenas o poder político, até mesmo na ciência política há certa desconfiança quanto ao que provenha do poder, herdada da tradição liberal e

---

<sup>146</sup> Segundo Foucault, a teoria da soberania (de soberano) sempre esteve ligada, desde sua origem, na Idade Média, à instrumentalização e justificação do poder. Com essa característica, a sociedade moderna a incorporou sob a forma de sua detenção e delegação ao Estado. (FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41-44)

absorvida nas suas raízes avessas ao absolutismo.

Prevenido contra essas distorções, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, após extensa pesquisa nos campos da filosofia, da antropologia, da sociologia, da psicologia, do direito, da política e da economia, organizou em quatro categorias os conceitos de poder, conforme o peso a elas dado: a) a vontade formadora; b) a capacidade formadora; c) a eficácia resultante; d) a síntese (vontade e capacidade, vontade e efeitos ou vontade, capacidade e efeitos). Em seguida, reuniu os elementos do seguinte conceito:

“Poder é uma relação na qual a vontade tem capacidade de produzir os efeitos desejados.”<sup>147</sup>

O poder envolve sempre uma relação entre o homem e a natureza, ou entre pessoas, grupos ou instituições, inclusive o Estado. Ele implica em vontade de quem o exerce, com capacidade de se impor. Vontade e capacidade produzem efeitos na relação de poder.

Transportando o conceito para o tema principal, constata-se que todos os atos do Ministério Público, por seus promotores e procuradores, postulatorios ou requisitórios, são atos de *vontade* de seus órgãos, detentores da *capacidade* de causar *efeitos* na esfera pessoal ou patrimonial de alguém, os quais, quando não ocorrentes, se devem ao fato de uma fonte de poder jamais ser única ou absoluta nas relações, cedendo, necessariamente, diante do espaço de exercício de outro sujeito do poder, segundo as suas próprias leis de pluralidade e interdependência.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 90-99.

<sup>148</sup> Quanto à lei da pluralidade: “As múltiplas expressões de poder na sociedade coexistem, embora haja preponderância de uma sobre as outras, num processo sempre cambiante. Esta lei ajuda a bem situar o *poder estatal* entre a constelação de expressões do poder; como bem adverte Bordeau, “O Estado é Poder, mas não é o único Poder existente na coletividade”, consistindo, sua rivalidade permanente com as demais expressões não estatais, no motor da vida social. Essa pluralidade, que deve ser cultivada e garantida, como uma riqueza cultural, é, no entender de muitos autores que sobre ela se detiveram, como Tocqueville, Robert Nisbet, Gérard de Gré, Marvin Olsen e John Kenneth

Assim, vontade, capacidade e efeitos permitem, em termos cratológicos, conceituar o Ministério Público e apreender a sua natureza de ente de poder.

#### 4.1.2.2 Etiologia

Não há como ignorar as *razões de poder* dentre as causas de origem ou formação do Ministério Público, o que não diminui a sua indispensabilidade à isenção do juiz e ao impedimento de acusações por mera vindita.

Desde Roberto Lyra<sup>149</sup>, que foi influenciado por autores franceses, existe uma *história oficial* do Ministério Público, que busca suas origens na Grécia e em Roma, e até mesmo no Egito antigo, pela similitude entre as suas atribuições contemporâneas e a de alguns oradores e magistrados. Invariavelmente, cita-se a França como berço moderno do Ministério Público, e Portugal como referência concreta de sua legislação a partir da fase colonial. Seguem-se menções a ele desde a Constituição de 1824, alude-se aos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil, à primeira Lei Orgânica Nacional (Lei n.º 40/81) e à Lei de Ação Civil Pública, até se desembocar na Constituição de 1988.

O ponto de convergência entre os diversos personagens e os textos legislativos está em que, *desde que o poder político esteve concentrado em uma estrutura dirigente, sempre alguém se encarregou de, em seu nome, realizar a ordem jurídica*.<sup>150</sup>

Constatou-o Foucault, ao se referir à instalação de um Estado judiciário, na Idade Média, quando se abandonou a composição privada (arbitragem) em favor de organismos para investigar, cobrar tributos e julgar, recorrendo-se a multas,

---

Galbraith, a própria base da democracia.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 173-175.

<sup>149</sup> LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 17-23.

<sup>150</sup> MOURA ROCHA, José Elias Dubard. **O Ministério Público no Estado Democrático de Direito**. Recife: Ministério Público do Estado de Pernambuco, 1996. p. 29.

confiscações, seqüestros de bens, custas e a tudo mais que pudesse assegurar, no interesse do poder político, a apropriação da riqueza por uma justiça que concentrava as funções de juiz, parte e arrecadador<sup>151</sup>. Aqui surge o procurador do rei, normalmente mencionado como um dos precursores dos órgãos do Ministério Público<sup>152</sup>, o qual, sob a alegação de agir em nome da vítima, acabava por “permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano.”<sup>153</sup>

Tendo o poder no centro de sua etiologia, o Ministério Público tende a corporificar os regimes políticos.

A evidência se recolhe da experiência do Ministério Público na extinta União Soviética e nos países de sua influência na Europa oriental. Segundo Rubén Martínez Dalmau, a *prokuratura* idealizada por Lenin para o cumprimento da legalidade socialista, de forma hierarquizada e dependente do Executivo,

... intentó responder desde su creación a los principios de la vigilancia del régimen, convirtiéndose así en pieza clave para el éxito del modelo al servir sin tabujos al poder del Estado. [...] La Fiscalía soviética fue creada dentro de esta concepción del poder como vehículo esencial y casi suficiente para el riguroso y correcto desarrollo de las políticas encaminadas a llevar a buen puerto los objetivos proyectados.<sup>154</sup>

No Brasil, o último período autoritário estava bem vivo para os constituintes de 1988. Preocupados em edificar um Estado Democrático de Direito, atribuíram ao Ministério Público a função de defesa do regime democrático já no primeiro artigo que o posiciona entre as funções essenciais à justiça (CR, art. 127).

---

<sup>151</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992. p. 42-43.

<sup>152</sup> LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 20.

<sup>153</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996. p. 66.

<sup>154</sup> DALMAU, Rubén Martínez. Las transformaciones del Ministerio Fiscal en el Europa Oriental y la Unión Soviética. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, p. 26-37, 1998.

#### 4.1.2.3 Classificação

Os elementos *capacidade* e *efeitos* no conceito de poder de Moreira Neto se prestam como critérios classificatórios, permitindo uma análise de sua tipologia.<sup>155</sup>

A capacidade traduz os meios para atingir os efeitos pretendidos pela vontade formadora, individual ou coletiva. Os meios classificam o poder: a) quanto à origem, em materiais (físicos) ou imateriais (liderança, organização, autoridade, institucionalização); b) quanto à abrangência, em individuais, grupais, nacionais ou transnacionais; c) quanto à origem social, em sociais (relações na sociedade), econômicos ou políticos (direção da sociedade); d) quanto à institucionalização, em avulso ou institucionalizado (estatal ou extra-estatal), que se caracteriza pela estabilidade.

Os efeitos se operam em campos do poder, que o classificam: a) quanto à projeção, em poder interno (sobre si ou a instituição) ou externo (para fora); b) quanto à repercussão qualitativa, em poder de expressão social, de expressão econômica ou de expressão política; c) quanto à dimensão social, em poder de expressão individual, de expressão grupal ou de expressão transnacional.

A partir destes dados classificatórios, pode-se afirmar que *o Ministério Público detém poder imaterial, poder político e poder institucional de Estado, os quais agem com efeitos em sua estrutura, e junto à sociedade.*

#### 4.1.2.4 Justificação

Indo além, Roberto A. R. de Aguiar, que também considera o poder em termos de relação, intenção e resultado, trabalha com a justificação do poder.

Segundo o autor, a força do poder (que não é física, mas “multifacética”)

---

<sup>155</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 150-157.

não se expõe, impõe-se pelo exercício da autoridade. O poder se legitima pela busca do consenso (verdadeiro ou não), com o argumento, sincero ou não, de servir aos interesses maiores da sociedade.

A autoridade se afirma por um distanciamento simbólico, através do recurso a conceitos vagos como *Estado* e *vontade da lei*. O seu comando é indireto, pela lei e atos que a autoridade realiza dentro do ordenamento jurídico. Para sua aceitação, o poder lança mão do disfarce do direito, poder formal e político, que age por órgãos estatuídos pela lei para, sob seu manto, fazer repercutir na sociedade o interesse dos titulares do poder real (grupos de domínio político e econômico), sob pena de não se manter.<sup>156</sup>

Por estas considerações, tem-se que *o Ministério Público é órgão do poder formal, que se legitima pelo atendimento a interesses sociais. Caracteristicamente, sobrevive sob uma tensão constante que se estabelece entre o atendimento às razões que formam o seu consenso e o legitimam junto à sociedade e a satisfação às razões práticas do poder real.*

Uma maior combatividade, que atinja setores políticos e econômicos, tende a ser acompanhada de tentativas de retrocesso em sua autonomia e atribuições, quer por mecanismos diretos de supressão legislativa, quer por mecanismos indiretos, sobre os institutos processuais de sua atuação (v. g., competência dos órgãos da jurisdição). O poder formal sabe proteger-se por uma dinâmica de retração dos espaços de poder, quando rompida a linha de harmonia com o poder real.

#### 4.1.2.5 Exercício

O exercício do poder ganhou atenção especial de John Kenneth Galbraith.

O autor identifica três instrumentos, denominando-os de *poder condigno*,

---

<sup>156</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990. p. 50-58.

*poder compensatório e poder condicionado*, aos quais relaciona três fontes do poder – personalidade (líder), propriedade (riqueza) e organização (instituição) –, que se combinam com os instrumentos de poder, por diversas formas, para exercê-lo.

O poder *condigno* se vale, em *ultima ratio*, da ameaça de punição; o *compensatório* sinaliza uma vantagem, geralmente financeira nos dias atuais; o *condicionado* modifica o convencimento interior do destinatário sem que este perceba.<sup>157</sup>

O Estado (organização) exerce o seu poder de fato com base no ordenamento jurídico, pela ameaça de imposição de uma sanção, pelo anúncio de subsídios e programas nas mais diversas áreas, ou – o que hoje se tornou muito comum – pelas propagandas oficiais sob a capa neutra de simples notícias na imprensa cooptada.

