



REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO MARÇO 1993 • ANO 30 • Nº 117

Princípios do Processo Penal *

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor de *Direito Penal e Processual Penal* da Universidade Federal do Paraná. Membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente

1. Traduzindo as esperanças nacionais e populares dos novos tempos de liberdade e segurança, a Constituição declara em seu primeiro artigo que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, "constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: *I* — a soberania; *II* — a cidadania; *III* — a dignidade da pessoa humana; *IV* — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e *V* — o pluralismo político". E o parágrafo único complementa esta *proclamação de princípios* afirmando que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Estes dispositivos frontais da Carta Política de 1988 constituem premissas básicas de um regime político e institucional fiador das liberdades públicas, dos direitos e das garantias individuais. E caracterizam, também, a supremacia dos valores humanos diante do conflito com os interesses do Estado.

As relações entre o indivíduo e o poder e a sociedade e o governo, sofreram nas décadas de 60 e 70, os mais graves e trágicos desvios nos países da América Latina, quando os regimes autoritários, liderados pelas *forças militares* — com a *cumplicidade de pessoas e grupos civis* —

* Comunicação apresentada no Seminário Preparatório do XIV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (Assunção, 1º a 4 de julho de 1992).

sacrificaram os mais generosos princípios do processo penal. Os países da América do Sul como Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai e Chile foram objeto das mais traumatizantes violências dirigidas contra populações indefesas em toda a sua História. Os “novos conquistadores”, municiados com a ideologia da segurança nacional e armados com recursos financeiros e logísticos dos Estados Unidos da América do Norte, construíram um longo período de *eclipse do indivíduo* em favor da hegemonia do Estado. A delação anônima, o seqüestro, a prisão clandestina e a tortura constituíram *faces ocultas* da imagem terrível do poder de fato que negou liberdades, extinguiu direitos e suprimiu garantias em nome de duas colunas sobre os quais dever-se-ia erigir o novo Estado: a segurança e o desenvolvimento. Daí a *caça às bruxas* movida contra todos aqueles que, independentemente de sua condição individual ou social, política ou religiosa, atentassem contra os valores oficiais instituídos pela filosofia e pelos agentes da dominação. Os princípios fundamentais do processo penal foram sacrificados em favor de uma bandeira de justiça radical que inflava os exércitos mobilizados contra os alvos da subversão e da corrupção.

2. Passados quase trinta anos do início daquele movimento de terrorismo físico e espiritual, os povos da América do Sul estão vivendo as esperanças de uma ampla revisão em suas estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais.

Procurando contribuir para essa *revolução copérnica da liberdade*, o Parlamento brasileiro discutiu amplamente e votou uma Constituição que consagra, como objetivos fundamentais da República, os seguintes: *I* — construir uma sociedade livre, justa e solidária; *II* — garantir o desenvolvimento nacional; *III* — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; *IV* — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art. 3.º).

Tal *programa de ação nacional* deve estar em harmonia com as idéias e as iniciativas adotadas em relação à política exterior. Em consequência, a própria Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas relações internacionais, pelos seguintes princípios: *I* — independência nacional; *II* — prevalência dos direitos humanos; *III* — autodeterminação dos povos; *IV* — não-intervenção; *V* — igualdade entre os Estados; *VI* — defesa da paz; *VII* — solução pacífica dos conflitos; *VIII* — repúdio ao terrorismo e ao racismo; *IX* — cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; *X* — concessão de asilo político (art. 4.º).

Os povos latino-americanos têm sido condenados, ao longo da História, à maldição do separatismo econômico e cultural cujo fenômeno é estimulado desde o final do século XV com os movimentos de dominação marcados pela aventura dos descobrimentos.

Neste ano da graça de mil novecentos e noventa e dois, a Espanha e Portugal, de um lado, e a América, de outro, comemoram os cinco séculos das descobertas, com a primeira viagem de Cristóvão Colombo, saindo do pequeno porto de Palos, em 6 de setembro de 1492, comandando as caravelas Santa Maria, Pinta e Nina. As três primeiras terras encontradas foram as Bahamas, Cuba e Hispaníola, dentro daquele novo *panorama de progresso dos reinos de Portugal e Espanha*, evidenciado, principalmente, pelo Tratado das Tordesilhas, acerca de divisão do mundo para além da Europa.

Passados os quinhentos anos das grandes viagens que revelaram o novo continente para os europeus fascinados pelas conquistas marítimas, *não existem razões para celebrar com ufanismo as descobertas do Brasil (1500), Argentina (1515), Uruguai (1516) e Paraguai (1520)*, consideradas tais datas em função da presença dos exploradores que aqui chegaram para exercer a posse e o domínio das riquezas naturais em favor de Portugal (quanto ao primeiro) e da Espanha (quanto às demais). Nunca, desde o início das colonizações destas terras e de outras mais da América Latina, os seus povos puderam viver a salvo de graves ingerências internacionais e de suas influências culturalmente desfiguradoras. O Brasil, por exemplo, sempre foi martirizado pela ferocidade econômica de velhos e novos conquistadores, desde quando Pero Vaz de Caminha escreveu para os reis de Portugal, narrando as virtudes da terra descoberta. *"Há lá muitas palmeiras, de que colhemos muitos e bons palmitos (...). Até agora não pudemos saber se há ouro ou prata nela, ou outra coisa de metal, ou ferro; nem lha vimos. Contudo, a terra em si é de muitos bons ares frescos e temperados"*.

Existe hoje entre os países da América Latina uma herança negativa comum, transmitida pelas administrações que se sucedem ao longo de muitos anos, como fruto da pirataria internacional e que, após cinco séculos de atividade marítima derrubando caravelas e saqueando seus depósitos, hoje se manifesta nos centros de operações econômicas da Europa e dos Estados Unidos da América do Norte. Este espólio é representado pela *impagável dívida externa*, pela brutal recessão econômica e pelas trágicas consequências do desemprego, da marginalização e da miséria. Se ao tempo das descobertas eram os indígenas os alvos da violência e do esbulho de bens materiais e valores espirituais, hoje são as imensas legiões de menores carentes e de maiores abandonados as grandes vítimas desse terrível e doloroso processo.

Procurando reagir contra o fenômeno da desunião que tanto compromete o desenvolvimento dos países do cone-sul, a Constituição de 1988 declara que a República Federativa do Brasil *"buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações"*. (Parágrafo único do art. 4.º.)

Um dos movimentos concretos nesta direção é caracterizado pelo *Mercado Comum do Cone Sul* (MERCOSUL) reunindo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai a fim de viabilizar projetos de interesse comum e construir uma grande ponte para conduzir estes países rumo ao desenvolvimento de suas imensas potencialidades e à realização do sonho anti-colonialista de José Martí, o grande poeta e estadista cubano (1853—1895), mais de uma vez exilado pela perseguição política e que, residindo nos EUA foi cônsul, em Nova Iorque. E justamente da Argentina, Paraguai e Uruguai.

3. Os princípios gerais do processo penal assumem nos dias presentes e muito especialmente na América Latina uma importância relevantíssima não apenas sob a ótica dos direitos e das garantias individuais, mas principalmente sob a perspectiva abrangente das exigências do próprio Estado Democrático de Direito e das instâncias formais e materiais que se devem integrar para a prevenção e a repressão da criminalidade como objetivos para a melhor qualidade de vida social.

