

*Não existe um **direito natural**: essa expressão não passa de uma tolice antiga bem digna do promotor que me acusou naquele dia e cujo antepassado foi enriquecido por um confisco de Luís XIV. Só há um **direito** quando há uma lei que proíba de fazer alguma coisa, sob pena de punição. Antes da lei, só eram **naturais** a força do leão ou a necessidade da criatura que tem fome, que tem frio, numa palavra, a **necessidade**... Não, as pessoas honradas não passam de velhacos que tiveram a sorte de não serem apanhados em flagrante delito.*
STENDHAL

Garantias Constitucionais de Direito Processual Penal

- BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pp. 11-26 e 73-95.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 70-107.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006, pp. 7-13.
- FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. **Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: RT, 2001, pp. 200-212.

Processo Penal Constitucional

A aplicação das normas de processo penal, como de resto de todas as demais espécies de disposições legais, encontra fundamento último na regra constitucional, sendo insubsistente toda e qualquer inteligência que contrarie seus ditames. Dessarte, importa considerar o sentido que a doutrina e a

¹ O presente texto, de minha autoria, encerra os tópicos examinados na disciplina **Direito Processual Penal III**. Cuida-se de um resumo da matéria vista em sala de aula, observada a ordem de exposição. Trata-se de ponto de partida para os estudos a cargo de cada um dos alunos. A frequência às aulas - quando então se discutirão, além das questões examinadas neste trabalho, outros temas - e a consulta à bibliografia indicada são imprescindíveis ao bom aproveitamento na disciplina.

jurisprudência conferem aos postulados constitucionais, de sorte a extrair toda a força normativa assente na Carta Política.

A Constituição Federal de 1988 - até fevereiro de 2015, emendada 84 (oitenta e quatro) vezes, além das 06 (seis) Emendas Constitucionais de Revisão² – contém inúmeras regras que afetam o processo penal.³ O exame atento dos princípios e das garantias constitucionais de processo justifica-se, por isso que (a) em nosso ordenamento jurídico a Lei Fundamental é hierarquicamente superior a todos os demais atos normativos, corolário de sua rigidez, e; (b) constituem autênticas limitações ao exercício da pretensão punitiva pelo Estado.

Nesse sentido, o entendimento da lei processual penal há de render homenagens às disposições constitucionais, as quais não podem ter seu sentido e alcance limitados pela norma ordinária. Deve o intérprete extrair da norma constitucional tudo o que nela se contém, descabendo restringir sua inteligência com supedâneo na lei ordinária.

2. A concretização dos direitos e garantias individuais é tarefa a que se deve dedicar com prioridade o aplicador do direito, máxime quando está em jogo a tutela do direito de liberdade, bem jurídico objeto de especial proteção da Carta Política (art. 5º, *caput*).

2 O acesso ao texto atualizado da Constituição Federal está disponível on line em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (consulta realizada em 23 de fevereiro de 2015).

3 A aplicação dos princípios constitucionais pode se dar em situações em que mais de um deles interfere, apontando para soluções opostas. A antinomia então verificada deve se resolver pelo método da ponderação, observada a regra da proporcionalidade. Para uma melhor compreensão sobre o significado da ponderação e sua aplicação em concreto consulte: BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** *Revista de Direito Privado*, vol. 05, nº 18, abr/jun 2004.

Convém lembrar, com Norberto Bobbio⁴, que o Estado de direito “... tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal”. Segue-se daí a necessidade da crítica permanente do direito posto (i.e., das normas jurídicas), perseguindo-se não só o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, mas também sua efetiva realização (sua proteção).

Há que se distinguir a validade formal das normas jurídicas de sua validade substancial. O aplicador do direito, atento à distinção precedentemente exposta, intenta descrever a diferença observada entre o que o direito é (efetividade) e o que o direito deve ser (normatividade) no interior de um ordenamento jurídico.

3. Avulta, neste quadro, o exame das garantias, tidas como “...vínculos normativos idôneos a assegurar efetividade aos direitos subjetivos e em geral aos princípios axiológicos⁵ sancionados pelas leis. (...) mecanismos que, porquanto a sua vez normativos, são direcionadas a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos”.⁶

No âmbito do direito penal, onde intenta-se tutelar a liberdade do cidadão contra as proibições indeterminadas e as condenações arbitrárias, as garantias apontam para a estrita legalidade dos crimes e contravenções e para a verdade formal de sua investigação processual.

4 Texto extraído do prefácio à obra de FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 07.

5 Axiológico: adjetivo; **1** que constitui ou diz respeito a uma axiologia; **2** que constitui ou diz respeito a um valor. Axiologia: substantivo feminino; **1** qualquer uma das teorias formuladas a partir do século XX concernentes à questão dos valores. Fonte: **Dicionário Houaiss**, versão eletrônica, 1.0.5A, novembro de 2002.

