



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE DIREITO**

RÚBIA DE OLIVEIRA FERREIRA

O PROCESSO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

**JUIZ DE FORA
2013**

RÚBIA DE OLIVEIRA FERREIRA

O PROCESSO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Rodrigo Rolli

**JUIZ DE FORA
2013**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Rúbia de Oliveira Ferreira

Aluno

O Processo Penal Constitucional

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Rodrigo Alves Colli

Francisco de Assis

Aprovada em 29/06/2013.

Dedico este trabalho ao Professor Rodrigo Rolli por ter me orientado e auxiliado no desenvolvimento deste trabalho.

AGRADECIMENTO

Terminar este curso não foi só uma questão de tempo. Tudo dependeu da ajuda das pessoas que me presentearam com seu amor e paciência, permitindo que eu me encontrasse, decifrasse e, enfim, tivesse coragem para ir até o fim, seguindo o destino para o qual fui chamada: buscar a justiça seja ela qual for a consequência. Cursar Direito foi algo que só me trouxe boas surpresas, decepções também vieram, mas é esse o preço por trocar o sonho por uma vida real. Pagar este preço foi um prazer, porque também descobri que não desaprendi como se sonha. À Deus meu agradecimento por me iluminar com os dons do Espírito Santo. À minha Mãe, mais que merecedora desta vitória e a titular desse meu atual sucesso, minha eterna gratidão. A meu Pai que me ensinou tanto em tão pouco tempo, obrigado por permanecer a meu lado mesmo tão distante. A meu Irmão Peterson que foi num só tempo, inspiração, refúgio, incentivo e compreensão, te amarei eternamente. Ao Alexandre, obrigada pela paciência por estar ao meu lado em cada passo de exausta caminhada.

RESUMO

Pretende-se com o presente trabalho analisar o Processo Penal Brasileiro dentro da Ordem Constitucional, diante da constitucionalização dos princípios norteadores do processo. Tendo em vista a gravidade da imposição de uma sanção penal, devem ser seguidas determinadas regras para que seja tolhido o direito à liberdade do indivíduo. A certeza da existência de garantias constitucionais em defesa do acusado frente ao poderio estatal é inerente ao Estado Democrático de Direito, em que às liberdades individuais são bens extremamente caros à ordem jurídica. Tratando da elevação a nível constitucional dos princípios atinentes ao processo penal visa-se à demonstração de quão forte foi a mudança impressa pela Carta de 1988. Após esta se verificou que o desrespeito ao indivíduo no percurso do processo penal não mais pode prevalecer como nos obscuros tempos do advento do Código de Processo Penal. A realidade trazida, ou melhor, imposta pela nova ordem constitucional determina que ao Estado deve importar não mais a condenação do acusado para a defesa social, mas, acima de tudo, o respeito às garantias fundamentais como forma de promoção da justiça.

ABSTRACT

The intention of this paper to analyze the Brazilian Penal within the Constitutional Order, before the constitutionalization of the guiding principles of the process. Given the seriousness of the imposition of a criminal sanction, certain rules must be followed to be restrained the right to freedom of the individual. The certainty of the existence of constitutional guarantees in defense of the accused against the state power is inherent in the democratic state, where individual freedoms are extremely expensive goods by the law. Addressing the high level of constitutional principles relating to criminal procedure aims to the demonstration of how strong the change was printed by the 1988 Charter. After this it was found that the disregard for the individual in the course of criminal proceedings can no longer prevail as in the darkest times of the advent of the Code of Criminal Procedure. The reality brought, or rather imposed by the new constitutional order provides that the State must import no more condemnation of the accused to defend social, but, above all, respect for fundamental guarantees as a way of promoting justice.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	9
1 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA.....	12
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO.....	15
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO.....	19
3.1 Devido Processo Legal.....	19
3.2 Contraditório.....	21
3.3 Ampla defesa	24
3.4 Presunção de inocência	27
3.5 Princípio do favor rei	28
3.6 Juiz Natural	30
3.7 Promotor Natural	30
3.8 Inadmissibilidade de provas ilícitas	33
3.9 Imparcialidade	37
3.9.1 Impedimento	37
3.9.2 Suspeição	38
4 CONCLUSÃO	39
BIBLIOGRAFIA	41

INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho da análise do processo penal dentro da Ordem Constitucional Brasileira.

Com a violação da ordem jurídica pela prática de uma infração à Lei Penal surge para o Estado o Direito de punir, ou seja, o “*jus puniendi*”.

Todavia, a tal direito se submete á regras determinadas no Processo Penal, não sendo legítima nenhuma sanção imposta sem a obediência aos ditames impostos pela Lei Processual.

Nesse cenário, de um lado está o Estado, detentor do direito de punir, e de outro o indivíduo, que pretende resguardar seu direito à liberdade.

Assim, verifica-se a importância de se seguir o devido processo legal. O direito a liberdade é um dos direito fundamentais mais caros ao ser humano, portanto possui suma relevância no Estado Direito, como o Brasileiro o é.

O processo penal é o caminho pelo qual devem passar as pretensões de imposição de punição e de liberdade para que ao fim se obtenha uma decisão judicial pautada nas regras constitucionais. Caso não se observe as regras processuais o procedimento é crivado de nulidade, não possuindo seu resultado, condenação ou absolvição do indivíduo, validade jurídica.