Conforme a doutrina,¹ os princípios gerais do processo penal são identificados através da seguinte classificação: a) *Princípios relativos à promoção processual*: I — princípio da oficialidade; II — princípio da legalidade; III — princípio da acusação; b) *Princípios relativos ao prosseguimento processual*: I — princípio da investigação; II — princípio da contraditoriedade; III — princípio da audiência; IV — princípio da suficiência; V — princípio da concentração; c) *Princípios relativos à prova*: I — princípio da investigação ou da “verdade material”; II — princípio da livre apreciação da prova; III — princípio do “in dubio pro reo”; d) *Princípios relativos à forma*: I — princípio da publicidade; II — princípio da oralidade; e III — princípio da imediação.

Em antológico texto, João Mendes acentuou que “o *processo criminal* tem seus princípios, suas regras, suas leis; princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quasi mecanicamente a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solemne compromisso de que ninguém será sentenciado sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada. As leis do processo são o complemento necessario das leis constitucionaes; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionaes. Si o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma occasião constante de des-

1 Entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra Editora, 1979, pp. 115 e segs.

confianças e surpresas. É essa a razão pela qual, si os legisladores puderam, em algumas épocas, deixaram as penas ao arbitrio dos juizes, nunca deixaram ao mesmo arbitrio as formalidades de suas decisões²”.

Sobre o mesmo tema é oportuna a advertência de Giuseppe Montalbano quando escreveu sobre a reforma processual italiana de 1955, que restaurou existência das nulidades absolutas. Disse ele que “a convalidação geral de todas as nulidades, segundo o sistema do Código Rocco (que suprimira as nulidades absolutas hoje restauradas) nada mais traduz que a convalidação geral de todo o arbitrio e de todos os erros. Ora, não é certamente através dos erros e do arbitrio que se procede racionalmente à descoberta da verdade sobre o crime e sobre o réu. Ao reverso, há insanável contradição entre processo errado e descoberta da verdade. Não se pode descobrir a verdade através do erro³”.

4. *O princípio da oficialidade se caracteriza pelo caráter público das iniciativas de reação legal deflagradas contra o delito.* O Direito Penal protege os bens jurídicos fundamentais do Homem e da comunidade, enquanto o respectivo processo penal consitui um assunto de interesse coletivo e justamente atua em função de tal perspectiva. Resulta daí a necessidade de intervenção do Estado mesmo contra a vontade individual sempre que o delito ofender um interesse geral.

O sistema positivo brasileiro consagra o caráter público da ação penal (CP, art. 100 e CPP, art. 24) cuja iniciativa se defere aos particulares em duas únicas hipóteses: a) quando se tratar de crime contra bens jurídicos disponíveis (honra, costumes, por exemplo); b) quando embora tratando-se de crime que ofende bens indisponíveis, o Ministério Público não intenta a ação dentro do prazo legal (Constituição, art. 5.º, LIX e CPP, art. 29).

A chamada *ação privada subsidiária*, que funciona como exceção à regra geral da iniciativa pública, demonstra, portanto, a escolha da própria Constituição, em favor do princípio da oficialidade.

Existem outras normas que revelam o caráter publicístico do processo penal. A primeira delas se contém no art. 144 da carta Política de 1988, *verbis*: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I — polícia federal; II — polícia rodoviária federal; III — polícia ferroviária federal; IV — polícias civis; V — polícias militares e corpos de bombei-

2 O processo criminal brasileiro, Rio de Janeiro, 1920, Typografia Baptista de Souza, 2ª ed., vol. I, pp. 8 e 9.

3 “Il diritto di libertà del cittadino e il processo penale”, em *Rivista di diritto processuale penale*, 1957, p. 297, cit. por José Frederico Marques, *Estudos de direito processual penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 258.

ros militares". E o Código de Processo Penal dispõe que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais, no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 4.º). Sempre que houver um crime de ação pública, a autoridade policial e seus agentes têm o dever jurídico de agir *ex officio*, salvo quando o procedimento dependa de representação ou requisição do ofendido (CPP arts. 5.º e 6.º).

Outra regra da Constituição no sentido de afirmar o princípio da oficialidade é a constante do art. 129, I, que declara, entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção *privativa* da ação penal pública.

O sistema constitucional-processual brasileiro adota o caráter oficial do impulso na luta contra as infrações penais sem perder de vista os casos de legitimação dos particulares para o exercício direto da ação penal, como já se viu acima, ou para formular a *notitia criminis*. Esta última faculdade é deferida a qualquer pessoa do povo que pode comunicar a existência de infração penal de que caiba ação pública. Verificada a procedência das informações, a autoridade policial mandará instaurar inquérito (art. 5.º, § 3.º). Relativamente aos delitos de ação privada, a autoridade somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la (CPP, art. 5.º, § 5.º).

É importante ressaltar que a oficialidade não significa o monopólio estatal na luta contra o delito. Com efeito, além das *instâncias formais* (lei, Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, instituições e estabelecimentos penais) devem operar também as *instâncias materiais* (família, escola, associações, sindicatos) na conjugação de esforços em favor da segurança individual e coletiva.

Dentro de tal perspectiva, a Constituição previu a criação dos *Juizados Especiais*, que podem ser integrados por juízes togados ou por juízes togados e leigos (jurados) para conhecer e julgar as infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I). Trata-se de uma proposta visando democratizar as instâncias de reação, ao lado de outras como a formação dos Conselhos Comunitários de Segurança para apoiar, com equipamentos e recursos financeiros, as ações policiais.

Também os meios de comunicação podem desempenhar um importante papel neste processo por meio da publicidade de determinados atos da investigação policial ou instrução judicial, além de cobrar o empenho das autoridades e seus agentes na prevenção e repressão aos ilícitos penais. É imperioso, no entanto, salientar que a liberdade de informação deve respeitar os direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade, vida privada, cf. a Constituição, art. 220, § 1.º) e a presunção de inocência (Constituição, art. 5.º, LVII).

O princípio da oficialidade, portanto, se viabiliza num complexo de possibilidades democráticas, para efetivar o preceito da Constituição, segundo o qual a segurança pública além de um *dever do Estado*, é, também, "*direito e responsabilidade de todos*" (art. 144).

5. O princípio da legalidade existe em vários ramos do ordenamento jurídico. No panorama histórico ele aparece como uma das garantias individuais contra os excessos no lançamento de taxas e tributos, como se verifica pela *Magna Charta Libertatum* (1215, n.º 12). E a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26-8-1789), proclama: "Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas" (art. 7.º, primeira parte).

Na Constituição brasileira, o princípio é exigido para a validade dos atos da administração pública (art. 37); para exigir ou aumentar tributo (art. 150, I); para criminalizar condutas e impor penas (art. 5.º, XXXIX) e para a privação da liberdade ou dos bens (art. 5.º, LIV).

Assim, o princípio da legalidade, identificado como a exigência de uma lei reguladora anterior ao fato praticado, se movimenta nos campos de Direito Administrativo, Tributário, Penal e Processual. Por outro lado, o princípio de legalidade da ação penal implica no dever imposto ao Ministério Público de requisitar elementos de informação e promover a ação penal sempre que houver elementos factuais e jurídicos a autorizar o procedimento acusatório. Essa modalidade de conduta funcional é obrigatória em oposição ao princípio da oportunidade segundo o qual o Ministério Público poderá deixar de promover a *persecutio criminis* em determinadas situações, como nos casos dos chamados *delitos de bagatela*.