No Ministério Público, a fonte do poder na figura da personalidade se confirma pela exposição aberta de alguns de seus órgãos na mídia, ainda que isso comprometa a sua segurança pessoal, o que salienta atributos de coragem e determinação. O conteúdo das entrevistas veiculam as punições possíveis pelas medidas adotadas contra os transgressores (poder condigno).

Deslocando a fonte do poder para a organização, divulga-se que o Ministério Público, e não mais este ou aquele profissional específico, encetará investigações, verificações e responsabilização de pessoas (poder condigno).

Das duas fontes, resulta para o cidadão a convicção da importância ou valor dos papéis da instituição, que há até bem pouco tempo eram praticamente desconhecidos (poder condicionado).

Esta é uma forma de exercício e demonstração do poder pelo Ministério Público, talvez a mais utilizada, em matéria criminal.

As reflexões até aqui expendidas em torno do conceito, etiologia, classificação, justificação e exercício do poder foram feitas sob um ângulo externo de

---

<sup>157</sup> GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Trad.: Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986. p. 4-7.

observação. Mas, para destrinçar o Ministério Público, é preciso percorre-lhe o interior e visitar as camadas pelas quais se distribui o poder, conhecendo uma espécie muito particular de engenharia política para o acesso aos seus terminais de decisão e controle.

## 4.2 ORGANIZAÇÃO

### 4.2.1 Aspectos gerais

A divisão fundamental do Ministério Público em Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados segue a linha de organização do poder estatal adotada pela Constituição da República nos títulos III e IV.

Recorreu-se ao princípio federativo, respeitando-se a autonomia da União e dos Estados, para a conformação de seus Ministérios Públicos. Conforme o modelo do Poder Judiciário, não existe Ministério Público Municipal.

As atribuições e o estatuto estão regulados na Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993 (Ministério Público da União) e na Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Ministérios Públicos dos Estados).

As disposições legislativas pertinentes aos Ministérios Públicos da União e dos Estados desenham o poder interno sob a forma de uma pirâmide de forças. Quanto maior a força, entendida como a *capacidade de produzir efeitos dentro e fora da instituição*, maior o poder.

Na base, assenta-se a força menor, disseminada entre os mais novos integrantes da carreira, que passam a ser vitalícios no cargo após dois anos de serviço, percebem vencimentos inferiores e, na prática, não possuem inamovibilidade.

Acima da base, compõem a segunda fatia os vitalícios, geralmente titulares de algum cargo, detendo inamovibilidade e auferindo melhores vencimentos.

Com o progresso na carreira, chega-se a um ponto mais elevado, que ainda não corresponde à posição de maior força, mas viabiliza condições de tomar assento

nos colegiados, órgãos que influenciam na carreira e nos destinos institucionais.

A posição de maior força depende de investidura política, ora precedida pela participação da classe na formação das listas tríplices para Procurador-Geral de Justiça, ora inteiramente ao arbítrio do chefe do Poder Executivo, sob chancela do Poder Legislativo, no caso do Procurador-Geral da República.

A concentração de poder na cúpula dos Ministérios Públicos é inversamente proporcional à autonomia para a escolha de suas chefias e ao nível de participação da corporação nessa definição.

Não há hierarquia funcional propriamente dita, em razão da independência no exercício das atribuições, mas há nítida hierarquia de poder.

#### 4.2.2 Nos Estados

O comando na escala de forças recebe na Lei n. 8.625/93 a denominação de *órgãos da administração superior*. No vértice da pirâmide encontram-se a Procuradoria Geral de Justiça, o Colégio de Procuradores, o Conselho Superior e a Corregedoria Geral.

Nos *órgãos simplesmente administrativos* (promotorias e procuradorias) estão lotados os chamados *órgãos de execução* das atribuições funcionais do art.129 da Constituição da República, ou seja, os procuradores e os promotores de justiça.

##### 4.2.2.1 Procuradoria Geral

O cargo de poder máximo, Procurador-Geral de Justiça, distingue-se dos demais por ter a si vinculadas funções de órgão de execução e de administração superior, simultaneamente. Ele também preside, como membro nato, o Colégio de Procuradores e o Conselho Superior.

Em matéria criminal, para não extrapolar os limites da investigação, compete-lhe o exercício da ação penal originária, cujos destinatários acumulam maior poder político e, na maioria das vezes, econômico. Na hipótese de arquivamento dos

autos, apenas ao Colégio de Procuradores se permite o reexame, o que constitui uma novidade e avanço da Lei Orgânica Nacional (art. 12, XI), já que até há bem pouco tempo não existia qualquer modalidade de controle.

Engana-se quem supuser que as incumbências do Procurador-Geral não podem alcançar a atividade dos demais órgãos de execução. Afora sua tradicional função de ditar a última palavra quanto ao não-exercício da ação penal em primeiro grau, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal, a lei lhe confere os poderes de: a) designação excepcional de órgãos do Ministério Público para officiar em processo de atribuição de outro, mediante aprovação do Conselho Superior e concordância do titular (art. 10, IX, g, e art. 24); b) designação de promotor eleitoral (art. 10, IX, h); c) solução de conflito de atribuições (art. 10, X); d) decisão de processo disciplinar e aplicação de sanções (art. 10, XI).

Os atos do Procurador-Geral se legitimam, internamente, pelo processo eleitoral que limita a sua escolha, pelo Governador, dentre os integrantes de uma lista tríplice elaborada por todos os integrantes da carreira. Apesar de a fórmula não ser a ideal – pelo risco de ingerência externa do chefe do Poder Executivo e de incentivo à formação de grupos caseiros de disputa pelo cargo, freqüentemente articulados em prol de um candidato ou de três candidatos que “fechem” a lista (chapas de fato), com incalculável custo de desagregação da classe –, o aspecto positivo centra-se na democratização institucional, colhendo-se os bons resultados da publicidade e do debate em torno das questões mais importantes.

Nos Ministérios Públicos estaduais se observa uma divisão mais acentuada do poder entre os órgãos da administração superior do que no Ministério Público da União. O Procurador-Geral de Justiça não administra sozinho, necessitando, pelo menos, do apoio do Colégio de Procuradores e do Conselho Superior e da constante revitalização de sua legitimidade junto à classe que o indicou para integrar a lista tríplice. Isso ocorre na linha da assertiva já apresentada de que *a concentração de poder nos Ministérios Públicos é inversamente proporcional à autonomia para a*

*escolha de suas chefias e ao nível de participação da corporação nesta definição.*

#### 4.2.2.2 Colégio de Procuradores

O Colégio de Procuradores, composto por todos os procuradores de justiça, é órgão revisor das decisões de arquivamento nas hipóteses de atribuição originária do Procurador-Geral, também cabendo a ele dar início ao procedimento de destituição do ocupante desse cargo, por abusos ou omissões, propondo-a ao Poder Legislativo.

Além de eleger e destituir quem fiscaliza os órgãos do Ministério Público (Corregedor-Geral) e autorizar o ajuizamento de ação para a decretação de perda de cargo, o Colégio de Procuradores funciona como órgão recursal das decisões de vitaliciedade na carreira, de condenação em procedimento administrativo-disciplinar e de disponibilidade e remoção por interesse público, para citar os mais importantes.

Não deve passar despercebido que o Colégio de Procuradores detém a capacidade de influenciar nos destinos de outros casos penais além da competência originária. O seu poder de aprovar proposta de projeto de lei para a fixação ou modificação das atribuições das promotorias e dos cargos de promotores, muito mais do que um sentido meramente organizacional, determina a presença ou a exclusão do órgão do Ministério Público que esteja encarregado deste ou daquele feito, com reflexos na independência e inamovibilidade funcionais.

#### 4.2.2.3 Conselho Superior

Órgão encarregado principalmente de definir as remoções e promoções na carreira, compõe-se de procuradores de justiça eleitos pelo Colégio de Procuradores ou pela classe, na forma da lei orgânica de cada Ministério Público estadual. Como membros natos, figuram apenas o Procurador-Geral e o Corregedor-Geral.

As eleições para o Conselho Superior tornam-no mais um instrumento de democratização interna. Sob a perspectiva da mecânica do poder, o pleito a cargo do Conselho, pela sua extensão de consulta à classe e pela importância de suas

deliberações para a vida profissional de cada integrante da instituição, acaba por servir como medição dos índices de aceitação dos candidatos, recomendando-os ou não a outros cargos, mais elevados e somente alcançáveis pelo sufrágio.

#### 4.2.2.4 Corregedoria Geral

Responsável pela orientação e fiscalização dos órgãos do Ministério Público, o Corregedor-Geral é eleito pelo Colégio de Procuradores.

Evidenciando a hierarquia de poder no Ministério Público, o § 2.º do art. 19 da Lei n.º 8625/93 prevê que os procuradores de justiça exercerão inspeção permanente dos serviços dos promotores nos autos em que oficiem, a despeito de à Corregedoria, como órgão específico, atribuir-se a realização de inspeções e correições. E, sem que se precise recorrer a entrelinhas, o art. 17, II, estabelece que as inspeções nas procuradorias se registram em relatórios reservados que devem ser remetidos ao Colégio de Procuradores. O tratamento diferenciado entre procuradores e promotores de justiça quanto ao controle do cumprimento de seus deveres, inaceitável à vista dos interesses da sociedade, somente se justifica pela disposição piramidal de forças a que anteriormente foi feita referência.

As eleições para Corregedor-Geral e Procurador-Geral se influenciam mutuamente. Os dois personagens que detêm a maior carga individual de poder também são os que mais mantêm laços de responsabilidade e diálogo com promotores e procuradores. O Colégio de Procuradores, ao escolher o Corregedor-Geral, dá o tom para as candidaturas a Procurador-Geral. Este, por sua vez, dificilmente resiste em externar diante do Colégio a sua preferência por alguém para o posto de Corregedor. Já o eleito raramente deixa de se posicionar, ainda que com discrição, quanto aos pretendentes à Procuradoria Geral.

Na realidade, todas as eleições – para Corregedor-Geral, Procurador-Geral, o Conselho Superior e, inclusive, a presidência da entidade associativa – operam como engrenagens políticas dos Ministérios Públicos dos Estados. Inseridos no mundo à sua

volta, neles não existem intervalos vazios de poder.

#### 4.2.3 Na União

O Ministério Público da União compreende os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal.

