

## O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

**Adauto Suannes – Des. apos. do Tribunal de Justiça de São Paulo, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Associação Juizes para a Democracia, do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família e do Tribunal de Ética da OAB/SP.**

Resumo: 1. A Finalidade do Processo Penal 2. A Grande Carta das Liberdades; 3. O Julgamento Justo; 4. O Devido Processo Legal Substancial; 5. O Devido Processo Legal Formal; 6. Defesa Técnica e Defesa Pessoal; 7. O *Due Process of Law* na Jurisprudência Brasileira; 8. O Papel do Juiz no Processo Penal

### 1.A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL

Muitos de nossos autores aceitam passivamente a possibilidade de um processo penal misto (inquisitivo na procura da verdade; garantístico<sup>1</sup> ao limitar a atuação do juiz, por força do princípio do contraditório), em nome de um necessário combate à criminalidade, como se um processo acusatório puro inviabilizasse aquele combate, de que deve cuidar o Poder Executivo.

Tem-se dito, em realidade, que o processo penal tem por finalidade o esclarecimento de fatos criminalmente típicos e, portanto, o restabelecimento da verdade ou obtenção de certeza sobre como eles se passaram. Parece-nos, no entanto, chegado o tempo de pormos fim à velha afirmação no sentido de que o Direito Processo Penal é “a disciplina jurídica que se ocupa com a atuação jurisdicional do Direito Penal”<sup>2</sup>, ou que, sendo o Direito Processual “uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica”, tem tal ciência (sic) como finalidade “conseguir a realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, ou seja, aplicar o Direito Penal”<sup>3</sup>. O último autor refe-

rido, continuando a identificar Direito Processual Penal com processo penal, afirma: “tem, portanto (o Direito Processual Penal) um caráter instrumental: constitui o meio para fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste de prevenção e repressão das infrações penais”<sup>4</sup>.

Que o Direito Processual Penal, como ciência, seja o ramo do Direito Público que estuda o processo penal (conjunto de atos que se sucedem logicamente e que se destinam a alguma finalidade prática) parece de todo óbvio. Mas, qual a finalidade desse processo, enquanto aplicação prática dos conceitos estudados naquela ciência?

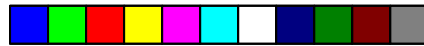
Para o clássico Santoro, o processo penal é um conjunto de atividades voltadas para a finalidade da descoberta da existência de um crime e seu autor, objeto de condenação, se afirmativa a pesquisa<sup>5</sup>. Na conhecida afirmação de Cordero, pretendendo simplificar as coisas, “nel processo penale il tema della decisione consiste nel puro e semplice dovere di punire, affermato o negato secondo che sia o meno risultata l’esistenza del reato”<sup>6</sup>. Sua finalidade, em suma, é o dever puro e simples de punir o culpado ali reconhecido.

Coisa diversa não dizia De Marsico: “o direito processual penal estuda o conjunto das normas ditadas pela lei, para aplicação do Direito Penal na esfera judiciária, tendo por fim não só a apuração do delito e a atuação do direito estatal de punir em relação ao réu, mas também a aplicação das medidas de segurança adequadas às pessoas socialmente perigosas e a decisão sobre as ações conexas à penal”<sup>7</sup>.

É difícil imaginar que o Estado, com todo o poder de que dispõe, necessite de um processo judicial para condenar alguém. A prisão em flagrante (quem define o que é uma prisão em flagrante é o próprio Estado, autor da futura ação penal onde invocará o conceito por ele mesmo criado) ou a prisão para averiguações (que eufemisticamente ele chama de “prisão temporária”, como se houvesse entre nós prisão que não o fosse) estão aí para demonstrar isso. Para não falarmos em tantas mortes ocorridas “em tiroteio” ou mesmo no interior de presídios, quando a suspeita de pura e simples execução não pode ser descartada.

Uma referência histórica, porém, mostrará que aqueles conceitos devem ser revistos.

## 2. A GRANDE CARTA DAS LIBERDADES



O sistema jurídico inglês como hoje se conhece iniciou-se nos primórdios do século XI, com a invasão da Inglaterra pelos normandos. Ao adaptar suas leis aos costumes locais, estes criaram um sistema de regras consuetudinárias, que culminaram na redação da *Magna Carta Libertatum*, normatização de princípios e regras garantísticas que deveriam reger a vida dos cidadãos ingleses.

A aplicação daqueles princípios por parte dos Magistrados veio a criar um corpo de normas não-escritas, aplicáveis judicialmente por força do precedente (a chamada *stare decisis*, ou a necessidade de serem estabilizadas as decisões anteriores sobre o mesmo tema), conhecido como Direito Comum, ou, no original, *Common Law*.

A origem daquele documento foi bastante tumultuada, valendo notar a habilidade dos nobres ingleses que, descontentes com os rumos do governo, vinham de longa data reivindicando o retorno de seus privilégios, que os reis autoritários só faziam diminuir.

O rei Ricardo, filho de Henrique II, celebrado por Sir Walter Scott como o heróico líder das cruzadas com o epíteto de Coração-de-Leão, era, na verdade, um homem imaturo, pouco afeito a seus deveres de soberano e extremamente belicoso. Assumiu o trono depois de envolver-se em luta com seu pai e seus irmãos. Embora rei, abandonava as coisas do governo para dedicar-se a lutas externas e à procura do misterioso Santo Graal. Essas aventuras levaram o país a uma situação de quase-falência, o que exigia a elevação dos tributos, o que mais elevou sua impopularidade. Seu curto reinado (cerca de 10 anos), sucedendo a outro monarca bastante impopular, em nada contribuiu para o prestígio da monarquia.

John, também filho de Henrique II, sucedeu ao irmão Ricardo I no trono da Inglaterra, que assumiu em 1199, com apenas 32 anos de idade. Era um período de grande tumulto, em razão não só das dívidas por ele herdadas como por estar o país envolvido em guerra com a França, que reivindicava as regiões de Anjou, Normandia e a Bretanha, pertencentes à coroa britânica. Isso trazia inquietação entre os nobres desde o reinado de Henrique II, que, tanto quanto seu primogênito, haviam governado com poderes cada vez maiores.

John não era, como fora seu irmão, um guerreiro. Ironicamente, era culto, versado em Direito. Entretanto, herdou a situação caótica do Reino, que seu irmão havia levado praticamente à falência. Os barões, que não aceitavam o modo como os reis vinham limitando a autoridade deles, não tinham, porém, um pretexto adequado para insurgirem-se contra o soberano, mesmo porque a reivindicação do re-

torno de seus privilégios faria voltar-se contra eles a ira do povo.

