



O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL, SOB A ÓTICA INTERPRETATIVA DE RONALD DWORKIN

55

CONSTITUTIONAL DUE PROCESS AND ITS APPLICATION TO CRIMINAL LAW FROM RONALD DWORKIN'S PERSPECTIVE

Carlos Henrique Generoso Costa

RESUMO

Considera imprescindível a leitura do Processo Penal a partir do Devido Processo Legal, uma vez que estrutura a própria lei e possui amparo na jurisprudência pátria.

Utiliza-se, para tanto, da teoria de Ronald Dworkin no que concerne à definição de princípio e sua conceituação de Devido Processo Legal.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; *Charta Magna Libertatum*; Princípio do Devido Processo Legal; Constituição; Ronald Dworkin.

ABSTRACT

According to the author, it is essential to consider Criminal Law from the standpoint of the due process of law, since it sets up legislation and is supported by the Brazilian jurisprudence.

Therefore, he uses Ronald Dworkin's theory regarding the definition of principle and his concept of due process of law.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; *Charta Magna Libertatum*; Due Process of Law Principle; constitution; Ronald Dworkin.

1 INTRODUÇÃO

O Princípio do Devido Processo Legal na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) constitui o fundamento de todos os demais princípios, sobretudo, quando tratamos do Processo Penal brasileiro, já que o texto constitucional possui eficácia irradiante a todo o ordenamento jurídico e a sua previsão é expressa no art. 5º, LIV.

A normatividade decorrente da interpretação e aplicação dos princípios jurídicos na contemporaneidade é de inquestionável observância como estruturantes da ordem jurídica da *civil law*; portanto, seus efeitos no campo da liberdade humana, qual seja, o Processo Penal, são fundamentais.

Constituição e da lei aplicando-se, *prima facie*, ante o caso concreto.

O liame com o Processo Penal é inquestionável, haja vista que todos aqueles submetidos ao *ius puniendi* passam pelo procedimento de investigação da autoria e materialidade, seja por órgãos de segurança pública, ao se desenvolver a investigação no âmbito das delegacias, seja em juízo, em que o *due process* se faz presente.

Inconfundível é a esfera de liberdade humana afetada, sendo que a presença do advogado, Ministério Público e do Poder Judiciário ganham contornos de Devido Processo Legal, assim como a aplicação do procedimento ordenado em

ginários do Princípio do Devido Processo Legal serão buscados, pela mesma forma, a interpretação do princípio para o constitucionalismo que o elevou à categoria de supralegal, a doutrina do Direito Processual Penal e do Direito Constitucional, bem como todo o enlace advindo da teoria dos princípios de Ronald Dworkin na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça serão analisados.

2 AS ORIGENS HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CHARTA MAGNA LIBERTATUM INGLESA DE 1215 E NA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DE 1787

Em tal artigo não pretendemos esgotar as legislações primevas, como o Direito da Mesopotâmia, da Grécia ou de Roma, entre outros, mas, apenas, adentrar em uma das primeiras codificações da Idade Média em que o Devido Processo Legal surge como garantia de direitos de uma classe em face do rei que era absoluto, bem como da Constituição estadunidense advinda do sistema da *common law*.

Assim, a origem do Devido Processo Legal pôde ser determinada pela urgência de se consolidar os costumes jurídicos locais em um texto compilado que representava, para a época, o mínimo do que identificamos por Princípio do Devido Processo Legal e que irradia seus efeitos na atual Constituição e garantia do Processo Penal brasileiro como importante fonte normativa.

Outrossim, estribados em Alexandre Freitas Câmara, o Princípio do Devido Processo Legal possui amparo na própria história do desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, a *Charta Magnum Libertatum*, de 1215, do Rei João Sem-Terra, na Inglaterra, escrita em latim e inglês: *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut Disseiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut Aliquo modo destruat, Nec super eum ibimus, Nec Super eum mittemus, nisi per legale iudicium Parium suorum vel per legem terre* (Em vernáculo: Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado dos seus bens ou dos seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado. Não procederemos nem mandaremos proceder contra ele,

A codificação em inglês e latim pretendia alijar da proteção os interesses dos camponeses que não eram letrados na língua clássica, portanto, apenas os nobres conhecedores da língua erudita conheciam da legislação.

Assim, a liberdade humana, que é ligada ao próprio Processo Penal, está amparada pelo Princípio do Devido Processo Legal como um de seus principais esteios, já que a legalidade processual penal constitui desdobramento do procedimento prévio e devido ao indivíduo que se vê ameaçado pelos grilhões da infração penal.

Desta forma, os aspectos históricos não de ser mencionados com o fito de compreender as origens longínquas de tal princípio, inclusive como fundamento da própria legalidade atual, assim, a Magna Carta de 1215 assinada pelo Rei João Sem-Terra, na Inglaterra, constitui um dos primeiros registros do Devido Processo Legal codificado em termos de garantia do ser humano diante do poder punitivo.

A perspectiva das emendas constitucionais americanas de 1787, não de ser lembradas, uma vez que a ordem jurídica da *common law* legitima a teoria do precedente judicial advinda da teoria do marco teórico, Ronald Dworkin, logo da normatividade dos princípios jurídicos, no contexto brasileiro.

Por meio da teoria da integridade desenvolvida por aquele jurista interpreta-se que ela permeia todo o Direito e a sua conceituação do princípio como norma jurídica que estrutura a legislação, portanto, o princípio constitui tecidos da

seus contornos substanciais e materiais.

A condenação, desclassificação, absolvição própria ou imprópria estão atreladas à presença do procedimento prévio, logo do Princípio do Devido Processo Legal que é constitucional e penal e se desenvolvem em juízo com a presença de todos os atores jurídicos e réu, que sofre os infortúnios da persecução penal.

A jurisprudência há que ser buscada, pois o Direito, ainda que de origem romano-germânica, a teoria dos precedentes, própria da *common law*, fornecem importante relevo aos princípios jurídicos em nossa estrutura jurídica contemporânea, sobretudo à análise do Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu a repercussão geral quanto à aplicação do Princípio do Devido Processo Legal e seu liame com o Processo Penal.