Para efeito de comparação entre os Ministérios Públicos dos Estados e o da União, restringir-se-á, quanto a esta, a breve estudo do Ministério Público Federal. Não obstante cada um dos Ministérios Públicos da União possuir carreira independente e organização própria (Procurador-Geral, Colégio, Conselho e Corregedoria), o Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União e, também, do Federal. Destaca-se que o Ministério Público Federal atua sobre um número muito maior de pessoas e interesses do que os outros ramos do Ministério Público da União.

##### 4.2.3.1 Procurador-Geral da República

O Presidente da República pode nomear para o cargo qualquer integrante da carreira com mais de trinta e cinco anos de idade, mediante aprovação do Senado e, de igual modo, propor a sua destituição. Afora o Presidente da República, a nenhum outro cidadão se defere a prerrogativa de estabelecer quem lhe dirigirá eventual imputação penal, nem mesmo aos governadores, pois a competência para os seus julgamentos se fixa no Superior Tribunal de Justiça, e não nos Tribunais locais.

O Procurador-Geral da República detém, com exclusividade, a *opinio delicti* nas infrações penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal, não existindo qualquer controle de arquivamento, a exemplo do que ocorre nos Ministérios Públicos estaduais. Se não bastasse um poder dessa magnitude, a Lei Complementar n.º 75/93 atribuiu-lhe o exercício da ação penal, diretamente ou por delegação a Subprocurador-Geral, também nos casos da competência originária do Superior Tribunal de Justiça (art. 48, II). Cabe-lhe, por outras palavras, perseguir os delitos da

elite política e das mais altas autoridades do Estado brasileiro, sem controle na hipótese de arquivamento dos autos, quando, na realidade, maior controle deveria existir, o que torna paradoxal a situação.

No âmbito interno do Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República: a) preside o Colégio de Procuradores, o Conselho Superior e a Comissão de Concursos; b) designa o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão e os titulares da Procuradoria nos Estados e no Distrito Federal, um dos membros e o coordenador de cada uma das Câmaras de Coordenação e Revisão, os chefes das Procuradorias Regionais da República e os das Procuradorias da República e, ainda, Procuradores da República para acompanhar inquéritos policiais; c) nomeia o Corregedor-Geral em lista elaborada pelo Conselho Superior; d) decide, em grau de recurso, os processos disciplinares, aplicando sanções, e os conflitos de atribuições entre órgãos, e elabora a lista bienal de designações.

O poder do Procurador-Geral da República segue o raciocínio de que *a concentração de poder na cúpula dos Ministérios Públicos é inversamente proporcional à autonomia para a escolha de suas chefias e ao nível de participação da corporação nesta definição.*

Os atos do Procurador-Geral da República não dependem de legitimação interna. Como fruto de sua nomeação por critérios prevalentemente políticos, a sua aceitação e o convencimento do acerto de seus posicionamentos se dirigem ao Presidente da República e, quando muito, ao Senado.

#### 4.2.3.2 Colégio de Procuradores

Do Colégio de Procuradores do Ministério Público Federal participam todos os integrantes da carreira, mas as suas funções são bem mais tímidas do que aquelas conferidas ao Colégio de Procuradores dos Ministérios Públicos dos Estados, não se lhe permitindo, por exemplo, controlar os atos de arquivamento em que oficia o Procurador-Geral e propor a destituição deste ao Poder Legislativo.

Além de meramente opinar sobre assuntos gerais, faculta-se ao Colégio de Procuradores a elaboração de listas sêxtuplas para os quintos constitucionais do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

Por um rasgo de democracia interna, o Colégio, sem necessidade de se reunir, elege quatro membros do Conselho Superior. Os candidatos, porém, não devem ocupar a base ou o entremeio da pirâmide, admitindo-se apenas os Subprocuradores-Gerais da República. Outros quatro integrantes do Conselho Superior são eleitos, pela letra da lei, “por seus pares”, dos quais se excluem os Procuradores da República e os Procuradores Regionais da República.

As eleições para quatro dos conselheiros são as únicas em que toda a classe se manifesta.

#### 4.2.3.3 Conselho Superior

Este conselho, órgão colegiado mais influente do Ministério Público Federal, é composto pelo Procurador-Geral da República (presidente, com direito a voto de desempate), pelo Vice-Procurador-Geral da República (nomeado por aquele), pelos Subprocuradores-gerais e conselheiros eleitos pelo Colégio de Procuradores.

Nos termos do art. 57, I, da Lei Complementar n.º 75/93, o Conselho Superior exerce o “poder normativo no âmbito do Ministério Público Federal”, elaborando e aprovando os regimentos internos do Colégio de Procuradores e das Câmaras de Coordenação e Revisão e, também, as regras de designação de órgãos e distribuição de serviço, além dos critérios de promoção por merecimento.

Para se ter uma noção de sua relevância, observa-se que também compete ao Conselho: a) indicar dois componentes das Câmaras de Revisão e Coordenação; b) aprovar a destituição do Corregedor-Geral e dos Procuradores-Regionais eleitorais; c) elaborar a lista tríplice para a promoção por merecimento; d) determinar o afastamento preventivo e o retorno de indiciado ou acusado em processo disciplinar, a instauração deste e a comissão pertinente, correições e sindicâncias; e) decidir sobre remoção e

disponibilidade por motivo de interesse público; f) autorizar ao Procurador-Geral a propositura de ação para perda de cargo vitalício; g) designar Subprocurador-Geral da República com o fim de exercer ação penal em face do Procurador-Geral da República.

O Conselho Superior do Ministério Público Federal absorve muitas das funções que no Ministério Público dos Estados pertencem ao Colégio de Procuradores, não existindo órgão colegiado revisor de suas decisões.

#### 4.2.3.4 Câmaras de Coordenação e Revisão

Dos três membros da Câmara, dois são indicados pelo Conselho Superior e um pelo Procurador-Geral da República.

As suas tarefas mais marcantes consistem em: a) manifestação nos arquivamentos de autos, excetuando-se os afetos ao Procurador-Geral; b) decisão de conflitos de atribuição; c) resolução sobre o que a lei denomina de *distribuição especial* de inquéritos, feitos e procedimentos, pela natureza ou importância da matéria (art. 62, VI, da Lei Complementar n.º 75/93).

A lei qualifica as câmaras como órgãos de *revisão do exercício funcional na instituição* (art. 58). Opinando por ocasião do não-exercício da ação penal e definindo atribuições e distribuição de serviço, elas trabalham quase rompendo a linha protetora da independência funcional e da inamovibilidade.

Por outro lado, se a Câmara não convencer a quem deva, o Procurador-Geral, em grau de recurso (art. 49, VIII), dirimirá o conflito de atribuição, que pode se originar, também, de dúvida sobre critérios da *distribuição especial*. Em campo tão sensível aos princípios da independência e da inamovibilidade, as câmaras subsistem como escudos para o Procurador-Geral, que se põe à mostra somente quando inevitável.

#### 4.2.3.5 Corregedor-Geral

Cumprindo-lhe fiscalizar os órgãos do Ministério Público Federal, o Corregedor-Geral é nomeado pelo Procurador-Geral da República dentre três Subprocuradores-Gerais inseridos em lista pelo Conselho Superior, o qual também pode destituí-lo antes do término do mandato, por iniciativa do Procurador-Geral.

O Corregedor-Geral do Ministério Público Federal, que naturalmente expressa o seu poder pelo encargo da grave função de fiscalização, foi politicamente esvaziado pela lei. Assim, ele apenas toma assento no Conselho Superior, mas, como não possui direito a voto (art. 65, I), não tem condições sequer de interferir concretamente nas deliberações mais contundentes para a instituição.

A Lei Complementar n.º 75/93 engendra muito bem os canais de controle, a fim de que o Procurador-Geral da República, com habilidade, defina situações jurídicas e institucionais sem que seu poder seja contrastado. O Ministério Público Federal, constitucionalmente co-responsável pela defesa do regime democrático, padece de precária democracia interna.

### 4.3 ELEMENTOS INSTITUCIONAIS CONCRETIZADORES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

#### 4.3.1 Aspectos gerais

Ao direito fundamental do devido processo legal se vincula a garantia de uma acusação justa. Justa é a acusação que, antes de mais nada, atenda ao requisito de isenção de quem a formula, complementando-se, num segundo momento, com outros dados da ordem jurídica. A acusação *sob encomenda* ou comprometida macula o processo desde o seu primeiro ato, viciando-o na origem, motivo pelo qual a sua tão-só instauração constitui violação à liberdade e aos demais valores da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

A fim viabilizar o desempenho das funções dos promotores e procuradores, livres, tanto quanto possível, das influências de poderes externos e internos –

inerentes, como visto, ao conceito, etiologia e estrutura do Ministério Público – a Constituição da República dotou a instituição de autonomia, princípios, garantias e vedações.

Todos esses elementos, com vistas à materialização da finalidade última de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de que cuida o *caput* do art. 127 da Constituição, concorrem para a afirmação de um princípio condutor e garante da *opinio delicti* isenta do Ministério Público, o princípio da independência.

#### 4.3.2 Princípio da independência

Por independência do Ministério Público se entende, constitucionalmente, a sua não-subordinação imediata ao Executivo, Legislativo ou Judiciário e, em termos políticos, o seu não-comprometimento com qualquer orientação de governo. Em acepção mais ampla, a independência do Ministério Público incluiria uma reflexão a propósito das pressões exercidas por grupos ou indivíduos, autores ou vítimas de infrações penais, e, também, pela mídia, da qual hoje procuram se prevenir os próprios veículos sérios de comunicação.

A independência, por tutelar o Ministério Público e cada um de seus órgãos, merece ser analisada sob cada um desses dois planos.

##### 4.3.2.1 Da instituição

Júlio Aurélio Vianna Lopes, após estudo do tratamento dispensado no direito comparado e da evolução histórica de nosso ordenamento positivo, conclui que o Ministério Público brasileiro goza de independência – superior e sem precedentes – em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>158</sup>.

O autor mensura a independência nos seguintes setores: a) diretivo; b)

---

<sup>158</sup> LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania: o novo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 38.

administrativo e orçamentário; c) de atribuições próprias.

