



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 9**

## **PROCESSO PENAL**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 9*

Marco Antonio Marques da Silva

PUCSP

São Paulo

2020

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP  
PROCESSO PENAL

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello  
Elizabeth Nazar Carrazza  
Fábio Ulhoa Coelho  
Fernando Menezes de Almeida  
Guilherme Nucci  
José Manoel de Arruda Alvim  
Luiz Alberto David Araújo  
Luiz Edson Fachin  
Marco Antonio Marques da Silva  
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior  
Oswaldo Duek Marques  
Paulo de Barros Carvalho  
Raffaele De Giorgi  
Ronaldo Porto Macedo Júnior  
Roque Antonio Carrazza  
Rosa Maria de Andrade Nery  
Rui da Cunha Martins  
Tercio Sampaio Ferraz Junior  
Teresa Celina de Arruda Alvim  
Wagner Balera

**TOMO DE PROCESSO PENAL | ISBN 978-65-990464-4-5**

*A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP*

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)

: processo penal / coord. Marco Antonio Marques da Silva - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## PROCESSO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Marco Antonio Marques da Silva*

### *INTRODUÇÃO*

O processo é o alicerce em que se desenvolve a materialização da tutela jurisdicional. Considerando o direito penal como última *ratio*, o processo penal ganha ares de plataforma apta a revelar a segurança jurídica para apuração da autoria e materialidade de um crime, de forma a concretizar as garantias e direitos fundamentais consagrados na carta constitucional a cada ser humano.

Conjugando com essa finalidade, o processo penal que resulta no advento da prestação da tutela jurisdicional adequada traz, como consequência social, o afastamento do desassossego à ordem pública desencadeado pela prática delitiva.

A lei pauta a tessitura da função do juiz na produção das provas, na formação da convicção motivada, mas a resposta penal estatal não se resume ao texto formal, mas sim à fixação da penalidade justa, retributiva, preventiva e prestada com observância do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

O julgador deve conduzir e zelar, durante o procedimento, pelo respeito a fundamentos éticos, pela incidência com carga intensificada de princípios constitucionais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, identidade física do juiz e duração razoável do processo.

Nesta ótica, impor ao acusado a espera longínqua do provimento jurisdicional, por si só, já é um ato de caráter sancionador. A gravidade da demora na solução do caso concreto se agrava quando se trata de réu que aguarda no cárcere provisório.

Em decorrência de tais premissas, é que se faz imprescindível a compreensão do processo penal inserido no Estado Democrático de Direito de acordo com a sociedade contemporânea.

### *SUMÁRIO*

Introdução.....	2
-----------------	---

1. Estado de direito, Estado Democrático e Estado Democrático de Direito.....	3
2. A devolutiva-retributiva penal .....	13
3. O processo como instrumento de garantias.....	18
4. A função do juiz no sistema de justiça criminal .....	21
5. Estruturas da tutela jurisdicional penal .....	27
6. Considerações finais.....	45
Referências .....	47

### ***1. ESTADO DE DIREITO, ESTADO DEMOCRÁTICO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO***

Estado de Direito pode ser entendido como o Estado que tem limites e balizamentos definidos pelo Direito. Se, por um lado, a definição está correta, por outro é incompleta.

Segundo Luis Legaz y Lamcabra:

“O Estado de Direito é um mistério da ciência jurídico-política; é, na esfera da ciência do Direito e do Estado, o que na Teologia é o mistério do Deus-homem, o mistério do Criador da Natureza submetido à Natureza. Deus e Homem verdadeiro, diz o Credo; legislador e, não obstante, submetido à lei, afirma a teoria política”.<sup>1</sup>

O Estado é a sociedade politicamente organizada. São elementos constitutivos do Estado: o povo, o governo e o território. O Estado existe para assegurar a continuidade do próprio indivíduo. É por esta razão que o Estado exerce o uso legítimo da força.

Para Max Weber,

“Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o precederam, o Estado consiste em uma relação de *dominação* do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto,

---

<sup>1</sup> LEGAZ, Luis y Lacabra. *El Estado de Derecho en la actualidad*, p. 12.

sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores”.<sup>2</sup>

A materialização da força legítima do Estado não se dá com atos policiaiscos de desrespeito aos direitos fundamentais. É por isto que a ordem de prisão em flagrante dada pelos agentes do Estado ao indivíduo que praticou conduta atípica implica em relaxamento do auto de prisão. Ou ainda, a prisão em flagrante do suspeito em situação que não caracterize uma das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal não pode ser validada pelo Estado-juiz. Também é inconcebível ato de sevícia contra o preso surpreendido durante a prática do delito.

Situação oposta é o ato decorrente do emprego de força legítima do Estado que resulta no cerceamento da liberdade do indivíduo decorrente da decretação da prisão cautelar na modalidade preventiva. Não se pode afirmar que tal ato estatal caracterize ofensa aos direitos fundamentais de primeira dimensão, essencialmente quando decorrente de reserva de jurisdição e exarado de forma motivada. Em síntese, com observância ao que dispõem, no mínimo, os arts. 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, da Constituição Federal e arts. 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Assim, é correto dizer que todo Estado tem como elemento integrante a violência legitimada. Caso contrário, falar-se-ia em um sistema anárquico.

Anarquia é

“O sistema político baseado na negação do princípio da autoridade. Negação de qualquer tipo de autoridade. Estado de um povo que, de fato ou virtualmente, não tem mais governo. Falta de organização e/ou liderança em qualquer tipo de atividade, local ou instituição; confusão, bagunça. Qualquer entidade ou organização social etc. desprovida de direção e/ou normas”.<sup>3</sup>

Isto não significa suprimir o viés humanista do Estado, mas apenas visualizá-lo como a comunidade humana que, em certo território, reclama o monopólio da violência física legítima. É por ser, a força, monopólio Estatal específico do nosso tempo que não se admite “justiça pelas próprias mãos”. Pode-se dizer, por conseguinte, que o Estado é a única fonte de legitimação da violência.

---

<sup>2</sup> WEBER, Max. *Ciência Política: duas vocações*, p. 67.

<sup>3</sup> *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 126.

O Direito, à luz do *normativismo jurídico concreto* de Miguel Reale, pode ser caracterizado como o conjunto de normas que, em certa sociedade e momento histórico, ordena fatos sociais de acordo com os valores. Segundo o autor,

“Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores. Ultimamente, pondo em realce a idéia de justiça, temos apresentado, em complemento às duas noções supra da natureza lógico-descritiva, esta outra de caráter mais ético: Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores. Se analisarmos essas três noções do Direito veremos que cada uma delas obedece, respectivamente, a uma perspectiva do fato ("realização ordenada do bem comum"), da norma ("ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores") ou do valor ("concretização da idéia de justiça)".<sup>4</sup>

Estado de Direito é o que tem como pedra de toque o governo segundo a vontade geral racional e onde se busca um objetivo comum, ou seja, a realização dos princípios da razão para a vida dos homens. Entretanto, a insuficiência da implementação do Estado de Direito reside na exclusão de valores e da ética como competências do Estado. A simples tradução do Estado como o domínio da lei não é suficiente. O Estado não pode estar alheio às experiências sociais.

“É por experiências sociais que procede o legislador e nunca se afoitou o espírito a tão sérias tentativas como nos dias que correm, como a legislação social, isto é, a legislação *intencionalmente* favorável ao organismo total. Sempre foram os governos laboratórios políticos, conquanto por vezes as revoluções o deponham, criem ou levem já feito o novo direito, a nova ordem jurídica e política. Quem estudar as variações sociais verá que é à necessidade que se deve a ordem vigente e que a ordem abolida também surgiu para servir a outra necessidade histórica igualmente inflexível. No mesmo momento, pode o direito acudir a muitos interesses individuais, de classe ou coletivos, porque se compõem ele de partículas mais ou menos

---

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 63.

determinadas, que são os princípios, algo a que se poderia chamar células lógicas, e cada um deles pode apresentar a direção positiva ou negativa, o sentido da linha caída para a esquerda ou para a direita de maior ou menor tamanho etc.”.<sup>5</sup>

É certo que deve existir uma ordem jurídica em que se viva sob o primado do Direito, ou seja, onde se tenha a vigência de um sistema de normas democraticamente estabelecidas que rezem a lei como expressão da vontade geral; a divisão de poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário; a positivação de direitos e liberdades fundamentais e a busca pela realização material. Contudo, ainda é necessário, para vivenciar a democracia processual, que a todo acusado seja assegurada a igualdade para litigar em juízo.

Quando se diz que o Estado de Direito sempre foi uma conquista, denota-se a ideia de lutas sociais seculares pela garantia de direitos. É por isto que, em matéria de direitos humanos, fala-se em dimensões, na medida em que, com o reconhecimento de mais um direito, repagina-se a interpretação da amplitude de outro direito anteriormente positivado.

A vedação ao retrocesso está intimamente ligada a esta ideia. Isto porque, ainda que se alterem os textos legais, há limitação não apenas no que diz respeito ao impedimento de supressão de um direito fundamental, mas também de se adotar uma interpretação de alcance restritivo de tal direito, sem uma *ratio iuris* principiológica devidamente explanada em uma fundamentação exaustiva, materializada em decisão judicial que a permita.

É certo que a legalidade é um componente do Estado de Direito, mas ele não se caracteriza por qualquer legalidade, mas sim aquela que não lesione valores e princípios universais, os quais constituem a ordem jurídica e política, elevando o ser humano como seu objetivo primordial.

Assim, é possível afirmar que “para a aplicação da lei, não somente se precisa de Ciência do Direito e do conhecimento dos textos: tem-se de contar com a prática, a que alguns juristas chamam de arte de interpretação da lei. Também quando se fala de juiz como legislador, em verdade confundem-se criação e interpretação ou revelação do direito”.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, t. III, p. 116.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 348.

É mister consignar que a elevação do ser humano somente ocorrerá em um sistema democrático.

Logo, é no Estado Democrático de Direito que se concretiza a integração dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da democracia, do socialismo, da segurança e da ordem social.

Entretanto, a dignidade nunca se traduziu em independência plena. Segundo Ronald Dworkin,

“A dignidade requer independência em relação ao governo em questões de escolha ética e este requisito está na base de qualquer teoria plausível da liberdade negativa. Contudo, a dignidade não requer independência em relação ao governo noutras questões; uma comunidade política deve tomar decisões coletivas sobre a justiça e a moral e deve impor coercitivamente essas decisões”.<sup>7</sup>

O Estado Democrático de Direito hodierno é o Estado de Direito do ser humano, ou seja, o que preceitua uma ordem jurídico-política, na qual se reconhecem e proclamam direitos da pessoa humana, mas, simultaneamente, se estabelecem instrumentos que lhe assegure a satisfação desses direitos e de quantos mais se forem revelando inerentes à dignidade da pessoa humana.