Em tal norte, a Teoria do Direito como integridade, do filósofo norte-americano Ronald Dworkin, propiciará a conceituação do princípio como norma jurídica, bem como do princípio específico do Devido Processo Legal, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, mormente, quando se está diante da persecução penal. Portanto, o procedimento prévio e previsto nos textos normativos há de ser observado como garantias do cidadão.

Destarte, os aspectos históricos e ori-

a não ser pelo julgamento regular dos seus pares ou de acordo com as leis do país) (CÂMARA, 2009, p. 34).

Ainda que a sua configuração nos pareça primitiva, já que o objetivo era a proteção dos interesses dos nobres, constituiu importante marco na configuração do Devido Processo Legal, ante a estrutura feudal e absolutista do Direito consuetudinário; desta forma, o procedimento prévio surgiu como garantia, ante as diversas facetas de investigação, punição e absolvição da prática delitiva.

A codificação em inglês e latim pretendia alijar da proteção os interesses dos camponeses que não eram letrados na língua clássica, portanto, apenas os nobres conhecedores da língua erudita conheciam da legislação. Assim, a mistura de línguas providenciava que apenas alguns poucos compreendessem o significado gramatical das palavras e se valesse daquela carta de direitos.

Acerca do Princípio do Devido Processo Legal na Magna Carta de 1215, Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra Curso de Direito Constitucional, já teve oportunidade de se manifestar: **Notícia histórica:** *pela lei da terra, os direitos dos barões e proprietários de glebas, relativos à vida, à propriedade e à liberdade, só poderiam sofrer supressão à luz do jus consuetudinarium da época. Era uma forma de o baronato proteger as suas terras contra os abusos da Coroa inglesa. De fato, embora a Magna Charta Libertatum do Rei João “Sem Terra”, no limiar do século XIII, não tivesse utilizado a locução due process of law, o certo é que ela foi empregada no sentido de law of the land. E, durante o reinado de Eduardo III, no ano de 1354, o Parlamento inglês editou o Statute of Westminster of the Liberties of London, substituindo a expressão per legem terrae por due process of law. Não se sabe, até hoje, quem propôs a substituição* (BULOS, 2015, p. 686).

Todavia, a *Charta Magnum Libertatum* teve por destaque a primeira forma de controle da apuração do crime e a sua punição em que o indivíduo, ante os costumes locais, tinha por trunfo invocar a legislação conhecida de seu local de origem como garantia própria de sua vida e bens.

Era o início do julgamento de acordo com a lei da sua terra, *the law of the land*, uma vez que, naquela época, a terra era de especial importância, já que o sistema medieval se fundava nos feudos e nos costumes locais, logo a legislação proporcionava certa garantia aos nobres e proprietários rurais diante do Estado Absoluto, em um período de transição.

Existia uma verdadeira profusão legislativa que estava imiscuída ao amálgama de costumes locais. Desta forma, a lei variava entre as regiões, tanto para a busca da verdade e formas punitivas da pessoa sujeita à persecução criminal. Assim, o absolutismo do rei era mitigado, pois se atrelava aos costumes e leis da terra.

Desta forma, os chamados *fueros*¹ determinavam, em cada região, as formas de apuração delitiva e a sua punição. Em cada lugar, o castigo e os métodos de desvendar a verdade eram diferentes, sendo que, em alguns locais, as ordálias eram os mecanismos de solução das controvérsias, como nos alerta Michel Foucault (2002).

A saciedade pelo discurso apofântico, por vezes, recaía sobre o corpo humano como revelador da verdade por uma das partes, como andar descalço sobre as brasas, sendo que o sur-

gimento de bolhas possuía o significado da culpa ou inocência. Por isso, institutos pela busca da verdade real, todavia, descritos de racionalidade eram mitigados pelo mínimo do Devido Processo Legal.

A condução ao patíbulo, em que o verdugo esperava ansiosamente com a população que iria assistir aos enforcamentos que eram antecédidos das mais brilhantes formas de violência e dor, e posterior esquartejamento em praça, como bem coloca Michel Foucault (1987), foram afastados pelo Princípio do Devido Processo Legal.

Tal codificação, ainda que beneficiasse exclusivamente os nobres, tinha por justificação a necessidade de se controlar o arbítrio nas punições e a investigação delitiva, pois o julgamento pela lei da sua terra determinava que o nobre já conhecia as normas de seu feudo e não ficaria submetido a práticas abusivas e desconhecidas.

Desta forma, naquela conjuntura, aquele que se via imerso em uma persecução de ordem criminal, já tinha o direito ao procedimento predeterminado, logo *due process* através da *Charta Magnum Libertatum*, assinada pelo rei que concedia certos privilégios à nobreza, contudo fora o início do procedimento ordenado.

Desde tal época, já se preocupava com a liberdade humana, os seus bens e a forma de se constituir a jurisdição, sobretudo a criminal, em que as punições se caracterizavam, por vezes, pela teatralidade do Direito Penal do Terror em espécie de prevenção geral negativa, como nos alertou Cesare Beccaria (1794).

A saciedade pelo discurso apofântico, por vezes, recaía sobre o corpo humano como revelador da verdade por uma das partes, como andar descalço sobre as brasas, sendo que o surgimento de bolhas possuía o significado da culpa ou inocência.

Ultrapassados o Direito Medieval e a teatralidade, com o surgimento das primeiras Constituições formais e rígidas, entre as quais a estadunidense e a francesa, o Princípio do Devido Processo Legal ganha força na Constituição como garantia da liberdade nos primeiros Estados constitucionais fundados no processo devido previamente.

Determinava-se (e hoje o faz pela Constituição e pela legislação infraconstitucional), como se investigaria, seria punido, absolvido e julgado. Assim, o Princípio do Devido Processo Legal ganhou especial destaque, sobretudo com o surgimento das constituições formais e rígidas que garantem o mínimo de direitos ao cidadão.