6 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 21.

4. O sistema de direitos fundamentais constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro. Tanto se extrai da declaração que consta de seu preâmbulo⁷ e, bem assim, da estipulação, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III). Os objetivos declinados em seu art. 3º corroboram o que se vem de afirmar, ao apontar para o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se pretende (i) erradicar a pobreza e a marginalização; (ii) reduzir as desigualdades sociais, e; (iii) promover o bem de todos.

Nas palavras de Gisele Cittadino:

Pela primeira vez, na história brasileira, uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.⁸

É com base nestes pressupostos que se passará em revista, ao longo do curso, às diversas garantias constitucionais de processo e, numa segunda fase, aos institutos de execução penal.

Direito à Jurisdição

7 É este o texto do preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

8 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 13.

O direito à jurisdição (CF art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) estatui que o poder de dar a última palavra sobre o direito, em havendo litígio, é do Poder Judiciário. Seu atendimento pressupõe a organização desse Poder e seu exercício através de agentes cujas garantias permitam o livre desempenho de suas funções. Aos juízes são assegurados a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio (CF art. 95, I a III), de forma a que possam desempenhar seu ofício com independência.

Sua realização material depende da prestação de serviço público de assistência judiciária e da estipulação de custas em valores módicos. Ao constituinte não passou despercebida tal exigência, decorrendo daí o expreso reconhecimento da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (CF art. 134, *caput*).

2. A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, acrescentou ao art. 5º, o inciso LXXVIII, afirmando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Trata-se de mais uma medida tendente a conferir expressão material ao direito à jurisdição. É que pouco adianta assegurar o acesso ao Judiciário, se não se garantir a entrega da prestação jurisdicional a tempo e modo.

Dita norma constitucional (art. 5º, LXXVIII) alcança não apenas os processos judiciais, mas também os procedimentos administrativos.

Há procedimento específico no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (representação por excesso de prazo – Regimento Interno

do CNJ art. 809), voltado a dar efetividade às garantias constitucionais precedentemente citadas. Trata-se de remédio previsto com a finalidade precípua de obviar os efeitos danosos decorrentes do atraso na entrega da prestação jurisdicional. Possui natureza disciplinar, podendo ocasionar a abertura de sindicância e/ou processo administrativo disciplinar com vistas a apurar eventual prática de infração funcional por parte de magistrado, servidor do Poder Judiciário ou de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados.¹⁰

O Supremo Tribunal Federal, forte na garantia constitucional que impõe a razoável duração do processo, determinou o imediato julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça de *habeas corpus* cujos pacientes se encontravam presos. Em ambos os casos as ações estavam prontas para julgamento há alguns meses. Os precedentes possuem as seguintes ementas:

HABEAS CORPUS. WRIT IMPETRADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEMORA NO JULGAMENTO. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. NATUREZA MESMA DO HABEAS CORPUS. PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRA AÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

O *habeas corpus* é a via processual que tutela especificamente a liberdade de locomoção, bem jurídico mais fortemente protegido por uma dada ação constitucional.

O direito a razoável duração do processo, do ângulo do indivíduo, transmuta-se em tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário. Direito, esse, a que corresponde o dever estatal de julgar. No *habeas corpus*, o dever de decidir se marca por um tônus de presteza máxima.

Assiste ao Supremo Tribunal Federal determinar aos Tribunais Superiores o julgamento de mérito de *habeas corpus*, se entende irrazoável a demora no julgamento. Isso, é claro, sempre que o impetrante se desincumbir do seu dever processual de pré-constituir a prova de que se

9 O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça encontra-se disponível em <http://www.cnj.jus.br/regimento-interno-e-regulamentos> (acesso em 23 de fevereiro de 2015).

10 O Conselho Nacional de Justiça, apreciando a Representação por Excesso de Prazo (REP) nº 09, determinou ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, no prazo de 10 (dez) dias, designasse Magistrado para que respondesse pela Comarca de Iaciara-GO e procedesse, em no máximo 60 (sessenta) dias, ao julgamento de ação divisória cumulada com demarcatória ajuizada há mais de 38 (trinta e oito) anos. O acórdão foi publicado no DJU I de 02.05.2006. Trata-se do *leading case* em sede de reconhecimento de excesso de prazo na entrega da prestação jurisdicional. No mesmo sentido foi a decisão tirada na REP nº 128, quando se enfrentou a questão da morosidade no julgamento de ação de impugnação de mandato eletivo (DJU I de 17.10.2006). Na REP nº 650 foi determinada a instauração de processo administrativo disciplinar em desfavor de magistrado, sob o fundamento de ter permitido o decurso de prazo superior a 03 (três) anos entre a conclusão dos autos de ação popular e a determinação para que se realizasse a citação dos réus.

encontra padecente de ‘violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder’ (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal).