O próprio rei, contudo, lhes deu esse motivo quando se recusou a aceitar a designação de Stephen Langton para assumir o Arcebispado de Canterbury, em 1206, insurgindo-se contra a autoridade papal. O papa Inocêncio III, em represália, determinou o fechamento de todas as igrejas do país, o que significou ficar o sofrido povo inglês sem o refrigério trazido por sua fé. A insatisfação popular levou o soberano a reconsiderar seu ato, submetendo-se à autoridade papal em 1213. Esse precedente seria habilmente explorado pela nobreza no futuro.

De fato, no ano seguinte, uma fracassada tentativa do rei de retomar parte das terras ocupadas pela França elevou o clima de confronto entre o baronato e o soberano. Estrategicamente, encarregaram ninguém menos do que o arcebispo de Canterbury para redigir uma petição dirigida ao rei John (alinhado Lackland, ou João Sem-terra, em face de suas derrotas d'além-mar, ou, segundo outros, por haver sido deserdado pelo pai), onde era reivindicado o reconhecimento de alguns direitos dos súditos em face do monarca. Eram 63 temas, a maioria dos quais, porém, interessava apenas ao baronato.

Inicialmente o rei recusou-se a apor o selo real no documento, o que justificou que os nobres tomassem a cidade de Londres, ameaçando alastrar a revolta por todo o país.

No dia 15 de junho de 1215 o rei John finalmente reconheceu que não tinha escolha e acolheu a petição, comprometendo-se a pautar sua conduta em relação aos súditos de acordo com o ali proposto. Era uma saída estratégica para tentar acalmar a população, que, incentivada pelo clero, ameaçava uma insurreição. Nos poucos meses que se seguiram (o rei morreria no ano seguinte), João Sem-terra demonstrou pouco apreço às promessas feitas, o que fez retornar o clima de insurreição.

Morto João, assumiu o trono seu filho, Henrique III, que, 10 anos depois, finalmente negociou a redação definitiva do documento, pondo fim à rebelião.

A partir daí, o sistema do direito comum (*common law*) foi sendo incrementado, a partir de decisões dos Magistrados reais (os *king's judges*), que percorriam o território do Reino para decidir as controvérsias. Para bem decidir, os julgadores se informavam sobre os hábitos locais, julgando em conformidade com tais costumes, o chamado *law of the land*.

Em 1265 foi proposta a criação do Parlamento, formado por representantes do baronato e representantes da classe média, o que

consolidou de vez os preceitos da Great Charter.

Como facilmente se observa, esse corpo de regras e princípios teve o inegável propósito de reduzir o poder do soberano em benefício da segurança jurídica dos súditos. E tanto o rei percebera isso que declarara, ao assinar a Carta: “why do they not ask for my kingdom?”. Ou seja, já que querem todo o meu poder, por que não ficam logo com o reino?

A chamada *due process clause* teve sua origem na ressalva final do capítulo 39 da celebrada Carta. Assim dispunha, em sua redação original, aquele texto: “ne corpus liberi hominis capiatur, nec imprisonetur, nec dissuasietur, nec utlagetur, nec exsuletur, nec aliquo modo destruat, nec rex eat vel mittat super eum vi, nisi per iudicium parium suorum vel per legem terrae”.

Em português assim soaria: “nenhum homem livre será detido, preso ou sofrerá confisco, ou posto fora da lei, ou exilado, ou de outro modo destruído, nem nós (o rei) iremos sobre ele, nem enviaremos alguém contra ele, senão por força de um julgamento legal por seus pares ou pela lei do local”.

Segundo o comentarista Sir Edward Coke, a expressão “the law of the land” deve ser entendida tanto como a própria *common law*, como o direito codificado ou mesmo o simples costume vigente na Inglaterra.<sup>8</sup>

Claro que não se alude aí à expressão clássica, que teria aparecido somente em 1354, quando um ato do rei Eduardo III, atendendo a uma petição que lhe havia sido apresentada, assim se expressava: “no man, of what state or condition soever he be, shall be put out of his lands, or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor indicted, nor put to death, without he be brought in to answer by due process of law”<sup>9</sup>. Em português: “nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será expulso de suas terras ou posses, nem detido, nem preso, nem indiciado nem levado à morte sem que seja chamado para responder (a uma acusação) sob o devido processo legal”.

### 3. O JULGAMENTO JUSTO

Basicamente, a noção de *fair trial*, de processo (ou julgamento) justo originalmente implica na idéia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado a oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua versão dos fatos. “Justice requires that a

hearing and an opportunity to present defenses must precede condemnation".<sup>10</sup>

David J. Bodenhamer, estudando a evolução dos direitos do acusado na história norte-americana, registra, forte em julgados da Suprema Corte, que "a história da liberdade norte-americana é, em não pouca monta, a história do processo"<sup>11</sup>. Registra ele, na mesma passagem, uma epígrafe do Juiz Felix Frankfurter, que expressa "um fundamental artigo de fé em nossa herança constitucional: liberdade e direitos não podem existir sem devido processo legal".

"Procedural fairness and consistency are essential elements of due process", um conceito que tem sido há muito a pedra de toque da jurisprudência anglo-americana. Embora lhe falte uma definição precisa, os juristas têm dado dois significados à frase – "devido processo sob o aspecto procedimental (ou a insistência na observância de pre-determinadas regras para os casos a serem julgados) e devido processo substancial (ou exigência de que essas regras sejam razoáveis)", diz o mesmo autor.<sup>12</sup> Como quer que seja, ninguém tem discordado, conclui ele, da observação do Juiz Robert Jackson de que qualquer que seja o significado da expressão devido processo, a equidade procedimental é "aquilo que ela mais inflexivelmente exige"<sup>13</sup>.

Esse fundamento meta-jurídico dessas garantias proveio da Inglaterra, como posto em destaque pelo Juiz Story, membro do King's Bench, para quem "it is a rule founded in the first principles of natural justice"<sup>14</sup>.