O princípio da legalidade do processo tem outra conotação e outras implicações. Refere-se ele à exigência da forma pré-estabelecida em lei para a validade dos atos e termos do processo. A sua consagração formal é estabelecida na Carta Política de 1988, conforme o art. 5.º, LIV, já referido: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O recente Código de Processo Penal português dispõe no art. 2.º: "(Legalidade do processo). A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código".

Comentando o referido texto, Maia Gonçalves salienta: "Enquanto com o princípio da legalidade da ação penal se visava estabelecer o dever de acusação em relação a qualquer infração criminal, com a conseqüente rejeição do princípio da oportunidade, com o princípio da legalidade do processo, agora consagrado e posto em destaque entestando o Código, pretende-se significar que todo o processo, incluindo portanto o inquérito, que é uma fase de natureza processual, está submetido às normas do Código.

O *princípio da legalidade do processo*, agora consagrado, implica um dever, não só para os agentes incumbidos da sua aplicação e das normas de processo penal de natureza extravagante, os quais não poderão praticar actos processuais fora do previsto no Código, como igualmente para o legislador, no sentido de se absterem de criar formas processuais *ad hoc*, extrínsecas à estrutura do Código e pelas quais se possam aplicar penas ou medidas de segurança criminais”⁴.

O *princípio da legalidade do processo penal* é, em nosso sistema jurídico, uma imposição da lei fundamental. E se assim não fosse, poderia ser aplicado por analogia no caso concreto, transportando-se-a do modelo português para o Código de Processo Penal brasileiro como admite o art. 3.º deste diploma.

Um corolário lógico do princípio ora em exame é o *princípio do juiz natural*, ou seja, aquele órgão jurisdicional instituído por lei e com a competência estabelecida ao tempo em que foi praticado o fato. A respeito, dispõe a Constituição que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, e, por via de consequência, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5.º, LIII e XXXVII, respectivamente).

Tais declarações constituem a reafirmação do, postulado da jurisdicionalização da pena: *nulla poena sine iudicio*. Como consequência, determinam a *garantia* “de que a pena só possa ser infligida ao autor da infração penal pelo órgão jurisdicional tido como competente, para o respectivo processo e julgamento, por lei vigorante à época da prática criminosa ou contravencional”⁵.

Existe um *tríplice significado* do princípio, como anota Figueiredo Dias: *a*) em função da *fonte* (só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência); *b*) em referência ao *tempo* (previsão do juiz e da respectiva competência já ao tempo em que foi praticado o fato criminoso que será objeto do processo; e *c*)⁶ em atenção a uma *ordem taxativa de competência* (com exclusão de qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente, com proibição das jurisdições de exceção⁶).

A desobediência aos dispositivos constitucionais e legais acerca da forma dos atos e termos processuais acarreta a sua nulidade conforme as previsões do art. 564 do Código de Processo Penal.

Ao fundo dos preceitos já referidos está o *princípio geral* assim enunciado pelo art. 5.º, II da Carta Política: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁴ Código de Processo Penal Anotado, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 51. Grifos do original.

⁵ ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 30.

⁶ Ob. cit., pp. 322, 323.

6. Pode-se afirmar que, em sua essência, o *princípio da acusação* se deduz, no sistema positivo brasileiro, do *princípio de isonomia* que pressupõe a igualdade de todos perante a lei (art. 5.º, *caput*).

Com efeito, é através da concessão de iguais oportunidades às partes que o processo pode se converter num instrumento eficaz para a apuração da verdade material.

Desde antigas fontes, o *princípio da acusação* aparece como etapa de evolução do processo penal de um tipo *inquisitório* para um tipo *acusatório*, bem como a consideração material que esteve na base da evolução: a *imparcialidade* e a *objetividade* que, ao lado da *independência*, são condições indispensáveis para uma autêntica *decisão judicial*. E tal somente ocorrerá quando o órgão julgador não tiver o encargo de dirigir a investigação preliminar e deduzir a acusação, mas cuide, apenas de "*investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado* (em regra o MP ou um juiz de instrução). É precisamente com este conteúdo que modernamente se afirma o *princípio da acusação*"⁷. Daí porque a conclusão no sentido de que "a acusação define e fixa, perante o tribunal, o *objecto do processo*" (...) "Deve pois firmar-se que *objecto do processo penal* é o *objecto da acusação*, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os *poderes de cognição do tribunal*"⁸.

Segundo o art. 123, I da Constituição brasileira, somente o Ministério Público tem legitimidade para promover a ação penal pública. Esta norma revigorou o art. 3.º, II, da Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e os arts. 100, *caput* do Código Penal e 24 do Processo Penal, que deferem ao Ministério Público a atribuição para intentar a ação penal pública. Em conseqüência, devem ser tidos como revogados os dispositivos que permitiam o início da ação penal mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz (CPP, art. 53! e LCP — Decreto-Lei n.º 3.688, de 3-10-41, art. 17).

A Constituição não dispõe expressamente, assim como fez a Carta Política de Portugal, que o processo penal tem "estrutura acusatória" (artigo 32.º, 5). No entanto, esta orientação se deduz dos princípios gerais adotados no contexto de suas normas, admitindo-se que o *princípio da acusação* foi recepcionado pela nossa lei fundamental, conforme a *cláusula salvatória* inscrita no art. 5.º, § 2.º, *in verbis*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

7 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 136, 137.

8 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 144, 145.

Como é sabido, existem dois modelos estruturais do processo penal que ao longo dos anos têm procurado se afirmar segundo os estilos de regimes políticos e institucionais: o *sistema inquisitório* e o *sistema acusatório*. O primeiro acompanha as organizações teocráticas e despóticas, tendo se caracterizado como expressão de terror dos Estados absolutistas e dos tribunais do Santo Ofício. O segundo se caracteriza como um *processo de partes* e remonta aos mais distantes marcos da Antiguidade. É praticado atualmente na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América do Norte. Este tipo de estrutura permite que o acusado se defenda desde o início do processo. Já o *sistema misto* revela um caminho eclético e foi utilizado em organizações imperiais e romanas e também nos primórdios do século XVIII em algumas regiões da Alemanha, para surgir depois no Código de Processo Penal francês de 1808.

A Constituição brasileira adota o *sistema acusatório* em suas linhas essenciais, mas não de forma absoluta. Com efeito, garante-se a autonomia e independência dos órgãos judiciais que se limitam a decidir a pretensão deduzida por um acusador distinto, embora exista a liberdade e o dever judicial de investigação para se buscar a verdade material. O juiz, portanto, não se conserva em posição de neutralidade diante do confronto das partes, assim como árbitro ou testemunha de um duelo.

Também a *publicidade* dos julgamentos e a *motivação* das decisões judiciais são asseguradas de modo geral (art. 93, IX), bem como o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5.º, LV). Porém, tais garantias não existem no inquérito policial que geralmente serve de base para a denúncia.

7. Relativamente ao prosseguimento (ou prossecução) do processo, aparece em primeiro plano o *princípio da investigação*. Sua posição sistemática também é considerada dentro do universo dos princípios relativos à prova.

O *princípio da investigação* constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. Ele também poderia chamar-se de *instrutório* ou *investigatório*, mas tais designações se permitiriam a equívocos na suposição de que o princípio somente valeria para a fase de instrução da causa ou que identificasse um modelo de feição autoritária. A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes.

A investigação constitui um fenômeno relativo ao *impulso* do procedimento e também à *descoberta dos fatos*. Daí a designação paralela de *princípio da verdade material*. A propósito, a lição de Figueiredo Dias: "Por isso se diz que no processo penal está em causa, não a 'verdade formal', mas a 'verdade material', que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou

'ontológica', há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer preço mas processualmente válida*"⁹.