Desse modo, vejamos as primeiras emendas constitucionais, dos Estados Unidos da América do Norte, que traduzem insofismavelmente o Princípio do Devido Processo Legal, sendo que, logo, na primeira emenda o direito à liberdade já estava atrelado ao Princípio do Devido Processo Legal: **EMENDA I.** *O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de*

se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Nas emendas n. IV, V, VI e VIII, fica clara a presença do Devido Processo Legal, no âmbito criminal, como de inquestionável garantia ao cidadão: **EMENDA IV.** *O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.*

Os princípios constituem o verdadeiro tecido das leis, estruturam-nas por meio de seus comandos que se mostram como alicerces da liberdade humana e das mínimas garantias do indivíduo [...]

EMENDA V. *Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.*

EMENDA VI. *Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.*

EMENDA VIII. *Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns.*

A Constituição dos Estados Unidos constitui importante fonte legislativa, já que as emendas constitucionais que concedem especial enfoque à liberdade humana e ao Devido Processo Legal, previstos na Constituição, providenciam a estrutura do processo devido antes do Estado punitivo.

A ordem jurídica da *common law* proporciona o sistema do precedente judicial vinculante com força normativa e vinculante ao Poder Judiciário. Desta feita, a legislação é de segunda importância, exceto o que foi determinado na Constituição pelo Constituinte Originário ou do mecanismo das emendas constitucionais.

Em momento oportuno, a teoria advinda da *common law* com o filósofo americano Ronald Dworkin demonstrará a importância da jurisprudência brasileira ao interpretar o Princípio do Devido Processo Legal nos aspectos envolvidos do Processo Penal, com especial enfoque à liberdade humana.

Ou seja, o princípio ganha força como comando constitucional, pois, sendo presente a suprallegalidade advinda do Poder Constituinte Originário, a força normativa é de origem formal e rígida sobre a legislação infraconstitucional e irradia seus efeitos.

Em tal perspectiva, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determinou, em seu art. 5º, LIV, que [...] *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal*, assim, abordaremos o enfoque constitucional e o seu reflexo no Direito Processual Penal como baluarte da liberdade humana.

3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição é a norma máxima da ordem jurídica. Significa que todas as demais normas devem estar atreladas diretamente aos seus comandos como desdobramento do Poder Constituinte

Originário da nação, portanto, os princípios implícitos e explícitos ali contidos determinam a sua aplicação como perfeitas normas jurídicas.

Os princípios constituem o verdadeiro tecido das leis, estruturam-nas por meio de seus comandos que se mostram como alicerces da liberdade humana e das mínimas garantias do indivíduo, sobretudo, quando se trata do *ius puniendi* estatal que afeta o ser humano vilipendiado em uma persecução penal.

Desta forma, o Princípio do Devido Processo Legal teve como bojo a necessidade de garantias mínimas do ser humano e a relação travada entre eles, seus bens e o Estado, sendo que os aspectos procedimentais e materiais estão devidamente previstos *a priori* na legislação e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito.

Deste modo, o Princípio do Devido Processo Legal, entre nós, ganhou guarida na Constituição, como bem coloca Uadi Lammêgo Bulos: **Novidade da Constituição de 1988:** *o art. 5º, LIV, proveio da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – a “Comissão Afonso Arinos” – por uma proposta do deputado Vivaldo Barbosa (PDT-RJ). Pouco difundido no Brasil e aplicado no Direito anglo-saxão há séculos, o princípio do Due Process of Law, ou do justo processo, só a partir da Carta de 1988 veio a consagrar-se explicitamente no Brasil. As constituições passadas trataram da matéria de modo implícito, sem qualquer referência direta a cláusula* (BULOS, 2015, p. 686).

Desta forma, o Constituinte Originário ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais estabeleceu de forma expressa, no art. 5º, LIV, o Princípio do Devido Processo Legal, que lança seus efeitos no Direito Processual e Material e constitui baluarte da liberdade humana e da propriedade, pois o procedimento prévio e devido ao se desenvolver em contraditório proporciona o mínimo de garantias ao cidadão.

A formalidade que a Constituição traça nos conduz a imperiosa legislação escrita, formal, que traz os aspectos procedimentais e materiais do jurisdicionado que se encontra imerso ao processo devido de sua liberdade que lhe é inerente por sua própria natureza.

A rigidez constitucional determina que a Constituição só poderá ser alterada mediante o procedimento predeterminado e com dificuldades maiores impostas pelo próprio Poder Constituinte Originário.

Por essa toada, a rigidez é a que garante a superioridade da norma constitucional no ordenamento jurídico, pois, necessários procedimentos prévios e mais difíceis para a alteração do texto constitucional, sendo que o Constituinte Originário condicionou o procedimento de mudança aos limites materiais, circunstanciais e temporais no instituto das emendas constitucionais.

A doutrina de José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, há que ser mencionada, acerca do texto formal e rígido: *A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, "é reputado como pedra singular, em que assenta o edifício do moderno direito político." Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas* (SILVA, 2008, p. 45).

Desta forma, a suprallegalidade constitucional é norma imperante em nossa ordem jurídica da *civil law*, já que a Constituição é considerada a norma máxima do Estado Federal, dela advindo a estrutura da interpretação.

No que concerne à definição doutrinária, o Princípio do Devido Processo Legal possui contornos próprios quanto aos seus desdobramentos e aos aspectos processuais e materiais e aos seus efeitos na ordem jurídica pátria.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra magistral, *Curso de Direito Constitucional*, apresenta as nuances de tal princípio: É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se consideramos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, somente no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação de autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 639).

Eis, que de curial importância a aplicação do princípio em comento, já que proporciona uma série de garantias processuais e materiais ao jurisdicionado, sobretudo quando se discute o *status libertatis* da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar a abrangência do Devido Processo Legal no Recurso Extraordinário n. 464.963 em que se discutia a violação daquele princípio: *EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Diretor-geral de Tribunal Regional Eleitoral. Exercício da advocacia. Incompatibilidade. Nulidade dos atos praticados. 3. Violação aos princípios da moralidade e do devido processo legal (fair trial). 4. Acórdão recorrido cassado. Retorno dos autos para novo julgamento. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido* (BRASIL, STF, RE 464.963, p. 149-153).

Sem adentrarmos ao mérito daquele Recurso Extraordinário, da lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, devemos entender que: [...] o Princípio do Devido Processo Legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 640).

A rigidez constitucional determina que a Constituição só poderá ser alterada mediante o procedimento predeterminado e com dificuldades maiores impostas pelo próprio Poder Constituinte Originário.