Não será de admirar que se fosse à Bíblia buscar a origem dessas exigências éticas: "Tanto as leis de Deus como as dos homens dão à parte a oportunidade de apresentar sua defesa, se tiver alguma. Lembro-me haver ouvido de alguém que mesmo Deus não sentenciou Adão antes de ser ele chamado para apresentar sua defesa, assim como fez com Eva", observou o Juiz Fortescue em um de seus votos no Tribunal Real da Inglaterra.<sup>15</sup>

Sendo essa uma questão eminentemente ideológica (falar em Deus, por exemplo, ao proferir uma decisão é, quando menos, olvidar que em uma sociedade pluralista as pessoas têm todo o direito de não acreditarem em sua existência; se a premissa implícita é sua existência, como ficará o argumento diante de alguém agnóstico ou francamente ateu?), a história dos direitos do acusado, notadamente na sociedade norte-americana, apresenta-se como resultado da disputa entre duas mentalidades, que simplificativamente, se poderiam cunhar de conservadora (geralmente representada pelo Partido Repu-

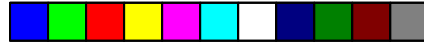
blicano) e a liberal ou progressista (geralmente representada pelo Partido Democrata).

Em levantamento efetuado de julgados significativos da Suprema Corte norte-americana, Lawrence Baum apresenta interessantes dados estatísticos que, segundo ele, demonstram essa postura ideológica dos juízes daquela Corte<sup>16</sup>.

Segundo a visão de Baum, a diferença entre conservadorismo e liberalismo dos juízes da Corte podem ser assim entendida: enquanto os juízes liberais mostram-se favoráveis à ampliação das chamadas “liberdades civis” (direitos processuais, liberdade de expressão e liberdade de religião), os conservadores dão importância maior aos valores opostos, tal como a necessidade que tem a sociedade de combater a criminalidade; enquanto os liberais tendem a agasalhar sob o manto da 14ª Emenda toda sorte de reclamação baseada no princípio da igualdade, os conservadores dão àquela emenda uma exegese mais limitativa; por fim, enquanto os liberais defendem o chamado devido processo legal substancial (questionando as opções políticas feitas pelo Congresso ou pela Presidência da República, quando implicam em restrição aos direitos dos menos favorecidos), os conservadores negam a existência dessa garantia<sup>17</sup>.

É ainda Bodenhamer quem reconhece que “no direito penal de uma sociedade livre, a preocupação por um devido processo é crucial. Sem isso, a liberdade individual torna-se especialmente vulnerável pelo poder estatal arbitrário”. E, como notou o historiador Zechariah Chafee Jr., a liberdade diante dos caprichos oficiais é essencial a todos os outros direitos humanos.<sup>18</sup> Este ideal é antigo e seu significado no pensamento ocidental não pode ser desprezado. É que, como observa aquele historiador, o governo possui um poder enorme. Ele não somente detém os meios necessários para fiscalizar o comportamento dos indivíduos como somente ele tem a autoridade legítima para acusar, processar e punir indivíduos. “Então, qualquer disputa judicial entre o governo e o cidadão é inerentemente iníqua. Nossa concepção de Justiça exige que esta iniquidade seja corrigida. O Direito anglo-americano compensa o confronto entre o governo e o indivíduo restringindo o poder oficial. Isso torna os direitos dos acusados invioláveis e permite que a privação desses direitos deva resultar em absolvição”<sup>19</sup>.

As garantias caracterizadoras do devido processo legal, trazidas da Inglaterra e expressamente referidas tanto na 5ª como na 14ª emendas à Constituição norte-americana, jamais foram claramente explicitadas em lei, ao contrário do esperado por Edward Keynes:



“Embora as cláusulas do devido processo legal sejam uma larga promessa de liberdade, elas não definem quais interesses específicos relacionados com liberdade e propriedade aí estão compreendidos. As cláusulas do devido processo expressam valores substanciais profundos que são a *raison d’être* de um governo constitucional - a proteção da vida, da liberdade e da propriedade, mas os autores da Quinta Emenda deixaram a definição dos interesses específicos relacionados com liberdade e propriedade ao Congresso e aos Tribunais”.<sup>20</sup>

#### 4. O DEVIDO PROCESSO SUBSTANCIAL

Em realidade, tem cabido ao Poder Judiciário daquele país definir o que se inclui na mencionada *clause*, quer sob o aspecto substantivo (eventual violação pelo Legislativo ou pelo Executivo de princípios constitucionais que cuidam do relacionamento equânime entre os indivíduos e o Estado), quer quanto ao aspecto formal (os princípios a serem observados para que o processo judicial tenha o caráter garantístico dos direitos humanos fundamentais, especialmente os relativos à vida, à liberdade e à propriedade).

Não é pacífico o entendimento de que caberia ao Judiciário avaliar a constitucionalidade das políticas governamentais adotadas pelos outros dois ramos do Governo.

Raoul Berger, um dos mais respeitados processualistas norte-americanos, insiste em que o *due process of law* (cujas cláusulas garantem que o governo nacional não pode restringir a vida, a liberdade ou o direito de propriedade de ninguém a não ser observando procedimentos judiciais previamente existentes) “*is exclusively a guarantee of judicial fairness*”<sup>21</sup>. O festejado Juiz Hugo Black, por exemplo, sempre se negou a reconhecer caber ao Poder Judiciário a função de cuidar do *substantive due process* (isto é, fazer a revisão das políticas governamentais em face do contido na Constituição Federal). “*Black stated simply that the Court would not sit as a superlegislature to weigh the wisdom of legislation*”.<sup>22</sup>

Inobstante a isso, admite Keynes que “os juízes (da Suprema Corte) têm reconhecido que o conceito de liberdade pessoal compreende o direito de casar-se, de procriar, de sustentar e educar a prole, bem como usar contraceptivos e por fim à gravidez. Tanto a Suprema Corte como alguns tribunais estaduais têm entendido que as *due process clauses* (sob o ponto de vista substantivo) incluem até mes-



mo o chamado *right to die*.<sup>23</sup>

Isso tudo não diz, obviamente, com os aspectos puramente procedimentais de uma ação penal.

Hoje, entre nós, vai-se firmando o entendimento de que nenhuma norma jurídica e, a fortiori, nenhuma decisão judicial, pode decorrer do arbítrio. A proporcionalidade e a razoabilidade vão-se firmando como princípios constitucionais que hão de nortear não apenas o legislador, mas, acima de tudo, o aplicador da norma jurídica.

O Min. Celso Mello, não fosse ele um constitucionalista, ponderou que “o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes”, sendo ele uma das características do *due substantive process*.<sup>24</sup>

Da mesma forma, não se pode aceitar em uma sociedade democrática que uma norma ou sua aplicação se faça de modo irracional, pois acima de tudo a relação disciplinada na primeira ou julgada na segunda há de ter presente que a Justiça sempre tende para a equidade. Ou *logos del razonable*, como geralmente se diz.<sup>25</sup>

## 5. O DEVIDO PROCESSO FORMAL

A história do *due process of law*, notadamente no seu aspecto garantístico, confunde-se com a própria história do sistema jurídico norte-americano, pois, com a vinda para o novo continente dos colonizadores ingleses, muito do *common law* foi por eles trazido e buscado implantar na terra que estavam colonizando.