Ordem concedida para que a autoridade impetrada apresente em mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, o *writ* ali ajuizado. (grifos do original)¹¹

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM DEFERIDA.

1. A comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de *habeas corpus*.

2. Deferimento da ordem, para determinar à autoridade impetrada que apresente o *habeas corpus* em Mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).” (grifos do original)¹²

Prevaleceu na Suprema Corte o entendimento

de que o *habeas corpus*, dada a preferência legalmente estabelecida para o seu julgamento e por destinar-se à tutela do direito de liberdade, tem de ser apreciado em prazo o mais célere possível, não se justificando seja sua tramitação obstada por meses, ausente qualquer justificativa.¹³

Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural (CF art. 5º, XXXVII e LIII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) afirma a impossibilidade de serem instituídos juízos *ad hoc*, destinados a apreciar fatos anteriores à sua criação. Exige, ao

11 HC nº 91.041/PE, 1ª Turma, rel. p/o acórdão Min. Carlos Brito, maioria, DJU I de 17.08.2007.

12 HC nº 91.986/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Carmem Lúcia, maioria, DJU I de 31.10.2007.

13 O Supremo Tribunal Federal examinou novo *habeas corpus* onde se discute, forte na garantia constitucional da duração razoável do processo, a excesso de prazo na tramitação de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de réu preso, acusado de ter subtraído um isqueiro e uma barra de chocolate. (HC nº 105.016, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli – notícia deste julgamento pode ser vista em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=157395> – acesso em 23 de fevereiro de 2015). Em 26 de outubro de 2010, a 1ª Turma, por maioria de votos, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Min. Marco Aurélio. Acórdão publicado no DJe de 21.02.2011.

invés, que todo julgamento se faça pela autoridade judiciária previamente determinada pela regra de competência.

Tal disposição assegura às partes que suas pretensões serão apreciadas de forma isenta. Com efeito, de nada adiantaria afirmar a independência do Órgão Judiciário, acaso não se impedisse a escolha do julgador por qualquer um dos interessados. A regra de competência, por conseguinte, assume significativa importância, por isso que traduz a fixação prévia do órgão julgador, ente desinteressado da demanda então submetida à sua cognição. Dita norma legal, repita-se, há de ser sempre anterior ao litígio, ao fato que o produziu.¹⁴

As justiças especiais (*exempli gratia*, justiça do trabalho, eleitoral e militar) não se confundem com os denominados tribunais de exceção. Constituem, antes, especializações do Poder Judiciário impostas por razões eminentemente práticas.¹⁵

2. O acesso à jurisdição em sede criminal se dá, na maioria das hipóteses, pela via da ação penal pública condenatória, cuja promoção incumbe, ordinariamente, ao Ministério Público (CF art. 129, I). No exercício desta atribuição, discute-se se o *Parquet* deve ou não se vincular ao princípio do promotor natural. Cuida-se de garantia entendida como regra definidora das atribuições de cada órgão ministerial, propiciando o exercício pleno e independente das relevantes funções

14 Antônio Scarance Fernandes asseve que a garantia do juiz natural desdobra-se em três regras de proteção, a saber, “... 1ª) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; 2ª) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; 3ª) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja” (**Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 127).

15 O Supremo Tribunal Federal examinou recentemente o princípio do juiz natural, a propósito de impugnação oferecida quando da especialização de Varas Federais para o processo e julgamento de crimes de lavagem de dinheiro. No julgamento do Habeas Corpus nº 88.660/CE, 1ª Turma, rel. Min. Carmem Lúcia, julgado em 02.06.2008, acórdão ainda não publicado, prevaleceu a tese de que não viola o princípio do promotor natural a remessa de inquéritos policiais já distribuídos a Varas Federais para Juízo Federal diverso especializado no processo e julgamento de ilícitos deste jaez. Repeliu-se o argumento de que a regular distribuição do inquérito fixa a competência do Juízo Federal, a qual não poderia ser modificada a pretexto de especialização formalizada em momento posterior.

que lhe reservou a Lei Maior, obstando a concretização de interferências ilegítimas da Chefia da Instituição, mediante designações casuísticas e arbitrárias, violadoras da ordem de distribuição dos processos e encargos funcionais.¹⁶

A posição da maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal a respeito (veja nota de rodapé nº 16) é no sentido de que o princípio do promotor natural depende de previsão legislativa para que seja albergado pelo ordenamento jurídico. Em assim sendo, a tese hoje prevalecente afasta tal postulado. Dentre outros argumentos, impressiona a Corte Suprema aquele que alude à indivisibilidade do Ministério Público, entendida como a possibilidade de todos os Membros do *Parquet* se substituírem reciprocamente. Nesse sentido, cada membro do Ministério Público representa o Órgão todo.