A procura da verdade material constitui um *poder-dever* do Estado, pois a *justiça* é um dos objetivos fundamentais da República no plano de desenvolvimento da sociedade que deve, ainda, ser livre e solidária (Constituição, art. 3.º, I). Além da busca de justiça, também a *segurança* é um valor e um bem jurídico que compõe o repertório dos direitos e das garantias individuais (Constituição, art. 5.º, *caput*).

O Código de Processo Penal contém disposições específicas ao princípio da investigação (ou da verdade material), no sentido de produzir ou reproduzir a prova como se poderá verificar pelos arts. 156, 196, 502 e seu parágrafo único. Reza o primeiro dispositivo que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; "mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de *ofício*, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". O segundo estabelece que o juiz poderá proceder a novo interrogatório do réu a "todo tempo" e o último preceito declara que o juiz poderá colher novo interrogatório bem como inquirir testemunhas e o ofendido se não houver presidido tais atos na instrução criminal.

Uma das bases constitucionais do princípio da investigação (ou da verdade material) se encontra na exigência da *fundamentação* das decisões dos órgãos do Poder Judiciário (art. 93, IX). Com efeito, a prática do ato de motivar a sentença (CPP art. 381, III), por exemplo, obriga o juiz a buscar os elementos de fato e de direito com os quais irá documentar a natureza e o sentido de sua *livre convicção*.

8. Um dos mais generosos princípios fundamentais do processo penal é o da *contrariedade* ou da *contradição*. O seu âmbito de ação vai além dos limites do processo penal, a fim de garantir os litigantes em qualquer outro tipo de lide, judicial ou administrativa (Constituição, art. 5.º, LV). A natureza *contraditória* da instrução criminal constitui uma reivindicação de justiça com base na isonomia entre as partes e desde os tempos antigos procura se afirmar através das fórmulas latinas *audiatur el altera pars* e *nemo potest inauditum damnari*.

A instrução criminal no sistema brasileiro se desenvolve sob a garantia do princípio da *contradição*, com regras que estabelecem um *equilíbrio de armas* entre a acusação e defesa, quanto à liberdade para produzir e contestar a prova (indicação e ouvida de testemunhas, realização de perícias e juntada de documentos), bem como a garantia em favor de uma parte de responder às alegações da outra (CPP arts. 395 e s.; 499 e 500 e CPC arts. 326, 327, 372, 397 e 398, c/c o art. 3.º do CPP). Tanto a doutrina como a jurisprudência se orientam no sentido de que a segurança do

⁹ Ob. cit., pp. 193, 194. Grifos e aspas do original.

contraditório abrange a instrução *lato sensu*, "incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes"¹⁰.

9. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (10-12-48), declara que toda pessoa tem direito em condições de plena igualdade, "a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal" (art. 10). A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (4-11-50), estabelece em favor de toda pessoa detida ou presa em consequência de uma infração penal, o direito de ser levada "imediatamente perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais", e de ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade durante o processo (art. 5.º, § 3). Assim também o faz, nos mesmos termos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (16-12-66) (art. 9, § 3.º, primeira parte).

A Carta Política de 1988 consagra o princípio de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito (art. 5.º, XXXV).

O *direito de audiência*, que pode ser exercido diretamente ou através de representante legal, é uma das garantias fundamentais do indivíduo e um dos princípios básicos do processo penal, iluminado pelas vertentes do Estado Democrático de Direito.

No processo penal brasileiro, o princípio é afirmado em suas duas modalidades. Haverá a presença direta do acusado perante a autoridade policial ou judiciária, quando estiver preso ou comparecer espontaneamente, procedendo-se ao interrogatório cuja realização, em tais circunstâncias, é obrigatória sob pena de nulidade (CPP arts. 6.º, V; 185 e 564, III, e, segunda parte). E ocorrerá o exercício indireto do *direito de audiência* quando o acusado comparecer perante a autoridade através de petição de seu defensor.

No plano constitucional, são expressamente garantidos: a) O direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5.º, XXXIV, a); b) o direito do acusado falar perante a autoridade responsável pela sua prisão (art. 5.º, LXIII).

A jurisprudência tem reconhecido expressamente a garantia da *defesa pessoal* do imputado durante a realização da instrução criminal, ao lado da *defesa técnica*, exercida pelo seu advogado. Em consequência, os tribunais têm anulado o processo quando o réu não é intimado para assistir o depoimento das testemunhas.

10 JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo penal*. Editora Atlas S/A, São Paulo, 1991, p. 44.

Em nosso entendimento, o *direito de ser ouvido* também integra o repertório dos direitos subjetivos da vítima. A base de tal conclusão se extrai da norma constitucional proibindo a existência de lei que exclua da apreciação do Poder Judiciário o conhecimento de lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV) e da regra obrigatória da audição do ofendido, sempre que possível (CPP arts. 6.º, IV e 201). Afinal, o sistema não pode condenar a vítima sobrevivente e capaz ao silêncio e ao esquecimento, assim como conta a poesia de Cecília Meirelles através de seu *Romanceiro da Inconfidência*: "Nunca o escrivão escreve / o que a vítima diz. / Não tem lei nem justiça / quem nasceu infeliz".

10. Ao lado do contraditório, a Carta Política institui a garantia da *ampla defesa*, "com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5.º LV, última parte). Trata-se de um autêntico *princípio geral* que milita ao lado de tantos outros com o objetivo de possibilitar aos litigantes, em qualquer tipo de processo judicial ou administrativo, o exercício generoso da defesa sem as limitações de um processo de tipo inquisitório.

A defesa *ampla* ou *plena* tem sido assegurada pela tradição das Cartas Políticas brasileiras, desde a Primeira República até os dias correntes, com exceção do período em que vigorou a chamada *Constituição polaca*, outorgada mediante o *golpe de Estado* de 10 de novembro de 1937, que aludia apenas às "necessárias garantias de defesa" (art. 122, § 11, última parte). Assim, ora se referindo à *plena* ora à *ampla* defesa, o princípio em análise já constava das seguintes leis fundamentais: de 24 de fevereiro de 1891 (art. 72, § 16); de 16 de junho de 1934 (art. 113, § 24); de 18 de setembro de 1946 (art. 141, § 25); de 24 de janeiro de 1967 (art. 150, § 15) e de 17 de outubro de 1969 (art. 153, § 15).

Em seus *Comentários às Constituições de 1967 e de 1969*, Pontes de Miranda salienta que "a defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há *acusado*; portanto, a defesa em processo *penal*, ou em processo *fiscal-penal* ou *administrativo*, ou *policial*. O princípio nada tem com o início do processo civil, onde há réus sem direito à defesa, antes da condenação"¹¹. Certamente para evitar essa interpretação restrita deu-se ao texto vigente uma redação mais alargada visando abarcar todo o "processo *judicial*" onde haja "acusados em geral".

O limite constitucional e legal do princípio da ampla defesa no que concerne aos *meios*, se caracteriza pela *vedação das provas ilícitas*. Declara a Carta Política que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5.º, LVI). O Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.002, de 21-10-69) permite a produção de qualquer espécie de prova, "desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares" (art. 285).

11 *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1, de 1969*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, tomo V, p. 235. Grifos do original.