Valha notar que no período colonial a principal fonte do Direito era a *Bíblia*. Assim, as regras do *Deuteronômio* eram incluídas no *common law* (que se confundiria, como jocosamente acentuou um autor, com um *canon-law*), donde presumir-se serem elas do conhecimento geral. Não será, pois, de admirar que alguém fosse condenado à pena capital pelo crime de zoofilia, pena que se aplicou tanto ao réu quanto às “vítimas” (a saber, uma égua, uma vaca, cinco ovelhas, duas bezerras e uma peru)<sup>26</sup>.

Costuma-se dizer que a Constituição norte-americana possui apenas 7 artigos, o que, a rigor, é verdadeiro. Ocorre, no entanto, que muitos desses artigos são, na verdade, autênticos capítulos, com inúmeras seções (o artigo I possui nada menos do que 10 seções), demorando-se elas em considerações de vária ordem.

É fato, no entanto, que é uma constituição sintética, com evidente preocupação de contemplar mais princípios do que regras, até porque, ressalvados os princípios relativos à vida da União, tudo o mais continuava permitido aos estados.

Interessa registrar que ali já se previa o princípio da necessária anterioridade da lei bem como a impossibilidade de ser decretada a perda dos direitos civis sem decisão judicial (*no bill of attainder or ex post facto law shall be passed*). Também se aludia à garantia do *Habeas Corpus*, que somente poderia ser suspensa em caso de revolução ou guerra (*the privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it*).

Curiosamente, quando da promulgação da Constituição Federal norte-americana, os responsáveis por sua elaboração entenderam ser desnecessária a explicitação de um *Bill of Rights*, pois, segundo sua ótica, tal rol de direitos implicaria em cerceamento e não em concessão, uma vez que tudo aquilo que não tivesse sido expressamente proibido era permitido, até porque o autor da Constituição referida era ninguém menos do que “*we, the people*”, como se diz logo no seu intróito<sup>27</sup>.

Assim – e segundo a ótica daqueles *framers* – a consciência de cada cidadão era suficiente para indicar o que poderia ele fazer quando se tratasse do exercício dos seus direitos fundamentais, fossem eles relativos à vida, à liberdade ou à propriedade, os três temas fundamentais de que cogitava a Constituição.

Quando o documento aprovado na *Constitutional Covention* e referendado pelo Congresso da Confederação ainda pendia de ratificação por parte dos estados (não nos esqueçamos de que, no sistema norte-americano, graças à origem da Confederação, a Constituição Federal não se sobrepõe às constituições estaduais, convivendo elas lado a lado, donde a necessidade daquela ratificação, pois alguns princípios e algumas regras implicariam em submissão do Estado à autoridade da União), inúmeros políticos já se movimentavam para fazer enunciar os direitos fundamentais do indivíduo que o Estado norte-americano pretendia explicitamente tutelar.

Eugene W. Hickok Jr. dá conta dessa interessante questão, aludindo à conduta do congressista James Madison: inicialmente, era ele absolutamente contrário à adoção de um *Bill of Rights*, ao argumento de que “*the Confederation has no bill of rights*”. Posteriormente, porém vendo perigar a continuidade de sua vida de parlamentar,

passou a adotar simplesmente a postura inversa. Donde a oportuna observação do autor: que **Madison** tenha mudado da posição de convicto opositor à adoção de um rol de direitos para a de recomendar sua adoção “*can be attributed to the vicissitudes of politics*”.<sup>28</sup>

Menos de quatro anos passados (1791), eram aprovadas nada menos do que 10 emendas à Constituição Federal norte-americana, cujo conjunto passou a ser conhecido por *Bill of Rights*.

O fato, porém, longe esteve de significar uma aceitação pacífica do conteúdo desses princípios e garantias.

Em primeiro lugar, a Constituição Federal contemplar tais direitos e garantias não significou que os Estados estivessem obrigados a observá-los, dada a competência estadual para legislar sobre praticamente todos os assuntos. Segundo inúmeros juristas, tais princípios se referiam apenas às causas federais.

Em segundo lugar, sempre houve quem questionasse a competência da Suprema Corte norte-americana de dar a tais direitos e garantias interpretação que lhes aumentasse ou diminuísse o alcance. Se os *judices* daquela Casa não são – como jamais foram – eleitos pelo povo, como então lhes reconhecer o direito de expressar a vontade popular, se do povo não receberam mandato para tanto?

Como quer que fosse, já em 15 de dezembro de 1791 eram ratificadas as primeiras 10 emendas, que passaram a ser conhecidas como a Carta de Direitos, ou o *Bill of Rights*.

Na Emenda nº 5, que cuidava de princípios processuais, aparecia pela primeira vez, expressamente, referência à *due process clause*<sup>29</sup>. Contemplam-se aí, sem grande precisão técnica, alguns princípios processuais fundamentais como o julgamento pelo Júri dos crimes mais graves, a impossibilidade de ser alguém processado duas vezes pelo mesmo fato, a garantia de ninguém poder ser obrigado a depor contra si mesmo e a justa indenização em caso de expropriação, além do genérico princípio do devido processo legal.

A 6ª Emenda, de certa forma, contemplava princípios que diziam com o *fair trial*, pois assegurava o direito a um rápido julgamento, efetuado pelo Júri do local onde cometido o fato, devendo ao réu ser previamente informado o teor da acusação e a ele ser assegurado não só o direito de ter assistência de advogado como o de arrolar e impugnar testemunhas<sup>30</sup>.

Da proibição de imposição de fiança ou multa de valor excessivo, bem como de penas cruéis ou não-usuais cuidou a Emenda nº 8<sup>31</sup>, que contempla o que modernamente se chama princípio da

proporcionalidade.

Para ressaltar que a contemplação dos direitos constitucionais era meramente exemplificativa veio a Emenda n° 9<sup>32</sup>.

Por fim, a emenda de encerramento ressaltava a competência dos Estados naquilo que não fosse objeto de expressa restrição por parte da Constituição<sup>33</sup>.

Além dessas emendas iniciais, houve mais 16 emendas (a última das quais ratificada em 1971), a mais importante das quais sendo, em face de nosso estudo, a 14<sup>a</sup>, ratificada em 1868, em cuja seção I volta a aparecer a expressão *due process of law*<sup>34</sup>.