Diretivamente, enquanto em outros países a nomeação e a destituição do Procurador-Geral é feita apenas pelo Poder Executivo (País de Gales, França, Espanha e Portugal), no Brasil interferem o Executivo e o Legislativo, atenuando-se a dependência exclusiva a um deles. Esses modelos estrangeiros foram integralmente seguidos nas Constituições de 1824, 1891, 1937 e 1969 (emenda), bem como, em parte, nas de 1934 e 1946, estas exigentes de pronunciamento do Senado. Mas apenas em 1988 a condição de integrante da carreira passou a pré-requisito de nomeação para o cargo de Procurador-Geral.

No terreno administrativo e orçamentário, somente no Brasil existe iniciativa legislativa para a criação e extinção dos seus cargos, bem como a estipulação de receitas e despesas do Ministério Público, novidade, também, da Constituição de 1988.

Todavia, a questão mais relevante para a definição da independência, segundo Lopes, reside no desempenho de atribuições próprias do Ministério Público. A assessoria do Presidente da República nos Estados Unidos ou do Primeiro-Ministro no País de Gales, a defesa de constitucionalidade das leis na França e a representação do Estado em Portugal são exemplos de tarefas vinculativas do Ministério Público. Nesse sentido, a evolução nacional assinala o abandono da tradicional representação judicial da União, que se iniciou com a defesa da Coroa em 1824 e que culminou, pela ocupação ilegítima do Poder Executivo, com o triste capítulo de órgão postulante da cassação e suspensão de direitos políticos durante a vigência da Constituição anterior. Presentemente, a proibição de representação judicial e de consultoria de entidades públicas, bem como do exercício de outras funções públicas, exceto uma de magistério, objetivam desvinculá-lo da “máquina” do governo.

Há outro aspecto que, robustecendo a instituição, outorgou-lhe maior independência em 1988. Os princípios da unidade e da indivisibilidade (art. 127, § 1.º) – impedidores de sua segmentação e da criação de outros Ministérios Públicos na União, no Distrito Federal e nos Estados – orientam-se pela denominada *lei de integração do poder*, segundo a qual sua eficácia aumenta na razão direta da reunião

de suas partes.<sup>159</sup>

Inquestionavelmente, a independência e o poder do Ministério Público se inter-relacionam. Quanto maior for a independência, maior será a preservação da vontade própria e capaz de produzir efeitos internos e externos.

Sabedor disso, o constituinte amarrou a independência do Ministério Público ao poder político pelas bordas. Mesmo prevendo-lhe autonomia administrativa e iniciativa de lei para criação e extinção de seus cargos, não se estipulou, de forma objetiva, a disponibilidade de recursos financeiros sempre suficientes para o seu funcionamento, fazendo-o depender, periodicamente, de *entendimentos* com o Executivo e o Legislativo.

Por tal motivo, não se deve tomar o vocábulo *independência* no sentido romântico de total alheamento ou apartação dos organismos de poder do Estado e da sociedade, equívoco em que é fácil incorrer quem confunde, por exemplo, imparcialidade do juiz com neutralidade.<sup>160</sup>

#### 4.3.2.2 Dos órgãos de execução

Como bem salienta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “um país democrático, que pretensamente caminha para uma democracia material (sem medo, freudianamente falando), não pode dispensar um MP sério, desligado da ingerência política (a mais perniciosa) e dos demais grupos de pressão (econômicos, sociais, etc.), e atuante, em todos os sentidos, na defesa da estrutura da sociedade, contra quem quer que seja: *um Promotor de Justiça!*; por definição.”<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 175-176.

<sup>160</sup> Sobre a impossível neutralidade do juiz, ver: BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 50-58.

<sup>161</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 332, p. 244, 1995.

A independência funcional – celebrizada pelo conceito de Mazzili como subordinação única do órgão do Ministério Público à lei e à consciência<sup>162</sup> – recebeu da Constituição da República de 1988 (§ 1.º do art. 127) a distinção de princípio explícito.

Contudo, o promotor e o procurador independentes, singularmente subordinados à lei e à consciência, agem *não* pela sua *consciência pessoal*, incorporada por valores individuais e temerária ditadora de regras de conduta moral, e *sim* por uma *consciência profissional*, exigente de constante respeito e despimento de qualquer intolerância com o *outro*, porque nutrida pela ética de dignificação da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição da República). Essa independência, constitucionalmente valorada, também não se submete ao cumprimento inconseqüente da lei, sem esquadrihar a sua contribuição para a implementação dos direitos sociais e individuais indisponíveis, ou seja, dos direitos fundamentais.

Pensar assim, porém, não implica em ausência de limites. Do próprio Mazzili, em outro texto, colhe-se a seguinte lição:

A liberdade e a independência funcional existem. Mas não se pode invocar levemente uma ou outra apenas para justificar posições estritamente arbitrárias e meramente pessoais. [...] ... se em nome de um conceito absoluto de liberdade eu não pudesse cercear pessoa alguma, eu também não poderia cercear nem mesmo quem violasse a liberdade... Ora, essa interpretação, ainda que pudesse ser sustentada em nome da liberdade irrestrita, importaria em negá-la ao final.<sup>163</sup>

Cumprido o dever de fundamentação fática e jurídica, a independência funcional protege o conteúdo das manifestações ministeriais em face dos órgãos de controle interno e de qualquer experiência futura de controle externo.

Para que os órgãos do Ministério Público pudessem desincumbir-se de suas atribuições sem qualquer interferência, permanecendo no cargo com faculdades mais amplas de deliberação, a Constituição de 1988 estendeu-lhes as mesmas garantias de

---

<sup>162</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 31.

<sup>163</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 715, p. 573, 1995.

inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos da magistratura (art. 128, I, a, b e c). Em contrapartida, as vedações de advocacia (art. 128, II, b), de exercício de qualquer outra função pública, ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério (art. 128, II, d) e de atividade político-partidária (art. 128, II, e) se prestam ao distanciamento de outros interesses.

A efetivação de uma nova ordem constitucional não se faz, porém, sem resistência a algumas tradições. Como herança de um Ministério Público atrelado ao Executivo e de chefias crescidas com a mentalidade de avocar, delegar e designar, insiste-se, vez por outra, mesmo depois de 1988, na figura do promotor especial, escalado para determinado caso, geralmente de repercussão.

O promotor especial, investido de forma precária no caso, dependente de uma designação revogável a qualquer momento, age sob a confiança e a expectativa do Procurador-Geral – um promotor ou procurador de carreira, mas de consciência *ad hoc*, que transforma em letra morta o princípio da independência funcional.

#### 4.3.3 Princípio do Promotor Natural

Ao ranço do promotor especial se opõe a doutrina do promotor natural.

Como decorrência do princípio da independência funcional e da garantia da inamovibilidade no cargo, o promotor natural é o órgão do Ministério Público com atribuição, em seu cargo, para atuar em determinado feito segundo as regras ordinárias de distribuição.

Assim como o princípio do juiz natural aponta, no dizer de Jorge de Figueiredo Dias<sup>164</sup>, para uma organização fixa dos tribunais, o princípio do promotor natural, inspirado naquele, estabelece uma organização fixa do Ministério Público no que diz respeito ao exercício de suas funções de órgão de execução.

---

<sup>164</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 328.

O princípio foi construído sobretudo por procuradores e promotores de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em 1985, Jaques de Camargo Penteado formulou e intitulou como princípio do promotor natural, um “princípio da acusação constitucionalmente adequada; isto é, por órgão próprio, criado pela Constituição, estável, independente, designado para o cargo e não para o encargo determinado, para as funções e não para o ato específico”.<sup>165</sup>

No mesmo ano, Penteado e o procurador de justiça Clovis Almir Vital de Uzeda insurgiram-se não apenas contra designações isoladas de promotores especiais, mas também contra a Resolução n.º 01/84, do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, pela qual se criaram “Equipes Especializadas em Repressão a Furtos e Receptações; a Apropriações Indébitas, Estelionatos, Outras Fraudes e Crimes contra a Fé Pública; a Delitos Diversos, para funcionar nesta Capital, oficiando os Promotores até a denúncia, ou o arquivamento do inquérito policial”, promotores esses escolhidos pelo próprio Procurador-Geral. Os citados autores qualificaram o ato de inconstitucional, pois, violando o princípio do promotor natural, “esvaziaram-se as funções legais dos Promotores titulares das Promotorias de Justiça Criminais da Capital de São Paulo, que recebem os processos ajuizados por colegas, que são apenas designados, mas que passam a dirigir, indiretamente, a própria distribuição da Justiça Criminal”<sup>166</sup>.

Discutido, nacionalmente, em incontáveis congressos e encontros do Ministério Público, o assunto recebeu distinção acadêmica na tese de livre-docência apresentada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada como *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor*

---

<sup>165</sup> PENTEADO, Jaques de Camargo. O princípio do promotor natural. *Justitia*, São Paulo, n. 129, p. 115, 1985.

<sup>166</sup> PENTEADO, Jaques de Camargo e outro. O princípio do promotor natural – as “equipes especializadas” à luz do princípio do promotor natural. *Justitia*, São Paulo, n. 131, p. 152, 1985.

*natural, atribuição e conflito com base na Constituição de 1988.*

Uma das principais conclusões do autor é identificar no princípio uma garantia constitucional, “menos dos membros do *parquet* e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros”.<sup>167</sup>

Pinheiro afirma que, em 1971, o Supremo Tribunal Federal, sem se referir ao princípio do promotor natural, enfrentou pela primeira vez a questão, que envolvia a designação, pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, do promotor Hélio Bicudo para officiar nos autos de inquérito e processo de integrantes do conhecido “Esquadrão da Morte” (HC 48.728-SP, Tribunal Pleno). Mesmo denegado o pedido, do voto vencido do Ministro Antonio Neder se extrai, com base no princípio da legalidade, o repúdio ao *acusador de exceção*:

... que o princípio da legalidade da ação penal diz respeito aos atos do processo, à competência do juiz e também à legitimidade do acusador.

Em nosso sistema jurídico não há acusador sem que a lei o nomeie; em outras palavras, o acusador há de ser, sempre e necessariamente, o acusador legal, isto é, aquele previsto em lei. [...] entre nós, domina o princípio da legalidade da ação penal, ou, mais precisamente, o da legalidade comum ou ordinária da ação penal, tanto que o art. 153, § 15, da Constituição, texto na emenda n.º I, expressa que não haverá tribunais de exceção; se é vedado instituir juízo de exceção, impedido é conceber-se o acusador de exceção, pois não se compreende que nossa Constituição proíba o juiz de exceção e admita o acusador de exceção, isto é, conceda e ao mesmo tempo subtraia uma garantia.<sup>168</sup>

Em 1992, o Pleno do Supremo Tribunal Federal se pronunciou, ineditamente e em termos expressos, acerca do princípio do promotor natural, no julgamento de um *habeas corpus* que visava à invalidação de denúncia oferecida por promotor especial

---

<sup>167</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 52-53.