“Nitidamente, o constituinte optou por uma valorização do indivíduo em relação ao Estado, sendo os governantes apenas seus representantes e não seus senhores. (...) Em outras palavras, a Constituição brasileira é fundamentalmente uma Constituição dedicada à pessoa, sendo esta a única razão de ser do Estado. Bem por isto, o artigo 5º, que enuncia os principais direitos e garantias individuais, é tido por muitos constitucionalistas como o mais expressivo artigo da lei suprema. (...) A dignidade humana é assim princípio fundamental da Carta Maior, ao lado do exercício da cidadania, da liberdade de empreender e escolher seu próprio destino, da valorização do direito do trabalhador e do exercício pleno das liberdades políticas. A essência do verdadeiro Estado Democrático de Direito é ideal que, plasmado na Constituição, precisam os brasileiros ainda aprender a dimensioná-lo, para livrar-se dos interesses menores, daqueles que buscam o poder apenas para usufruí-lo e subordinar a sociedade a seus desígnios

---

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 387.



pessoais e ideológicos, como se fossem interesse de todos. Nossa Constituição é fundamentalmente uma Constituição individualista em que ao Estado cabe coibir distorções, evitar abusos, promover as pessoas, para que tenham liberdade de agir livremente, respeitadas as condicionantes institucionais, tanto na via privada, como na vida pública”.<sup>8</sup>

O Estado Democrático fundado na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana é tornado efetivo através da observação de vários postulados que lhe são essenciais. O apontamento desses elementos norteadores da conduta de cada indivíduo, enquanto membro de uma comunidade, tem por base os hábitos, costumes, cultura, e buscam a organização de cada povo, através da consciência do certo, do justo, do bem e do mal. Essa consciência, que institui o sistema de valores morais da sociedade, é uma das vertentes da ética, que deveria ser utilizada como norte para a maneira de agir e pensar de cada indivíduo social e de toda a coletividade. A ética social está intimamente ligada à cultura e aos valores de cada comunidade, sujeitando-se, assim, às mesmas instabilidades históricas de cada época e, por isso, assumem um caráter de mutabilidade.<sup>9</sup>

E não há qualquer insegurança nas soluções penais adotadas por juiz com supedâneo em princípios gerais de direito consagrados no ordenamento jurídico. Não se trata de criação de solução prática por decisão judicial desmedida, mas sim de pleno exercício da atividade de prestar a tutela jurisdicional, aplicando a lei ao caso concreto.

“As regras de ordinário chamadas de *princípios gerais de direito* não constituem criação jurisprudencial, por um lado, nem preexistem por outro, externamente ao ordenamento. Ao tomá-las de modo decisivo para a definição de determinada solução normativa, a autoridade judicial simplesmente comprova sua existência no bojo do direito positivo que aplica. Não se trata, portanto, de *princípios* que o aplicador do direito ou o intérprete possam resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no direito natural. Insista-se: eles não são *descobertos* em um ideal de “direito justo” ou em uma “ideia de direito”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dignidade humana. *Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em Homenagem a António Guterres*, pp. 744-747.

<sup>9</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, pp. 231-232.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, pp. 103- 104.

Nos Estados Democráticos de Direito, o estabelecimento dos valores de referência é balizado no pluralismo político, respeito às diversidades, igualdade, liberdade, sujeitando todos os membros da sociedade (cidadãos e governantes) aos interesses coletivos. Mas para que o Estado seja efetivamente ético, deve conduzir a população à redução das desigualdades, assegurando-lhe o desenvolvimento moral, cultural, econômico e social, capaz de propiciar condições dignas e prósperas de vida a todos.<sup>11</sup>

É por isto que Estado de direito e Estado democrático são inseparáveis. É dever do Estado não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garanti-los e concretizá-los. Tudo isto apenas poderá ocorrer em um ambiente de democracia participativa.

A democracia participativa e o ideal de saturação democrática somente encontram guarida em práticas que asseguram o *homem concreto*, ou seja, em ações, cuja dignidade do homem seja respeitada como princípio e fim de toda sociedade política. O respeito à dignidade se dá pelo afastamento da injustiça sofrida, isto é, se dá pela virtude.

Conforme Aristóteles, “a justiça parece ser às vezes a mais forte dentre as virtudes, e nem a “estrela da noite”, nem a “estrela da manhã” são assim admiráveis. Digamos, tal como citado no provérbio: “*Na justiça se encontra, em suma, toda a virtude*” e ela é a virtude mais perfeita, porque é o uso da virtude completa. Ela é completa porque aquele que a possui é capaz também de fazer uso da virtude ao outro, e não somente a si próprio; de fato, muitos são capazes de fazer uso da virtude em assuntos particulares, naqueles que, em relação ao outro, são incapazes. E por isso parece ser verdadeiro o dito de Bias, “o poder revelará o homem”, pois quem comanda está em relação com os outros e torna-se membro da sociedade. E por isso mesmo a justiça, única dentre as virtudes, parece ser o “*bem de um outro*”, porque ela está em relação ao outro, fazendo coisas úteis ao outro quer ao arconte, quer ao companheiro. Assim, o pior dos homens é o que faz uso da maldade tanto contra a si próprio quanto contra os amigos, e o melhor não é o que faz uso da virtude para si mesmo, mas para o outro, e esta é uma tarefa difícil. Assim, a justiça não é uma parte da virtude, mas é a virtude inteira, e a injustiça, pelo contrário, não é uma

---

<sup>11</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 232.

parte do vício, mas o vício inteiro. O que difere a virtude e essa injustiça é evidente a partir do que foi dito: elas são de mesma qualidade, mas sua essência é diferente; o que é em relação ao outro é justiça, como uma disposição de caráter e em si mesmo, é virtude”.<sup>12</sup>

É por isto que toda decisão judicial tem como norte a virtude e, não obstante a abstração de seu significado, podemos dizer que ela erige à condição primeira o princípio da dignidade da pessoa humana como medida do direito.

“Ao decidir-se por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade, segundo a *medida do direito*”.<sup>13</sup>

É sob este viés que entendemos que a possibilidade dos envolvidos no processo-crime serem ouvidos em contraditório deve ser sempre visualizada de forma ampliativa e, se o caso, com fundamento no poder geral de cautela do juiz. Imaginemos a seguinte situação fática em que, sob o indivíduo, recai suspeita da prática de feminicídio, com a alegação de ter atentado contra a vida de sua companheira, desferindo-lhe golpes de faca e, somente não consumando seu intento, por circunstâncias alheias a sua vontade, visto que a ofendida foi socorrida e hospitalizada. Os indícios se intensificam a ponto do julgador deferir pedido de representação pela prisão temporária. O suspeito é levado ao cárcere. Dias depois, sobrevém pedido de revogação da prisão cautelar citada, instruído com documento denominado ‘declaração’, supostamente subscrito pela vítima. Em se tratando de suspeito primário, sem antecedentes, com residência fixa poderia o juiz revogar a prisão temporária de pronto. Ao revés, se entendesse, nada o impediria de facultar, para data próxima, o comparecimento da vítima em juízo a fim ouvir dela que fora a subscritora do citado documento e que o seu conteúdo, que ao menos em princípio poderia indicar a minimização da gravidade da conduta cogitando-se de eventual nova capitulação jurídica, correspondia à veracidade.

Veja-se que, na hipótese em foco, a vítima seria ouvida pelo juiz, sem início de ação penal, ainda durante o andamento do inquérito policial. Registre-se que não se cogitaria de caracterizar tal oitiva como produção antecipada de prova se as perguntas do julgador se restringissem à confirmação de firma aposta em documento e veracidade de

---

<sup>12</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, pp. 113-114.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 239.

seu conteúdo. Tal providência, a depender do resultado (da confirmação da vítima em juízo), poderia resultar na soltura do suspeito.

Com tal elucidação fática queremos sedimentar o pensamento segundo o qual em matéria de direitos e garantias fundamentais a aplicação ampliativa é sempre bem-vinda, contudo, as restrições devem ser somente as autorizadas por lei e desde que fundamentadas.

“Mas numa Constituição que seja de Estado de Direito, assim como os limites aos direitos lhes estão funcionalizados em vez de os destruírem, também as restrições devem ser entendidas restritivamente. Se o princípio é a liberdade, a restrição não se lhe pode sobrepor. *Odiosa sunt restringenda* – eis um postulado, aliás, bem antigo, ainda que só recentemente traduzido em termos jurídico-constitucionais formais, como acontece na Alemanha e em Portugal. Por isso, naturalmente: a) Nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição, pode deixar de se fundar em princípios e preceitos constitucionais, pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.<sup>14</sup>

Na mesma sistemática, assentamos que, por mais que a gravidade da ação possa ser traduzida, em um primeiro exame, pela forma de tipificação da conduta, o julgador está atrelado ao princípio da legalidade estrita em matéria penal com a perfeita subsunção do fato à norma.

Não é sem razão que a Corte Constitucional já assentou entendimento no sentido de que para que a conduta do indivíduo seja capitulada como crime previsto na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1983), não basta uma análise objetiva, ou seja, que o agente seja surpreendido em posse de arma de fogo e granadas de mãos, por mais grave que possa ser, em abstrato, a conduta, mas sim deve-se perquirir a existência de motivação política na conduta, bem como analisar a possibilidade de lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, p. 178.

<sup>15</sup> “EMENTA: Recurso Ordinário Criminal. Penal e Processual Penal. Crime político. Material militar privativo das Forças Armadas. Artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 7.170/83. Tipificação. Não ocorrência. Agente que, flagrado na posse de armas de fogo e de duas granadas de mão, pretendia roubar agência bancária. Inexistência de motivação política, bem como de lesão real ou potencial à integridade territorial,

De outro viés, o aprofundamento do alcance de normas processuais que assegurem a ampla defesa é tão intenso que alterações legislativas em um diploma processual, se forem de contornos constitucionais, de forma a prestigiar direitos e garantias fundamentais, espraiam efeitos em outra seara. Explicamos. A alteração legislativa que culminou com o interrogatório como último ato da instrução criminal, embora tenha ocorrido no art. 400 do CPP, produziu efeitos no rito da justiça especializada, ou seja, da justiça militar.

Muito embora não tenha ocorrido formalmente alteração legislativa do CPPM, firmou-se entendimento jurisprudencial no sentido de que o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), dimensões elementares do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei 1.002/1969.<sup>16</sup>

Podemos identificar o interrogatório do acusado como um ato processual complexo, uma vez que encerra uma etapa essencial do procedimento, cuja ausência pode implicar em nulidade absoluta, mas também como uma decorrência do princípio da ampla

---

à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito (arts. 1º e 2º da Lei nº 7.170/83). Necessidade de interpretação sistemática da Lei nº 7.170/83. Precedentes. Desclassificação da imputação, em tese, para a do art. 18 do Decreto-lei nº 3.688/41, com fundamento no art. 383 do Código de Processo Penal. Admissibilidade. Artigo 617 do Código de Processo Penal. Aplicação ao recurso ordinário criminal (art. 102, II, b, da CF), dada a sua natureza de apelação. Precedente. Inviabilidade, contudo, uma vez desclassificada a imputação, de adentrar-se, desde logo, em seu mérito. Incompetência constitucional da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal. Nulidade do processo decretada *ab initio*. Hipótese em que os autos deveriam ser remetidos à Justiça Comum estadual, uma vez que à Justiça Federal também falece competência para processar e julgar contravenção penal (art. 109, IV, CF). Recebimento da denúncia por juiz constitucionalmente incompetente, o que não interrompe o curso do prazo prescricional. Precedente. Prescrição da pretensão punitiva reconhecida. Extinção da punibilidade decretada. Recurso provido” (STF, RC 1472/MG, rel. Min. Dias Toffoli, Ver. Min. Luiz Fux, j. 25.05.2016).

<sup>16</sup> “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRESSÃO A SUPERIOR HIERÁRQUICO. CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR E LESÃO LEVE. ARTS. 157, § 3º, E 209 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INTERROGATÓRIO COMO ATO DERRADEIRO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL A PARTIR DA LEI Nº 11.719/2008, A QUAL DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400 DO CPP COMUM. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO” (STF, RHC 124.137 AgR/BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.05.2016).

defesa. Não se ignora que é por meio do interrogatório que o acusado exerce a sua autodefesa, ou seja, ele tem a oportunidade de se contrapor à acusação, com a liberdade para trazer a lume a sua versão sobre os fatos que lhe são imputados; fatos estes que congregam conduta, inicialmente, tipificada como crime.

O interrogatório é meio de prova e de defesa, possibilitando ao julgador, pelas respostas às indagações, formar seu convencimento, favorável ou desfavoravelmente ao réu. Trata-se de autodefesa, que se pode somar, pelo assessoramento técnico, a defesa técnica.<sup>17</sup>

É evidente que a oportunização do ato do interrogatório do réu a qualquer tempo está em consonância com as balizas do Estado Democrático de Direito: estado constitucional.