Considera-se que o Princípio do Devido Processo Legal, com previsão expressa no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é baluarte a todos os demais princípios jurídicos, uma vez que as garantias materiais e processuais, por certo, passam por ele ou são por ele influenciados.

O princípio estudado surge como garantidor da vida, liberdade, propriedade, direito de se locomover, a observância da legalidade constituindo importante esteio aos Direitos Fundamentais em nosso ordenamento jurídico e na jurisprudência da nossa mais alta Corte em suas diversas facetas, como veremos.

4 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Há em sede doutrinária e, por vezes, repetida pela jurisprudência uma questão terminológica no que tange ao Devido Processo Legal material e ao formal. Nestes termos, a doutrina do Direito Constitucional é importante norte ao identificá-lo, sobretudo pelos seus reflexos no Direito Criminal.

Outrossim, vejamos o que leciona com maestria Uadi Lammêgo Bulos em sua monumental obra, *Curso de Direito Constitucional*: **Devido Processo Legal material** (substantive Due Process of Law) – *na vertente substancial, a cláusula em estudo manifesta-se em todos os ramos do Direito, constituindo farto manancial de inspiração para interpretar as liberdades fundamentais. No Direito Privado, por exemplo, é visível sua presença nas relações civis e comerciais. Basta lembrar do princípio da autonomia da vontade, do qual defluem a liberdade de contratar e a de praticar atos jurídicos, observadas as normas de ordem pública e dos bons costumes. Já no Direito*

Público ele está presente na tutela dos administrados, no controle dos atos administrativos pelo Judiciário, no poder de polícia, no vetor da legalidade etc. aqui se incluem as garantias constitucionais penais, acima estudadas, em que o devido processo substancial se manifesta de modo eloquente (art. 5º, LVII, LVIII, LXI, LXII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII).

Devido processo legal formal (procedural Due Process of Law) – *equivalente, basicamente, ao acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). Aqui o devido processo é a expressão máxima de o cidadão reivindicar, no Poder Judiciário, seus direitos, de ter aquilo que os americanos chamam de his day in Court. Nesse sentido, a cláusula compreende: (i) o direito de ingressar em juízo para tomar conhecimento do teor de uma acusação; (ii) o exame imparcial de litígios pelo Judiciário; (iii) o direito de sustentação oral nos tribunais; (iv) a certeza de aplicação do contraditório e da igualdade das partes; (v) o direito de notificação prévia nos procedimentos administrativos e judiciais; (vi) a proibição de medidas abusivas e ilegais, contrárias às liberdades públicas; (vii) o privilégio contra a autoincriminação; e (viii) a preservação de todas as garantias que instrumentalizam direitos, a exemplo do mandado de segurança, habeas corpus, ação popular, ação civil pública, habeas data, mandado de injunção e ações coletivas (BULOS, 2015, p. 688).*

rígida, constituiu a primeira limitação legal ao poder estatal que, naquela época, era soberano e encontrava-se imerso em um conjunto de práticas locais.

Com efeito, as primeiras formas de garantias que se deram naquela carta de direitos, *Charta Magnum Libertatum*, tinham por espinha dorsal a proteção da liberdade humana e dos bens, logo, como, aqui, desenvolvemos, a liberdade constitui o cerne do Processo Penal, estando o surgimento de tal princípio umbilicalmente ligado ao delito.

Em tal época, caracterizada pelo horror na punição criminal, os nobres buscaram na carta de direitos o mínimo para se protegerem do alvedrio punitivo do rei. Com o aumento de complexidade e o surgimento das primeiras constituições formais e rígidas, o constitucionalismo ganhou força como importante garantidor das liberdades humanas.

Por tal craveira, vejamos o que a doutrina específica do Direito Processual Penal define como aquele princípio, conforme lecionam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar em seu livro Curso de Direito Processual Penal: [...] *O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a presunção e/ou desvirtuamento de atos essenciais. Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário*

o devido processo legal: previsto no art. 5º, LIV, CF, é o ápice do sistema de princípios e congrega todos os outros. Merece, no entanto, ser focalizado sob seu duplo aspecto: material e processual. Materialmente, o princípio liga-se ao Direito Penal, significando que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado. Processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como ao órgão acusatório, representando a sociedade, de convencer o magistrado, pelos meios legais, de legitimidade da sua pretensão punitiva (NUCCI, 2009, p. 44-45).

Clássica é a obra de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, que bem define o Princípio do Devido Processo Legal e o seu enlace constitucional: *Entende-se com essa fórmula um sistema de limitações ao exercício do poder, seja em sede jurisdicional, administrativa ou legislativa. Com toda essa relevância política, o Due Process é um irmão siamês da democracia e do Estado de Direito, chegando a constituir a base sistemática de todas as demais garantias constitucionais. Ele é composto por intransponíveis landmarks além dos quais não podem passar o próprio legislador, o administrador e sequer o juiz, sob pena de violação ao regime democrático constitucionalmente assegurado. Em sua perspectiva processual (procedural Due Process) é entendido como o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. São garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 107).*

Com o aumento de complexidade e o surgimento das primeiras constituições formais e rígidas, o constitucionalismo ganhou força como importante garantidor das liberdades humanas.

Ultrapassada a dicotomia terminológica entre o Princípio do Devido Processo Legal em suas nuances processual e material, uma vez que pugnamos pelo necessário respeito ao procedimento prévio, quer seja de ordem procedimental ou material, pois os dois ramos jurídicos estão imiscuidos, não se podendo falar em exclusão de alguma das matérias ou de superioridade de uma em relação a outra.

Destarte, a origem histórica do princípio se deu em torno da embrionária Constituição da Inglaterra, pois, ainda que não pudéssemos falar em norma formal e

que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois nulla poena sine iudicio. Mas não é só. A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 61).