<sup>168</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 69-70.

designado pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, com prejuízo, inclusive, da *opinio delicti* do promotor titular já manifestada nos autos de inquérito (HC 67759-2-RJ, sessão final de 08.08.92, DJU de 01.07.93). Nessa ocasião, as ponderações de Jaques de Camargo Penteado, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e do Ministro Antonio Neder ilustraram, na forma de citação, o voto do relator Ministro Celso de Mello, o qual, por sua vez, foi sintetizado na seguinte ementa do acórdão:

O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.

A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável.

Contudo, para se compreender como, a despeito dessa ementa, o pedido de *habeas corpus* foi indeferido, é preciso recorrer a uma síntese posterior do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello<sup>169</sup>:

... três correntes surgiram em Plenário: uma, no sentido de que o princípio tem sede constitucional, sendo observável de imediato; outra, apontando que não há o princípio do Promotor Natural e que o réu não tem o direito de saber quem, em nome do Estado, o acusará; a terceira somou-se à primeira, chegando-se ao que entendo como voto médio para a proclamação do resultado, aludindo-se à existência do princípio, mas consignando que a regra constitucional que o revela não é auto-aplicável, que depende de uma regulamentação em que se definam as hipóteses conducentes à escolha do acusador, em nome do Estado, pelo Procurador-Geral de Justiça.<sup>170</sup>

Resta a impressão de que o Supremo Tribunal Federal, apesar de não

---

<sup>169</sup> No julgamento de outro *habeas corpus*, desta feita pela Segunda Turma (HC 68.966-3-RJ, DJU 07.05.93).

<sup>170</sup> A esta corrente “média” aderiu o relator: “Inobstante reconheça imanente ao novo regramento constitucional pertinente ao Ministério Público o princípio do Promotor Natural, não vislumbro, na situação concreta emergente destes autos, hipótese que enseje a sua atuação, pois o sentido deste postulado exige, para que se lhe dê aplicabilidade, a edição de ato legislativo.”

conceder a ordem de *habeas corpus*, aproveitou a oportunidade para sinalizar, na sua tarefa maior de interpretação da Constituição da República, a existência de limites ao poder de designação do Procurador-Geral.

Ainda desse julgamento, merece especial destaque um voto que se espera venha a se igualar, pela antevisão histórica, ao do Ministro Antonio Neder, de 1971, qual seja, o proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, que situa o princípio do promotor natural entre as exigências do devido processo legal e o insere no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Esse Ministro extraiu do direito que a todos assiste de ver-se não apenas sentenciado, mas *processado por autoridade competente*, nos termos do art. 5.º, LIII, da Constituição da República, um alcance maior, que, na sua visão, encerra

... um sentido que extrapola o campo pertinente à competência do juízo. A alusão à impossibilidade de alguém vir a ser processado senão pela autoridade competente diz respeito a normas processuais e estas, indubitavelmente, abarcam os pressupostos de desenvolvimento válido do processo e dentre estes exsurge a legitimidade *ad processum* e que, no caso, quanto ao Estado, é revelada pela atribuição conferida ao Promotor Público.

O direito a um processo provocado por autoridade competente – tido pelo Ministro como “o direito comezinho das Pacientes de verem observadas as regras previamente estabelecidas e, portanto, de não serem surpreendidas com a designação de um Promotor Especial” – somente se satisfaz com a presença do promotor titular, inamovível em todas as atribuições de seu cargo, único legitimado para o exercício da ação penal. Daí a sua conclusão maiúscula, também calcada na independência funcional, de que não se dispensa do devido processo a incidência do princípio do promotor natural:

Conflita com a noção que se tem do devido processo legal a variação da figura do acusador em meio à tramitação do processo e, portanto, sem que tenha tomado conhecimento com anterioridade. A independência do Ministério Público não se coaduna com quadro que revele a existência de um superórgão retratado na pessoa do Procurador-Geral que, enfim, nada mais é do que um membro da importante instituição e que logrou, no campo político, a confiança maior e, por isso mesmo, de cunho subjetivo, indispensável ao exercício da função. Os esforços deste destacado membro devem estar dirigidos ao fortalecimento da Instituição, a angariar a confiança dos cidadãos e, com isto, é de todo incompatível a interferência de ofício e sem justificativa ligada ao interesse público que implique o afastamento daquele a quem se atribuiu, anteriormente e de forma genérica, a

incumbência de atuar em nome do Estado.

Em 1993, o princípio do promotor natural foi positivado através dos arts. 24 e 10, IX, *e*, da Lei Federal n.º 8.625/93, devendo o Procurador-Geral, desde então, consultar o promotor de justiça titular antes de designar outro órgão do Ministério Público para atuar em feito específico de atribuição daquele.

Na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná (Lei Complementar n.º 85, de 27 de dezembro de 1999), o princípio do promotor natural foi acolhido, expressamente, ao se dispor, no art. 49, que “O Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do *Promotor de Justiça natural*, designar outro Promotor para funcionar, cumulativamente ou não, em feito determinado, de atribuição daquele”. Não se compreende, por isso, que se possa manter em plena vigência a Resolução n.º 97/94, do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, a qual acabou por excluir atribuições naturais de *opinio delicti* dos promotores de justiça titulares das Varas Criminais de Curitiba, transferindo-as aos promotores de justiça da Promotoria de Investigações Criminais.

No âmago, o princípio do promotor natural põe a descoberto o poder em dois momentos de alta tensão: a) tensão interna, entre o poder do Procurador-Geral e o direito à independência e inamovibilidade nas funções de cada um dos órgãos do Ministério Público; b) tensão externa, entre o poder do Estado em definir quem o representa e o direito fundamental de toda pessoa em saber quem, e por quais critérios, vulnerará a esfera do seu patrimônio ou da sua liberdade.

Nesse cenário, o princípio do promotor natural assume função de efetivação do devido processo legal, tomado em sua razão última de limitador constitucional do poder de Estado em face dos direitos e garantias fundamentais. Para se manter no círculo do Estado Democrático de Direito, resta ao Ministério Público perceber que, por uma dinâmica de respeito recíproco, a prevalência dos direitos fundamentais é o único caminho viável para minimizar seus conflitos intestinos de poder e capaz de afiançar aos seus órgãos a independência e a inamovibilidade plenas nas funções do cargo.

## 4.4 DEVIDA ATUAÇÃO CRIMINAL

### 4.4.1 Aspectos gerais

Sobrepunjando a consolidada missão de fiscal da legalidade objetiva, a nova destinação constitucional do Ministério Público como defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis torna-o, para Eduardo Ritt, uma “garantia institucional fundamental, por apresentar um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais”<sup>171</sup>.

Esta instrumentalização coloca a instituição em estreito contato com o devido processo legal, direito fundamental que guarda, inclusive, a mesma marca da indisponibilidade dos interesses sociais e individuais pelos quais cabe ao Ministério Público zelar.

Conquanto impelido pela Constituição ao compromisso de reclamar a outrem o cumprimento do devido processo legal, a natureza cratológica do Ministério Público (ente dotado de poder de Estado) posta-o na situação especial de estar e agir sempre condicionado aos ditames lindeiros do devido processo.

A propósito disso, e sem o menor receio de explorar os talhos abertos pela interdisciplinaridade, bem se nota que a Constituição da República e as leis orgânicas da instituição empregam certa forma de eufemismo – compreensível pelo arraigado preconceito comum contra a idéia de poder –, segundo a qual o Ministério Público detém as *atribuições* de exercício da ação penal, requisição para informações e instauração de inquéritos, bem como notificação para prestar depoimentos, dentre outras. Ocorre que, na essência, essas atribuições materializam *atos de poder*, atos, como antes exposto, de *vontade* de seus órgãos, detentores da *capacidade* de causar

---

<sup>171</sup> RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 176.

*efeitos* na esfera pessoal ou patrimonial de alguém. Os atos postulatórios ou requisitórios do Ministério Público, por mais que se queira reduzi-los ao nível de simples atribuições, incumbências ou deveres, são atos de poder do Estado e, como tais, controláveis pelo devido processo legal.

Deve-se evitar, contudo, reduzir os atos do Ministério Público a um dualismo da espécie de acordo/desacordo com o devido processo, o que, em certa medida, é inarredável. Mas, se há atos violadores/cumpridores do princípio, outros existem construtores do devido processo legal e que caracterizam a instituição como garantia instrumental dos direitos fundamentais. Nesse ponto, aliás, baseia-se exatamente a expectativa positiva da utilização dos poderes (atribuições) que foram outorgados ao Ministério Público pela Constituição e pelas leis da República.<sup>172</sup>

#### 4.4.2 Na investigação

##### 4.4.2.1 Suspeito: sujeito de direitos

Sob a vigência, ainda, de um Código de Processo Penal decretado sob a prepotência do Estado getulista, não causa estranheza a recusa, vez por outra, de se reconhecer ao indivíduo suspeito da prática de uma infração penal a titularidade de direitos fundamentais.

Esta atitude contrasta, conforme Fauzi Hassan Choukr, com o

---

<sup>172</sup> Qualquer perspectiva não prescinde, porém, de um conceito de devido processo legal, do qual se ocupa o capítulo anterior. Para a otimização da leitura, convém, muito sinteticamente, recordar que: *a)* possui a natureza jurídica de princípio de direito constitucional controlador e balizador dos atos do Estado; *b)* em sua fórmula política, é instrumento do Estado Democrático de Direito; *c)* endereçado à pessoa humana, constitui direito e garantia fundamental a um tratamento informado: *c.1)* pelos princípios e regras de processo e de procedimento (aspecto procedimental) e *c.2)* por valores implicitamente consagrados na Constituição, ou explicitadamente reconhecidos entre os direitos fundamentais, notadamente o valor de justiça, segundo o senso comum desta (aspecto substantivo).

constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, pelo qual a dignidade da pessoa humana, alçada a valor maior, transmuda a condição do suspeito de mero objeto de investigação<sup>173</sup> a sujeito de direitos, antes ou após a instauração do processo<sup>174</sup>. Daí, sustentar esse autor a necessidade de “inserção das garantias constitucionais desde logo na investigação criminal, naquilo que for possível e adequado à sua natureza e finalidade...”<sup>175</sup>

Mesmo admitida a natureza administrativa do inquérito policial, sem acusados formalmente considerados, não há como alimentar uma noção de um *locus* impermeável às garantias fundamentais, como se o Estado estivesse, durante o período da investigação, imune à ordem constitucional.