Como a Suprema Corte norte-americana vivificou esses princípios ao longo desses anos todos?

Foram anos de avanços e recuos, quando o alcance de alguns desses princípios foram ora ampliados, ora restringidos.

O que, mais uma vez, se quer ressaltar é que nenhuma dessas emendas teve por escopo fortalecer o Estado. São, muito ao reverso, limitações impostas ao Governo, sempre em nome dos interesses do autor da Carta Política: *We, the people*.

## 6. DEFESA TÉCNICA E DEFESA PESSOAL

Esses elementos históricos muito nos auxiliarão na avaliação do conteúdo ético dos direitos do acusado.

Se o devido processo legal é, como se acaba de ver, um remédio contra a prepotência, não faz sentido que o juiz seja alguém arbitrário, alguém voltado para o problema da criminalidade ou da segurança pública.

Cuidando do direito do réu a uma defesa digna do nome, Vittorio Denti nos recordava que esse direito é também uma garantia da sociedade. “Sotto un secondo aspetto, la difesa costituisce non già un diritto, ma una garanzia, come esigenza di un corretto svolgimento del processo, per uno interesse pubblico generale che trascende l’interesse dell’imputato (o della parte) ed è soddisfatto soltanto se il contraddittorio è effettivo, se l’uguaglianza delle armi è reale. Si tratta qui di assicurare un *due process of law*, o di realizzare un *fair trial*, il che può richiedere (ed, anzi, nella maggior parte dei casi, richiede) la presenza in giudizio del difensore”.<sup>35</sup>

Esse *due process*, entre nós, registrava a doutrina desde antes de sua contemplação em nossa Magna Carta<sup>36</sup>, é de índole constitui-

onal: “Três são os princípios fundamentais que dimanam da vigente Constituição Federal, no tocante à Justiça Penal: a) o princípio da tutela jurisdicional; b) o princípio do devido processo legal; c) o princípio do juiz natural”.<sup>37</sup> Daí as decorrências necessárias: “O sistema acusatório, a bilateralidade do contraditório, a tutela imediata do direito de liberdade através do Habeas Corpus são decorrências daqueles postulados estruturais para mais realçar e garantir a força imperativa com que são consagrados através das normas constitucionais”.<sup>38</sup>

Sobre o devido processo legal e sua relevância discorreu longamente Ada Pellegrini Grinover, que esclarece: “No due process of law, o elemento a que se subordina toda a legalidade do procedimento é a possibilidade da parte de defender-se, de sustentar suas próprias razões, de ter his day in Court, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. A preocupação principal do juiz americano é assegurar a todos um efetivo contraditório, e em cada espécie concreta à Corte cabe verificar que a oportunidade de defesa tenha sido realmente plena, não permitindo a supressão ou a limitação das provas”.<sup>39</sup>

Nunca será demais repetir o que está na Declaração Universal dos Direitos do Homem, quando adverte que “é essencial que os direitos do homem sejam protegidos por um regime de direito, a fim de que ele não se veja constrangido a lançar mão do recurso extremo da revolta contra a tirania e a opressão”- partam elas, evidentemente, de onde partirem.

Donde o contido no art. 11 daquela Declaração: “Toda pessoa acusada de prática de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpa venha a ser apurada no curso do processo público, durante o qual se lhe assegurem todas as garantias necessárias à defesa”.

É a chamada “presunção de inocência”, que outros autores preferem chamar de um mero “estado de inocência”.<sup>40</sup>

O compromisso do juiz criminal, portanto, é o de assegurar ao réu, até o limite do possível, esse estado, com a necessária incumbência da sociedade, representada pelo Ministério Público, de desfazer essa presunção, que, é óbvio, é uma *presumptio hominis* puramente.

## **7. O DUE PROCESS OF LAW EM NOSSA JURISPRUDÊNCIA<sup>41</sup>**

Já tivemos ensejo de discutir isso quando do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, focando a relação entre interrogatório judicial do réu e as garantias previstas no art. 153, parágs. 15 e 16 da Constituição Federal<sup>42</sup>. Em face da tese apresentada, concluiu o VI Encontro, à unanimidade, que: a) “é indispensável a presença do defensor, constituído ou dativo, ao interrogatório do réu”; b) “o ato citatório conterà a advertência ao citado para, querendo, fazer-se acompanhar de advogado”.<sup>43</sup>

A relação entre Constituição e processo penal, que, basicamente, diz com o *due process of law* (parece que alguns aplicadores se esquecem de que a Constituição Federal é também lei, com entrada em vigor após o Código do Processo e com carga impositiva maior), tem sido objeto de inúmeros julgados de nossos Tribunais, ainda que de forma algo fragmentária, com avanços e recuos, como, aliás, se dá no campo das idéias, que o sedimentam dialeticamente.

Sem pretender esgotar o tema, reproduziremos, sem comentar, algumas ementas de julgados que aludem a momentos críticos do processo penal, onde se nota aquela preocupação com as garantias constitucionais do réu, haja ou não menção explícita a isso.

Seria interessante fazer um confronto entre essas afirmações e tantas outras que nossos tribunais, já depois da entrada em vigor da nova Carta Magna, passaram a adotar.

· **Direito à defesa prévia**

“O direito dativo tem o dever de apresentar defesa prévia, sob pena de não obediência ao princípio da amplitude da defesa, segundo entendimento do STF”- diz-nos Damásio de Jesus.<sup>44</sup>

· **Direito de presença**

“O não comparecimento do réu preso à audiência de testemunhas de acusação decisivamente influentes no julgamento e apenas com assistência de defensor *ad hoc* constitui cerceamento de defesa. Nulidade em virtude de manifesto prejuízo.”<sup>45</sup>

· **Momento-síntese do contraditório**

“A falta de razões finais, por não haver o juiz designado defensor que as oferecesse, ante a omissão do constituído pelo réu, acarreta a anulação do processo, nos termos do artigo. 153, parág. 15 da CF.”<sup>46</sup>

· **Princípio da vinculação temática**

“O princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem a obser-

vância do disposto no art. 384 da lei penal adjetiva, significa ofensa àquele princípio e acarreta a nulidade da sentença.<sup>747</sup>

#### **Ônus de provar a acusação**

“Se uma condenação pudesse ter por suporte probatório apenas o interrogatório policial do acusado, ficaria o Ministério Público, no limiar da própria ação penal, exonerado de comprovar a imputação, dando por provado o que pretendia provar, e a instrução judicial se transformaria numa atividade inconseqüente e inútil.”<sup>748</sup>