“O estado de direito é um *estado constitucional*. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia - supremacia da constituição* – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o *primado do direito* do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”.<sup>18</sup>

Não é sem razão que, hodiernamente, o processo penal democrático é o processo penal constitucional; o que significa dizer que a aplicação das normas processuais penais perpassa pela interpretação de acordo com os ditames da Lei Maior.

## **2. A DEVOLUTIVA-RETRIBUTIVA PENAL**

O processo penal pode culminar na sentença condenatória mediante a qual o Estado imporá uma sanção ao indivíduo, reconhecendo ser ele o autor do delito. Ocorre

---

<sup>17</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 13.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 241.

que o verdadeiro resultado útil e prático do processo no âmbito penal vai além de ajustar o texto da lei ao caso em concreto.

Neste sentido, revela Giuseppe Bettiol que

“A norma não é pura e simplesmente forma, mas é forma dada a uma substância. A substância é fornecida pelo conflito de interesses, porque o legislador tem sempre presente um conflito de interesses quando legisla. A lei é, dessa maneira, chamada a resolver o conflito; o juiz, antes de aplicá-la, deve verificar se o conflito de interesses concreto coincide com o que foi previsto e figurado pelo legislador. Esta verificação não pode realizar-se por uma forma puramente mecânica, porque supõe um juízo, quer dizer, uma valoração”.<sup>19</sup>

Ao cuidar da valoração desde o âmbito constitucional, Germán J. Bidart Campos conclui que a interpretação é permeada por uma valoração. Segundo ele, o intérprete e aplicador da Constituição faz valoração quando a aplica. A filosofia tridimensional reforça esta ideia no mundo jurídico. Não se pretende concluir que a Constituição, em suas normas, sempre traz alternativa ou opções. Na verdade, tem-se que, mesmo diante de situações em que afirmamos existir ‘claridade’ da norma, o intérprete sempre é chamado à valoração.<sup>20</sup>

O provimento final deve ser dotado de eficácia a ponto de atingir as finalidades da pena (preventiva e repressiva). A sentença penal condenatória contém dupla finalidade: ser o início do caminho de ressocialização do infrator (art. 1º da Lei 7.210/1984) e traduzir, para a vítima, a justiça na proteção de seu direito violado (tanto é que a vítima receberá cópia da sentença e poderá até menos ser ressarcida pelo prejuízo que sofreu se, durante o processo-crime, foi objeto de prova (além de autoria e materialidade do fato delitivo) o *quantum* indenizatório).

A lei penal, ao eleger os bens que merecem maior proteção do Estado, se corretamente aplicada, acaba por restabelecer a ordem na sociedade. Isto projeta no cidadão o sentimento de segurança e contribui para a continuidade da paz pública, abalada com a prática do delito e restabelecida, ou ao menos minorada, com a prestação jurisdicional.

---

<sup>19</sup> BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*, p. 91.

<sup>20</sup> CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*, pp. 388-389.

“Nas democracias liberais, a capacidade estatal de impor “lei e ordem” veio a ser vista não como um poder hostil e ameaçador, mas como uma obrigação contratual, devida pelo governo democrático aos cidadãos respeitadores da lei. A “garantia” de lei e ordem, de proteção ao cidadão contra a violência, o crime e a desordem, se tornou um dos benefícios públicos cruciais conferidos ao povo pelo Estado”.<sup>21</sup>

A imposição de observância à lei no sistema constitucional democrático, por ser irrestrita, confecciona um sistema de legalidade próprio que afasta privilégios, na medida em que abrange também todo agente público e não somente o cidadão.

“O Estado, após conceber uma lei, durante sua vigência, sujeita-se a esta mesma lei: pode sim modificá-la, revogá-la, mas sujeitando-se-lhe como qualquer indivíduo. Os seus funcionários administrativos, seus juizes e legisladores devem aplicar a lei e agir dentro dos limites por ela estabelecidos. Nisto consiste o regime da “legalidade”. (...) Quando um indivíduo, investido de determinada patente do poder público, governante ou agente de governante, viola a lei, atenta contra o direito objetivo. Ainda nessa doutrina, é uma obrigação, imposta aos governantes, a criação de um organismo capaz de reduzir ao mínimo a possibilidade de violação da lei, de forma a punir toda infração com severidade”.<sup>22</sup>

Em um Estado democrático o desenvolvimento de uma política penal está sujeito aos condicionamentos que impõe sua estrutura. Partindo-se do pressuposto de que um Estado democrático é aquele que está em constante revisão de seu aparato coercitivo, “Estado democrático” será aquele que num processo constante de abertura vai reduzindo a coerção ao mínimo indispensável (J. Bustos e H. Hormzábal). Nesse contexto, o recurso penal será sempre a última arma na luta contra a criminalidade e representa o aspecto extremo na política criminal.<sup>23</sup>

Nesta toada, contribui para a luta contra a criminalidade de forma compatível com o Estado Democrático de Direito: a reserva ao direito penal das condutas mais gravosas eleitas no seio social; a prolação de sentença em tempo razoável; a ponderação e adequação quando da escolha da medida cautelar a ser aplicada ao acusado, desde que

---

<sup>21</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*, p. 98.

<sup>22</sup> DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*, pp. 89-90.

<sup>23</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juízados especiais criminais*, p. 22.



preenchidos os requisitos legais e relegando-se a prisão preventiva a último suspiro, ou seja, após o esvaziamento do rol previsto no art. 319 do Código de Processo Penal.

“A prisão nem sempre foi sanção autônoma. Na verdade, era uma fase preparatória à aplicação da pena. Um período de *espera* pela execução. O condenado aguardava, segregado, o que o carrasco viesse a cumprir seu ofício mediante a decapitação por guilhotina, o enforcamento ou qualquer outra forma de implementação da coima capital. Percebeu-se em dado momento que a prisão era tão aflitiva quanto a pena de morte. Ou poderia afligir até ainda mais o condenado. Esperar pela aplicação do castigo talvez seja mais tormentoso do que o momento definitivo. Este é muito rápido. A espera é longa. Angustia, desespera, enlouquece”.<sup>24</sup>

A mudança de um governo autoritário para um governo democrático deve ser acompanhada de uma reforma no sistema repressivo, incluindo-se o sistema jurídico penal, o que ainda não ocorreu totalmente no Brasil. Em um Estado democrático esse processo de revisão deve estar baseado em critérios científicos e com sensibilidade ante os problemas que afetam a sociedade. O legislador, e com maior razão o legislador penal, não pode desvincular-se da realidade social. Se assim o faz, coloca-o no plano da projeção, no voluntarismo de resolver os problemas da realidade social com normas do dever ser, na confusão entre realidade e idealidade.<sup>25</sup>

“Sem dúvida, condições necessárias tornam-se mais difíceis de satisfazer à medida que as sociedades crescem e a distância social entre os cidadãos aumenta, mas essas diferenças, por maiores e mais inibidoras que sejam, não afetam o princípio psicológico presente na realização do bem da justiça numa sociedade política bem-ordenada”.<sup>26</sup>

O legislador penal deve sempre partir da realidade. A norma penal deve ser uma superação das contradições que se sucedem dentro da realidade social, porém, um recurso extremo quando não haja outro que não a coerção penal. A norma penal e o preceito penal formam também parte da realidade social e é nesse contexto que o penalista tem de centrar sua visão.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> NALINI, José Renato. *Habeas Corpus n. 82.959. O juiz de primeiro grau face à progressão em crime hediondo*, p. 142.

<sup>25</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*, p. 23.

<sup>26</sup> RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*, p. 287.

<sup>27</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Op. cit.*, p. 23.

O direito penal não pode ser pensado como ciência dogmática baseada em uma concepção asséptica do direito que pretenda desconhecer a sua natureza de ciência social e, portanto, a sua natureza essencialmente política. Pelo contrário, deve assumir essa essência e orientar sua atividade conforme sua natureza social e de acordo com as reivindicações que reclama uma sociedade democrática. Nasceram, então, duas novas exigências para o jurista penal: a impossibilidade de desconhecer o aporte do resto das ciências sociais para a revisão crítica do direito penal e a necessidade de construir uma nova ciência integrando o direito penal de acordo com uma concepção mais receptiva dos interesses sociais da maioria.<sup>28</sup>

Sem integração do direito penal com a sociedade do seu tempo incorreremos em desconstrução do direito; o que pode gerar a não aceitação de todo o arcabouço normativo. Quando dizemos que a Constituição é “viva” queremos delinear a ideia de que ela só existe e é respeitada quando espelha os valores e a cultura de um povo. Da mesma forma, a dissociação do direito penal dos anseios sociais conjugada com a falta de efetividade dos provimentos jurisdicionais coloca o sistema de justiça criminal em colapso.

“Não se pode haver tática sem um conhecimento da situação”. Em síntese: se não sabemos quem mata nem quem morre e nem sequer sobre o que perguntamos, porque tampouco o fazemos sobre todos os cadáveres que passam por nossos necrotérios, e alguns sequer passam por eles porque *desaparecem*, muito pouco poderemos prevenir. Trata-se da mais elementar das tarefas técnicas que um estado deve levar a cabo se quer prevenir algo. Ninguém pode prevenir se antes não esgota os recursos técnicos para saber o que é que deve prevenir. *Não há tática possível sem um conhecimento da situação*. Isso parece tão elementar que não encontramos mais argumentos para reforça-lo: muitas vezes a evidência obstaculiza a argumentação, porque ninguém se ocupa do que é evidente”<sup>29</sup>.

É justamente para identificar o verdadeiro autor do crime, repelindo acusações injustas contra um indivíduo que, por circunstâncias adversas, acabou por figurar no pólo passivo do processo-crime ou, de outro lado, a fim de se conquistar o fortalecimento de

---

<sup>28</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*, p. 23.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Saberes críticos. A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar*, p. 490.

uma inicial fundada suspeita (indivíduo anteriormente indiciado em inquérito policial) e prevenir, subjetivamente (a ele), a reincidência em práticas criminosas, e objetivamente (à sociedade como um todo), que a “elementar tarefa técnica” do juiz no processo penal é a de um artesão que reconstrói, detalhadamente, um fato pretérito, remontando-o com o resultado de cada prova produzida no bojo do procedimento permeado, em especial, por garantias do contraditório e da ampla defesa. De acordo com este viés, concluímos que a oitiva de pessoas como testemunhas do juízo, a requisição de laudos, documentos e objetos pelo juiz *ex officio*, a produção antecipada de provas que entender cabíveis e pertinentes não afronta a paridade de armas, não macula sua imparcialidade e nem faz perecer o equilíbrio para a condução e presidência do feito, mas tão somente reflete o exercício de sua função jurisdicional para, muitas vezes, localizar a ‘última peça faltante do quebra-cabeça’ para que a reconstrução do fato pretérito, em juízo, se dê estreme de dúvidas.

### **3. O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIAS**

O processo é a ponte por excelência entre o cidadão e o poder jurisdicional, ainda que seja mostrado como um instrumento técnico aparentemente neutro, sofre e se modifica, como todo o resto do direito, de acordo com as modificações políticas e até mesmo econômicas que ocorrem na sociedade.<sup>30</sup>

“A função judiciária exerce-se por intermédio do processo. Ora, uma das características deste é a contenciosidade, quer dizer, o seu desdobramento dialético entre duas partes que, ocupando polos opostos, argumentam, provam e se contraditam, preparando com isto a decisão do juiz. (...) O direito constitucional brasileiro preocupa-se, por um lado, em dar ao Judiciário condições para bem desempenhar a sua tarefa. Assim, cuida de estabelecer a independência do Judiciário como instituição, dando a ele autodireção por seus órgãos superiores, estrutura administrativa própria, dotações orçamentárias particulares, etc. Isto aliás foi reforçado pela Constituição vigente”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como efetivação da dignidade humana. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*, p. 394.