Dentre os direitos fundamentais de todo e qualquer suspeito que, concorrendo como limites à atividade persecutória extrajudicial do Estado, vivificam o devido processo legal, destacam-se: a) o direito à informação dos seus direitos (art. 5.º, LXIII, da CR); b) o direito à assistência de advogado (art. 5.º, LXIII, da CR); c) o direito de saber quem o prendeu ou o interrogou (art. 5.º, LXIV, da CR); d) o direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII, da CR); e) o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5.º, X, da CR); f) o direito ao sigilo das comunicações telefônicas (art. 5.º, XII, da CR).

Ademais – pela regra de reconhecimento de outros direitos e garantias decorrentes de princípios adotados pela Constituição da República (norma de ampliação do § 2.º do art. 5.º) e no contexto da proposição de Fauzi Hassan Choukr de

---

<sup>173</sup> Como chegou a pensar Frederico Marques: “Na atividade administrativa que no inquérito se realiza, o Estado é sujeito ativo da função de investigar e o indiciado mero objeto dessas investigações.” MARQUES, Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001. p. 87.

<sup>174</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9-11.

<sup>175</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 15.

acolhimento das garantias constitucionais na investigação criminal *naquilo que for possível e adequado à sua natureza e finalidade* –, é de se reconhecer ao suspeito: a) o direito à defesa em caráter preventivo ou acautelador de seus direitos, diretamente ou por advogado, indicando meios de prova que, se acessíveis, devem ser admitidos (apesar de desdenhado, o próprio Código de Processo Penal – art. 6.º, III – impõe à autoridade policial o dever de objetividade em *colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*); b) o direito ao contraditório, ainda que prévio a eventual imputação penal, quando for impraticável um novo exame pericial do corpo de delito em juízo.

Todavia, *impossíveis e inadequados à natureza e finalidade da investigação criminal* são os direitos à ampla defesa e ao contraditório, bem como a seus consectários (notificação e intimação dos atos, reperguntas, impugnações e outras formas de participação), exercitáveis, exclusivamente, ao longo do processo.

Observe-se que os direitos à defesa acauteladora e ao contraditório nas provas periciais de vestígios passageiros da infração penal buscam equacionar a colisão, sempre ocorrente na investigação criminal, entre direitos fundamentais (liberdade e bens do indivíduo) e o valor constitucional *segurança pública* (Estado)<sup>176</sup>, de modo a proteger o núcleo essencial daqueles, como objetivado pelo aspecto substantivo do devido processo legal na sua vertente de proporcionalidade.<sup>177</sup>

#### 4.4.2.2 Poder investigatório

É fato corrente que o Ministério Público brasileiro incorporou em sua rotina

---

<sup>176</sup> “Sucedem a colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros.” FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 118.

<sup>177</sup> Ver capítulo anterior.

a investigação de infrações penais, proliferando, inclusive, órgãos específicos encarregados dessa função.

Esse crescimento remodela um antiga disputa de poder, extremamente cara à sociedade, entre delegados e promotores de justiça em torno da presidência do inquérito policial. Hoje, na sua versão mais atualizada, os inquéritos permanecem na delegacia, e o Ministério Público autua os seus procedimentos investigatórios. Diante da ineficiência declarada da polícia, o Ministério Público preenche a lacuna desse ente de poder, no melhor exemplo da chamada *lei de expansão*: “... o poder cumpre seu inexorável destino de expandir-se, dominando, transformando, incorporando outras manifestações menores. No universo do poder não existe vácuo; onde uma expressão recua, outra se lhe toma o lugar.”<sup>178</sup>

A rigor, a Constituição e as leis orgânicas dos Ministérios Públicos não lhes conferem, expressamente, a função de investigação de infrações penais<sup>179</sup>, como fazem no tocante a outras incumbências. No entanto, a par de o Código de Processo Penal nunca ter reservado somente à polícia judiciária esse ofício (§ único do art. 4.º) e de não existir, salvo algumas exceções, o direito de ser investigado por órgão específico do Estado, busca-se o fundamento do poder investigatório do Ministério Público na conjugação dos poderes-meios de requisição de informações e notificação para depoimentos (art. 129, VI, da CR, art. 26, I, *a* e *b*, e II, da Lei n.º 8.625/93, e art. 8.º, I, II, IV e VI, da Lei n.º 75/93) com a sua atividade-fim de exercício da ação penal pública.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 178.

<sup>179</sup> Neste sentido: MORAES FILHO, Evaristo de. As funções do MP e o inquérito policial. **Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 22, p. 66-69, 1996.

<sup>180</sup> Neste sentido, consultar: MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ministério Público e poder investigatório criminal. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**, Salvador, n. 9, p. 43-64, 1998; NARDINI, Mauricio José. Investigação criminal presidida por promotor de justiça – admissível, possível e legal. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 5, p. 130-134, 1995; FARIAS, Cristiano Chaves de. A investigação criminal

Todavia, em um Estado Democrático de Direito o poder apenas se legitima quando fundado na Constituição e nas leis. O poder de Estado do qual se investe o Ministério não se estende, portanto, ao desempenho do papel de polícia judiciária, não estando autorizado a instaurar investigações criminais de forma indiscriminada, como vem ocorrendo. Poderá ele, quando muito, colher um ou outro elemento extrajudicial de prova, em *caráter complementar*, para subsidiar uma acusação criminal, o que também se permite a vítima de crime de iniciativa privada, com vista ao exercício do direito constitucional de ação.

#### 4.4.2.3 Limites e promoção do devido processo

##### 4.4.2.3.1 Investigação pelo Ministério Público

Respeitada a premissa de que o Ministério Público não detém poder investigatório da magnitude do destinado às autoridades policiais judiciárias, os seus órgãos devem ter sensível cuidado quando, em caráter complementar, vierem a reunir elementos extrajudiciais de prova. Os atos investigatórios do Ministério Público, atos de poder de Estado por excelência, estão jungidos ao devido processo em sua dupla dimensão, procedimental e substantiva, não se negligenciando a “inserção das garantias constitucionais desde logo na investigação criminal, naquilo que for possível e adequado à sua natureza e finalidade...”<sup>181</sup>

Primeiramente, por *devido processo procedimental possível e adequado* se entende que qualquer ato de investigação ministerial deve obedecer aos requisitos mínimos de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, sem os quais os atos da administração pública em geral (art. 37, *caput*, da Constituição da República) tornam-se passíveis de anulação pelo Poder Judiciário.

---

direta pelo Ministério Público e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento da denúncia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 769, p. 480-486, 1999.

<sup>181</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.15.

Na seara do *devido processo substantivo possível e adequado* às investigações do Ministério Público, a sua validade pauta-se no reconhecimento dos direitos fundamentais, cumprindo ao promotor ou procurador informar a todo e qualquer suspeito os seus direitos, especialmente ao silêncio e à assistência de advogado em caráter preventivo ou acautelador de seus direitos.

Anote-se que, infelizmente, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem e o direito ao sigilo das comunicações telefônicas vêm sendo, em algumas oportunidades, descuidado nas investigações dos Ministério Públicos, mediante a cessão do conteúdo de documentos, imagens e conversas à imprensa.

No que toca aos atos postulatórios na investigação, atos de poder como os requisitórios e notificatórios, também estão sujeitos ao devido processo substantivo.

Os requerimentos de prisão, de busca e apreensão, de quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, porque restritivos a direitos fundamentais, antes mesmo de endereçadas ao Poder Judiciário devem passar sob o exame prévio da razoabilidade e da proporcionalidade pelo Ministério Público. Não é concebível que, dispondo de um caminho persecutório menos gravoso (v. g., documentos e depoimentos coligidos), ele se valha dessas medidas, imediatamente, sem a demonstração de sua adequação e necessidade<sup>182</sup>. E, ainda que isso seja adequado e necessário, não condiz com a proporcionalidade *strictu sensu* investigar um fato determinado quanto à sua data e local de consumação através de autênticas devassas.

#### 4.4.2.3.2 Investigação pela polícia sob controle externo do Ministério Público

A promoção do devido processo legal pelo Ministério Público, evidenciando a instituição como garantia instrumental para os direitos fundamentais, encontra terreno fértil no controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CR).

---

<sup>182</sup> A propósito, consultar O Ministério Público e a tutela da intimidade na investigação criminal (MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner, *in* Justiça e Democracia, nº 2, São Paulo, Associação Juízes para a democracia, 1996, p.222/229).

Atente-se para o fato de que esse controle externo tem por objeto a atividade investigatória da polícia e não contempla hierarquia administrativa ou poder disciplinar.<sup>183</sup>

A bem da verdade, o Código de Processo Penal (arts. 5.º, II, 13, II, e 47), o Código de Processo Penal Militar (arts. 8.º, b, 10, c, 55 e 56) e a revogada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 15, III) “já instituíam o poder/dever do Ministério Público de controlar, externamente, a atividade-fim das polícias judiciárias, que é exatamente a apuração das infrações penais...”<sup>184</sup>

Com a mudança do perfil constitucional do Ministério Público, desde então defensor da ordem jurídica democrática e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, espera-se a assunção dessa postura. Para velar pelos direitos e garantias fundamentais da pessoa suspeita, cabe, em favor de sua dignidade, requisitar diligências investigatórias para esclarecimento integral dos fatos, repudiar provas obtidas por meios ilícitos, encetar responsabilização por violação à sua integridade física e psíquica, entre outros expedientes que em muito diferem da simples concordância com a dilação de prazo solicitada pela autoridade policial.