#### **Direito à defesa técnica**

“O réu não é capaz de saber dos efeitos resultantes do ato de sua intimação, por não ser para tanto tecnicamente capaz. O ato intimatório que ele deixa escoar *in albis* reflete, seriamente, no seu *status libertatis*, porque, se não apela, vai ter de cumprir a pena imposta. Assim, é imperativo que o seu defensor também seja intimado para aferir da conveniência ou não de recorrer da sentença condenatória. Nesse sentido é a farta jurisprudência do STF citada no parecer da douta Procuradoria-Geral da República.”<sup>749</sup>

#### **Dever de recorrer**

“O defensor dativo deve interpor todos os recursos ordinários cabíveis e, não o fazendo, configura-se o constrangimento ilegal.”<sup>750</sup>

#### **Dever de arrazoar o recurso**

“A literalidade do disposto no art. 601 do CPP, que permitiria uma prescindibilidade de razões de defesa, para o conhecimento do seu apelo no juízo do 2º grau, conflita com o princípio constitucional vigente de assegurar o mais amplo exercício do direito de defesa.”<sup>751</sup>

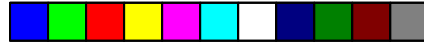
#### **Direito ao juízo de retratação**

“A norma do artigo (art. 589 do CPP), garantia de defesa, deve ser cumprida, sustentando o juiz, ou reformando, o despacho oposto ao recurso em sentido estrito. A falta de manifestação, nesse sentido, importa nulidade a partir do despacho.”<sup>752</sup>

#### **Dever de embargar**

“Não interpostos (embargos infringentes), a condenação não transita em julgado, devendo ser nomeado defensor dativo para esse fim, restituindo-se o prazo respectivo.”<sup>753</sup>

Concluamos, então, o trabalho observando, esperançosamente: “não são, certamente, expressões de uma jurisprudência pacífica. Entretanto, são prenúncios de uma reflexão que se inicia e que, por certo, tenderá a evoluir e avolumarem-se julgados a favor da pessoa humana do acusado”<sup>754</sup>.



## 8. O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO CRIMINAL

Fiquemos com um tema específico, que é o direito previsto no inciso LXIII do artº 5º da nossa Magna Carta<sup>55</sup>, que manifestamente minus dixit quam voluit, por isso que nada justifica que se aplicasse o princípio apenas aos presos. Qual a origem desse princípio no sistema norte-americano, de onde, inquestionavelmente, o herdamos?

Sua origem é o antiqüíssimo preceito ético segundo o qual nemo tenetur se ipsum accusare, preceito que passou para o common law, e em relação ao qual Ralph Rossum, reportando-se à lição de Leonard Levy, autor de um celebrado *Origins of the Fifth Amendment*, reproduz a seguinte observação: “there was no need to protect the accused at his trial, for under commn law he was not permitted to give testimony, whather for or against himself”.<sup>56</sup> Note-se o significativo verbo protect empregado no texto.

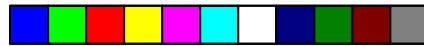
Ou seja, não haveria necessidade de consagrar-se um tal preceito visto que, em face da ética que sempre regeu o Direito Comum, não se pensaria jamais em colher o depoimento de alguém em um processo criminal movido contra ele.

Registra Rossum que tal contemplação expressa somente se tornou necessária em decorrência da abolição do antigo preceito do direito canônico inglês, o julgamento ex-officio. Leonard Levy assegura que o direito de alguém não ser compelido a auto-acusar-se está inextricavelmente interligado aos direitos de liberdade política, de liberdade religiosa e do processo criminal.<sup>57</sup>

Stephen J. Schullhoffer relata os comemorativos das chamadas Miranda warnings, contemplação jurisprudencial dos desdobramentos do princípio do direito ao silêncio e do descabimento ético da auto-incriminação, em relação a cuja adoção muitos dos comentários eram no sentido de que “the Court was vilified for handcuffing the police and for favoring the criminal forces over the peace forces in this couuntry”.<sup>58</sup> Os juízes estão algemando a polícia em benefício dos criminosos, eis a crítica.

É essa uma crítica que, certamente, não se ouve apenas naquele país. Sabe-se que os direitos humanos têm sido alvo de um sem-número de congressos e tratados internacionais, até porque a doutrina vem-se debruçando sobre o conteúdo deles há tantos lustros, notadamente após o advento da Declaração da ONU de 1948.





Vista inicialmente como um atributo de índole eminentemente pessoal (o direito de cada pessoa), passou ela, em um segundo momento, a ser encarada como uma relação de deveres do Estado, sendo, pois, seu conteúdo caracterizado como o direito de *todas* as pessoas.

Hoje, pode-se dizer, com Norberto Bobbio, que o problema fundamental em relação aos direitos fundamentais do ser humano não é mais, como o foi no passado, o de encontrarem-se argumentos para justificar sua realidade, mas o de buscar meios para protegê-los, pois tal assunto já adquiriu o *status* de verdade sabida e inquestionável<sup>59</sup>. É, assim, uma questão de cunho eminentemente político e não mais apenas de cunho jurídico, anota o Juiz Cintra Júnior no trabalho acima mencionado.

Não se trata, pois, de definir quais direitos são esses já que qualquer um de nós, por mais ignorante que seja, tem o conhecimento daquilo que está e daquilo que não está na conformidade com os propósitos de uma vida humana vivida em solidariedade e com respeito mútuo. Não é preciso ser juiz para saber o que seja respeito à dignidade humana e o que seja o desrespeito a ela. Se até os asnos empacam diante de um desfileiro, para preservar a própria existência, se os animais irracionais instintivamente selecionam o alimento que vão comer (quando podem fazê-lo!), a ninguém de senso apenas mediano ocorrerá que manter pessoas morando debaixo de pontes, ou crianças esmolando nas ruas, ou pessoas sendo presas para mera averiguação, ou tirar a vida de criminosos, ou considerar suspeito alguém tão só pelo fato de não ter profissão regular sejam coisas dignas de uma sociedade sadia e de pessoas comprometidas com sua própria elevação moral e espiritual.

Curiosamente, somente as autoridades constituídas - aí incluídos muitos membros do Poder Judiciário - parecem desconhecer isso, como já tivemos oportunidade de destacar há alguns anos, ao escrever sobre a finalidade do processo penal (e, portanto, do Juiz Criminal), que não se destina a instrumentalizar o Estado para que este possa punir os acusados. O Estado, como detentor do poder, não precisa de formas nem fórmulas para condenar nem para executar.