Impende-se ressaltar que a indispensabilidade do devido processo legal veio à cena após o advento da Constituição Federal de 1988.

Contudo, o Código de processo Penal data do ano de 1941, época de ideais fascistas, tal estatuto teve inspiração na legislação italiana da década de 30, possuindo bases autoritárias, sem preocupação com o indivíduo, sendo este tratado como potencial culpado.

A presunção de culpabilidade norteava o regramento processual penal, assim o acusado devia provar que era inocente, se tal não ocorresse, a condenação era certa.

Para que se chegasse à comprovação da culpa do indivíduo eram utilizadas, por diversas vezes, práticas autoritárias e abusivas, como o interrogatório do acusado de forma quase inquisitiva e a ilimitada liberdade de iniciativa probatória do magistrado, o que prejudicava sua imparcialidade.

Desse modo, o indivíduo que já possuía o encargo de provar que sua inocência, era desprovido de armas para que, em pé de igualdade com o Estado acusador, lutasse por sua liberdade.

Até que se chegasse a Carta Magna de 1988, a legislação Processual Penal sofreu algumas alterações, as quais procuraram abrandar sua inspiração claramente autoritária.

Entretanto, a verdadeira mudança ocorreu somente em 1988. A Constituição de 1988 fez com que as normas processuais transmutassem da já explicitada perspectiva teoria autoritária, na qual o cerne da preocupação era a segurança pública, para o centro oposto, em que se emprega suma importância às garantias individuais.

Em seu artigo 5º, LVII dispõe a Carta Magna de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Consagrado, portanto, a presunção da inocência em oposição à concepção anterior de que se partia do princípio de que o acusado era culpado, e que a este cabia provar a inocência.

Hodiernamente, ao Estado interessa, na mesma medida, a absolvição do inocente quanto à condenação do culpado. O Processo Penal significa um instrumento de defesa do indivíduo frente ao Poder Estatal, com vistas à efetiva igualdade de armas no caminho até a decisão judicial, atentando-se para o real significado dessa igualdade, a qual considera a desigualdade material entre as parte no decurso do processo penal.

Nessa esteira, a imparcialidade do Juiz, o princípio do “*favor rei*” e da publicidade dos atos processuais representa a constitucionalização do processo penal, bem como outros princípios a serem tratados no presente trabalho.

1 BREVE NOÇÃO HISTÓRICA

Após a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, que perdurou do século XVI ao início do século XIX, e de algumas disposições processuais previstas na Constituição Imperial de 1824, surgiu a possibilidade de o Brasil formar seu ordenamento penal e processual penal próprio, disso adveio o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, em 1932, nossa primeira legislação codificada.

Inspirado na Lei Processual Penal Italiana fascista da década de 30, o Código Processual Penal Brasileiro foi elaborado sobre bases autoritárias, adequadas ao contexto do Estado Novo.

Havia um compromisso entre a segurança e a justiça, partindo-se da premissa de que a subsistência da ordem social dependia da segurança na sociedade, de forma a permitir a coexistência entre os homens. Todavia, sem a justiça o convívio seria possibilitado pelo uso da força, o que levaria ao desequilíbrio entre os homens, comprometendo a própria segurança e a convivência pacífica.

Vale transcrever trecho do inciso XVIII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 do então Ministro da Justiça Francisco Campos:

XVIII – Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre os interesses sociais e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e segurança de sua liberdade. (MIRABETE, 2002).

Dentro do contexto do Estado Novo vivido à época, embasado na Constituição de 1937, então outorgada, o Poder Judiciário era subordinado ao Poder Executivo, não se perdendo de vista que, em um regime ditatorial o exagero no uso do Poder do ditador não é coibido pelo Judiciário ou sua extensão predeterminada pela Constituição.

No que pertine ao Código de Processo Penal é percebido que, na verdade, o que deveria ser uma carta que protegesse o cidadão dos exageros estatais, se apresentou, à época, como uma verdadeira carta de perseguição.

Para que fosse obtida a segurança social o Estado conduzia a apuração de um fato delituoso praticado de forma a obter uma satisfação visível aos olhos e sentidos da sociedade.

O Código Processual de 1941 continha uma hierarquia de valores na qual a segurança pública preponderava sobre os demais, como decorrência do espírito autoritário que possuía. Não se cogitava de direitos do acusado a serem respeitados.

A presunção da culpabilidade norteava o regramento instrumental penal, sendo o acusado tratado como potencial culpado.

Buscava-se a verdade, tratada como a verdade real, com o uso, por diversas vezes, de práticas autoritárias e abusivas por parte do Poder Público. Possuindo, ainda, a ilimitada liberdade de iniciativa probatória do magistrado, o que prejudicava sua imparcialidade.

Procedia-se ao interrogatório do réu de forma inquisitória, ou seja, sem a intervenção das partes, e este se apresentava, exclusivamente, como meio de prova.

Com o passar dos anos o Código de Processo Penal sofreu algumas alterações pontuais e algumas leis extravagantes vieram a aperfeiçoar o sistema processual penal pátrio.

Todavia, nenhuma alteração se assemelhou à promovida pela constituição Federal de 1988.

A evolução imposta pela Carta Magna de 1988 fez com que as regras processuais saltassem de uma perspectiva teórica nitidamente autoritária, na qual prevalecia a preocupação com a segurança pública, para a direção diametralmente oposta, incrementando tais regras com um sistema de amplas garantias individuais.