<sup>31</sup> FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos humanos fundamentais*, p. 146.

A condição de alteração do status do indivíduo de pessoa em liberdade para encarcerado só encontra legitimidade na existência do processo. Qualquer coação a ser imposta ao indivíduo deve ser precedida de concretização de garantias constitucionais (ciência bilateral, publicidade dos atos, motivação das decisões judiciais, assistência de advogado ao acusado, entrevista prévia do réu com seu advogado antes do interrogatório, observância ao procedimento (ordem de produção de provas orais em audiência de instrução: oitiva de testemunhas de acusação, de defesa e interrogatório do réu como último ato), intimação pessoal do réu da sentença via mandado a ser cumprido por oficial de justiça estando ele no cárcere, requisição de réu preso para sua apresentação em audiência, etc.), sob pena de a decisão *lato sensu* que a materializa estar viciada (em casos de maior afronta à lei: eivada de nulidade relativa ou absoluta).

Conforme Mireille Delmas-Marty, ao discorrer sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem:

“É verdade que essa legitimidade só é reconhecida sob reserva de certo número de condições cujo conjunto constitui mesmo o direito comum – ou o esboço de um direito comum – das detenções e retenções. Esse regime se desdobra, como o das sanções, num regime básico – conjunto de garantias mínimas comuns a todas as medidas enumeradas – e num regime de garantias reforçadas quando está em curso um processo penal. O regime básico repousa de um lado na exigência da legalidade e da regularidade na medida (o termo “detenção regular” é repetido em várias alíneas), de outro no reconhecimento de garantias específicas e que compreendem, para qualquer pessoa privada de sua liberdade por prisão ou detenção, o direito de ser informada, “no mais curto prazo e numa língua que ela compreenda”, das razões da privação de liberdade; o direito de interpor um recurso judiciário sobre a legalidade de sua detenção (modo de organizar o que se poderia denominar o *habeas corpus* europeu); enfim o direito de obter uma reparação em caso de privação de liberdade em condições contrárias às disposições da Convenção”.<sup>32</sup>

“Afinal, é qualidade específica do direito poder *coagir* de maneira legítima. Graças a essa peculiaridade, e pelas vias de sua institucionalização jurídica, é que se podem introduzir coerções decisórias

---

<sup>32</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*, p. 201.

nos processos de aconselhamento democrático (as quais se demonstram necessárias a partir da perspectiva do observador), sem que com isso se imponham danos à força legitimadora que, segundo a perspectiva de seus participantes, inerente aos discursos”.<sup>33</sup>

Isto não significa, deveras, que estará vedado ao juiz, por exemplo, atendendo a pedido de uma das partes (acusação ou defesa) inverter a ordem de produção de provas. Nada impede que o advogado, durante a audiência de instrução, requeira que o acusado seja interrogado antes da oitiva da testemunha que não comparecera.

O que é relevante é que, inexistindo requerimento das partes e motivação para se alterar a marcha processual sequencial disciplinada em lei, o devido processo legal em sua vertente formal deve imperar. Adequações podem e devem ser feitas pelo juiz, desde que espaiadas em fundamentação fática e jurídica.

A título elucidativo, a tecnologia possibilitou a conversação via mensagens em aplicativos de celulares. Não raras vezes, os integrantes de organização criminosa não usam mais o sistema de telefonia de voz para arquitetar uma ação delitiva, mas sim a comunicação telemática. A legislação que antes era aplicada para fins de autorizar a interceptação telefônica hoje tem grande incidência na interceptação de mensagens telefônicas. A lei deve acompanhar a sociedade “em movimento”.

“As sociedades são agora sociedades em movimento, com múltiplas vicissitudes, não raro revolucionárias, que a lei acompanha, nuns casos e, determina (ou supõe-se que determina), noutros casos; a lei dir-se-ia estar na disponibilidade do poder; multiplica-se e renova-se sem cessar; e a sua autoridade é apenas imanente ou parece justificar-se por si mesma”.<sup>34</sup>

A criação de mecanismos formais e de atualização legislativa pode evitar que as pessoas carreguem o peso de uma pendência judicial, por tempo indefinido ou indeterminado, como ocorre na atualidade no direito brasileiro, causando, muitas vezes, danos irreparáveis à dignidade humana do cidadão.<sup>35</sup>

Neste aspecto, o juiz, ao presidir o processo, deve ter como norte o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal norteador não significa que o juiz não empreenderá

---

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, p. 327.

<sup>34</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. V, p. 127.

<sup>35</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como efetivação da dignidade humana. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*, p. 396.

esforços legítimos para o descobrimento da verdade. Desde que os atos judiciais necessários para tanto encontrem previsão legal e sejam praticados de acordo com a norma regente do processo estarão legitimados.

É inegável o reconhecimento de que há uma verdade a ser buscada no processo, mas esta deve ser tida como uma verdade judicial, isto é, aquela que foi concluída após a aplicação dos meios legítimos e constitucionais para a sua busca. Faz-se necessária a fundamentação das decisões e sentenças, como exigência também indisponível do direito processual brasileiro, evitando-se os raciocínios lógico-dedutivos que partam de um *a priori* deduzido da mera interpretação formal.<sup>36</sup>

Não há que se falar, portanto, em mera interpretação formal da lei, mas sim em interpretação do fato e da lei de forma sistêmica e de acordo com os princípios da sociedade vigente e com observância às garantias processuais.

“Note-se que as garantias, sobretudo, em sentido estrito e em sentido restritíssimo são elas próprias direitos fundamentais. Com feito, incluem-se no direito à segurança (reconhecido no *caput* do art. 5 da Constituição brasileira). Convém lembrar aqui a Declaração francesa de 1793, cujo art. 8 é elucidativo: ‘A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa de seus direitos e de suas propriedades’. Assim, a proteção aos direitos fundamentais compreende-se no direito fundamental à segurança. Pode-se, portanto, legitimamente falar em direito fundamental às garantias”.<sup>37</sup>

#### **4. A FUNÇÃO DO JUIZ NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

O juiz provê a regularidade do processo, mantém a ordem no curso dos respectivos atos e usa da força pública, se necessário. Ele não tem interesse no desfecho da causa (do contrário estaria *impedido* e seus atos seriam juridicamente inexistentes), nem pende por qualquer das partes (caso em que seria *suspeito* e seus atos seriam nulos). No processo penal moderno ele goza de garantias concedidas não só para que atue com

---

<sup>36</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como efetivação da dignidade humana. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*, p. 396.

<sup>37</sup> FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos humanos fundamentais*, p. 49.

independência, mas também para que as partes tenham a segurança de um processo correto e uma decisão justa.<sup>38</sup>

A neutralidade que se exige do juiz não lhe impõe o alijamento da divulgação de notícias pela mídia, até porque seria de impossível execução fática, já que o julgador integra a sociedade e recebe, como todos, o informe dos fatos que nela repercute. A neutralidade do julgador reside na tentativa de formação de sua convicção de acordo com a carga probatória produzida em juízo sob o manto do contraditório e da ampla defesa. A neutralidade será observada quando o julgador mantiver o equilíbrio no processo, restando “estranho ao conflito”.

Sobre a temática, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “em se tratando de atos praticados por autoridades de primeira instância, o acesso à Corte Suprema, mediante *habeas corpus*, supõe o prévio e exaustivo percurso pelas diversas instâncias judiciárias anteriores – como, aliás, se constata da própria Súmula 691/STF –, é preciso avaliar com cautela situações como a presente, de superveniência de um terceiro decreto de prisão preventiva às vésperas de julgamento de *habeas corpus* relativo ao decreto prisional anterior, a fim de que não sirva um fato assim, voluntária ou involuntariamente, de empecilho ou de limitação ao regular exercício da competência jurisdicional desta Suprema Corte. Não por outra razão, esta Corte – é certo que em situação diversa, frise-se – censurou com veemência decretos reiterados de prisão preventiva quando

“Se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado, quando contrariado por decisão de instância superior. *Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito o juiz que se irroga de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional*” (STF, HC 95.518, 2ª Turma, rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, DJe 19.03.2014).

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não admite a utilização da prisão preventiva para afastar indevidamente a competência desta Corte. Nesse contexto, tem advertido que a *função jurisdicional deve ser pautada pela independência, impessoalidade e imparcialidade, principalmente na condução de processos criminais,*

---

<sup>38</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 5.

“(…) ‘A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exigam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe” (STF, HC 95.009, Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 19.12.2008).<sup>39</sup>

Consoante assevera Francesco Carnelutti,

“o cientista do direito não está em contato com os fenômenos que deve observar, senão, normalmente, afastado deles; frequentemente, muito distante; por vezes, extremamente longe. O que se apresenta a seus sentidos é algo que, nove entre dez vezes, só lhe proporciona o modo de fazer reviver os fenômenos em si mesmos, é dizer, em sua inteligência. Para ver, tem necessidade, nove entre dez vezes, de criar de novo. Todos sabemos que a própria interpretação é uma criação; e não há grande diferença entre o intérprete da música e o intérprete de uma lei; quero dizer que, para ser cientista, há que ser primeiro artista do Direito”.<sup>40</sup>

Ocorre que ao juiz incumbe perquirir sobre elementos do psiquismo do acusado. Quando o julgador o questiona sobre a motivação do crime, sua intenção (dolo ou culpa), premeditação da conduta, exerce um mister de cunho sociológico. Produzir provas sobre a personalidade do agente, tal como ouvir testemunha de antecedentes significa ir além da prova de autoria e materialidade do crime.

“É assim que a missão do juiz no processo penal, tecnicamente organizado segundo a Escola Positiva, se torna não só socialmente mais importante e eficaz como função de prática defesa social contra o crime, mas também moralmente mais satisfatória para o próprio juiz. Em vez de ser o contador mecânico das frações de frações, como é atualmente ao aplicar a pena do

---

<sup>39</sup> STF, HC 132.267/PR, rel. Min. Teori Zavaschi, j. 26.04.2016.

<sup>40</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*, p. 44.



Código Penal vigente (pelo que em cujas muitas edições há em apêndice uma espécie de tábua logarítmica com os cálculos aritméticos de 1/3, 1/6, 2/3 etc., de aumento ou de diminuição!), o magistrado não deverá apenas exprimir, com a sua sentença, a definição jurídica do crime e o cálculo da pena, mas deverá classificar a personalidade do acusado e indicar-lhe o grau individual de periculosidade, determinando-lhe a sanção mais adaptada, com uma motivação não só aridamente jurídica, mas também social e moralmente educativa, como muitas vezes, mesmo agora se lê em algumas sentenças de juízes ingleses”.<sup>41</sup>

Quer mais significativo, em termos de dosimetria da pena, do que o momento em que o julgador caracteriza o réu, acusado da prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, como integrante de organização criminosa. O limiar da alteração significativa da pena base, afastando-se o redutor do que se convencionou chamar de “tráfico privilegiado”, poderá produzir efeitos sobre o regime inicial de cumprimento de pena, o direito de recorrer em liberdade ou a manutenção da prisão preventiva, dentre outros.

Disto decorre a detida compreensão do ônus da prova no processo penal. Cabe à acusação a prova da autoria e materialidade e à defesa a demonstração das excludentes de ilicitude e culpabilidade. Vale a máxima: o ônus da prova é de quem alega.