Com a imparcialidade própria dos magistrados, Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal Comentado, assim define: *4. Princípio constitucional geral do processo penal,*

Com fulcro na teoria de vanguarda mineira de Rosemiro Pereira Leal, a teoria neoinstitucionalista do processo, na obra *Teoria Geral do Processo*, percebemos o perfeito liame entre o Princípio do Devido Processo Legal, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a democracia que se desenvolvem no processo: *Por isso, releva acentuar que outra finalidade não pode ter o processo para o juiz, senão, por sua principiológica instituída em norma fundamental, ensejar às partes o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa, da simétrica paridade (isonomia) de oportunidades e de efetiva participação na construção do provimento. O dever-função jurisdicional cinge-se a garantir a vigência do instituto constitucional do due process of law criado por norma fundamental no direito brasileiro (CR/88, art. 5º, LIV, LV), cuja teorização, na proposta de Juan Montero Aroca e Di Orio, desenvolve-se como direito jurisdicional criado pela instituição constitucional do processo* (LEAL, 2009, p. 190).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 lançou as bases do Princípio do Devido Processo Legal, o Código de Processo Penal lhe determina a formatação necessária para a pessoa que se vê ante a persecução penal financiada pelo Estado.

Deste modo, o Princípio do Devido Processo Legal, advindo da constituinte, especifica os meandros e limites da persecução, desde a fase inquisitorial até o duplo grau de jurisdição, uma vez que em torno da liberdade humana está o cerne do processo penal.

O procedimento prévio que se desenvolve de forma ordenada em uma sequência de atos concatenados possibilita as garantias mínimas ao ser humano quanto à inviolabilidade de sua vida, propriedade e liberdade, impedindo que o Estado viole suas correspondências, intercepte suas comunicações telefônicas, quebre o sigilo de dados bancários, fiscais, invada seu domicílio sem um mínimo de respaldo legal.

A existência de comandos predeterminados, mais do que garantia ao ser humano, constitui desdobramento do Princípio do Devido Processo Legal em suas várias facetas: desde a relação do homem com suas coisas até o seu *status libertatis* natural.

A captura flagrancial opera-se com respaldo na legislação constitucional e infraconstitucional, o preso deve ser informado de seus direitos, a família comunicada, entregue a nota de culpa, envio ao juízo competente no prazo de 24 horas do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), entre outros contornos próprios daquela fase, que, se inobservados ensejam o relaxamento da prisão.

O oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial deve embasar-se em indícios mínimos de autoria e prova da materialidade, assim como na tipicidade da conduta e ausência de prescrição em qualquer de suas formas, ou seja, o ilustre representante do Ministério Público (MP) necessita de justa causa ao estabelecer a *persecutio in iudicio*, sob pena de violação do Princípio do Devido Processo Legal.

As provas devem guardar com o acusado a relação de legalidade na sua produção, já que não podem ser contrárias a não autoincriminação, infringir o Direito material, o Direito processual, tampouco serem forçadas. Portanto, o procedimento deve ser prévio e devido, desenvolvendo-se em uma sequência de

atos conhecidos e coordenados.

Eventual reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, busca e apreensão, interceptação de comunicações telefônicas, quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo fiscal, entre outros institutos jurídicos do Processo Penal, hão que ser realizados em consonância com os comandos legais previstos na Constituição e legislação infraconstitucional, sob pena de ilegalidade e desentranhamento da prova ilícita.

Em tal enlace, as provas que serão usadas para pedir a condenação devem lastrear-se na legalidade, da mesma forma ao acusado deve ser dado o direito de utilizar-se de todos os meios de provas para demonstrar a sua inocência, como veremos com mais cuidado na análise da jurisprudência.

Outrossim, o Código de Processo Civil (CPC/73) é importante fonte de inspiração ao que aqui propugnamos: Art. 332. *Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.*

O oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial deve embasar-se em indícios mínimos de autoria e prova da materialidade, assim como na tipicidade da conduta e ausência de prescrição em qualquer de suas formas [...]

Todavia, a apófase do texto mencionado ao estabelecer a teoria da prova atípica, ainda que de difícil elucidação, já que todas as provas conhecidas condicionam-se nas previstas pela legislação, quer pela perícia, documentos, testemunhos entre outras, deve aguardar aplicação com o Devido Processo Legal.

O legislador entendeu por estabelecer um rol aberto já que a finalidade, *mens legis*, não é a de exclusiva punição, mas a busca quer pela verdade material, quer formal, sobretudo no Processo Penal, em que a verdade real está ligada intimamente à punição ou absolvição do acusado.

Mesmo que o rol não seja taxativo, no Processo Civil e no Processo Penal, o contraditório, como decorrência lógica do Princípio do Devido Processo Legal, deve integrar as provas, como observa Daniel Assumpção Amorim Neves: *Entende-se que não se deve admitir a prova atípica quando ofensiva ao contraditório, bastando para o respeito ao princípio constitucional a viabilidade de reação à prova já produzida, não sendo exigida a participação das partes em sua formação. Também não se devem aceitar como prova atípica as provas típicas consideradas nulas ou inadmissíveis por não respeitarem as regras que disciplinam sua formação ou expressamente excluídas por normas de direito material ou processual* (NEVES, 2014, p. 496).

Por esta senda, a condenação ou absolvição pautam-se: pela insuficiência de provas; pela comprovação de que a autoria não pode ser imputada ao acusado; pela constatação de que o fato não ocorreu, ou se aconteceu fora em causa excludente da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade; se o acusado era inimputável; se houve concurso de pessoas, entre outras minúcias que o Princípio do Devido Processo Legal exige.

5 O CONCEITO DE PRINCÍPIO NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

Para adentrarmos o conceito de princípio imprescindível será feita a análise da teoria de Ronald Dworkin – marco teórico da presente monografia –, uma vez que o autor traz uma perspectiva de vanguarda no que tange à estrutura do ordenamento jurídico e a sua interpretação.²

Como discutido por Ronald Dworkin ante um caso concreto, o magistrado encontra-se, por vezes, diante de uma regra, um princípio ou uma diretriz política. Eis, os sentidos atribuídos: **Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado**, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36, grifo nosso).

O argumento de princípio leva a considerar sob uma nova luz a reivindicação das partes mitigando a margem discricionária judicial, já que as restrições institucionais perduram até a decisão judicial [...]