Em seu artigo 5º, LVII dispõe a Carta Magna de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A partir de então o processo penal passa a significar um instrumento de garantia do indivíduo acusado frente ao Poder Estatal, sendo exigida a efetiva igualdade entre os mesmos.

Passa a ser exigido o respeito a princípios garantidores do devido processo legal para que o procedimento não se apresente crivado de nulidade.

Não possui mais o Estado o direito de punir, mas a este interessa, na mesma proporção a punição do culpado, quanto à absolvição do inocente.

O Processo Penal Constitucionalizado e materialização dos princípios embasam do Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Magna de 1988, no âmbito do procedimento penal serão objeto de análise neste trabalho, na medida em que, tratar-se-á dos princípios norteadores do Processo Penal Brasileiro.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Estado Brasileiro passa a ser denominado Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado em que se exige a regência por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais os quais são pilares para a nova ordem processual de conformidade com os princípios constitucionais.

Essa mudança de bases do Estado Brasileiro determinou a invalidade de alguns artigos e interpretações de leis infraconstitucionais, tendo em vista o caráter garantidor dos direitos individuais agora presente na Lei Maior do Estado.

O processo penal não fugiu ao anteriormente explicitado. Criado em 1941, sob a égide de um regime autoritário, o Código de Processo Penal precisou ser reinterpretado para se adequar à nova ordem vigente.

Como leciona o professor Antonio Scarance Fernandes, citando a nossa grande doutrinadora Ada Pellegrini Grinover(2005):

“o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive.” (FERNANDES, 2005 apud PELLEGRINI)

A Constitucionalização do Processo significa a previsão no texto constitucional de princípios básicos e de normas processuais garantidoras do indivíduo de modo a instrumentalizar a realização da justiça com um fortalecimento dos instrumentos de defesa do acusado e da presunção de inocência como primeiro pressuposto na persecução penal.

Tal fenômeno permite que a sociedade possa sempre exigir que determinados procedimentos sejam necessariamente observados para que se considere legítima a supressão da liberdade, patrimônio, igualdade, legitimando, portanto a ação do Estado na definição dos conflitos.

Assim, através da constitucionalização do processo, com a implementação das garantias do contraditório e da ampla defesa, pode-se afirmar que a sociedade possui o meio mais seguro, para se aferir mais objetivamente a legitimidade de determinada decisão judicial, ou seja, se ela está inserida dentro do pacto fundamental de realização da Justiça dentro do Estado Democrático de Direito.

A regra básica do devido processo legal está consagrada na Carta Constitucional de 1988, bem como princípios que serão tratados no presente trabalho. Desse modo, claro está que o direito brasileiro inscreve-se perfeitamente no imperioso de realização da Justiça sob a obediência de preceitos fundamentais do indivíduo previstos na Lei Maior.

O conjunto de regras garantidoras constitucionalmente previstas expressa a constitucionalização do processo, servindo de norte objetivo à garantia de aplicação das normas previstas quando do desenrolar processual.

Importante salientar que no novo paradigma constitucional temos uma alteração de sistema saindo de um sistema quase que inquisitorial em que não se separava bem as funções acusatórias da julgadora, por exemplo, o juiz em determinadas situações poderia abrir a ação penal através de portaria e também requerer e produzir provas, misturando dessa forma as funções acusatórias da julgadora, com o advento da CRF/88, temos notadamente o implemento do sistema acusatório em que vemos bem definido as atribuições do órgão acusador público – Ministério Público e o órgão julgador – Estado Juiz com a função julgadora, garantindo a necessária imparcialidade. Como desdobramento desse sistema tem o princípio do Promotor Natural e do Juiz Natural em que previamente temos a designação do órgão acusador e julgador para o processo penal que o indivíduo dentro da persecução criminal será submetido.

É fundamental, termos em mente que sob a nova ordem constitucional nós temos o réu na ação penal amparado até a sentença penal condenatória com transito em julgado, na situação que chamamos de estado de inocência, ou seja, presume-se o réu inocente até que a acusação prove a culpa na infração penal, através da comprovação da materialidade e da autoria do delito.

Além disso, temos uma necessária releitura dos institutos processuais penais que passam por uma interpretação constitucional que nada mais é que amoldarmos as normas processuais aos princípios constitucionais, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do devido processo legal com suas duas vertentes conjuntas que é o princípio do contraditório e ampla defesa que devem seguir lado a lado para dar paridade e igual oportunidade à acusação e defesa.

Vemos que a constituição procurou ampliar as garantias e os meios de defesa do cidadão dentro do processo penal, fortalecendo e amparando o cidadão frente o Estado, dando as vertentes necessárias as quais o processo deve seguir para dar real condições de defesa e de um julgamento realmente justo e democrático próprio de um Estado de Direito.

É apropriado citarmos a ponderação do doutrinador Aury Lopes Jr que ressalta:

“O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo. Como consequência, opera-se uma democratização do processo penal, que se manifesta através do fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente.”

Nesse cenário, impôs-se a necessidade de nova interpretação do Código de Processo Penal. Apesar de, desde o início de sua vigência, ter sofrido algumas mudanças no sentido de abrandar o espírito totalitário sob o qual fora criado, a promulgação da Constituição de 1988 é que se apresentou como divisor de águas, passando a ter uma nova interpretação a partir de então primando pela valorização dos direitos e garantias fundamentais.