Daí o fato inegável de que se os Estados democráticos entenderem necessário editar normas que rejam a conduta dos agentes do Estado (um dos quais o Juiz!) é exatamente para limitar aquele poder, a fim de que haja alguma diferença entre o ocupante de um cargo público e um coronelão boçal que atua com o *jus vitae mortisque*

sobre os seus *protegidos*, qual um monarca de outrora, representante da divindade no seio dos mortais pecadores, pois *the King can do no wrong*<sup>60</sup>.

Para termos uma idéia da quase aversão que nossas autoridades dedicam a tal tema, façamos um confronto: a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, sendo assinada pelo Brasil nessa mesma data. Já o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela ONU em 1966 somente foi ratificado pelo nosso país em 1992<sup>61</sup>. A Convenção sobre Tortura e Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, embora datada de 1984, somente em 1989 foi ratificada, sendo que até 1996 nossos legisladores ainda não se haviam ocupado em definir exatamente o que fosse, sob o ponto de vista jurídico, a tortura. O Brasil também assinou convenções sobre eliminação de discriminação racial (1965), ratificada somente em 1968, e especificamente em relação à discriminação da mulher (datada de 1979, ratificada com reservas em 1984, reservas essas retiradas em 1994), o que não impede que muitas mulheres negras e mulatas ainda continuem a ser humilhadas em edifícios de apartamento, quando se dispõem a utilizar-se do elevador não destinado a carga e cães.

O mais claro exemplo desse descaso, porém, se refere à Convenção Americana de Direitos Humanos. Foi ela aprovada, em San José da Costa Rica (daí ser conhecida por "Pacto de San José") no ano de 1969. Somente em 1992, mais de 20 anos depois, o Brasil se dispôs a ratificá-la, ainda assim com reservas, até porque nosso governo ainda se apegava a um conceito superado de soberania, que, na prática, principalmente no que diz com o comércio internacional, simplesmente inexistia.

Antônio Augusto Cançado Trindade, insigne internacionalista brasileiro, ora ocupando cargo de Juiz na Corte Interamericana de Direitos Humanos, relata as dificuldades enormes que encontrou, quando consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, ao tentar convencer o Governo Brasileiro a tornar efetivas as garantias concernentes aos direitos humanos entre nós, seja em face do silêncio e da indiferença de alguns dos nossos juristas, seja pela posição contrária assumida por "expoentes do autoritarismo, que hoje se posicionam como democratas convertidos"<sup>62</sup>.

O fenômeno não é privativo de nosso país, ao contrário do que pode parecer dessas observações. Em lúcido estudo sobre a expressão *We the People*, a que vimos de nos referir, Paula Rhodes, profes-

sora na Howard University School of Law, faz interessantes observações sobre o alcance da expressão ao longo do tempo. Alude ela, inicialmente, a um discurso da deputada negra Barbara Jordan sobre aludida expressão, na qual a oradora se considera não incluída inicialmente, e à ampliação do conteúdo daquela expressão por força de emendas, interpretações doutrinárias e decisões judiciais<sup>63</sup>.

Anota Rhodes: "Barbara Jordan was not included in We The People because she is Black and Blacks were not only excluded but were deemed to be only three fifths human and that only for purposes of establishing the representation rights of white men".

Note-se que essa consideração de que os negros não seriam totalmente seres humanos foi afirmada até mesmo em decisão judicial<sup>64</sup>.

Também estava excluída porque os Founding Fathers estavam inspirados pelo machismo então vigorante, que fez ninguém menos do que Thomas Jefferson afirmar que as mulheres fariam melhor em substituir pretensões políticas por atividades mais leves, como decoração do lar e "amusements of life...(i.e.) dancing, drawing and music".<sup>65</sup>

Além de mulheres e negros, também os nativos estiveram excluídos do We The People. Não bastasse isso, também estavam excluídos aqueles que não tinham propriedade, o que correspondia a cerca de 2/3 dos brancos. "Thus, the vast majority of people were not included in We the People in 1787", conclui a autora.

Prosseguindo em sua tese, salienta ela (seu artigo foi escrito em 1987, às vésperas do bicentenário do Bill of Rights, que ocorreria em 1991) a necessidade de lutar-se pela emenda da Constituição americana para ali incluir expressamente o direito de todos a bens da vida como educação, trabalho, saúde, um padrão de vida decente, constituição de família, proteção às crianças e direito à cultura, pois nenhum desses direitos está garantido na Carta americana ("none of the aforementioned economic, social or cultural rights is guaranteed by the Constitution while property and contract rights are protected"). Tal exclusão entremostra-se mais inacreditável em uma sociedade onde se valoriza - diz ela - mais as pessoas do que a propriedade ou o lucro ("Yet all of these rights are necessary in a society which values people more than property rights or profits").

Há que caminhar, jamais contentando-se com as metas já atingidas.

Lá como cá, não basta continuarmos a nos referir ao direito que todos nós temos de levar uma vida em nível material, educacional,

moral e espiritual satisfatórios, pelo fato de vivermos em uma sociedade democrática, que, aliás, nos cobra em taxas e impostos para permitir que nela vivamos. Ou aludirmos especificamente aos direitos da criança, aos direitos da mulher, aos direitos do preso, aos direitos humanos, enfim. É tempo de exigirmos que sejam incrementadas as garantias necessárias a que esses direitos sejam efetivados por aqueles que, assumindo os cargos que assumiram (e, em consequência, os encargos a eles inerentes), juraram tornar concretas essas garantias.

Desnecessário enfatizar, portanto, diante de tudo isso, o relevantíssimo papel social que tem o Juiz Criminal nisso tudo, como agente garantístico do fair trial, a que todo réu tem direito, pena de violar-se a due process clause, e, em consequência, a Constituição Federal.

<sup>1</sup> Se a palavra "arte" nos deu o substantivo "artista" e o adjetivo "artístico" e se a palavra "propaganda" nos deu o substantivo "propagandista" e o adjetivo "propagandístico", em face da palavra "garantia" poderíamos ter o substantivo "garantista" (igual a "garantidor") e o adjetivo "garantístico". Como ambos são neologismos, o uso e o tempo dirão qual das formas será dicionarizada.

<sup>2</sup> Edgard Magalhães Noronha, "Curso de Direito Processual Penal", Ed. Saraiva, 1964, pág. 5

<sup>3</sup> Júlio Fabrini Mirabete, "Processo Penal", Ed. Atlas, 1991, pág. 30

<sup>4</sup> id., ib.