Segundo Francesco Carnelutti,

“O processo penal jurisdicional tende a *estabelecer a certeza sobre o delito*, ou seja, a estabelecer em primeiro lugar se *foi cometido um delito*, ou melhor, *se ocorreu um fato previsto pela lei penal*; e nos limites consentidos pela lei penal, a *determinar a pena* que corresponde a esse fato, ou seja, a estabelecer *que pena deve se infligir a quem o cometeu*. Sem esta certeza não resultaria séria a ameaça; as hipóteses de que escape à pena quem cometeu um delito, ou de que a sofre quem não o cometeu, prejudicam por igual a função da lei penal; se não se castiga o culpado, o que quer cometer um delito confia na impunidade; se se castiga o não culpado, o inocente se desespera de sua segurança. Por isso, tanto o fim da

---

<sup>41</sup> FERRI, Enrico. *Princípio de direito criminal: o criminoso e o crime*, p. 317.

pena, como o fim da lei penal exigem a jurisdição penal, sem a qual não se poderia conseguir nem um nem o outro”.<sup>42</sup>

O juiz é o destinatário da prova. Sobre ela, as partes ficarão debruçadas e utilizarão as estratégias disponíveis para convencê-lo. O acusador público ou particular apresenta-lhe o fato criminoso e as provas com que pretende demonstrar a verdade da imputação. A defesa, em contrapartida, rebaterá e oferecerá os argumentos e dados para contrastar a pretensão acusatória. Necessariamente, as partes terão idênticas oportunidades na produção das provas, preservando-se o princípio constitucional do contraditório, da ampla defesa, ou seja, do devido processo legal. É a paridade de armas. Na pesquisa sobre as provas, o juiz atua como um historiador, reconstruindo o que é acoidado de ilícito e dissecando-o, até construir a *sua verdade*.<sup>43</sup>

Ao juiz incumbe interpretar a lei, executá-la com retidão para concretizar os direitos e garantias fundamentais que estruturam o processo penal democrático.

“Boa é a lei onde se executa legitimamente. *Bona est lex, si quis ea legitime utatur*’. Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será havendo no executor a virtude que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade que encerrarem”.<sup>44</sup>

Na sociedade contemporânea, a atuação dos Estados e seus órgãos têm seus limites nos princípios que norteiam o direito penal e direito processual penal, tendo as pessoas no direito sua realização e as garantias constitucionais permitem, neste contexto, a concretização de um Estado Democrático de Direito.<sup>45</sup>

Assiste a todos os juízes o dever de procurar a verdade e a justiça, e também atribuir valor aos elementos probatórios, a observação física e às provas que podem caminhar tanto a favor como em desfavor dos interesses do acusado.<sup>46</sup> Tal postura espelha uma garantia no processo penal democrático, qual seja, o exercício da imparcialidade pelo

---

<sup>42</sup> CARNELUTTI, Francesco. *O delito: lições de direito penal*, p. 45.

<sup>43</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Código de Processo Penal comentado*, p. 262.

<sup>44</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*, p. 49.

<sup>45</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. *Processo penal e garantias constitucionais*, p. 490.

<sup>46</sup> “Asite a todos los jueces el deber de procurar la verdad y la justicia, por lo que tienen mismo valor los elementos probatorios, la evidencia física y la pruebas que se refieran tanto a lo favorable como a lo desfavorable de los intereses del imputado (art. 5º)”. (GÁRZON, Fabio Espitia. *Instituciones de derecho procesal penal*, p. 95).

magistrado. Nesta toada, “a imparcialidade do juízo permite aos seguidores a consciência da eficácia da pena. Reconhece-se que ela é medida de proteção do ordenamento jurídico”.<sup>47</sup>

A ideia que deve nortear o juiz no processo penal é aquela segundo a qual deve fazer “justiça de acordo com o Direito”, em especial se dirigindo pelo conteúdo principiológico apostado na Constituição Federal.

“A ideia que deve reger – e de fato rege – a conduta dos juízes é a de fazer “justiça de acordo com o Direito”, o que se liga também à afirmação de que o raciocínio jurídico é um tipo especial de raciocínio moral e de que os juízes aceitam a regra de reconhecimento por razões morais”.<sup>48</sup>

Conforme revela Pierre Teilhard de Chardin

“Em sentido amplo, podemos chamar de “moral” todo sistema coerente de ação, aceito por necessidade ou por convenção. No sentido restrito, uma “moral” é um sistema coerente de ação, que deve ser universal (regular toda atividade humana) e categórico (envolver alguma forma de obrigação)”.<sup>49</sup>

Podemos assentar que a missão do juiz no processo penal é, inicialmente, conduzir o processo assegurando o cumprimento dos direitos fundamentais e o respeito às garantias. Com muito mais razão, pode ser deparar, não raras vezes o julgador, com a análise do binômio: prisão *versus* liberdade, deverá voltar seus olhos para a análise da gravidade em concreto da conduta imputada ao suspeito (se requerida sua prisão cautelar na fase inquisitivo-administrativa) ou réu. É cediço na jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>50</sup> a tese segundo a qual a invocação, pelo julgador, da gravidade em abstrato

<sup>47</sup> VON LISZT, Franz. *A teoria finalista do direito penal*, p. 24.

<sup>48</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, Perelman, Viehweg, Alexy, McCormick e outros, p. 152.

<sup>49</sup> CHARDIN, Pierre Teilhard de. *Em outras palavras*, pp. 139-140.

<sup>50</sup> “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDADA NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME. PRECEDENTES. COMPLEMENTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA PELO STJ NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I – Os requisitos autorizadores descritos no art. 312 do Código Processual Penal não foram concretamente demonstrados pelo magistrado de piso. II - Não bastam a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que o réu oferece perigo à sociedade para justificar a imposição da prisão cautelar ou a conjectura de que, em tese, a ordem pública poderia ser abalada com a soltura do acusado. III – É vedado ao Superior Tribunal de Justiça, ao analisar ordem de habeas corpus, agregar fundamentos ao decreto de prisão preventiva em prejuízo do paciente. IV - Ordem concedida” (STF, HC 137.034/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.05.2017).

do crime não constitui motivação idônea para a decretação da prisão cautelar. Desta feita, para a decretação da prisão, o juiz deverá se aprofundar, independentemente da fase do processo e de suscitação, pelas partes, de ocorrência de prejulgamento, nos elementos específicos do caso em exame que configurem a gravidade em concreto da conduta do imputado a justificar a medida de cerceamento cautelar do direito à liberdade. Neste diapasão, entendemos que o posicionamento jurisprudencial em epígrafe encontra guarida no Estado Democrático de Direito e prestigia, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, de acordo com a máxima aristotélica e a motivação das decisões judiciais, de forma verticalizada (com elementos do caso em concreto).

##### **5. ESTRUTURAS DA TUTELA JURISDICIONAL PENAL**

Já defendíamos a vinculação do juiz no processo penal que, posteriormente, passou a ser também denominada de princípio da identidade física do juiz. A normativa do art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal contribui para prestação da tutela jurisdicional adequada.

Somente o juiz que presidiu instrução, ou seja, o que conduziu a produção da prova oral em juízo terá condições de prolatar a sentença de acordo com os preceitos legais e de justiça no caso concreto.

Para análise do comportamento, da personalidade do criminoso, bem como sinais reveladores de sua conduta, maneira de ser, agir e sentir, é de suma importância que o julgador tenha contato físico com o réu, o que acontecerá por ocasião do interrogatório e nas audiências de oitiva de testemunhas, de acusação e da defesa. A investigação do juiz não deve estar restrita apenas aos antecedentes e tipo de delito praticado pelo agente criminoso, como se a aplicação do direito no caso concreto fosse uma operação matemática, mas deve compreender todo o comportamento, as reações, costumes e sua forma de encarar o mundo circundante permanente e o ocasional, para buscar o entendimento que fez eclodir o episódio criminoso.<sup>51</sup>

Até porque é dever do juiz identificar e valorar as diferentes formas de agir do indivíduo sobre o qual recaem suspeitas da prática de um crime. A solução a ser dada,

---

<sup>51</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 10.

pelo julgador, em cada caso concreto, conjuga o que está disposto em lei com a axiologia e a deontologia.

Segundo Fernando Savater

“A arte de viver, como qualquer outra arte, consiste em discernir entre as diferentes formas de agir e valorizá-las. De acordo com a finalidade pretendida, as coisas podem se classificar como bem, regularmente ou mal feitas; além disso, podem deixar de ser feitas, o que, em cada caso, será também apreciado de forma positiva ou negativa. A arte estabelece em seu campo uma *axiologia* (o que é o bom e o mau, o melhor e o pior, o que vale e o que não vale) e uma *deontologia* (o que se deve fazer em cada caso e como se deve fazê-lo). De acordo com a natureza de seus objetivos práticos, reconhece valores e configura normas. Mas, ao mesmo tempo, é preciso lembrar que cada arte se mantém aberta no extremo de sua excelência, de modo que a evolução histórica de seus meios e a eventual aparição de intérpretes de seus fins genialmente originais podem transtornar ao menos em parte as referências que pareciam mais bem estabelecidas. Portanto, sempre aparece em cada uma delas uma certa tensão dialética e dinâmica entre o estabelecido e o inovador, assim como – principalmente – entre os valores considerados de modo abstrato, geral, e sua correspondente aplicação concreta, no aqui e agora em que cada ação deve ser realizada. A arte de viver, em particular, pela enorme amplitude de atos que envolve, e também pelo caráter especialmente controvertido de seus objetivos, jamais poderá ser exaustiva e permanentemente codificada”.<sup>52</sup>

Desta feita, o conhecimento sobre o fato criminoso e seu autor é prestigiado com a vinculação do juiz no processo penal. Assim, é possível dizer que o conhecimento do fato e do ser está em consonância com o processo penal democrático.

A respeito da obtenção do conhecimento, preceitua Jean-Paul Sartre

“Admitimos com o idealismo que o ser do Para-si é conhecimento do ser, mas acrescentando que há um ser deste conhecimento. A identidade entre o ser do Para-si e o conhecimento não decorre do fato de que o conhecimento seja a medida do ser, mas de que o Para-si faz-se anunciar o

---

<sup>52</sup> SAVATER, Fernando. *A importância da escolha*, pp. 57-58.

que é pelo Em-si, ou seja, do fato de que é, em seu ser, relação com o ser. O conhecimento nada mais é que a presença do ser ao Para-si, e o Para-si nada mais que o *nada* que realiza esta presença. Assim, o conhecimento é, por natureza, ser ek-stático, e por isso confunde-se com o ser ek-stático do Para-si. O Para-si não existe primeiro para conhecer depois, e tampouco pode-se dizer que somente existe enquanto conhece ou é conhecido, pois isso o faria desvanecer em uma infinidade determinada de conhecimentos particulares. Mas é o surgimento absoluto e primeiro do Para-si em meio do ser e para-além do ser – a partir do ser que ele não é e como negação deste ser e nadificação de si – que constitui o conhecimento. Em resumo, por uma inversão radical da posição idealista, o conhecimento se reabsorve no ser: não é um atributo, nem uma função, nem um acidente do ser; pois *só existe ser*”.<sup>53</sup>

Portanto, é a reabsorção do fato pelo juiz o que, efetivamente, ocorre quando ele preside a instrução criminal, a fim de conduzir a produção da prova oral em juízo, sob a ótica dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Tal medida lhe propiciará a sentença como forma de solução do conflito e como instrumento de pacificação social.

Entendemos necessária a identidade física do juiz no campo penal. O magistrado que não participou dos atos processuais, por mais cuidadoso que seja, não terá jamais condições de avaliar como um todo o conjunto probatório.<sup>54</sup>

Nesta quadra, o juiz que manteve contato físico com o réu em audiência, que o interrogou reunirá, sem dúvida, melhores condições de desempenhar seu mister.

Além disto, os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal têm ligações íntimas e não podem ser dissociados na análise das garantias fundamentais asseguradas pelas normas constitucionais. O contraditório, conforme fartos posicionamentos a respeito, se confunde com a ampla defesa; ambos formam o alicerce do devido processo legal.<sup>55</sup>

Já o princípio do juiz natural está consagrado no art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal e reflete a preocupação do Estado em não permitir que ninguém seja

---

<sup>53</sup> SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*, pp. 283-284.