Frente à Lei Maior imperiosa a mudança de espírito do estatuto processual, imprimindo-se a esta interpretação conforme os novos ditames constitucionais.

O fenômeno da constitucionalização do processo veio a proteger o indivíduo frente ao poderio estatal pelas garantias fundamentais processuais inseridas na Constituição, determinando que o desrespeito de qualquer destas normas durante a marcha processual inquina de vício de nulidade o procedimento os quais tem diversos recursos e meios pelos quais o cidadão poderá se resguardar frente a possíveis abusos ou nulidade notadamente o Habeas Corpus, Mandado de Segurança e recursos processuais diversos para cada caso.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

3.1 Devido Processo Legal

Por este princípio exige-se a existência de uma Lei reguladora anterior ao fato praticado, o que, no processo penal significa que mister haver uma forma preestabelecida em Lei para a validade dos atos e termos do processo.

Impõe a Constituição de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tal princípio quer significar que é imperioso que se observem todas as formalidades previstas em lei para que se cerceie a liberdade de um indivíduo, ou para que se prive alguém de seus bens.

Para Moraes (2001):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e a plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

Tendo em vista que frente à Carta de 1988 o processo penal passa a significar um instrumento de garantia do indivíduo acusado frente ao Poder Estatal, seu regular trâmite é que garante ao acusado que seus direitos individuais serão respeitados, não se admitindo nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei.

Diferentemente dos tempos do advento do Código de Processo Penal, hodiernamente, a liberdade é a regra, e seu cerceamento a exceção.

Este princípio se apresenta como derivado dos demais princípios norteadores do processo penal. Ele rege, como assevera Paulo Rangel, todo o arcabouço jurídico processual. Assim, diante do devido processo legal, todos os demais princípios são pressupostos.

Aqui impende ressaltar que o princípio do devido processo legal relaciona-se diretamente com o sistema acusatório que vige.

Neste sistema há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, repartidas entre três personagens distintas: autor, juiz e réu. A função acusatória delegada ao Ministério Público, dá suporte à imparcialidade do julgador, não mais responsável por acusar o réu.

A Constituição Brasileira de 1988, inspirada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao adotar em seu art. 5º, inciso LVI, o princípio da invalidade das provas obtidas por meios ilícitos, consagra em nosso sistema constitucional, a doutrina constitucional americana sintetizada na expressão "fruits of the poisonous tree", observada, em alguns casos, pelo Supremo Tribunal Federal para efeito de anular procedimento que tenha sido inquinado por vício em uma de suas fases ou ato praticado.

Quanto ao devido processo legal já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS" - 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 PENAIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS 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 - PEDIDO DEFERIDO. 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 (privilégio 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 nº 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 reperguntas 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 reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (HC 94601/CE – Ceará – Rel. Ministro Celso de Mello – 2ª Turma – STF - Dje 171 – 11/09/2009)

3.2 Contraditório

Consagrado no artigo 5º, LV da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Inerente ao direito de defesa e, portanto, decorrente da obediência ao devido processo legal, a instrução sob o crivo do contraditório é requisito indispensável ao processo penal, sob pena de nulidade absoluta dos atos praticados.

Ao acusado é dada a oportunidade de se defender das acusações oferecidas pelo Ministério Público, ou pela vítima titular da ação penal, devendo haver uma efetiva defesa técnica do réu para validar o processo.

Em sendo a defesa desidiosa ou tecnicamente insuficiente inquinado de nulidade está o processo por desobediência ao direito de defesa, visto que, desse modo, o réu foi privado de efetiva possibilidade de rechaçar a acusação, impondo a anulação do feito em nome do respeito à conjugação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Vale dizer que, no processo penal constitucional, é indispensável que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Paulo Rangel, citando Antônio Scarance Fernandes, assevera:

Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.(RANGEL, 2007 apud FERNANDES)

Assim, o contraditório impõe uma estrutura de ação e reação ao processo penal, na medida em que deve haver um diálogo entre acusação e defesa, para ao fim se chegar à verdade real dos fatos.

Alexandre de Moraes, citando Nelson Nery Júnior, salienta:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do contraditório. (MORAES, 2001 apud NERY JR).

O mestre citado por Alexandre de Moraes ainda leciona sobre o contraditório:

(...) é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo -, assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles a que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor. Como testemunhas e perito não têm pretensão a ser discutida no processo, sendo apenas auxiliares da justiça, não lhes assiste o direito ao

contraditório. Nada obstante o contraditório ser garantia constitucional estampada no art.5º, o que à primeira vista poderia parecer restringir-se ao cidadão ou à pessoa física, na verdade essa garantia pode ser invocada por pessoa física ou jurídica, na defesa não só da igualdade processual, mas também na defesa dos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual etc. (MORAES, 2001 apud NERY JR).

Desse modo, conforme ensina Paulo Rangel, o ato jurídico que garante o direito do réu de ser ouvido sobre as acusações que a ele são imputadas é a citação. Trata-se de direito e garantia fundamental do indivíduo, inerente ao devido processo legal, pois que dá ao acusado o direito de defesa e de responder às acusações feitas.

Por meio da citação o acusado toma ciência do processo, passando, após a mesma, a fazer parte do processo, completando o triângulo necessário à marcha processual.