Cumpra também ao Ministério Público exercer o controle de constitucionalidade das representações da Polícia Judiciária pela prisão provisória, busca e apreensão e quebra do sigilo bancário, fiscal ou telefônico, pois ele tem o poder de influenciar a decisão do Juízo, opinando, e o poder de postular sua revogação em sede de recurso, *habeas corpus* ou mandado de segurança. A localização

---

<sup>183</sup> SABELLA, Walter Paulo. Atividade policial: controle externo pelo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, n. 154, p. 16, 1991. Consultar também: MAZZILI, Hugo Nigro. O controle externo da atividade policial. *Justitia*, São Paulo, n. 154, p. 18-25, 1991; COELHO, Inocêncio Mártires. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, n. 154, p. 26-36, 1991; PERANTONI, José Silvino. O controle externo da atividade policial. *Justitia*, São Paulo, n. 154, p. 37-39, 1991; JARDIM, Afranio Silva. O Ministério Público e o controle da atividade policial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 322, p. 03-07, 1993.

<sup>184</sup> SARABANDO, José Fernando Marreiros. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, n. 177, p. 63-64, 1997.

privilegiada do Ministério Público nas cercanias ou à própria porta do Poder Judiciário habilitam-no a assumir o *status* de *sentinela e filtro* da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos da polícia, pois ele é o principal legitimado para a consecução do devido processo.

#### 4.4.3 Na titularidade da ação penal pública

##### 4.4.3.1 Arquivamento dos autos

A implementação do devido processo legal esbarra em algumas regras do Código de Processo Penal não recepcionadas pela nova ordem constitucional.

Entre os dispositivos aviltantes do *direito a um julgamento justo*, de que cuida o devido processo legal substantivo, sobressai o art. 28.

Sob o pretexto de exercício de atividade atípica ou função anômala do Poder Judiciário, o juiz do sistema inquisitório – sobrevivente no Código de Processo Penal –, pretendente ao senhorio de tudo e não satisfeito em já dominar as bases do seu convencimento na colheita da prova, antepõe-se ao próprio início do processo.

De acordo com o art. 28 do CPP, o juiz que discorda de requerimento de arquivamento formulado pelo Ministério Público, continuando como magistrado do caso – eis a temeridade –, *quebra sua imparcialidade*, pois vincula-se subjetivamente ao recebimento de eventual futura denúncia, e com esse espírito irá sentenciar.

Um *controle provocatório de constitucionalidade* pelo Ministério Público criminal haverá de se ocupar deste e de outros resíduos de incompatibilidade do Código de Processo Penal com o devido processo legal.

Aventa-se como uma das soluções que o Ministério Público argua, no caso

concreto, a inconstitucionalidade material<sup>185</sup> do art. 28, para os fins de o juiz não conhecer do pedido de arquivamento e suprir a lacuna legislativa resultante por analogia (art. 3.º do Código de Processo Penal), encaminhando os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, na forma do art. 9.º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, alusivo ao arquivamento de inquéritos civis públicos ou peças informativas.

Não o fazendo, o réu ficará sujeito ao julgamento por um órgão do Poder Judiciário juridicamente interessado no oferecimento de denúncia, isto é, por um *juiz parcial*.<sup>186</sup>

#### 4.4.3.2 Denúncia

A denúncia, como qualquer outro ato postulatório do Ministério Público (ato de poder de Estado), submete-se ao crivo do devido processo legal procedimental e substantivo.

Para a satisfação do devido processo procedimental, deve-se observar as condições da ação dispostas no direito positivo. A rejeição da denúncia por ausência de condição genérica ou de condição específica remete ao cumprimento de regras processuais concernentes ao direito de ação.

Na formação da *opino delicti*, porém, denota-se um juízo valorativo do caso investigado, ora ligado à tipicidade objetiva (v. g., fraude civil ou penal para a configuração do crime de estelionato), ora voltado para a prova mínima da existência do fato e de sua autoria (justa causa). O impasse entre o oferecimento de denúncia ou o requerimento de arquivamento tem sido resolvido pelo princípio da obrigatoriedade (a

---

<sup>185</sup> Segundo Marcelo Neves, a inconstitucionalidade material decorre da “transgressão de normas constitucionais, especialmente as relativas aos direitos e garantias do cidadão”. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 112.

<sup>186</sup> Sobre a garantia de imparcialidade do Poder Judiciário dispõem o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o art. 8.º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, os dois últimos ratificados pelo Brasil em 1992 (24 de janeiro e 25 de setembro, respectivamente).

rigor, maltratado), traduzido por uma opção prática e irrefletida de *na dúvida, denuncia-se, inclusive para mais* (com a qualificadora do tipo) *para depois se comprovar*. Isso levou João Pedro Gebran Neto a afirmar:

Em um trabalho de prospecção sobre a atividade do Ministério Público no processo penal, em especial no hiato do final do inquérito policial e o desencadeamento da ação penal, constatamos a existência de uma lacuna normativa – parcialmente preenchida – que, associada ao princípio da obrigatoriedade da ação, impõe ao Promotor de Justiça o início de processos que são verdadeiros natimortos, quando não injustos.<sup>187</sup>

A mencionada *lacuna normativa* desaparece diante da submissão do ato de poder (denúncia) à razoabilidade e à proporcionalidade ínsitas ao devido processo legal substantivo. Acudindo ao Ministério Público alternativas menos prejudiciais aos direitos fundamentais de liberdade e a bens do indivíduo (arquivamento/desarquivamento do inquérito ou peças de informação<sup>188</sup> e aditamento da denúncia), não é razoável nem proporcional a apresentação de denúncia sabidamente incapaz de redundar em aplicação de sanção penal, carecendo o ato, pois, de adequação e necessidade.

O vetusto *in dubio pro societate* da *opinio delicti*, relido pela semântica constitucional, converte-se em *in dubio pro* direitos fundamentais, único critério interpretativo apropriado a um Ministério Público dedicado à promoção da dignidade da pessoa humana.

#### 4.4.4 No processo – instrução e alegações finais

A lacuna normativa mencionada por Gebran Neto revela, historicamente, outra lacuna ainda por se preencher: *a lacuna de identidade* do Ministério Público no processo penal.

---

<sup>187</sup> GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: o arquivamento e o princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 31.

<sup>188</sup> Não se olvide que o art. 18 do Código de Processo Penal autoriza o Estado (polícia judiciária) a proceder a novas diligências diante da notícia de outras provas após o arquivamento.

Paulo Vasconcelos Jacobina invoca um excerto do famoso texto de Calamandrei – “Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial quanto um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz...” – e conclui que este quadro

... reflete a esquizofrenia a que estamos submetidos, nós membros dessa classe tão desprovida, ainda, de uma identidade profissional e institucional. [...] ... a nossa formação psicológica já se iniciou dividida. Como nos auto-definir? Somos advogados da sociedade? Somos “magistrados de pé”, como se costuma dizer, com base no direito europeu? Bom, se somos advogados, como poderemos ou conseguiremos ser *tão imparciais como um juiz* e continuarmos sendo bons advogados? Se somos *juizes de pé*, como mantermos a *generosa combatividade de defensor*?<sup>189</sup>

Passa despercebido, correntemente, que o Ministério Público não é um durante a investigação criminal (*in dubio pro societate*) e outro depois de instaurado o processo (*in dubio pro reo*).

Ora, o Ministério Público do *caput* do art. 127 da Constituição da República, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é o mesmo Ministério Público do inciso I do art. 129, titular da ação penal pública. Daí a afirmação de Leônidas Ribeiro Scholz de que “o que importa, entretanto, é fixar, com clareza, a premissa, que a nós parece irrefragável, de que o Ministério Público, seja qual for a titularidade da ação penal, atua, antes e sempre, como fiscal da lei e, nos casos de ação pública, também e, então, simultaneamente, com órgão acusador”.<sup>190</sup>

Estabelecido que a identidade do Ministério Público se funda no texto constitucional, sem se deixar confundir pela dubiedade e retoricismo dos axiomas contra ou a favor do réu, o comportamento do promotor ou procurador durante a

---

<sup>189</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Em busca do Ministério Público perdido. **Boletim dos Procuradores da República**, n. 03, p. 32-33, 1998.

<sup>190</sup> SHOLZ, Leônidas Ribeiro. A atuação complementar do Ministério Público no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 719, p. 376, 1995.

instrução e nas alegações finais longe está de cair no tormentoso dilema proposto por Calamandrei.

Não desconfiando para só depois confiar, mas, ao contrário, sempre confiando para desconfiar apenas quando houver motivos concretos<sup>191</sup> (pelo preceito da Constituição, presume-se a inocência, e não o inverso), o órgão do Ministério Público participa da instrução em condições de contribuir para o esclarecimento completo do fato imputado.

Neste contexto, guarda sentido que o Ministério Público lance mão do poder requisitório de documentos completos ou novos elementos de convicção (art. 47 do Código de Processo Penal) quando já formada o processo, sem que isso dê azo ao rompimento do princípio da isonomia.

*Custos legis*, indeclinavelmente, o Ministério Público do devido processo legal procedimental e substantivo ocupa-se em apontar a violação a pressupostos processuais que interessem ou não à acusação, não se lhe aplicando a segunda parte do art. 565, do Código de Processo Penal, impediendo a arguição de nulidade de *formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*<sup>192</sup>. Vislumbrando prejuízo ao réu, cumpre ao Ministério Público intervir, suscitando a nulidade, mesmo que relativa, pois importa a tutela da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis em tela.

Já as alegações finais de mérito, como ato postulatório do Ministério Público ou ato de poder de Estado, ganham a pecha de abusivas quando se pleiteia a condenação do acusado com supedâneo em provas produzidas sem o contraditório (por investigações ministeriais, da polícia ou outro meio), ou quando se ignora,

---

<sup>191</sup> Como resultado da “cultura da desconfiança”, converteu-se em lei um antigo assento do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, motivado por caso(s) isolado(s), que determinava(m) ao promotor suspeito por motivo de foro íntimo – pasme-se! – que comunicasse em ofício reservado as razões da suspeição (art. 155, IX, da Lei Orgânica Estadual, Lei Complementar n.º 85, de 27 de dezembro de 1999).

<sup>192</sup> Diverge-se, frontalmente, de Mirabete, que reduz o Ministério Público, no processo penal, à condição de parte: “Como a prescrição legal existe para a garantia ou proveito de uma parte, não pode a outra invocá-la, já que não houve lesão a interesse seu (pas d’intérêt, pas d’action).” MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993. p. 576.

integralmente, o acervo probatório favorável ao acusado.