Há que se reconhecer, por outro lado, que há significativas diferenças entre os papéis confiados ao Ministério Público e ao Poder Judiciário no âmbito da persecução penal. A atividade ministerial possui evidente conotação política (considerem-se, e.g., as diversas medidas de política criminal confiadas ao *Parquet*)¹⁷, ao passo que ao Judiciário incumbe a exata interpretação e aplicação da lei penal, com o que controla a atividade dos diversos órgãos que intervêm em sua realização. Se é assim, não há que se reclamar a aplicação ao *Parquet* de

16 O Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de afirmar o princípio do promotor natural, conforme se vê nos acórdãos publicados na RTJ 150/123, rel. Min. Celso de Mello e RT 705/412, rel. Min. Celso de Mello. Idêntico entendimento foi reiterado no julgamento do HC nº 71.429-3, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 25.08.95, p. 26.023. Entretanto, mais recentemente, apreciando o RE nº 387.974/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, unânime, DJU I de 26.03.2004, decidiu pela não aplicação de dito postulado, ao fundamento de que ao Ministério Público não se aplicam, dada a peculiaridade de seu estatuto jurídico, os princípios próprios da jurisdição. Observou-se, ainda, que o princípio da indivisibilidade obsta possa se coarctar, em nome do dogma do promotor natural, a atividade de determinado órgão do Ministério Público. Este julgamento ecoou a posição do Plenário adotada quando da apreciação do HC nº 67.759, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU de 01.07.93. No mesmo sentido, o decidido no HC nº 90.277/DF, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, unânime, DJe 01.08.2008.

17 Dentre os exemplos de medidas cujo exercício traduzem opção de política criminal pelo Órgão do Ministério Público podemos citar: (a) a promoção de arquivamento (CPP art. 28); (b) o oferecimento de proposta de transação penal (Lei nº 9.099/95 art. 76), e; (c) o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95 art. 89).

postulado análogo à garantia do juiz natural, princípio que surge como meio de se garantir julgamento independente e imparcial.

3. Ministério Público e Órgão Judiciário ocupam papéis distintos na persecução penal. Ao *Parquet* incumbe, nas ações penais públicas, o papel de parte (acusador) e, posteriormente, *custos legis*. Nas ações penais de iniciativa privada, exerce o Ministério Público o múnus de fiscal da lei. Juiz não é parte, deve guardar absoluta equidistância dos litigantes, possui, numa só palavra, o dever de imparcialidade.

Referido dever, no que diz respeito à ação penal pública, não alcança o Ministério Público. É nesse sentido que se critica a aproximação entre Ministério Público e Judiciário, para fins de adoção do princípio do promotor natural.

Sucedee, entretanto, que as funções atribuídas ao Ministério Público em sede de ação penal pública – trata-se de Órgão que detém a exclusividade na sua proposição (CF art. 129, I) – devem ser exercidas sob o pálio da estrita legalidade. A decisão quanto ao ajuizamento de uma ação penal pública ou quanto ao arquivamento de inquérito policial deve se dar de forma impessoal, sujeita tão somente à valoração quanto à ilicitude da conduta protagonizada e quanto à presença ou não das condições para o oferecimento da denúncia. Trata-se de atividade que não pode ser exercida em descompasso com o interesse público subjacente à persecução penal.

Em consequência, permitir possa o Procurador Geral da República (ou o Procurador Geral de Justiça) escolher o Órgão do Ministério Público que atuará em determinado feito, significa abrir as portas para o arbítrio. A prévia repartição das atribuições ministeriais entre os diversos integrantes da instituição

(característica da adoção do princípio do promotor natural) estabelece um empecilho a tal desvio. Precisamente por isso é que se nos afigura vantajosa a adoção do postulado do promotor natural.¹⁸

18 O Superior Tribunal de Justiça entende que o princípio do promotor natural impede possa o Procurador Geral de Justiça formalizar designações casuísticas de integrantes da Instituição para funcionar em determinados processos. As indicações devem se dar segundo critérios legais, previamente estipulados, evitando-se a figura do “acusador de exceção”. Cf., o decidido nos AgRgREsp nº1.193.078-RS, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, unânime, DJe de 05.09.2013 e HC nº 249.033-MG, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, unânime, DJe de 31.10.2012.