Caso citado e agora o então réu não comparecer para proceder a sua defesa, o processo seguirá sem o mesmo, lhe sendo nomeado um defensor público ou um advogado dativo para sua defesa técnica.

Conforme a doutrina pátria, a autodefesa do réu é dispensável, todavia, não o é a defesa técnica, sendo, portanto, imprescindível o chamamento do acusado para tomar conhecimento dos fatos a ela imputados, mas se citado não comparecer torna-se revel.

Nesse cenário, o processo penal significa como já dito, um instrumento de garantia do indivíduo acusado frente ao poderio estatal. Portanto, também é exigido que haja, além da defesa técnica, uma efetiva igualdade entre as partes litigantes, réu e acusador.

Deve-se atentar para o real significado dessa igualdade, a qual considera a desigualdade material entre as parte no decurso do processo penal.

Nesse sentido, Paulo Rangel leciona, citando Aroldo Plínio Gonçalves:

Contudo, a que se ressaltar que contraditório não é apenas “dizer” e “contradizer” sobre matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas principal e exclusivamente, é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo entre as partes. (RANGEL, 2007 apud GONÇALVES)

Verifica-se, portanto, desde 1941 até a atualidade, grande evolução da condução do processo penal, quanto ao tratamento dispensado ao réu.

Não mais se presume a culpa do requerido, lhe sendo garantido o direito de efetiva defesa através do contraditório e da “paridade de armas” para rechaçar as imputações feitas pela acusação.

3.3 Ampla defesa

Entende-se por ampla defesa assegurar ao réu condições que lhe possibilitem levar ao processo elementos que visem a esclarecer a verdade dos fatos, lhe sendo facultado omitir-se ou calar-se, caso entenda necessário.

Tal princípio, conjugado com o contraditório, informa o sistema acusatório, adotado pelo direito pátrio. A função de acusar entregue ao Ministério Público ou, excepcionalmente ao particular-vítima deve ser exercida de forma também a possibilitar a ampla defesa do réu.

Ao oferecer a denúncia ou a queixa-crime deve o órgão ministerial, seu substituto ou a vítima, descrever a conduta imputada ao acusado de forma clara, precisa e individualizada, visto que o mesmo se defenderá dos fatos a ele imputados, possibilitando que o mesmo exerça de forma efetiva seu direito de defesa.

Ora, se o réu não conhece o fato a ele atribuído como poderá proteger seu direito à liberdade?

Disso, ainda, decorre que no caso de múltiplos réus, a conduta de cada qual deve ser individualizada não só para viabilizar a ampla defesa, mas também para que na prolação da sentença cada um seja responsabilizado pelo que efetivamente praticou.

Portanto as imputações penais genéricas são violadoras do devido processo legal, por infringência ao princípio da ampla defesa. Denúncia oferecida sem a devida explicitação do fato praticado de forma individualizada é inepta, impossibilitando a efetiva defesa técnica do réu.

Nesse sentido os Tribunais Pátrios:

HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular

qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (HC 84580/SP – São Paulo – Rel. Ministro Celso de Mello – 2ª Turma - STF Dje 176/2009)

Quando do advento do Código de Processo Penal em 1941, pelo contexto social vivido, como já explicitado, não se cogitava do direito à ampla defesa do réu. Buscava-se, a todo custo, a comprovação da culpa do indivíduo, a qual era presumida.

Vale ressaltar que o interrogatório, então feito de modo quase inquisitório, sem a intervenção das partes, se prestava apenas como meio de prova e não de defesa do réu como atualmente garante a legislação pátria.

Assim, a referência expressa do devido processo legal na Carta Magna de 1988 apresentou-se como uma inovação às antigas cartas Constitucionais, imprimindo extrema relevância à efetiva defesa do réu no processo penal.

3.4 Presunção de inocência

Fruto da necessidade de insurgência contra o sistema processual penal inquisitório, o princípio da presunção da inocência surge em fins do século XVIII, em pleno Iluminismo.

No sistema inquisitório o Estado-juiz concentra em suas mãos as funções de julgar e acusar, o que compromete sua imparcialidade, visto que seu convencimento não formado pelas provas trazidas pelas partes e sim pela sua própria convicção.

Ressalte-se que, nesse sistema a busca pela responsabilização penal do réu é marca, estando este desprovido de qualquer garantia que viabilize sua defesa, o que demonstra a incompatibilidade do sistema inquisitório com as garantias fundamentais que embasam do Estado Democrático de Direito.

Diante da necessidade de proteção do indivíduo do arbítrio estatal foi delineado o princípio da presunção de inocência.

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ainda atual, em seu artigo 9º dispõe que:

Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para efetuar-la, deve ser severamente reprimido pela Lei. (MORAES, 2001)

Dispõe a Carta Magna de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Consagrado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência, nos dizeres de Paulo Rangel, para parte da doutrina, determina que qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado deve ser adotada se revestida de caráter cautelar, e, portanto, se extremamente necessária.

E citando Tourinho Filho:

Para eles, enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela. (RANGEL, 2007 apud TOURINHO FILHO)

Desse modo, se verificada a extrema necessidade, a prisão provisória, temporária, em flagrante, preventiva, por pronúncia ou por sentença condenatórias sem trânsito não estão afastadas da constitucionalidade, não obstante a presunção de inocência do acusado.