<sup>5</sup> cf. Arturo Santoro, "Manuale di Diritto Processuale Penale", Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954, pág. 3

<sup>6</sup> Franco Cordero, "Procedura Penale", Ed. Giuffrè, 1971, pág. 13

<sup>7</sup> Alfredo De Marsico, "Lezioni di Diritto Processuale Penale", apud Edgard Magalhães Noronha, ob. cit., pág. 5

<sup>8</sup> cf. Lucius Polk McGehee, "Due Process of Law under the Federal Constitution", editado em 1906 por Edward Thompson Company e reeditado em 1980 por Fred R. Rothman & Co, Littleton, Colorado, pág. 15

<sup>9</sup> cf. McGehee, ob. cit., pág. 9

<sup>10</sup> McGehee, ob. cit., pág. 73

<sup>11</sup> cf. "Fair Trial – Rights of the Accused in American History", Oxford University Press, 1992, pág. 4

<sup>12</sup> Bodenhamer, ob. e loc. cit.

<sup>13</sup> cf. Shaughnessy v. United States, 1953, apud Bodenhamer, ob. e loc. cit.

<sup>14</sup> apud McGehee, ob. cit., pág. 75

<sup>15</sup> apud McGehee, ob. e loc. cit.

<sup>16</sup> cf. "The Supreme Court", Congressional Quarterly, 1985

<sup>17</sup> ob. cit., pág. 212

<sup>18</sup> cf. "How Human Rights Got into the Constitution", Boston, 1952, pág. 44, citado por Bodenhamer, ob. e loc. cit.

<sup>19</sup> ob. e loc. cit.

<sup>20</sup> cf. "Liberty, Property and Privacy – Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process", The Pennsylvania State University Press, 1996, pág. X

<sup>21</sup> apud Edward Keynes, ob. cit., pág. IX

<sup>22</sup> cf. Edward Keynes, ob. cit., pág. 1

<sup>23</sup> ob. cit., pág. 5

<sup>24</sup> cf. Roberto Rosas, "Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade", in Revista dos Tribunais, vol. 783, pág. 11

<sup>25</sup> Roberto Rosas, ob. e loc. cit.

<sup>26</sup> in William Bradford, "Of Plymouth Plantation", ed. Samuel Eliot Morson, 1963, apud Bodenhamer, ob. cit., pág. 10

<sup>27</sup> "We, the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defence, promote the general welfare and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America"

<sup>28</sup> cf. "The Bill of Rights - Introduction", University Press of Virginia, 1996, págs. 1 e 3

<sup>29</sup> "No person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger, nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation"

<sup>30</sup> "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defence"

<sup>31</sup> "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted"

<sup>32</sup> "The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"

<sup>33</sup> "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people"

<sup>34</sup> "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law"

<sup>35</sup> Vittorio Denti, "La Difesa come Diritto e come Garanzia", in Il Problema dell'Autodifesa nel Processo Penale, p. 48.

<sup>36</sup> cf. Aduino Suannes, "Assistência Judiciária e Devido Processo Legal", in Revista dos Tribunais, vol. 595, pág. 302

<sup>37</sup> José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, nº 144

<sup>38</sup> Idem, ib.

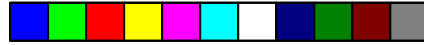
<sup>39</sup> cf. Garantia Constitucional do Direito de Ação, pág. 16.

<sup>40</sup> Weber Martins Batista, Liberdade Provisória, pág. 26

<sup>41</sup> Reproduzimos aqui parte do trabalho publicado antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, já referido anteriormente (cf. RT 595/302)

<sup>42</sup> O autor se referia naturalmente àquela de 1967, emendada em 1969

<sup>43</sup> Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada, edição do Tribunal de Alçada de



Minas Gerais, pág. 233

<sup>44</sup> Damásio Evangelista de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, nota referente ao art. 395, reportando-se a julgados insertos in RTJ 80/500 e 36/198

<sup>45</sup> STF, RTJ 95/1.070, rel. Min. Rafael Mayer

<sup>46</sup> STF, RT 492/418, rel. Min. Billac Pinto

<sup>47</sup> JTACrimSP, RT 526/396, rel. Juiz Silva Franco

<sup>48</sup> JTACrimSP, 66/454, rel. Juiz Silva Franco

<sup>49</sup> STF, RTJ 102/1.005, rel. Min. Alfredo Buzaid

<sup>50</sup> STF, RTJ, 98/63, rel. Min. Cunha Peixoto

<sup>51</sup> JTACrimSP, 69/472, rel. Min. Soares Pinto

<sup>52</sup> STF, RT 569/430, rel. Min. Alfredo Buzaid

<sup>53</sup> STF, RTJ 79/422, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, e 80/497, rel. Min. Billac Pinto

<sup>54</sup> cf. Aduino Suannes, ob. e loc. cit.s.

<sup>55</sup> “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”  
<sup>56</sup> Em português: “não havia necessidade de proteger o acusado em seu julgamento porque, sob o direito comum, não lhe era permitido depor como testemunha, nem a favor nem contra si próprio” (cf. “Bill of Rights - Self Incrimination: the Original Intent”, University Press of Virginia, 1996, pág. 276)

<sup>57</sup> apud Rossum, ob. cit., pág. 279

<sup>58</sup> cf. “Bill of Rights – Reconsidering Miranda and the Fifth Amendment”, University Press of Virginia, 1996, pág. 288

<sup>59</sup> leia-se, a propósito, o excelente estudo “O Judiciário Brasileiro em Face dos Direitos Humanos”, da autoria do Juiz Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, in “Equilíbrio Constitucional, Independencia Judicial y Derechos Humanos”, nos Anais do II Seminário Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica, 1996, editado sob os auspícios da associação “Jueces para la Democracia”, da Espanha.

<sup>60</sup> cf. Aduino Suannes, “O Juiz Criminal em uma Sociedade Democrática”, in “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo”, vol. 134, pág.s 134 e ss.

<sup>61</sup> cf. Flávia Piovesan, “Quadro da Ratificação de Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos pelo Estado do Brasil”, in ob. cit., pág. 335

<sup>62</sup> cf. entrevista in “Justiça e Democracia”, publicação oficial da Associação “Juizes para a Democracia”, vol. 1, pág.s 7 e ss.

<sup>63</sup> cf. “We The People and the Struggle for a New World: the Constitution of the United States of America and International Human Rights”, in Howard Law Journal, vol. 30, nº 4

<sup>64</sup> id., ib.

<sup>65</sup> H. Zinn, “A People’s History of the United States” (1980), apud Paula Rhodes, ob. e loc. cit.s