Deste modo, a diretriz política estabelece um objetivo estatal a se alcançar no âmbito econômico, social, entre outros. Já o princípio representa a tradição compartilhada por uma comunidade de princípios. O conceito de princípio é identificado ao se estabelecer a distinção entre princípios e regras jurídicas: *A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão* (IDEM, p. 39).

Um princípio enuncia uma razão que nos conduz ao argumento em certa direção, ainda que haja outros princípios, regras ou diretrizes políticas, quando eles não regularem o caso ou os seus argumentos forem frágeis, o princípio será decisivo. Se o princípio for relevante, deverá ser levado em conta pelas autoridades públicas como razão a inclinar o julgador para uma direção (IDEM).

Ao adotarmos que um princípio é obrigatório para os juízes, de forma que ao não adotá-lo incorrerá em erro, o magistrado, quando for adequada a sua aplicação em um caso concreto, não poderá abandoná-lo, pois, Ronald Dworkin defende a ausência de qualquer tipo de discricionariedade judicial³ (IDEM).

Os princípios constituem o norte da interpretação, sendo limites ao alvedrio estatal, portanto, os magistrados não possuem discricionariedade na escolha de um ou outro princípio, segundo as suas convicções pessoais, mas, no sentido de que os princípios são padrões obrigatórios para as autoridades públicas de uma comunidade. Conforme Dworkin: *Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que*

cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagonísticos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como “válido” (IDEM, p. 114).

Dworkin, mais uma vez, estabelece o conceito de princípio ao referir-se ao argumento de política: *O primeiro é menos relevante quando um tribunal julga um princípio, pois um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a co-*

munidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. Assim um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento (IDEM, p. 134, grifo nosso).

O argumento de princípio leva a considerar sob uma nova luz a reivindicação das partes mitigando a margem discricionária judicial, já que as restrições institucionais perduram até a decisão judicial, pois, o argumento de princípio oferece uma justificativa para a decisão particular, de forma que haja coerência na aplicação do princípio (IDEM).

Nesse paradigma, há uma comunidade justa calcada em princípios que satisfazem as condições da própria comunidade, o Direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global com fulcro nos princípios (IDEM, 2003).

A integridade pressupõe a equidade ou equanimidade⁴, justiça⁵ e Devido Processo Legal adjetivo, que o autor define como: *O Devido Processo Legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação.* (IDEM, 2003, p. 200-201).

De tal forma, apenas diante de uma situação jurídica concreta, poderemos saber qual o princípio aplicável, como aquele que melhor se adapta à solução do caso, bem como serve de base para as instituições e leis da comunidade.

Ronald Dworkin estabelece uma teoria alternativa, pelo princípio da integridade, que se preocupa com como os indivíduos podem ter outros direitos, além dos criados de uma decisão ou prática

expressa, ou seja, como se pode ter direito ao reconhecimento judicial de uma prerrogativa quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que conferem decisão em favor dessa perspectiva (DWORKIN, 2002).

A partir da Teoria da Integridade desenvolvida pelo autor norte-americano, podemos perceber que a interpretação de um princípio fornece a adequada solução para o caso em questão, de forma que o princípio é considerado norma jurídica e deve ser aplicado como tal.

Em tal norte, o Princípio do Devido Processo Legal, por nós estudado, inquestionavelmente é de aplicabilidade imediata, pois, irradia todos os seus efeitos no Direito Processual Penal, já que está presente desde a prática da atividade delitiva até a sentença com trânsito em julgado para a defesa.

6 A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Adentraremos a perspectiva jurisprudencial, sobretudo quanto à aplicação do Princípio do Devido Processo Legal no campo específico do Processo Penal, já que as decisões dos tribunais têm constituído importante norte para a interpretação do direito a partir da leitura dos princípios jurídicos na ordem da *civil law*.

Acerca da terminologia “jurisprudência”, Sílvio de Salvo Venosa, na sua obra *Introdução ao Estudo do Direito*, leciona: *O substantivo jurisprudência é um coletivo. Significa, modernamente, um conjunto de decisões dos tribunais. Desse modo, não há que se entender que um acórdão ou uma sentença seja jurisprudência; fazem sim parte da jurisprudência. Cuida-se do direito vivo; da resposta que os juízes e tribunais superiores dão às questões que atormentam a nação. Fenômeno absolutamente dinâmico como a sociedade, os vários institutos jurídicos trazem respostas diversas nos vários períodos da história. Assim, por exemplo, a jurisprudência sobre matéria de posse ou propriedade do início do século XXI. Isto porque a compreensão e proteção a esses institutos e a legislação constitucional que os preserva modificaram-se basilamente no decorrer de um século e continuam a se modificar. O casamento, as uniões sem casamento e seu desfazimento vêm sofrendo aceleradas modificações sociais. A resposta dos tribunais em suas decisões procura sempre amoldar-se às transformações sociais. A decisão mais injusta é aquela anacrônica, a que se vale de valores do passado ou que tenta prever valores do futuro. O juiz justo é o que decide de acordo com sua sociedade e seu tempo* (VENOSA, 2007, p. 131).

Por essa toada, a jurisprudência tem se mostrado de grande importância para a interpretação e aplicação do Direito, ante um caso concreto, já que a nossa Suprema Corte e o Tribunal da Cidadania consideram a força normativa do Princípio do Devido Processo Legal, no âmbito do Processo Penal.

Desta feita, o marco teórico oriundo da tradição da *common law* encaixa-se perfeitamente ao que propugnamos, a partir da força normativa dos princípios interpretados pela jurisprudência na ordem da *civil law*.

Quanto ao controle de constitucionalidade, em sede difusa, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela existência de repercussão geral no que tange à violação do Princípio do Devido Processo Legal, que pode ofender a Constituição de forma di-

reta ou indireta: *EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Transação penal. Homologação. Efeitos de decisão condenatória. Ofensa aos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, do contraditório e da presunção de inocência. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a imposição de efeitos de sentença penal condenatória à transação penal prevista na Lei n. 9.099/95.* (BRASIL, STF, AI 762.146 RG)

A Corte Suprema já percebeu pela necessidade de se alcançar a instância extraordinária no caso do Princípio do Devido Processo Legal e a sua relação com o Processo Penal, já que a liberdade humana sempre é inerente ao Direito Penal, ainda que a perseguição, como no caso acima, desenvolva-se no juízo do especial criminal.