E o Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11-1-73) alude a “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos” como hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa (art. 332). Tais disposições são aplicáveis por analogia ao sistema do processo penal, conforme admite o art. 3.º do respectivo Estatuto.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, *et alii*: “. . . diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegítimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícitamente obtida”. E, ainda mais: “A prova ilícita (ou obtida por meio ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada. A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo. Mas a vedação pode ser estabelecida quer pela lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal); pode, ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais”¹².

Quanto aos *recursos* no interesse da defesa, o sistema processual os prevê na forma ordinária, especial e extraordinária. São *ordinários*: os embargos declaratórios, o recurso em sentido estrito, a apelação, os embargos infringentes, o protesto por novo júri e a carta testemunhável (CPP arts. 382, 619 e 620; 581 a 592; 593 a 603; 609, parágrafo único; 607 e 608 e 639 a 646), interpostos para o próprio juiz ou tribunal (em se tratando de declaratórios) e para o tribunal de segundo grau de jurisdição, como o Tribunal de Alçada, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal, conforme o caso. Também como ordinário a Constituição admite o recurso para o Supremo Tribunal Federal em matéria de crime político (art. 102, II, *b*). É *especial* o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça (Constituição, art. 105, III e Lei n.º 8.038, de 28-5-90, artigo 26 e *s.*). É *extraordinário* o recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 102, III e Lei n.º 8.038/90, art. 26 e *s.*).

O *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* (Constituição, art. 5.º, LXVIII, LXIX e LXXII) e a revisão criminal (CPP arts. 621 a 631), pela sua natureza jurídica, não são considerados tecnicamente como *recursos*, porém como *ações*. Os dois primeiros remédios são também reconhecidos como “institutos de direito processual constitucional”¹³. O *habeas data* é o “asseguramento de acesso às informações pessoais do impetrante, constantes de registros em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, com o fim de retificação”¹⁴. E a revisão dos processos

12 ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1992, p. 108.

13 ROGERIO LAURIA TUCCI *et alii*, *ob. cit.*, pp. 128 e 134.

14 CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva, São Paulo, 1989, vol. 2º, p. 363.

findos, embora incluída no Código de Processo Penal entre os recursos (Livro II, Tít. II, Cap. VII), é ação penal de natureza constitutiva¹⁵.

Os limites para o conhecimento dos recursos em geral são estabelecidos através dos pressupostos de cabimento, como a tempestividade e a legitimidade, ou de prosseguimento, como a submissão à prisão, o preparo etc.

11. O princípio da suficiência se deduz das regras dos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal que regulam as chamadas *questões prejudiciais*.

Estabelece o primeiro artigo que se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo da inquirição das testemunhas e da realização de outras provas de natureza urgente. O dispositivo seguinte prevê como *facultativa* a paralisação do processo quando o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juiz cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la.

O princípio da suficiência da ação penal tem um fundamento manifesto, que é o de arrear obstáculos ao exercício do *ius puniendi* que, direta ou indiretamente, possam entrar ou paralisar a ação penal¹⁶. Esta é a interpretação que se colhe o art. 7.º, primeiro parágrafo, do Código de Processo Penal português: "O processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa".

A adoção do princípio da suficiência em nível constitucional se desprende do regime e dos princípios gerais consagrados na Carta Política os quais não excluem outros direitos e garantias (art. 5.º, § 2.º).

12. A reunião dos termos e atos processuais no mesmo contexto de espaço e tempo é uma das exigências essenciais de eficácia do processo penal. Esta necessidade constitui requisito para se alcançar a verdade material que é sacrificada quando uma parte do processo se forma perante um juiz ou tribunal que não irá julgar a causa ou quando a distância no tempo entre um e outro ato da instrução compromete o conhecimento e a interpretação dos fatos. O princípio da concentração, surge, portanto, da necessidade de um prosseguimento, tanto quanto possível, unitário e continuado dos termos e atos processuais. Como pondera Figueiredo Dias¹⁷, o princípio ganha o seu maior e autônomo relevo no que toca a audiência de discussão e

15 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1965, vol. IV, p. 12; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, ed. Saraiva, São Paulo, 1987, vol. 4º, p. 468.

16 Cf. MALA GONÇALVES, ob. cit., p. 59.

17 Ob. cit., p. 184.

juízo, ligando-se aí aos *princípios da forma*, enquanto corolário dos princípios da oralidade e da imediação.

Pode-se falar numa *concentração especial* que induz à existência de um *princípio de localização*, exigindo que a audiência se desenvolva inteiramente num mesmo local para a colheita da prova e realização dos debates (sala das audiências) e uma *concentração temporal*, no sentido de que, uma vez iniciada a audiência possa ela fluir até o seu final.

O Código de Processo Penal dispõe que as audiências, as sessões e os atos processuais se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais; que os prazos serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado e que os julgamentos iniciados em dia útil não se interromperão pela superveniência de feriado ou domingo (arts. 792, 798 e 797, respectivamente).

13. Nos termos da Constituição, o Poder Judiciário é independente dos demais poderes do Estado e os juízes gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (arts. 2.º e 95). Sob outra perspectiva, entre os deveres dos magistrados constam os de cumprir e fazer cumprir, com *independência*, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício, conforme determina o art. 35, I da Lei Complementar n.º 35, de 14-3-79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Da conjugação de tais garantias e deveres resulta o *princípio da livre apreciação da prova*, também chamado de *princípio da prova livre*, o qual obteve expressa consagração no art. 157 do Código de Processo Penal: "O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova".

Consiste basicamente o princípio na liberdade conferida pelo sistema ao magistrado para avaliar a prova e extrair as conclusões que irão estruturar a sua decisão. Tal liberdade pressupõe a inexistência de parâmetros que caracterizassem o sistema oposto ou seja, o das *provas tarifárias* ou da *certeza legal*. Conforme a Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal, "não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma *hierarquia* de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência" (item VII).

Relativamente à confissão, o art. 197 do Código estabelece que o seu valor será aferido "pelos critérios adotados para os outros elementos de prova" e que para a sua apreciação "o juiz deverá confrontá-la com as

demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

Tal liberdade para o conhecimento, a interpretação e a utilização da prova não dispensa, porém, o magistrado de *motivar* a sua decisão. Esta exigência de fundo constitucional (art. 93, IX) é um dos requisitos da sentença penal (CPP art. 381, III).

Aparentemente a regra do art. 158 combinado com o art. 564, III, b, do Código de Processo Penal constituiria um embaraço ao livre trânsito do princípio ora tratado. Dispõe a primeira norma que quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. E o segundo dispositivo declara a nulidade do processo por falta do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvada a hipótese em que eles tenham desaparecido quando, então, a prova testemunhal poderá compensar-lhe a falta.

Na verdade, porém, o que o sistema exige, sob pena de nulidade do processo, é a *realização do exame de corpo de delito*, ou seja, o levantamento do “conjunto de elementos sensíveis do factø criminoso”, na clássica definição de João Mendes¹⁸. Um dos fundamentos para tal exigência se deve à preocupação de evitar o *erro judiciário* diante de precedentes gravíssimos na crônica do foro¹⁹.

14. A dúvida jamais pode autorizar uma sentença condenatória. Esta é a firme orientação da jurisprudência alimentada por antigas fontes identificadas com o natural desconhecimento do ser humano frente ao universo dos fatos humanos e naturais.

Negando que a dúvida pudesse reduzir-se à “equivalência dos raciocínios contrários”, Aristóteles identificou-lhe as faces distintas: a) Como estado subjetivo de *incerteza*; b) Como situação objetiva de *indeterminação*.