Em posição diametralmente oposta a do início da vigência do Código de Processo Penal, pelo princípio da presunção de inocência não se presume a culpa como em tempos pretéritos. Ao Estado cumpre comprovar a culpabilidade do réu, e não este a sua inocência.

3.5 Princípio do favor rei

O princípio do favor rei pode ser considerado como a expressão máxima do Estado de

Direito. No que diz respeito à evolução imposta pela Carta Magna de 1988 ao Processo Penal Brasileiro, apresenta-se como o maior marco da transposição de um processo penal de presunção de culpabilidade para aquele em que o se presume a inocência do acusado.

Deparando-se o julgador com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve o mesmo optar pela que seja mais favorável ao réu, ou seja, aquela que atenda ao jus libertatis do acusado.

Sempre que a acusação não carrear aos autos provas suficientes a embasar um decreto condenatório, deve o juiz seguir a tese mais benéfica ao réu.

A inversão do ônus da prova determina que a acusação deva provar a culpa do acusado, como corolário do princípio da presunção de inocência. O órgão acusador deve demonstrar a culpabilidade do réu de modo a ficar clara e determinada a conduta por ele perpetrada, bem como o modo como agiu para atingir o resultado final – crime.

Contudo, a acusação não logrando êxito em comprovar a culpabilidade do réu, impõe-se ao julgador a decisão mais adequada ao respeito do jus libertatis do réu.

Lecionando, Paulo Rangel diz:

O favor rei é o que autoriza o juiz (ou tribunal) a absolver o réu quando, verificando ter ocorrido a prescrição, o feito já estiver suficientemente maduro para proferir uma decisão de mérito, absolvendo-o. ou ainda, havendo a ocorrência de vício processual que autorize a declaração de invalidade do processo ao mesmo tempo que há provas que autorizem a absolvição. Esta deve ser declarada em nome do favor rei. (RANGEL, 2007)

Portanto, mesmo havendo provas para a condenação do réu, se estas demonstrarem ser insuficientes, havendo ainda alguma dúvida sobre a prática do delito pelo então réu, impõem-se a absolvição como decisão mais equânime ao princípio do favor rei.

No recurso de Habeas Corpus 91691/2008, decidido pelo STF, o Ministro Menezes Direito citou Tourinho Filho:

O princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade. Não há, de fato, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado o particular empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o jus puniendi do Estado, por um lado, e o jus libertatis do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir o triunfo da liberdade.

Na mesma decisão continua o ilustre Ministro:

Com efeito, se as provas constantes dos autos, aí incluída a confissão, não indicam com segurança a autoria do delito, merece incidir o artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, impondo-se, por conseguinte, a absolvição dos réus por falta de provas. Veja-se, nessa direção, o magistério de Guilherme de Souza Nucci: “41. Inexistência de prova de concorrência do réu: a hipótese retratada neste inciso evidencia a existência de um fato criminoso, embora não se tenha conseguido demonstrar que o réu dele tomou parte ativa. Pode haver co-autores responsabilizados ou não. A realidade das provas colhidas no processo demonstra merecer o acusado a absolvição, por não se ter construído um universo sólido de provas contra sua pessoa. Pode-se ajuizar ação civil, para, depois, provar a participação do réu no ilícito civil. (RHC 91691/SP São Paulo. Rel. Ministro Menezes Direito – 1ª Turma – STF Dje 074- 19/02/2008)

3.6 Juiz Natural

Prevê a Constituição Federal nos incisos XXXVII e LIII de seu artigo 5º: “XXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”.

A adoção do sistema acusatório pelo direito pátrio imprimiu imparcialidade ao órgão julgador, não mais responsável pela instauração da ação penal e pela acusação, dotado de limitada iniciativa probatória.

A imparcialidade tem no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis. O juiz natural é aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais previstas pela Constituição.

Citando o Ministro Celso de Mello, assevera Alexandre de Moraes:

(...) somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais revistos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo. (MORAES, 2001 apud MELLO FILHO)

A melhor interpretação para o princípio em questão é a feita em sua plenitude, visando a impedir a criação de tribunais ou juízos de exceção, e, ainda mais, respeitando as regras objetivas de determinação de competência.

Pode ser levantada a questão da existência das justiças especializadas no país, todavia, as mesmas não podem ser caracterizadas como justiças de exceção, por serem devidamente constituídas e organizadas pela própria Constituição Federal.

3.7 Promotor Natural

O princípio do Promotor Natural surgiu na doutrina pátria como forma de vincular o ato de designação do Promotor de Justiça e delimitar seus poderes antes do advento da Constituição de 1988, visando impedir nomeações arbitrárias que pudessem prejudicar o acusado.

A Carta de 1988 elevou o Princípio do Promotor Natural a nível constitucional, disciplinando o Ministério Público fora da estrutura dos demais

poderes da República, vez que antes este era vinculado ao Poder Executivo, e determinando em seu capítulo IV, seção I, a essencialidade do Ministério Público à função jurisdicional do Estado, consagrando sua autonomia funcional e administrativa.

Para Rangel (2007) o princípio do Promotor Natural é corolário do princípio da independência funcional, bem como da garantia constitucional da inamovibilidade dos membros do Ministério Público prevista no artigo 128, § 5º, I, b da Constituição.