<sup>54</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 17.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 35.

processado ou julgado senão por juízes integrantes do Poder Judiciário e que sejam investidos de atribuições jurisdicionais de acordo com os preceitos da Lei Maior.<sup>56</sup>

O juiz natural é o nascido da lei. Recebe do Estado a delegação constitucional de exercer a função jurisdicional e nela é inserido com rigorosa obediência aos princípios fundamentais constantes da Carta Magna. O juiz natural não tem poder próprio. O que ele exerce é atribuição decorrente do povo, de onde emana todo o poder, que lhe transmite pelo meio direto, enquanto ao Executivo e ao legislador tal transmissão se faz por representantes eleitos. É a aplicação integral da máxima democrática contida na Declaração de Virgínia, de 16.06.1776, onde está dito: “[t]odo poder reside no povo e, por consequência, deriva do povo; os magistrados são seus mandatários e servidores e responsáveis a todo tempo perante a lei”.<sup>57</sup>

Mas ainda ecoam as indagações: por que a carga principiológica constitucional é dotada de tamanha intensidade no processo penal? Qual a razão do julgador, na condução do processo, a depender da conduta criminosa aventada, zelar, com mais vagar, pela solenidade de ritos (tal como ocorre no procedimento bifásico ou escalonado do júri)? Porque se, diferentemente, no processo penal nem o próprio acusado pode renunciar a determinadas garantias, *a fortiori* deve o Estado-juiz pugnar pela observância a elas. Veja-se, *v.g.*, que ainda que o réu assim se pronuncie não poderá responder ao processo sem assistência de um advogado.

“O direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulando medidas e regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material e forma* da vida colectiva. Forma e conteúdo pressupõem-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça*, da efectivação de *valores* políticos, econômicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta a necessidade de garantias jurídico-formais de modo e evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes políticos”.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 39.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, pp. 239-240.

Descuidar dos valores da ética e da justiça, bem como da eficácia do provimento jurisdicional em tempo razoável<sup>59</sup> compromete, dentre outros, o princípio da segurança jurídica e, por assim o ser, desestabiliza as estruturas fundantes do processo penal democrático.

Em toda sociedade existe um modo permanente e estável de distribuir e administrar a justiça. A “justiça” é tanto um valor (que expressamos por fórmulas como por exemplo: “dar a cada um o que é seu” ou “assegurar a continuidade da vida de cada ser humano” ou “distribuir com equidade os bens sociais” ou qualquer outra mais elaborada) como uma necessidade social da qual são dotadas as pessoas e os grupos sociais de estabilizar suas relações de maneira “justa”, por mais que existam enormes divergências acerca do que se deve entender por uma relação justa.<sup>60</sup>

A decisão justa, porque espelha o princípio da dignidade da pessoa humana, é dotada de aceitação social. Neste sentido, John Rawls revela que “uma concepção de justiça é estável quando o reconhecimento público de sua concretização por meio do sistema social tende a fomentar o senso de justiça correspondente”.<sup>61</sup>

“O direito que informa a juridicidade estatal aponta para a ideia de *justiça*. O que é que faz a diferença entre um *estado de direito* e um *estado de direito justo*? A resposta depende da *esfera de justiça* que se pretenda reconhecer. *Estado de Justiça* é aquele em que se observam e protegem os direitos (*rights*) incluindo os direitos das minorias (*fairness*) na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade (Rawls). *Estado de justiça* considerar-se-á ainda o “estado social de justiça” (*justiça social*) em que existe igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidades (Marx). Embora a ideia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) uma

---

<sup>59</sup> A execução provisória da pena imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925 (A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Precedentes: STF, HC 135.347-AgR, 1ª Turma, rel. Min. Edson Fachin, j. 17.11.2016, e ARE 737.305-AgR, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.08.2016.

<sup>60</sup> BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*, p. 306.

<sup>61</sup> RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*, p. 217.



ideia de *igualdade*: “direito a ser considerado como um igual” (Rawls), “direito a ser titular de igual respeito e consideração”(Dworkin), “direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei”. A justiça fará, assim, parte da própria ideia de direito (Radbruch) e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais como os princípios da proibição do excesso, da proteção da confiança, da indenização de danos, da igualdade, do respeito da dignidade da pessoa humana”.<sup>62</sup>

Não se olvide que não apenas a sentença por meio da qual se examina o mérito traduz o ideal de justiça no ordenamento jurídico. Para aclarar o que assentamos, bastar pensarmos na homologação, pelo juiz, de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995, em que uma das condições oferecidas pelo Ministério Público e que contou com a anuência do réu e de seu advogado, é a reparação dos danos suportados pela vítima. Trata-se do reconhecimento de um direito público subjetivo do acusado, que preenche os requisitos legais, e com a possibilidade de se tentar retornar ao *status quo ante* ao advento do crime, ou ao menos minimizar, para a vítima, as consequências do delito sofridas, na medida em que será ressarcida de seu prejuízo provocado pelo réu. Portanto, tal benefício, previsto em lei, contribui para uma sociedade mais justa, igualitária e pacífica.

“A necessidade de um entendimento da justiça assente nas realizações conseguidas liga-se ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem efectivamente viver. A importância das vidas dos homens, das experiências e realizações não podem ser suplantadas pela informação que nos chega sobre instituições existentes e regras que funcionam. As instituições e as regras, são, com certeza, de grande importância pela influência que exercem sobre tudo o que acontece, e também elas são parte inseparável do mundo real, todavia essa que é a realidade vigente e realizada vai muito além do quadro puramente organizacional, e inclui em si as próprias vidas que as pessoas conseguem – ou não conseguem – viver”.<sup>63</sup>

Mesmo assim, é inquestionável a existência de uma crise na área da justiça, que decorre da ineficiência dos institutos tradicionais para resolver os conflitos existentes na

---

<sup>62</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 241.

<sup>63</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, p. 57.

sociedade moderna; a sociedade sente-se fragilizada e atemorizada, aceitando muitas vezes o risco, o que determina novas posturas do cidadão diante das ameaças sociais, levando o Estado ao conflito entre a imposição de meios mais rigorosos para tentar diminuir estes riscos, e a possibilidade de atingir de forma mais violenta a liberdade humana, o que contraria o perfil democrático.<sup>64</sup>

O endurecimento do sistema de justiça criminal a ponto de se aumentar, vertiginosamente, o número de decisões judiciais concedendo medidas cautelares como busca e apreensão, decretação de prisões cautelares em maior escala, principalmente em nos feitos de repercussão midiática pode conduzir à constatação de violações e direitos e garantias fundamentais. Pensamos que a única forma de afastar tal odiosa lesão a direitos é o conteúdo do *decisum* que deve estampar uma motivação aprofundada e detida sobre as nuances do caso em concreto. Somente com este jaez a decisão judicial estará, de forma correlata, dando concretude ao princípio da segurança jurídica e aumentando a confiança do cidadão no Estado.

“O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos

---

<sup>64</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional. *Cadernos jurídicos: direito processual penal*, p. 10.

efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados de segurança jurídica e protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O *princípio geral da segurança jurídica* em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico”.<sup>65</sup>

Neste enfoque, é possível afirmar que os elementos de estabilização da demanda são estruturas fundantes do processo penal democrático que propiciam um aumento da relação de confiabilidade entre o indivíduo e o Estado. Consentâneas com tal conclusão são as normas penais processuais penais que prescrevem institutos como a preclusão da prova (já que processo é marcha adiante), a vedação da *reformatio in pejus*, em caso de recurso interposto exclusivamente pela defesa, bem como a proibição da revisão criminal *pro societate*.

“O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a actos normativos. As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex posts* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos. É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a *uniformidade ou estabilidade da jurisprudência*. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se

---

<sup>65</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 252.

coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irreduzível da função jurisdicional a obrigação de os juizes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão revogar ou anular, mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável”.<sup>66</sup>

Esta responsabilidade do juiz resvala na forma de condução do processo, mas extramuros a ele. Tanto isto se apresenta na judicatura que o julgador, se entender ser o caso do réu permanecer algemado durante o ato instrutório, deverá justificar as razões<sup>67</sup> pelas quais assim determinou.

Ao revés, se o acusado responde preso ao processo em outra unidade da Federação, inexistindo instalações para realização de teleaudiência, o juiz deverá requisitar o seu deslocamento para que ele possa exercer seu direito de presença em audiência e acompanhar a produção da prova. É justamente o conferir efetividade aos direitos fundamentais e garantias processuais que se constitui em causa de impedimento de anuência judicial com seus afastamentos por ausência de estrutura estatal.

“Verdadeiramente fundamental no princípio de abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos: reforça o *princípio da efectividade dos direitos fundamentais* proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais. Esta efectiva protecção jurídica implica um controlo das *questões de facto* e das *questões de direito* suscitadas no processo, de forma a possibilitar uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes”.<sup>68</sup>

Com isto não se quer propagar a existência de direitos fundamentais absolutos. Tanto é assim que o direito à privacidade e à inviolabilidade das comunicações interpessoais cede espaço à necessária persecução penal para culminar na sentença que

---

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 260.

<sup>67</sup> Súmula vinculante 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

<sup>68</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 270.

revele a prestação jurisdicional de acordo com o ordenamento jurídico vigente e com o caso concreto. A autorização de interceptações telefônicas e telemáticas quando se constitui no único meio de investigação é legítima desde que, obviamente motivada e atendidos os requisitos previstos em lei, não aniquile nenhum direito fundamental, mas sim, de acordo com os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, resulte em menor carga protetiva de um deles em relação a uma proteção mais intensa a outro direito titularizado por terceiro, justificado em reserva de jurisdição,<sup>69</sup> sob pena de transmutar em prova ilícita<sup>70</sup> (escuta telefônica) e, portanto, imprestável ao processo e ao fim a que se destina.

“Os direitos fundamentais estão necessariamente sujeitos a limites, ainda que de natureza e grau muito diversos. Não há liberdades absolutas; elas aparecem, pelo menos, limitadas pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros. O que varia é, sim, o sentido dos limites. A prescrição expressa de uma cláusula geral de limites aos direitos – nomeadamente, aos direitos, liberdades e garantias e, entre todos, às liberdades públicas, perante as quais o problema se põe com a máxima gravidade – por ser por si só reveladora de uma intenção de compressão. Mas pode ela não existir, e, apesar disso, induzir-se do texto constitucional ou das finalidades do regime político idêntico alcance. Vice-versa, pode uma cláusula geral ser formulada de tal sorte que impeça precisamente a subversão dos direitos na prática. Decisivo é saber qual a função relativa dos limites e dos direitos à face da Constituição: se são os direitos que se encontram funcionalizados aos limites, se são os limites que se encontram funcionalizados aos direitos; e, em definitivo, mais do que à leitura dos textos cabe à realidade constitucional patentear o alcance efectivo das cláusulas correspondentes, com as consequências necessárias no plano dos regimes – autoritários e totalitários na primeira, hipótese, liberais na segunda”.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Art. 5º, inciso XII, CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

<sup>70</sup> Art. 5º, inciso LVI, CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

<sup>71</sup> MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, pp. 174-175.

A eficácia das normas protetiva dos direitos fundamentais não é comprometida no processo penal quando autorizada, pelo próprio sistema de justiça constitucional, a ponderação no caso de colisão de direitos.

“Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre. Se se combinam liberdade e proteção no conceito de liberdade protegida, então, esse tipo de liberdade protegida é composto pela associação entre uma liberdade não-protegida e um direito ao não-embaraço de ações. O direito ao não-embaraço é um direito a uma ação negativa. Aos direitos a ações negativas correspondem proibições dessas ações. Proteções por meio de proibições podem ser chamadas de “proteções negativas”. Quando se fala em direitos fundamentais como “direitos de defesa”, quer-se, em geral, fazer referência aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais. Esses direitos estão ligados à *competência* para questionar judicialmente sua violação. Quando se juntam essas três posições – uma *liberdade* jurídica, um *direito* contra o Estado a um não-embaraço e uma *competência* para questionar judicialmente a violação desse direito -, é possível falar em um direito negativo de liberdade em face do Estado que seja totalmente desenvolvido”.<sup>72</sup>

“Quando o Direito não protege certos interesses, não os tem como valor digno de sua tutela, dizem-se interesses *juridicamente irrelevantes*. Aqueles interesses que o Direito tem como valor digno de tutela soa os *juridicamente relevantes*. Nesta classe, distinguem-se os *simples interesses*, as *expectativas de direito*, os *interesses legítimos*, os *direitos condicionados* e os *direitos subjetivos*. As *situações jurídicas subjetivas* envolvem a consideração desses interesses juridicamente relevantes, e sua proteção é tanto mais intensa quanto mais eficazes forem as normas que as têm como objeto”.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 234.

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 166.

Cumpra, também, estabelecer as consequências da precisa e imprescindível observância do princípio da presunção de inocência no processo penal democrático.

“A regra da presunção de inocência, ou de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença de todo aquele que é investigado, acusado e julgado por suspeita de ter praticado um crime, é essencial para a sobrevivência do Direito nas nossas sociedades digitais e desinstitucionalizadas. A sua formulação, de modo ainda muito incipiente, remonta ao Direito Romano: *inocens praesumitur cuius nocentia non probatur omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*. Quem acusa deve provar o que alega (*ei incumbit probatio qui dicet, non qui negat* D.22.3.29). Se o conseguir existe contraditório do acusado no processo perante um juiz. Se o julgador, mesmo assim, tiver dúvidas quanto à culpa do acusado deve absolvê-lo. Inocência até a condenação definitiva (sem possibilidade de recurso) e absolvição (por falta de prova ou em caso de dúvida do julgador) são direitos da pessoa humana vivenciados na comunidade política de que faz parte e garantidos pelos juízes em tribunais judiciais exercendo o *jus puniendi* do Estado. Só assim, em Direito, nos entendemos; só assim, por estas regras, queremos viver. Não basta, para isso, escrevê-lo em Constituições, em tratados internacionais, em Declarações universais de Direitos e em leis; desenvolvê-lo em manuais de ensino jurídico; ou proclamá-lo em discursos judiciários. É preciso levá-lo à prática obrigando o seu escrupuloso respeito, resistindo à demagogia mediática, ao populismo político e ao justicialismo judiciário. Infelizmente, não é a isso que estamos a assistir e, por isso, pego na pena para escrever este depoimento. Em sociedades em que o Estado está debilitado e sem instrumentos efetivos de intervenção em defesa dos mais fracos no processo perante os poderes instituídos; em que as empresas privadas de comunicação social atingem lucros superiores explorando sentimentos de inveja e de vingança da massa telespectadora “canora e belicosa”; em que os titulares de funções políticas têm um longo historial de aproveitamento pessoal no e pelo exercício de cargos públicos – é fácil argumentar contra as regras jurídicas, construir exceções, conceder nos princípios. É exatamente em momentos como estes que se deve fazer sentir a voz dos jurisprudentes para lembrar que é nas circunstâncias mais difíceis e nas

situações mais críticas que o Direito deve impor-se, através de suas regras, para defender aqueles que, sendo alvo de uma investigação policial, ficam expostos a todos os ataques e ofensas, pois esta é a única possibilidade de se fazer Justiça”<sup>74</sup>.

Conferindo maior carga axiológica ao princípio da presunção de inocência é que se construiu o pensamento de um “estado” de inocência que se sobrepõe a uma presunção. Ser dotado deste “estado de inocência” implica dizer que, ao indivíduo acusado da prática de um crime, apenas poder-se-á aplicar uma sanção quando sobrevier um juízo de certeza.

Ácidas críticas são tecidas à violação do princípio da presunção de inocência:

“O Poder Judiciário brasileiro recebe todos os impactos dessa política criminal e de seus fundamentos econômicos. No processo de minimização do Estado, está o Judiciário, imobilizado na camisa de força orçamentária tão cara ao FMI, sujeito perdas e reduções, seja para soluções arbitrais, seja para jurisdições internacionais ou regionais. Perante o desmerecimento do espaço público, qualquer procedimento que possa envolver a responsabilização de um magistrado terá divulgação similar a de uma catástrofe: hoje, no Brasil, aqueles que têm a responsabilidade funcional de velar pelo princípio da presunção de inocência dos cidadãos não desfrutam dessa garantia. Definitivamente, pretende-se que o Judiciário abandone sua missão, insubstituível para o estado democrático, de conter todo o poder punitivo exercido inconstitucional, ilegal ou irracionalmente, para policizar-se, para ser um complacente espectador da criminalização secundária; para ser, numa palavra, uma espécie de capitão-do mato dos foragidos da nova economia. Isto seria a ruína do Judiciário, seguida da ruína do estado de direito, com a implantação de um estado policial submisso à nova ditadura financeiro-virtual planetária”<sup>75</sup>.

O julgamento condenatório baseado na incerteza se traduz em afronta ao Estado Democrático de Direito, no dizer de Enrico Ferri, é “um remendo”, quando, na verdade, o que se pretende com uma instrução probatória dirigida pelos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da paridade

---

<sup>74</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Prisão preventiva e presunção de inocência. *Cadernos jurídicos: direito penal*, pp. 29-30.

<sup>75</sup> BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*, p. 25.



de armas, da duração razoável do processo, é uma tessitura dotada de tamanha firmeza que o provimento final, a sentença, espelhe a adequada prestação da tutela jurisdicional.

“Não se pode, quanto a uma circunstância averiguada na instrução, chegar ao julgamento e dizer: “Não, é falso; a verdade é diferente”. Não. Se assim se procedesse, o remendo seria, mais uma vez, cosido em linha branca e o juiz via-o logo!”.<sup>76</sup>

Logo, é certo que o princípio da presunção de inocência foi formulado como “presunção”, mas não há dúvida de que é mais correto denominá-lo como “estado”, tanto em sua formulação positiva quanto negativa: de inocência ou de não culpabilidade. É um estado que se conserva, que se mantém invariável, até o advento de uma sentença irrecorrível, ou seja, conclusiva de um processo regular e legal, por meio da qual se declara a culpabilidade do imputado. É o respeito e a proteção deste princípio dentro do processo penal, dentre outros aspectos importantes, que nos permite explicar o alcance meramente processual das medidas de coerção que podem limitar ou restringir a liberdade do acusado. Isto é, na realidade, o que mais justifica reconhecer um estado de inocência e não uma presunção. Diante disto, se explicam as críticas à terminologia presunção de inocência. Fato é que, enquanto o considerarmos um “estado”, não teremos nenhuma incompatibilidade com decisões ou ordens provisórias que digam respeito, à detenção, ao processamento, à prisão preventiva, à necessidade de apresentação em juízo, etc., nem mesmo com a circunstância de recair sobre o indivíduo uma acusação. De outra banda, o pensar na temática como presunção de culpabilidade poderia nos conduzir a sustentar a necessidade do imputado destruí-la, mas não é isto que ocorre no atual sistema jurídico. Não se pode impor ao acusado o peso de provar sua inocência, nem mesmo uma menor responsabilidade penal.<sup>77</sup>

Por conseguinte, o princípio da presunção de inocência é regra de tratamento e regra de julgamento. Na primeira vertente, o acusado deve ser tratado como inocente desde a investigação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (Não sem razão, no Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra e a prisão a exceção; o acusado não pode ser coagido a participar a reconstrução do crime, não é obrigado a produzir prova contra si mesmo – *nemo denetur se detegere* –). A regra processual que

---

<sup>76</sup> FERRI, Enrico. *Discursos penais de acusação*, p. 208.

<sup>77</sup> OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 68-69 (tradução livre do autor).

demonstra o segundo enfoque do princípio mencionado é a que impõe a absolvição por insuficiência de provas<sup>78</sup> (*in dubio pro reo*).

Esta regra processual penal que impõe a superveniência do decreto absolutório, quando instalada a dúvida no espírito do julgador, é plenamente compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por essa razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder do Estado, dela decorrem; determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos.<sup>79</sup>

A positivação da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos, esta como decorrente de uma ordem internacional única em matéria de proteção a direitos humanos, e seu adequado respeito ao referido princípio seriam suficientes para denotar um processo penal justo e democrático. Todos os demais princípios e normas processuais são desdobramentos do respeito à dignidade humana.

“Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização”.<sup>80</sup>

A dignidade decorre da própria natureza humana – o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face de sua natureza racional. O seu respeito não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito.<sup>81</sup>

Inexiste uma específica definição para a dignidade humana, porém, ela se manifesta em todas as pessoas, já que cada um, ao respeitar o outro, tem a visão do outro.<sup>82</sup>

A dignidade humana existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas, no ato de comunicação, e que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. Tais direitos são inerentes, porque conhecidos pelas pessoas,

---

<sup>78</sup> Art. 386, CPP: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) inciso VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

<sup>79</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Trabalho escravo e dignidade humana. *Tráfico de pessoas*, p. 195.

<sup>80</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 17.

<sup>81</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Trabalho escravo e dignidade humana*, p. 195.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

não podendo, portanto, o Estado desconhecê-los. A este cabe, ainda, criar condições favoráveis para sua integral realização.<sup>83</sup>

A dignidade humana está ligada a três premissas essenciais: a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua personalidade e os direitos a ela inerentes, chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo.<sup>84</sup>

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todo ser humano deve ser reconhecido como membro da humanidade e ser tratado com respeito e consideração pelos demais indivíduos, grupos, organizações sociais e pelo Estado.<sup>85</sup>

“A colocação do problema em sede de direitos fundamentais e, mais concretamente, ao convocar a dignidade da pessoa como *limite ao objecto*, só poderá merecer o aplauso de todos os que consideram esta dignidade como princípio fundante do Estado de direito democrático do Brasil. O Supremo Tribunal Federal é garantidor desta identidade e deve afirmá-la sem ambiguidades no âmbito de sua jurisdição. Dissemos: no âmbito da sua jurisdição”.<sup>86</sup>

Verte, pois, do princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia de acesso à justiça, em sua correta compreensão. O acesso à justiça não é a possibilidade de demandar em processos judiciais ou ser demandado. É a garantia de uma ordem jurídica justa com a incidência do devido processo legal em sua pertente material.

Entendemos que o direito ao acesso à Justiça exige atualmente um esforço no sentido de se abordar a questão em toda a sua complexidade, ou seja, de nada adiantaria um Poder Judiciário materialmente moderno, se os institutos processuais não fossem adequados às demandas que a atual sociedade põe à apreciação dos juízes. De idêntico modo, de nada adiantaria modernizar os institutos processuais e atualizar as normas de direito material, se os juízes não se aperfeiçoarem e se conscientizarem de que o

---

<sup>83</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Trabalho escravo e dignidade humana*, p. 195.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como efetivação da dignidade humana. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*, p. 394.

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Supremo Tribunal Federal garante a identidade constitucional do Brasil? *Ministro Marco Aurélio Mello: acórdãos comentários e reflexões*, p. 8.

aperfeiçoamento constante e uma sensibilidade social são imprescindíveis para a realização da justiça.<sup>87</sup>

É com este enfoque que a função do juiz não se resume a encerrar o processo com cumprimento, apenas, da forma prescrita em lei, mas sim empreender esforços para, ao final, prolatar o *decisum* que revele a aplicação da lei ao caso concreto, naquela sociedade existente. Exemplificamos: durante a audiência de instrução, no sistema do *cross examination*, após o julgador questionar a testemunha, abrirá reperguntas à acusação e, após, à defesa. A depender das respostas da testemunha aos questionamentos das partes, o julgador não pode, mas deve, questioná-la novamente, se houver necessidade de esclarecimento sobre ponto relevante para formação de sua livre convicção motivada.