Em página memorável, o magistrado Souza Neto adverte, com elevação, que não se pode condenar em estado de dúvida: “Não há um princípio de filosofia, um dogma de moral, um cânone de religião, um postulado de bom senso, uma regra jurídica, que autorize um pronunciamento condenatório na dúvida (...) A justiça só vive da prova. Só o arbtrio se alimenta do

18 Ob. cit., vol. II, p. 7.

19 Assim como ocorreu no célebre caso dos irmãos Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa, na cidade de Araguari, acusados de terem assassinado no ano de 1937 o desaparecido Benedito Pereira Caetano. Obtida a confissão dos réus e provas circunstanciais, foram eles condenados à pena de 25 anos e 6 meses de prisão pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais, em decisão de 4 de julho de 1939. Muitos anos depois (24-7-1952) o “morto” reapareceu e a condenação foi anulada condenando-se o Estado a pagar uma indenização em face dos prejuízos sofridos pelos réus (em JOÃO ALAMY FILHO, *O maior erro judiciário no direito brasileiro*. Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 2ª ed. 1965).

monstro da presunção. A dúvida é a certeza dos loucos. Estes são julgados, não julgam”²⁰.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o princípio *in dubio pro reo* tem a sua sede legislativa no inciso VI do art. 386, do Código de Processo Penal, devendo o juiz absolver o réu quando “não existir prova suficiente para a condenação”²¹. O princípio, porém, é aplicável em relação a outras hipóteses do referido artigo, ou sejam: “I — estar provada a inexistência do fato”; “II — não haver prova da existência do fato”; “IV — não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” e “V — existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena”. Prevalece em tais situações a regra de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (Cód. de Proc. Penal, art. 156, primeira parte). Compete à acusação demonstrar a existência do fato típico, ilícito e culpável. A dúvida, portanto, em relação à existência ou não de determinado *fato* deve ser resolvida em favor do imputado. Sempre que se caracterizar uma situação de *prova dúbia*, aplica-se o princípio.

Interessante questão decorre da possibilidade de se aplicar a generosa fórmula quando a questão seja de *direito*. O art. 386, III do Código declara que o juiz absolverá o réu se “não constituir o fato infração penal”. Assim a dúvida acerca da criminalidade ou não da conduta típica pode resultar da interpretação da regra jurídica. A propósito do tema, autorizada doutrina entende que no caso de “irredutível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo*” (...) “Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*”²².

15. A *presunção de inocência* constitui outro princípio incidente no campo da prova e com antiga consagração formal: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789, inciso XIII); Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948, art. 11, n.º 1); Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6.º, n.º 2); Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (Nova Iorque, 1966, art. 14, n.º 2) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Costa Rica, 1970, art. 8.º, n.º 2).

20 *A mentira e o delinqüente*, cit. em *A tragédia e a lei*, Rio de Janeiro, 1959, p. 5.

21 Assim, por exemplo, MIRABETE, ob. cit., p. 436 e os precedentes ali indicados.

22 NELSON HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo I, p. 86. Grifos do original.

A Constituição brasileira de 1988, inspirando-se principalmente nos modelos italianos (1947, art. 27, segunda parte); português (1976, art. 32, n.º 2) e espanhol (1978, art. 24, n.º 2), recepcionou o princípio mediante a seguinte fórmula: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII).

A *presunção de inocência* não se pode opor às medidas cautelares de prisão (em flagrante, temporária, preventiva, em decorrência de pronúncia ou da sentença condenatória recorrível), das medidas assecuratórias, dos incidentes de falsidade e de insanidade, além da busca e apreensão e outros procedimentos para a colheita da prova: interrogatório, confissão, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, exibição e juntada de documentos. Todos esses atos e os respectivos termos pressupõem a existência de *fundadas razões* quanto à ilicitude do fato e à culpabilidade de seu autor ou partícipe e também um paradoxo relativamente a uma *presunção de inocência* que Manzini apodou de “*strana assurdità escogitata in Francia*”. E dirige a cáustica objeção: “*Se si presume l’innocenza dell’imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contra di lui*”²³?

Já tivemos oportunidade de afirmar que “a melhor direção consiste em fazer da *presunção de inocência* um verdadeiro princípio de fundo constitucional e que, por isso mesmo, transcende o quadro das presunções como assunto ordinariamente processual”²⁴.

Como consequência, o princípio deve ser admitido para se garantir ao acusado o exercício dos direitos humanos, civis e políticos enquanto não forem direta e expressamente afetados pela sentença penal condenatória, transitada em julgado ou pelas decisões cautelares. Diante de tal raciocínio, tem-se como revogado o inc. II do art. 393 do Código de Processo Penal que declara, como efeito da sentença condenatória *recorrível*, ser o nome do réu lançado no rol dos culpados²⁵.

É importante ressaltar que o princípio ganha maior eficácia ao se considerar como ilegítima qualquer presunção de culpabilidade, seja de dolo

23 VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, UTET, Turim, 1967, vol. I, p. 226.

24 RENE ARJEL DOTTI, “Identificação criminal e presunção de inocência”, em *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, nº 19/20, de 1975, p. 56.

25 Este é também o entendimento de MIRABETE, *ob. cit.*, p. 43, indo, porém, mais adiante ao admitir como revogado também o § 1º do art. 408 que sujeita à prisão o réu pronunciado. Em nossa opinião, tal prisão provisória não foi eliminada pelo art. 5º, LVII, da Constituição.

ou de culpa *stricto sensu*, e também quando se assegura ao réu o direito de ver a sua causa instruída e julgada dentro de um prazo razoável²⁶. E é neste preciso sentido que dispõe a Constituição de Portugal: "Todo o argüido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa"(art. 32, n.º 2).

16. Entre os *princípios relativos à forma*, desponta como mais significativo, o *princípio da publicidade*.

Dispõe a Constituição que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (art. 93, IX). Trata-se da consagração formal, no capítulo inerente ao Poder Judiciário, do princípio da publicidade como aspecto essencial à validade dos atos judiciais quanto à sua forma e um desdobramento natural do caráter comunitário que deve ter o processo penal nos regimes democráticos. Relativamente às audiências, sessões e atos processuais, a publicidade já havia sido declarada pelo Código de Processo Penal, ressalvadas as hipóteses da prática da justiça a *portas fechadas* visando prevenir escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792, e § 1.º).

O princípio vem reafirmado constitucionalmente no capítulo dos direitos individuais e coletivos, com a expressiva redação: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (art. 5.º, LX).

Como se verifica, a publicidade é a *regra* das audiências, sessões e atos processuais, enquanto o segredo deve constituir a *exceção* em casos expressamente estabelecidos.

Discorrendo sobre a garantia da publicidade dos atos processuais, Rogério Lúria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci salientam que a mesma não se traduz na exigência da efetiva presença do público ou dos meios de comunicação aos atos em que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais que uma simples "potencialidade abstrata" (como quando, por exemplo, não se tem conhecimento da data, horário e local da realização de determinado ato: a publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico)²⁷.

Parece-nos que a compreensão jurídica do vocábulo *publicidade*, para os efeitos da Constituição e do processo, não poderá ser *restritiva* e, sim, *extensiva*.

26 FIGUEIREDO DIAS, "La protection des droits de l'homme dans la procedure penale", em *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º 3 de 1978, p. 267.