Em recente julgado o Supremo Tribunal Federal, em sede do *writ of habeas corpus*, da lavra do Ministro Marco Aurélio, teve oportunidade de analisar a aplicação do Princípio do Devido Processo Legal, quando a questão posta tratava de violação ao direito da defesa técnica em formular perguntas: *INTERROGATÓRIO – CORRÉUS – FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS – ARTIGO 188 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Implica transgressão ao Devido Processo Legal, ao direito de defesa, indeferir pedido de defensor técnico visando a respostas de corréu a perguntas correspondentes aos fatos envolvidos – Precedente: Habeas Corpus n. 94.016, Segunda Turma, relator ministro Celso de Mello, apreciado em 16 de setembro de 2008.* (BRASIL, STF, HC 115.714, grifos nossos).

A efetiva participação do advogado formulando perguntas aos réus, bem como às testemunhas, informantes, entre outros atos processuais constitui, inquestionavelmente, direito advindo do Princípio do Devido Processo Legal no campo da perseguição penal, já que é a oportunidade de, em juízo, desvelar a verdade real e exercitar o direito de defesa como observara o Min. Celso de Mello em *Habeas Corpus* que transcrevemos: *E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – SÚMULA 691/STF – INAPLICABILIDADE AO CASO – OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR – ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL – IRRELEVÂNCIA – CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS – PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQUÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE – NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) – O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS” – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – MEIO DE DEFESA DO ACUSADO – POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAS PASSIVOS FORMULAR PERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES – PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA –*

PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO “EX OFFICIO”, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido o afastamento, “hic et nunc”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO “STATUS LIBERTATIS” E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS”. – O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do “habeas corpus”, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do Devido Processo Legal. – A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. – Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. **A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA**

“PERSECUTIO CRIMINIS”. – O exame da cláusula referente ao “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. – O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao “due process of law”, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. – Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei n. 10.792/2003 – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre

legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW”, VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. – Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular perguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de perguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (BRASIL, STF, HC 94.016, grifos nossos)

O Direito Constitucional inconfundivelmente está atrelado ao Direito Processual Penal, conforme demonstramos mediante o Princípio do Devido Processo Legal, que é constitucional e criminal, sendo de inequívoca aplicação como norma jurídica garantidora de direitos, sobretudo da liberdade humana, que é o escopo de toda persecução penal.

O Tribunal da Cidadania, corte encarregada de interpretar a legislação infraconstitucional, já teve oportunidade de analisar o Princípio do Devido Processo Legal e o seu reflexo no Direito Processual Penal, sendo importante fonte normativa.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a denúncia deve ser precisa, descrever com clareza a conduta imputada, uma vez que constitui direito do acusado conhecer os fatos em que incorre, sob pena de violação do Devido Processo Legal: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA PARTE

DESPROVIDO. I – Tendo em vista que a tese acerca da atipicidade das condutas eventualmente praticadas não foi apreciada pelo eg. Tribunal a quo, não é possível a esta eg. Corte preceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes). II – A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em sua essência e circunstâncias. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito, e caracterizam situação configuradora de desrespeito ao Princípio do Devido Processo Legal (precedentes). III – Na hipótese, contudo, a exordial acusatória descreve pormenorizadamente as condutas praticadas por todos os membros da associação criminosa, inclusive por meio da degravação dos diálogos obtidos mediante interceptação telefônica, permitindo a compreensão dos fatos e possibilitando o exercício do direito de defesa, razão pela qual o não acolhimento do pleito referente a inépcia da denúncia é medida que se impõe. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (BRASIL, STJ, RHC 53.304/SP)

Ainda que o Ministro Relator Felix Fischer não tenha concedido a ordem no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* transcrito, o Tribunal teve oportunidade de estabelecer o respeito ao Princípio do Devido Processo Legal como fonte normativa e observância obrigatória no contexto da atividade persecutória estatal.

Desta feita, a peça inaugural configura o suporte de todo o Processo Penal, sendo que a imputação deve ser precisa, clara, descrever minuciosamente a conduta delitiva com todos os seus aspectos (atividade típica, antijurídica e culpável), em obediência ao Princípio do Devido Processo Legal.

7 CONCLUSÃO

A origem histórica do Princípio do Devido Processo Legal teve por escopo conceder o mínimo de garantias ao ser humano que se via sob o jugo da persecução penal, sobretudo quando consideramos o contexto da Inglaterra, em 1215, na qual o amálgama normativo advindo dos feudos imperava.

Desta forma, ainda que as garantias fossem exclusivamente para a classe da nobreza, já podemos perceber a forma embrionária da Constituição e do texto legal que estabelecia o procedimento prévio para a apuração e punição do acusado da prática delitiva.

Com a Constituição dos Estados Unidos é possível interpretar que o Princípio do Devido Processo Legal é expressivo em suas emendas ao tratar do patrimônio e liberdade do ser humano, sendo que o seu texto constitucional foi paradigma para diversas constituições posteriores.

No Brasil, a previsão expressa do Princípio do Devido Processo Legal surgiu com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrando o procedimento ordenado para atuação do Estado sobre a propriedade das pessoas e seu direito de locomoção.

A formalidade e rigidez do texto constitucional determinam a característica de superioridade da Constituição sobre toda a legislação infraconstitucional, logo seus comandos não de ser respeitados sob pena de manifesta violação da Lei Maior do Estado Federal.

O Código de Processo Penal abraça, de forma insofismável, o Princípio do Devido Processo Legal, já que o acusado não

pode ser vilipendiado em sua liberdade que constitui o bem mais importante, pois, sem liberdade não se pode falar em vida digna e propriedade.

O Processo Penal constitui verdadeira garantia do ser humano que se encontra sob a ameaça dos grilhões, uma vez que o baluarte de punição do Direito Criminal é a liberdade humana e, por vezes, com penas pecuniárias, a propriedade privada.

O marco teórico norte-americano, Ronald Dworkin, oriundo da tradição da *common law*, em que a força do precedente é vinculante, encaixa-se perfeitamente ao que propugnamos a partir da força normativa dos princípios interpretados pela jurisprudência na ordem da *civil law*, sobretudo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que dão especial enfoque ao Processo Penal.