O pedido de condenação deve cercar-se de razoabilidade e proporcionalidade, pois tem a *capacidade* de causar *efeitos* na esfera pessoal ou patrimonial de alguém. No entanto, mais do que se disse em relação à denúncia inócua para a aplicação de sanção penal, as alegações finais convidam para uma reflexão em torno do substrato ético do Estado de Justiça de que cuida o aspecto substantivo do devido processo legal.

Não por acaso, tratando da ética no emprego do poder, Moreira Neto afirma que “o atendimento de interesses coletivos faz assomar outra dimensão ética que não poder ser ignorada: a consciência do agente, além de questionar se foram empregados meios moralmente lícitos para lograr os objetivos do grupo, deverá, ainda, perguntar-se se foram empregados os meios *adequados, proporcionais* e de modo *correto*”.<sup>193</sup>

Para os órgãos do Ministério Público, o primeiro passo consiste em adquirir a consciência do poder que têm e a sua finalidade ética.

---

<sup>193</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 215.

## 5 CONCLUSÕES

1. A carga axiológica do princípio do devido processo legal não permite formular um conceito apriorístico e definitivo a respeito dele. Para a compreensão do seu significado, pode-se valer do critério da funcionalidade.

2. A principal função do devido processo reside na limitação ou controle dos atos de poder do Estado.

3. A fundamentação normativa da dimensão material ou substantiva do princípio do devido processo se encontra na regra de extensão do § 2.º do art. 5.º da Constituição da República.

4. O devido processo legal substantivo encontra na Constituição da República o seu fundamento ético-positivo, propiciando a todo acusado o direito a um julgamento justo. Nesse diapasão, o atual sistema processual penal brasileiro – inquisitório – padece de inconstitucionalidade material.

5. O devido processo substantivo brasileiro contempla, além dos princípios da razoabilidade e da racionalidade, o princípio da proporcionalidade e os seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

6. O Ministério Público é ente de poder do Estado. Os atos do Ministério Público, postulatórios ou requisitórios, como atos de poder do Estado, sujeitam-se à limitação e controle do devido processo legal procedimental e substantivo.

7. O poder do Procurador-Geral é limitado, internamente, pelos princípios da independência e da inamovibilidade, os quais, conjugados, fundamentam o princípio do promotor natural. Este é o órgão do Ministério Público com atribuições fixadas em lei para atuar em determinado feito, segundo as regras ordinárias de distribuição, somente podendo ser substituído nas hipóteses legais de afastamento (férias, licenças, punições disciplinares, promoção ou remoção) ou, excepcionalmente, mediante o seu consentimento.

8. O direito à acusação justa é corolário do direito a um julgamento justo. A acusação justa exige, pelo menos, isenção na formação da *opinio delicti* do órgão do Ministério Público. O princípio do promotor natural constitui, assim, direito e garantia

do indivíduo e corresponde a um interesse social indisponível de tratamento isonômico a quem viole a lei penal.

9. O suspeito da prática de infração penal é titular de garantias constitucionais compatíveis com a investigação criminal, cabendo ao Ministério Público, na função de defensor da ordem jurídica democrática e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, respeitá-las e exigir o seu cumprimento.

10. No Estado Democrático de Direito, o poder do qual se investe o Ministério Público deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas demais leis da República. Nas atribuições do Ministério Público não está prevista a função específica de investigação de infrações penais, não se podendo lançar mão de recursos de interpretação para suprir a lacuna legislativa. O art. 26 da Lei n.º 8.625/93 contém norma de procedimento administrativo e de poderes-meios (notificação e requisição), e não norma de atribuição.

11. Com fundamento no poder de controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição da República), é admissível, para o exercício responsável da ação penal pública, que o Ministério realize atos de investigação, *em caráter complementar*, quando entenda que a sua *opinio delicti* depende de diligências que, por interesse ou conveniência da autoridade policial, não tenham sido providenciadas. Eventual inércia ou desídia da autoridade policial não possui o condão de obstaculizar a atividade persecutória do Estado.

12. Atribui-se ao Ministério Público, no seu papel de instrumento da efetivação do devido processo penal, o controle provocatório de constitucionalidade em matéria criminal no caso concreto, com a finalidade de o Poder Judiciário reconhecer a negativa de aplicação de dispositivos do Código de Processo Penal incompatíveis com o direito a um julgamento justo.

13. Com supedâneo no art. 127, *caput* e art. 129, I, da Constituição da República, o Ministério Público, ainda que se apresente como autor da ação penal, nunca perde a sua natureza de fiscal da lei, cabendo-lhe, segundo o texto constitucional, a *defesa da ordem jurídica*.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de Filosofia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ANGOLD, Michael. **Bizâncio: a ponte da antigüidade para a Idade Média**. Trad.: Alda Porto Santos, Rio de Janeiro: Imago, 2002.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Constituição de Atenas**. Trad.: Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da política: a Filosofia Política e as lições dos clássicos**. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto e outros. **Dicionário de política**. 3. ed. Trad.: Carmen C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

BONANATE, Luigi. **A guerra**. Trad.: Maria Tereza Buonafina e outro. São Paulo: Estação Liberdade, 2001.

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 34, p. 281-283, 1994.

BRINDEIRO, Geraldo. A constituição federal e o devido processo legal no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**, São Paulo, n. 14, p. 15-16, 1996.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito com base na constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CÍCERO, Marco Túlio. **Manual do candidato às eleições – Carta do bom administrador público – Pensamentos políticos selecionados**. Trad.: Ricardo da Cunha Lima. São Paulo, Nova Alexandria, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, n. 154, p. 26-36, 1991.

CONDORCET. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Trad.: Carlos Alberto Ribeiro de Moura, Campinas: Unicamp, 1993.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. Um novo ensino do Direito Processual Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 33, 1994.

\_\_\_\_\_. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 332, p. 244, 1995.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, p. 164-167, 1998.

DALMAU, Rubén Martínez. Las transformaciones del Ministerio Fiscal en el Europa Oriental y la Unión Soviética. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, p. 26-37, 1998.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 709, p. 250 e 253, 1994.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, José Janguê Bezerra. Princípios constitucionais do processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 739, \* p. 739, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A investigação criminal direta pelo Ministério Público e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento da denúncia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 769, p. 480-486, 1999.

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

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. **Revista Trimestral de Direito Público**, 36/44, p. 123-126.

FLACH, Norberto. **Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRIEDE, R. Reis. A garantia constitucional do devido processo legal. **Justitia**, São Paulo, n. 172, p. 49-50, 1995.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Trad.: Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito policial: o arquivamento e o princípio da obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad.: A. M. Hespanha e outro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura: anatomia de um desencanto – desilusão jurídica em Monteiro Lobato**. Curitiba: Juruá, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade: de John Locke a Robert Nozick**. Trad.: Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarim, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago e outros. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Em busca do Ministério Público perdido. **Boletim dos Procuradores da República**, n. 03, p. 32-33, 1998.

JARDIM, Afranio Silva. O Ministério Público e o controle da atividade policial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 322, p. 03-07, 1993.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Batista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

LEDESMA, Hector Faundez.. El derecho a un juicio justo. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, n. 80, p. 141-179, 1991.

LIBERA, Alain de. **A filosofia medieval**. Trad.: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância – Segundo tratado sobre o governo – Ensaio acerca do entendimento humano**. Trad.: A. Aiex e outro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Trad.: A. Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania: o novo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 61, p. 42-43 e 46-47, 1994.

MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. O Ministério Público e a tutela da intimidade na investigação criminal. **Justiça e Democracia**, São Paulo, n. 2, p. 222-229, 1996.

MARINHO, Inezil Penna. **O direito natural na Grécia antiga**. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1978.

MARQUES, Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARTINS, Carlos Estevam e outro. In: John Locke. Trad.: A. Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. O controle externo da atividade policial. **Justitia**, São Paulo, n. 154, p. 18-25, 1991.

\_\_\_\_\_. Os limites da independência funcional do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 715, p. 573, 1995.

\_\_\_\_\_. **Regime jurídico do Ministério Público**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MORAES FILHO, Evaristo de. As funções do MP e o inquérito policial. **Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 22, p. 66-69, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sistema de direito político – Estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ministério Público e poder investigatório criminal. **Revista do Ministério Público do Estado da Bahia**, Salvador, n. 9, p. 43-64, 1998.

MOURA ROCHA, José Elias Dubard. **O Ministério Público no Estado Democrático de Direito**. Recife: Ministério Público do Estado de Pernambuco, 1996.

NARDINI, Mauricio José. Investigação criminal presidida por promotor de justiça – admissível, possível e legal. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 5, p. 130-134, 1995.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVASKI, Augusto. **As razões do mito**. Campinas: Papyrus, 1988.

PENTEADO, Jaques de Camargo. O princípio do promotor natural. **Justitia**, São Paulo, n. 129, p. 115, 1985.

PENTEADO, Jaques de Camargo e outro. O princípio do promotor natural – as “equipes especializadas” à luz do princípio do promotor natural. **Justitia**, São Paulo, n. 131, p. 152, 1985.

PERANTONI, José Silvino. O controle externo da atividade policial. **Justitia**, São Paulo, n. 154, p. 37-39, 1991.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad.: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. In: **Direito Penal e Processual Penal – uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SABELLA, Walter Paulo. Atividade policial: controle externo pelo Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, n. 154, p. 16, 1991.

SAINT-SERMIN, Bertrand. **A razão no século XX**. Trad.: Mário Pontes. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARABANDO, José Fernando Marreiros. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, n. 177, p. 63-64, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SARMENTO, Daniel e outros. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÊNECA. **As relações humanas: a amizade, os livros, a filosofia, o sábio e a atitude perante a morte**. Trad.: Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2002.

SHOLZ, Leônidas Ribeiro. A atuação complementar do Ministério Público no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 719, p. 376, 1995.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad.: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad.: Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2001.

SOUZA, Mauro Araújo de. **Confissões (Santo Agostinho)**. Trad.: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOVO, Paulo Cláudio e outros. **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia Filosófica**. São Paulo: Loyola, 1991.

VERNANT, Jean-Pierre. **Entre mito e política**. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: USP, 2001.

\_\_\_\_\_. Os gregos inventaram tudo. Trad.: José Marcos Macedo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 out. 1999, Caderno Mais. p. 4.

VIDAL-NAQUET, Pierre. **Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio**. Trad.: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.