Nesse sentido vale transcrever a lição do mestre Paulo Rangel:

O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) de ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, em verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo legal. (RANGEL, 2007)

Importante ressaltar o caput do artigo 127 do Constituição Federal:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A parte final do dispositivo acima transcrito amplia as funções do Ministério Público em relação à ordem anteriormente vigente, determinando que tal órgão sempre atue em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade, bens extremamente caros ao Estado democrático de Direito.

Desse modo, enumera a Constituição Federal, no artigo 129, e em rol exemplificativo, as funções institucionais do Ministério Público, dentre elas destaca-se o inciso I que dispõe a atribuição privativa para a promoção da ação penal pública na forma da lei.

Esta disposição põe termo ao procedimento previsto no artigo 26 do Código de Processo Penal, que permitia o início da ação penal, nas contravenções, através do auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.

Apesar de tal dispositivo ainda constar do Código Processual Penal, verifica-se, frente ao artigo 129, I da Constituição de 1988, sua invalidade, tendo em vista a atribuição exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público, não cabendo à autoridade judiciária ou policial a iniciativa da ação penal.

Portanto, tem o réu direito público subjetivo de saber quem o acusa e de somente ser acusado pelo órgão estatal previamente fixado dentro dos limites legais, sendo banida do ordenamento jurídico pátrio qualquer nomeação arbitrária de membro do Ministério Público, ou em desacordo com as normas instituídas, de modo a preservar o direito do acusado a um julgamento justo e imparcial.

Assim, o princípio do Promotor Natural é inerente ao devido processo legal, condenando-se a figura do promotor de exceção, na medida em que, não se admite que alguém seja privado de sua liberdade e/ou de seus bens sem que o órgão responsável pela acusação tenha a garantia de fazê-lo com a independência necessária para repelir qualquer ingerência em seu atuar.

Atualmente o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados, aquele abrange o Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e o do Distrito Federal e Territórios.

Do exposto, vê-se a importância conferida ao Ministério Público após a Constituição de 1988, agora órgão independente incumbido da fiscalização da obediência à lei e da defesa da ordem jurídica estabelecida.

Dentro da constitucionalização do processo, a independência do Ministério Público soma-se às garantias do acusado, na medida em que lhe é assegurado que será acusado por promotor previamente definido e de atuar

totalmente independente, livre de ameaças externas que possam levá-lo a prejudicar o acusado ao invés de defender a correta aplicação da lei.

3.8 Inadmissibilidade de provas ilícitas

O princípio em questão foi elevado a nível constitucional, após 1988, face à importância da atividade probatória na busca das partes em influir na formação do convencimento do julgador. Antes da Constituição da República de 1988, construções doutrinárias e jurisprudenciais buscavam solucionar o problema, frente à falta de disposição legal que regulasse diretamente a matéria.

O dispositivo constitucional regulou a questão das provas obtidas ilicitamente é o art. 5º, LVI, que assim diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

Tal princípio se enquadra perfeitamente na ótica da Carta Constitucional de 1988, que tem como um de seus valores primordiais o respeito à dignidade humana. Disso, conclui-se que impossível, dentro da ordem constitucional vigente, admitir provas colhidas ilicitamente, vez que, normalmente, estas são colhidas com infringência a direitos fundamentais do cidadão, protegidos pela Constituição Federal.

Para que o juiz chegue à conclusão da prática de um crime por um indivíduo e lhe imponha uma sanção penal é indispensável que tenha a certeza da prática do delito e de sua autoria.

Essa certeza, ou verdade real, é conseguida durante a instrução processual, fase em que as partes buscam apresentar todas as provas possíveis visando assegurar sua tese, de acusação ou de defesa.

Na instrução o juiz adquire conhecimento dos fatos no seu íntimo, vez que, através da produção de provas, o magistrado consegue apurar a conduta praticada, adequando-a ao tipo penal, individualizando a conduta praticada por cada agente o que permitirá uma justa decisão.

Assim, a prova constitui-se em elemento de vital importância para o processo capaz de reconstruir um fato ocorrido, de forma suficiente para convencer o julgador. A prova é elemento instrumental à disposição das partes para que possam influir na formação da convicção do juiz, bem como meio para este averiguar sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes.

Conforme José Frederico Marques, o objeto da prova abrange, além do fato criminoso, as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na resolução do caso. Entretanto, importam apenas aquelas questões que sejam pertinentes e relevantes à solução da causa, excluindo-se todos àquelas que não tenham ligação com o que se está discutindo.

Deve-se ressaltar que os princípios atinentes ao processo penal não são estanques, ou seja, todos funcionam em conjunto com vistas à proteção do indivíduo frente ao poderio estatal e à consecução da Justiça.

Dentro disso, vislumbra-se que toda prova admite contraprova, não sendo admitida a sua produção sem o conhecimento e a possibilidade de manifestação da outra parte, ainda que a prova tenha sido trazida aos autos pelo juiz, por respeito ao contraditório.

Assim, impõem-se a bilateralidade dos atos e termos do processo, como decorrência lógica do direito de ampla defesa, pois a ciência de tudo o que é dito ou de todas as provas produzidas nos autos permitem a efetiva defesa do réu.