Portanto, o acusado no processo crime, impreterivelmente, vê-se com sua liberdade e bens sujeitos a medidas judiciais, sendo que a origem do Princípio do Devido Processo Legal inglês teve por escopo a proteção de tais direitos, o que, na contemporaneidade, é de curial importância e se repete.

O desrespeito de Princípio do Devido Processo Legal em denúncia inepta é deflagrador do trancamento da ação penal, por lhe faltar a descrição precisa de autoria, materialidade, bem como da conduta típica, ilícita e culpável, uma vez que o acusado se defende dos fatos imputados. Como já decidiu a Suprema Corte.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já analisou a violação do Princípio do Devido Processo Legal, em sede de *Habeas Corpus*, por seu decano, o Ministro Celso de Mello, que interpretou a sua normatividade no campo do Processo Penal e seus variados institutos.

Desde a prática delitiva, seguido pela captura flagrancial, oferecimento da denúncia, produção da prova e duplo grau de jurisdição, o Princípio do Devido Processo é observado. Tais procedimentos possuem como ponto em comum a legalidade que encontra suas raízes no processo devido, sendo que, se maculada a forma, a ilegalidade é ofensiva à liberdade.

A Corte Constitucional julga quando a violação é direta da Constituição e não envolver o contexto fático probatório, já que a matéria de provas constitui violação reflexa do texto constitucional e deve ser julgada pelos tribunais de justiça, salvo as hipóteses legais de competência originária.

Todavia, admite-se que, se a violação da liberdade é de escancarada ilegalidade, o tribunal pode conceder a ordem de ofício, porém, sem adentrar o mérito. O objetivo é o resguardo da liberdade humana no contexto de ilegalidade, portanto, de violação do princípio em comento.

O Superior Tribunal de Justiça, também, já teve oportunidade de discutir a matéria, em julgamento do remédio heroico de *Habeas Corpus*, ocasião em que o eminente Ministro Felix Fischer, ao fundamentar sua decisão, mencionou o Princípio do Devido Processo Legal como de imperiosa aplicação no Direito Processual Penal.

As penas no Direito Penal, sobremaneira, afetam a liberdade e a propriedade privada, de forma que tais direitos constituem as origens históricas do Princípio do Devido Processo Legal e estão previstos na atual Constituição. A legislação infraconstitucional reflete a força normativa de tal princípio, sendo de rigor sua normatividade desde longínqua data.

Portanto, o Princípio do Devido Processo Legal, previsto expressamente no texto constitucional, é de aplicação incontestada como fonte normativa ao Direito Processual Penal, pois, desde o ano de 1215, já era consagrado como garantia fundamental do ser humano que se vê subjugado pela persecução penal que ronda a sua propriedade e liberdade.

NOTAS

- 1 A expressão é usada para identificar os costumes locais de uma vila, constituindo variação da palavra *forum*. No original: **Fuero** (from Latin *forum*, “marketplace”), in medieval Spain, a municipal franchise conferred on a community by the crown or by a noble or bishop. It granted legal incorporation, confirmed local customs or privileges, and might include rights to taxation or self-government. The word is also applied to a code – the *Liber Iudiciorum* of the Visigoths – known in the Middle Ages as the *Fuero Juzgo*. Because of the great number and variety of the medieval *fueros* municipales and the tenacity with which the municipalities clung to privileges granted under them, the *fueros* played an important part in the political, administrative, and judicial history [...]. (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA).
- 2 Parte do aqui desenvolvido encontra-se em nosso artigo científico publicado pela *Revista CEJ* (GENEROSO COSTA, 2011).
- 3 Conforme alerta a nota do tradutor: *Judicial discretion – aqui traduzido por “poder discricionário do juiz”, mas a expressão tem um sentido mais amplo e se aplica igualmente às decisões dos tribunais*. (DWORKIN, 2002, p. 49).
- 4 Bebemos na doutrina mineira, ao afirmar que o uso da expressão *equanimidade*, por considerá-la mais adequada que o termo *equidade*, utilizado nas traduções brasileiras de Dworkin e de Rawls. Para tanto, transcreve-se o alerta de Cattoni de Oliveira (2001:113): » Não traduzimos o termo inglês *fairness* por *equidade* e sim por *equanimidade*, a fim de marcar o quadro não-aristotélico em que a Teoria da Justiça de Rawls [bem como, a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin, foram elaboradas], [assim, o termo assume] uma concepção que se pretende procedimental e não substancialista [...] (PEDRON, 2009, p. 15).
- 5 A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade, se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras atividades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. (DWORKIN, 2003, p. 200).

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 28. ed. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 1794.
BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência

da República, [2016]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 53.304. Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Julgado: 14 de abril de 2015, *DJe*, Brasília, DF, 4 maio 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=devido+processo+legal+processo+penal&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC4. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 464.963. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Julgado em 14 de fevereiro de 2006, *DJe*, Brasília, DF, 30 junho 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28464963%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ldpauta>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 115.714. Relator: Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma. Julgado em 16 de dezembro de 2014. *DJe* n. 34, Brasília, DF, 20 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisa=DJ=AP&numero=115714&classe=HC>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 94.016. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16 de setembro de 2008. *DJe* n. 38, Brasília, DF, 26 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894016%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/pxmf9bo>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Agravo de Instrumento* n. 762.146. Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno. Julgado: 3 de setembro de 2009, *DJe* n. 181, 24 set. 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENCICLOPAEDIA BRITANNICA. *Fuero*: Spanish municipal franchise. Disponível em: <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/221405/fuero>. Acesso em: 10 abr. 2015.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GENEROSO COSTA, Carlos Henrique. A interpretação em Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 15, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1504>. Acesso em: 10 maio 2015.

LEAL, Rosemário Pereira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAS GERAIS. [Constituição (1989)]. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Disponível em:

<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do Direito. *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 13, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1081/1307>. Acesso em: 10 maio 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Constituição dos Estados Unidos da América (1787). *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*, São Paulo, [1999]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 10 abr. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Artigo recebido em 10/6/2018.

Artigo aprovado em 16/8/2018.