27 Ob. cit., p. 72.

O Código de Processo Penal português consagra o princípio da publicidade nos seguintes termos: "Art. 86 (*Publicidade do processo e segredo de justiça*) 1. O processo penal é, sob pena de nulidade, público a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não pode ser requerida, vigorando até qualquer desses momentos o segredo de justiça. 2. A publicidade do processo implica, nos termos definidos pela lei e, em especial, pelos artigos seguintes, os direitos de: a) assistência, pelo público em geral, à realização dos actos processuais; b) narração dos actos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social; c) consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele. 3. O segredo de justiça vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes, e implica as proibições de: a) assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir; b) divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação. 4. Pode, todavia, a autoridade judiciária que preside a fase processual respectiva dar ou ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, se tal se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade. 5. As pessoas referidas no número anterior ficam, em todo o caso, vinculadas pelo segredo de justiça. 6. A autoridade judiciária pode autorizar a passagem de certidão em que seja dado conhecimento do conteúdo do acto ou do documento em segredo de justiça na medida estritamente necessária à dedução em separado do pedido de indenização civil".

Ao comentar o texto, Maia Gonçalves salienta que o Código inverteu a posição tradicional em matéria de segredo de justiça, pois formulou como regra e sob cominação de nulidade a publicidade do processo a partir da decisão instrutória. E observa que o Código "procura estabelecer um equilíbrio de posições numa matéria em que à necessidade de se acautelar, mediante o sigilo, o sucesso das investigações, sucede, tantas vezes sem solução de continuidade, a exigência imperativa da publicidade como meio de garantir a verificação pelos circunstantes da fidedignidade dos actos a que assistem"²⁸.

Na abordagem dos variados ângulos do tema, é necessário — mais uma vez e sempre — ter-se em linha de reflexão as conexões entre Constituição e processo penal. Na expressiva imagem de H. Henkel, o direito processual penal é o verdadeiro *direito constitucional aplicado* e numa dupla dimensão, na abordagem de Figueiredo Dias: "naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta

28 Ob. cit., p. 160.

regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada juridico-constitucionalmente”²⁹.

17. A *oralidade* exprime o modo originário da forma pela qual se realizam determinados atos processuais: *oralmente*, para que se distingam de outros que são praticados originariamente através da *escrita*.

Na técnica processual o sistema da oralidade consiste na soma de atos praticados *boca a boca* e que se converte em termo escrito no interesse do registro e da documentação de atos e termos. Constitui, portanto, a “prevalência da palavra falada, e não a exclusão da escrita”³⁰.

Os elementos que caracterizam a oralidade são: *a)* a identidade da pessoa do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento; *b)* a concentração, isto é, que em uma ou mais audiências, porém umas próximas das outras, se consiga a reunião da prova; *c)* a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando-se a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos que devolvam ao tribunal o julgamento da decisão impugnada³¹.

Corolários lógicos do princípio da oralidade são os tipos de processo sumário e sumaríssimo. O primeiro foi instituído no Código de Processo Civil, para conhecer e julgar as contravenções penais e os crimes aos quais não for cominada a pena de reclusão (arts. 531 a 540). E o segundo é previsto pelo Código de Processo Civil (arts. 275 a 281). Os depoimentos das partes e das testemunhas são reduzidos a termo, constando apenas o essencial. Finda a instrução as partes devem produzir alegações dentro do tempo de 10 (dez) minutos e o juiz profere a sentença na audiência ou no prazo de cinco dias (arts. 279 e 280). No procedimento sumaríssimo, diz o Código — que nesta parte também não está sendo cumprido — que todos os atos, desde a propositura da ação até a sentença, deverão realizar-se dentro de 90 (noventa) dias (art. 281).

O Projeto de Código de Processo Penal (1983)³² prevê as formas do procedimento comum e do procedimento especial. O *procedimento comum* é ordinário, sumário ou sumaríssimo. O procedimento é *ordinário*, quando tiver por objeto a apuração de crime punido com reclusão; o procedimento é *sumário*, quando ao crime for cominada pena de detenção (salvo as hipóteses previstas no sumaríssimo); o procedimento é *sumaríssimo*, quando se tratar de crime punido com detenção até um ano, de lesão corporal cul-

29 Ob. cit., p. 74.

30 Cf. ELIÉZER ROSA, “Oralidade”, em *Dicionário de processo civil*, Rio de Janeiro, 1957, p. 278.

31 CHIOVENDA, em *Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil Brasileiro*, julho de 1972, item nº 13.

32 Projeto de Lei nº 1.655-B, de 1983, publicado na forma de Substitutivo, no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, supl. de 19-10-1984.

posa, de homicídio culposo e de contravenção (arts. 206 e 207; 209 a 373; 535 a 540 e 541 a 545). Entre os procedimentos especiais estão os referentes aos crimes contra a propriedade imaterial, falimentares e julgados pelo Tribunal do Júri (arts. 546 a 506 e s.).

A Constituição, no interesse de melhor efetivar o *direito de acesso à justiça*, prevê a criação tanto pela União como pelos Estados, dos *Juizados Especiais*, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e de "infrações penais de menor potencial ofensivo, *mediante os procedimentos oral e sumaríssimo*, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas e juizes de primeiro grau" (art. 98, I). E na Câmara dos Deputados tramita o Projeto de Lei n.º 91, de 1990 (n.º 1.480/89, na Casa de origem), que dispõe sobre os aludidos juizados. Nos termos do art. 61, consideram-se *infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais* e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei estabelece procedimento especial (art. 61). As características essenciais do processo perante o Juizado Especial são: a oralidade, a informalidade, a economia e a celeridade e objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

O *Juizado Especial* não se confunde com o *Juizado Especial de Pequenas Causas*, como experiência adotada há alguns anos em vários Estados e que tem competência para o processo e julgamento, segundo opção do autor, das causas cíveis de reduzido valor econômico, nos termos da Lei Federal n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984. Tais órgãos da justiça ordinária foram consagrados pela Constituição de 1988 ao atribuir competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para legislar a respeito de sua criação, funcionamento e processo (art. 24, X). Estas cortes informais de justiça são presididas por um magistrado de carreira e as audiências são conduzidas por árbitros desvinculados funcionalmente do Poder Judiciário.

Além da instituição dos Juizados Especiais, a Carta Política deferiu também aos mencionados entes a competência para legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

As previsões constitucionais e legais no quadro alternativo das instâncias judiciárias, caracterizam o empenho para tornar a prestação jurisdicional uma *possibilidade de acesso* e não mais o *tormento da marginalização* a que têm sido condenadas grandes legiões de seres humano, com "sede e fome de justiça".

18. Ligado indissolavelmente ao princípio da oralidade encontra-se o *princípio da imediação*, que se pode definir como a "relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes do processo, de modo tal

que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base de sua decisão”³³

Todos os movimentos atuais no sentido de viabilizar uma justiça mais rápida e eficaz têm como um dos pontos de partida e um dos termos de chegada, o compromisso com a generosa idéia da imediatidade na colheita da prova. Para tanto, um dos rumos necessários é a adoção, no processo penal, da regra da *identidade física do juiz* (CPC art. 132).