Isto porque o direito ao acesso à Justiça é então o direito ao acesso a uma Justiça adequada para a nossa realidade social. Isto se traduz na remoção dos obstáculos que impeçam aquele acesso, sejam de natureza econômica, social, cultural, estrutural ou técnico-processual. Em qualquer processo não se admite o arbítrio ou o desrespeito aos princípios constitucionais, em especial o acolhimento das contradições que levam à dedução de uma verdade jurídica, não mais real, que decorre, também, de uma participação efetiva das partes ou de seus representantes.<sup>88</sup>

E o direito de acesso à justiça é mais ou menos intenso a depender do estágio de evolução no processo democrática em que determinada sociedade se encontra. Esta medição, obviamente, perpassa pelo processo de elaboração de leis e pela atuação dos representantes do povo eleitos para compor o Poder Legislativo.

“Se o crime se amplia e se diversifica, praticado por indivíduos cada vez mais jovens, é porque falha a família, a educação, a Igreja e a sociedade. (...) O Estado também é responsável, mas não exclusivamente. Estado, na realidade, é um instrumento a serviço da sociedade. Reflete a sociedade, os seus valores, a sua ideologia, as suas preferências e conveniências. Não adianta bradar contra a corrupção enquanto os seus representantes forem os preferidos do eleitorado”.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Direito administrativo ou direito penal administrativo? *Direito administrativo sancionador*, p. 253.

<sup>88</sup> *Idem*, pp. 253-254.

<sup>89</sup> NALINI, José Renato. Habeas Corpus n. 82.959. O juiz de primeiro grau face à progressão em crime hediondo. *Ministro Marco Aurélio Mello: acórdãos comentários e reflexões*, pp. 142-143.

Se, por um lado, não existe processo penal democrático sem respeito à lei processual interpretada de acordo com a Constituição, com um entrelaçamento dos ramos do direito em um sistema normativo aberto, por outro, o sistema de justiça criminal não é abrangente a ponto de prevenir *in totum* o aumento dos índices de criminalidade.

A exigência atual é de um sistema aberto, mas não necessariamente abrangente. Isto porque o sistema tão somente abrangente pode caminhar para um grau de abstração tamanho que não traduza o direito como instrumento de solução e, portanto, pacificação de conflitos.

“A exigência de completude foi objeto mais de intuição do que de reflexão por parte dos sistematizadores, como de resto ocorreu, também, com os outros requisitos do sistema externo. A tendência a reconduzir cada fenômeno a um único princípio levava a elaborar sistemas cada vez mais vastos: mas, quanto mais se estendia a abrangência do sistema, tanto mais era necessário aumentar seu grau de abstração”.<sup>90</sup>

Entretanto, a abertura do sistema não autoriza o afastamento de referenciais considerados estruturas fundantes do processo penal democrático acima indicadas (dignidade da pessoa humana, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, dentre outros), mas sim uma reinterpretação pelo julgador de acordo com as alterações fático-sociais e da criminalidade moderna.

A criminalidade moderna, da sociedade globalizada, é um processo de intercomunicação entre os indivíduos e a sociedade, mas nem sempre foi assim. O Direito Penal, para não perder o controle social, busca novas fórmulas, incorporando, no seu conjunto, institutos que trabalhem com os riscos. Os caminhos oferecidos pela funcionalidade do Direito Penal transformam o sistema num conjunto aberto, com as garantias indispensáveis para a apuração da responsabilidade penal. A sistemática do direito penal, na atualidade, é crítica ou criadora e se direciona a um sistema aberto, único e capaz de fazer a segurança jurídica. O sistema aberto não significa a ausência de referencial por parte do direito penal, mas um sistema em constante transformação, preservando os conhecimentos já adquiridos.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*, v. I, pp. 413-414.

<sup>91</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Globalização e direito penal econômico. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, p. 433.

“As *estruturas* são, portanto, a representação global da permanente ativação da recursividade das orientações no sistema. A realidade das *estruturas* é algo totalmente fluido, que só momentaneamente serve para unir e conectar a operação posterior, na medida em que provê de orientações de direcionalidade”.<sup>92</sup>

Portanto, o sistema de justiça criminal não é fechado às transformações sociais, entretanto, se funda em vigas mestras como: dignidade da pessoa humana, pleno acesso à justiça, presunção de inocência, devido processo legal em suas vertentes formal e material, contraditório, ampla defesa, dentre outros; os quais apenas podem ser objetos de sopesamento pelo julgador, de acordo com critérios de proporcionalidade e razoabilidade devidamente explicitados em decisão judicial fundamentada.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo propicia a materialização da tutela jurisdicional.

O direito penal é a *ultima ratio* e o processo penal se traduz na plataforma de segurança jurídica para apuração da autoria e da materialidade de um crime.

O processo penal que resulta no advento da prestação da tutela jurisdicional adequada tem por consequência o afastamento do desassossego à ordem pública desencadeado pela prática delitiva.

O julgador conduz e zela, durante o procedimento, pelo respeito a fundamentos éticos, pela incidência com carga intensificada de princípios mestres.

É imprescindível a percussão do processo penal inserido no Estado Democrático de Direito e de acordo com a sociedade contemporânea existente.

O Estado detém o uso legítimo da força, sem supressão do viés humanista e à luz do normativismo jurídico concreto e valorativo.

O Estado Democrático de Direito é uma conquista que resulta no princípio da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito se concretiza pela integração dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da democracia, da segurança e da ordem social.

---

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*, p. 329.

O juiz pode adotar soluções penais com base nos princípios gerais de direito consagrados no ordenamento jurídico.

Nenhuma restrição a direitos pode deixar de se fundar na Constituição Federal.

Impor ao acusado o fardo de aguardar no cárcere provisório, com desrespeito ao princípio da duração razoável do processo (com excesso de prazo no encerramento da instrução a que não deu causa a defesa) pode ser um castigo mais tormentoso do que o momento definitivo, qual seja, a prolação de eventual sentença condenatória com trânsito em julgado.

Sem integração do direito penal com a sociedade contemporânea haverá desconstrução do direito, pois a Constituição “viva” é a que buscamos, sob pena de colapso do sistema de justiça criminal.

O processo é a ponte por excelência entre o cidadão e o poder jurisdicional, ainda que seja mostrado como um instrumento técnico aparentemente neutro, sofre e se modifica, como todo o resto do direito, de acordo com as modificações sociais.

O juiz provê a regularidade do processo, mantém a ordem no curso dos respectivos atos e usa da força pública, se necessário. Ele não tem interesse no desfecho da causa e é seu dever conceder às partes a segurança de um processo correto e uma decisão justa. Para tanto, o juiz, ao presidir o processo, deve ter como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

O juiz não deve ser um contador mecânico de frações de pena na sentença. Para que isto não ocorra ele é o destinatário da prova, o historiador, o intérprete da lei e o garantidor do respeito aos direitos e garantias fundamentais que estruturam o processo penal democrático.

Assiste ao juiz o dever de procurar a verdade e a justiça. A ideia que deve nortear o juiz no processo penal é aquela segundo a qual deve fazer “justiça de acordo com o Direito”, em especial se dirigindo pelo conteúdo principiológico apostado na Constituição Federal.

Constituem-se em estruturas inabaláveis do sistema de justiça criminal e, portanto, insuscetíveis de supressão: a dignidade da pessoa humana, o pleno acesso à justiça, a presunção de inocência, a segurança jurídica, o juiz natural, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a prolação de sentença justa no caso concreto no qual está em questionamento um dos bens mais caros do indivíduo: sua liberdade.

**REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. por Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. e notas por Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2016.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica, Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros*. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Texto oficial autorizado pela Fundação Casa Rui Barbosa, Clássicos de Rui Barbosa. São Paulo: Editora H B, 2016.

BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. São Paulo: LZN Editora, 2003.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMPOS, Gérman J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal garante a identidade constitucional do Brasil? *Ministro Marco Aurélio Mello: Acórdãos Comentários e reflexões*. Eliane Trevisani Moreira e Francisco Vicente Rossi (orgs.). Campinas: Millennium Editora, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. Trad. por Frederico A. Paschoal. 3. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2005.

Eliane Trevisani Moreira e Francisco Vicente Rossi (orgs.). *O delito: lições de direito penal*. Péritas, reedição 2002.

CHARDIN, Pierre Teilhard de. *Em outras palavras*. Coleção Tópicos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo Martins Fontes, 2004.



DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. por Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martins Claret, 2009.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRI, Enrico. *Discursos penais de acusação*. CL Edijur, 2014.

\_\_\_\_\_. *Princípio de direito criminal o criminoso e o crime*. Trad. do italiano em 1931 por Luiz de Lemos D' Oliveira. 3. ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GÁRZON, Fabio Espitia. *Instituciones de derecho procesal penal*. 8. ed. Colombia, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HOUAISS. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, 2009.

LEGAZ, Luis y Lacambra. *El Estado de Derecho en la actualidad*. Madrid: Reus, 1934.

LISZT, Franz Von. *A teoria finalista do direito penal*. Trad. por Rolando Maria da Luz. São Paulo: LZN, 2007.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Trad. por Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Volume I: das origens à escola histórica.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. por Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Dignidade humana. Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a António Guterres*. Eduardo Vera-Cruz Pinto, José Rodolpho Perazzolo, Luís Roberto Barroso, Marco Antonio Marques da Silva e Maria Cristina de Cicco (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. Tomo V: actividade constitucional do Estado.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo III: investigação científica e política jurídica.

NALINI, José Renato. Habeas Corpus n. 82.959. O juiz de primeiro grau face à progressão em crime hediondo. *Ministro Marco Aurélio Mello: acórdãos comentários e reflexões*. Eliane Trevisani Moreira e Francisco Vicente Rossi (orgs.). Campinas: Millennium, 2010

OLMEDO, Jorge A. *Clariá, derecho procesal penal*. Atual. por Jorge E. Vásquez Rossi, Rubinzal. Buenos Aires: Culzoni Editores, 2008. Tomo I.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Prisão preventiva e presunção de inocência. *Cadernos jurídicos: direito penal*, ano 17, nº 43. Marco Antonio Marques da Silva e Wanderley José Federighi (coords.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, TJ/SP, abr./jun., 2016.

RAWLS, John. *Justiça como equidade. Uma reformulação*. Trad. por Cláudio Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria de justiça*. Trad. por Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Petrópolis: Vozes, 1999.

SAVATER, Fernando, *A importância da escolha*. Trad. por Paulo Anthero Barbosa. 2. ed. São Paulo, 2012.

SEN, Amartya, *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva (coords.). 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo ou direito penal administrativo? *Direito administrativo sancionador*. Luiz Maurício Souza Blazeck e Laerte I. Marzagão Júnior (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

\_\_\_\_\_. Globalização e direito penal econômico. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. José de Faria Costa e Marco Antonio Marques da Silva (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_. Igualdade na persecução criminal: investigação e produção de provas nos limites constitucionais. *Processo penal e garantias constitucionais*. Quartier Latin, São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. O processo como efetivação da dignidade humana. *Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Newton de Lucca, Samantha Ribeiro Meyer-Pelug e Mariana Barboza Baeta Neves (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. O processo como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional. *Cadernos jurídicos: direito processual penal*, ano 17, nº 44. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, jul./set., 2016.

\_\_\_\_\_. Trabalho escravo e dignidade humana. *Tráfico de pessoas*. Laerte I. Marzagão Júnior (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

WEBER, Max. *Ciência política: duas vocações*. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Saberes críticos. A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.