Em coerência com os princípios da oralidade e da imediação encontram-se as formas do *giudizio diretissimo* e do *giudizio immediato*, consagradas no moderno Código de Processo Penal italiano (arts. 449 a 452 e 453 a 458). Ambos constituem modalidades dos procedimentos especiais. O primeiro se caracteriza pela apresentação, por parte do Ministério Público ao juiz competente, do preso em flagrante ou em decorrência de outra medida cautelar ou, quando em liberdade, tiver confessado a autoria do ilícito penal. A prisão deve ser conválida, e o réu citado para se defender, dentro do prazo de 48 horas. O Ministério Público pode, ainda, proceder ao juízo diretissimo quando a prisão em flagrante já foi confirmada. Em tal hipótese, o imputado é apresentado para a audiência marcada dentro do prazo de 15 dias contados da prisão. No caso de confissão de acusado em liberdade, será ele citado para uma audiência dentro do mesmo prazo. O rito ordinário é estabelecido quando houver conexão com crime sujeito a esta forma processual, admitida a separação dos processos se não houver grave prejuízo para as investigações. Conforme autorizada a avaliação³⁴, o *juízo immediato* — analogamente ao *juízo diretissimo* — é a expressão ulterior da acentuação de características acusatória do novo processo penal, indicada pela inexistência de audiência preliminar. A investigação é mais alargada e a mesma solução ocorre quando houver conexão com infração penal cujo processo e julgamento deva se submeter ao rito ordinário: a separação ou a prevalência deste.

É elementar, no entanto, que a introdução nos sistemas processuais latino-americanos de procedimentos mais ágeis visando desburocratizar as instâncias de reação ao delito, não se poderá efetivar sem a obediência aos princípios essenciais de validade do processo penal como instrumento para a apuração de uma verdade material compatível com as garantias e os direitos fundamentais do seu humano.

19. A superação de fórmulas barrocas de natureza tormentosa para as partes, as testemunhas, o magistrado e outros participantes da relação processual como as testemunhas e os peritos, é um dos primeiros passos para dignificar o processo em sua estrutura e no seu funcionamento. Afinal e ao cabo de tudo é preciso que o processo penal “seja construído como um aperfeiçoado instrumento de garantia e de justiça, para o indi-

33 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 232.

34 CARLOS EDUARDO ATHAYDE BUONO e ANTONIO TOMÁS BENTIVOGLIO, *A reforma processual penal italiana*, ed. RT, São Paulo, 1991, pp. 92 e 97.

víduo e para a sociedade, sem jamais perder de vista as razões do homem. A exigência, isto é, de que o processo penal seja exatamente um instrumento ético, feito para o homem"³⁵.

Em tal contexto de preocupações se coloca o assunto dos *movimentos de reforma do procedimento penal e a proteção dos direitos do homem*, como o tema n.º 3 para o XIV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, a se realizar no Rio de Janeiro, em 1994. A introdução apresentada por Klaus Tiedemann parte da premissa de que a aplicação concreta das normas penais gera uma inevitável tensão entre as finalidades de atuação da justiça e os direitos do homem a ela submetidos. Conforme sua exposição: "... os interesses da sociedade e do indivíduo entram, com o processo penal, num conflito que não poderia ser mais agudo em nenhum outro âmbito do Direito". E uma das conclusões do renomado mestre, com base na observação em diferentes Repúblicas latino-americanas e nas drásticas mudanças ocorridas no leste europeu, é a de que o processo penal não pode se desenvolver "a qualquer preço", mas deverá salvaguardar o respeito aos direitos fundamentais do acusado a fim de garantir uma justiça adequada.

Nas indicações do questionário proposto pelo relatório do Professor Tiedemann, estão os seguintes pontos: a) origens e influências históricas predominantes na realização prática do sistema; b) estado atual da legislação processual penal; c) reformas introduzidas e projetos; d) sujeitos processuais; e) operacionalidade no plano das garantias³⁶.

20. Na polimorfia das vertentes políticas, econômicas, sociais e culturais que compõe o cenário e os *movimentos de reforma* em nosso país, modelam-se o conteúdo e as formas de um *devenir* que guardamos seja harmônico com a grandeza de seu território, o relevo da nação e a generosidade de seu povo. A significação das leis penais em tal contexto de *esperança* é um aspecto marcante da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição que deve interpretar a vontade popular e definir os interesses do Estado e que, além de instrumento jurídico de garantias, deveres e direitos, se caracterize também como um poderoso veículo de integração entre os cidadãos e a sociedade frente às múltiplas instâncias de poder.

Nos países em desenvolvimento como o Brasil, os fenômenos da violência e da criminalidade, bem como outras manifestações ofensivas a valores ou bens de importância essencial para o homem e a comunidade, assumem, freqüentemente, a conformation de pânico quando os habitantes dos centros urbanos tocados pela *neurose das megalópoles* sofrem as conseqüências de um difuso e contínuo sentimento de insegurança que

35 ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, ed. Saraiva, São Paulo, 1976, p. 68.

36 Cf. Documento de Trabalho distribuído pelo grupo argentino da Associação Internacional de Direito Penal, com vista ao Seminário preparatório de Assunção (19/4-7-1992).

passa a compor o repertório cotidiano das inquietações. Em tal perspectiva, o crime, principalmente em suas expressões mais graves, deixa de ser um acontecimento distante e emoldurado — assim como um recorte da realidade — para se constituir em episódio de alarmante rotina

Porém, não será através do terror imposto pelos regimes penais afrontantes da condição humana e do processo de cultura e da civilização, que poderemos resgatar o medo e caminhar rumo ao norte da segurança individual e coletiva. No lugar do *discurso político do crime*, caracterizado pela exploração dos temas da delinquência e da vitimidade e que tantos dividendos gera na estratégia do panfleto e no usufruto do poder, uma outra atividade, paciente e fecunda, deve ser estimulada. Ela é também crítica do sistema mas se inspira no entendimento de que a ciência e a experiência não se desligam da aventura do Homem, feito de realidade e ficção, de natureza e valor.

No quadro do processo penal se desvendam e se confinam as lutas e os vários tipos de interesse, bem como o prestígio ou o fracasso dos sistemas penais. Nos dias correntes advoga-se com *fervor religioso* a mudança de regras de procedimento ainda conservadas com *zelo arqueológico* por instâncias formais de controle da criminalidade, porém incapazes de acompanhar a realidade social, científica e tecnológica que pressiona e dirige as categorias responsáveis pelo controle informal da criminalidade: família, escola, associações, sindicatos etc.

Na antevisão de um novo milênio, o ritualismo do procedimento penal não se poderá conservar como uma corrente de atos de martírio que aprisiona o corpo e o espírito das partes e das testemunhas, do magistrado e demais protagonistas da causa penal. É indispensável que o processo assente em coordenadas fundamentais indicadas na lição de Bettiol (*L'avvenire del processo penale*). E a primeira delas "*riguarda il consolidamento dell'idea democratica nella vita politica*"³⁷

Sob outra perspectiva, porém vinculada ao mesmo tema, vale ainda considerar que o sistema do processo penal deve se libertar *das amarras* que lhe têm sido postas, ao longo de sua História, por muitas teorias e por variadas práticas, características da relação processual civil. Sobre tais *influências opressoras*, afirma-se correntemente e com muita dose de razão, que ao processo civil cabe uma natureza *privatística* e ao processo penal, pelo contrário, uma natureza e uma estrutura *publicística*³⁸. Abordando o mesmo assunto, Julio Maier salienta que toda a teoria da ação trasladada do Direito Processual Civil é absolutamente falha para solucionar problemas no processo penal, além de não responder ao claro delineamento histórico-político deste último³⁹

37 *Instituzioni di diritto e procedura penale*, ed. CEDAM, Pádua, 1966, p. 229.

38 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 57.

39 "Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal", em *Doctrina Penal*, nº 2, de 1978, p. 305.