É nesse quadro de igualdade substancial e bilateralidade que se desenvolve o processo, sendo o direito a produção de provas a forma por excelência de realização do contraditório e da ampla defesa, pois é o meio pelo qual o Ministério Público pode provar que o acusado praticou a conduta delituosa, ou mesmo que este não foi ator no crime, e o réu trazer elementos que demonstrem sua inocência.

Não obstante garantido constitucionalmente, o direito a produção de provas tem limite também imposto pela Carta Magna, sendo, desse modo, vedado a produção de provas ilícitas.

Deve-se aqui diferenciar as provas ilícitas das ilegítimas e ilegais, nesse sentido, ensina Alexandre de Moraes que as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, já as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual, sendo ambas as espécies do gênero provas ilegais, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

A doutrina constitucional atenua a vedação da produção de provas ilícitas baseando-se no princípio da proporcionalidade que busca equilibrar o interesse social em descobrir a verdade e a necessidade de se defender os direitos fundamentais do réu.

Tendo em vista que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, em decorrência da necessidade de conviverem no mesmo sistema jurídico, necessário, portanto, extrair o real significado do dispositivo constitucional que veda a admissão de provas ilícitas.

Embora reconhecida à inconstitucionalidade da prova ilícita, tal princípio busca sopesar os bens jurídicos envolvidos, determinando uma proporção entre a infringência da norma na coleta da prova e os valores que a sociedade busca preservar através dessa prova, com fins de se atingir a efetiva Justiça.

No que pertine a produção de provas ilícitas, nossos tribunais entendem que somente se aplica o princípio da proporcionalidade em favor do réu, permanecendo a regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que excepcionalmente serão admitidas em juízo por respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.

Ainda há que se falar das provas ilícitas por derivação que podem ser definidas como provas que mesmo lícitas foram conseguidas através de um prova ilícita anteriormente produzida. Trata-se da contaminação de provas em tese lícitas por outra ilícita da qual derivara.

Adota o Supremo Tribunal Federal a teoria dos frutos da árvore venenosa pelo qual são inadmissíveis as provas ilícitas por derivação tendo em vista a comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.

Ressalte-se, porém, que verificada a existência de provas ilícitas ou destas derivadas estas devem ser as mesmas do processo desentranhadas sem significar a anulação deste, mantendo-se válidas as demais provas lícitas produzidas autonomamente.

Analisando as provas trazidas ao processo o julgador poderá formar seu convencimento sobre a ocorrência ou não do fato delituoso.

A lei confere ao juiz liberdade para valorar as provas trazidas pelas partes, não havendo para tanto valor predeterminado ou legal para cada uma delas, cada circunstância de fato será avaliada no contexto das demais provas existentes, podendo receber maior ou menor peso segundo critérios do julgador diante do conjunto probatório.

A livre valoração das provas opõe-se à tarifação por não haver, de início, um valor para cada elemento probatório ou uma forma predeterminada de provar determinados fatos.

Ao juiz cabe identificar, por sua íntima convicção, dentro do conjunto probatório trazido ao processo qual das partes possui razão, devendo sua decisão ser fundamentada no contido nos autos.

Assim, limita-se a liberdade do juiz para apreciação da prova, não lhe permitindo utilizar de suas convicções e valores próprios para proferir a decisão no processo, como ocorria pré-constituição de 1988.

Ainda, não obstante a liberdade conferida ao juiz para a valoração da prova, no processo penal há formas de prova legal, que restringem a liberdade do magistrado, como o exame de corpo de delito para comprovar as infrações que deixam vestígios.

3.9 Imparcialidade

No processo constitucional frente à exigência de um permanente diálogo entre o juiz e as partes, revelador do contraditório deve ser protegido a garantia da imparcialidade do juiz, sem a qual o processo pode transformar-se em instrumento de injustiças sob a proteção do poder estatal.

A princípio a imparcialidade significou o distanciamento total do magistrado em relação às partes litigantes, de forma a garantir a isenção de seu julgamento, em contraposição da postura do juiz pré-constituição de 1988.

Desse modo, a decisão final do processo deveria ser fruto daquilo que o juiz colheu da instrução processual apenas.

Sendo defeso às partes solucionarem o conflito por meio de suas próprias forças, deve o Estado, detentor do poder-dever de prestar a tutela jurisdicional necessária à resolução daquele, agir no processo, através de seus órgãos, com absoluta isenção, como forma de retribuição da confiança que lhe é depositada pela sociedade.

Portanto, é exigido dos que exercem a jurisdição a condução imparcial do processo, para que também se legitime a decisão imposta pelo representante do Estado frente à sociedade como um todo.

Dentro do imperioso da imparcialidade do julgador mister se faz analisa os fenômenos da suspeição e do impedimento do juiz.

3.9.1 Impedimento

Significa estar o juiz impedido de atuar no processo uma verdadeira proibição a este imposta pelo ordenamento. Ainda mais, o impedimento representa obstáculo absoluto, intransponível ao exercício da função jurisdicional pelo juiz que esteja em uma das situações elencadas no artigo 134 do Código de Processo Civil.

Proferida sentença em processo por juiz impedido esta é invalidade nos termos do artigo 485, II do Código de Processo Civil.

Assim, o impedimento priva o juiz do exercício de suas funções em determinado processo, tem natureza de objeção processual, podendo ser alegado por qualquer das partes, ou mesmo ser reconhecido de ofício pelo juiz.

3.9.2 Suspeição

A suspeição é a dúvida de que o juiz não terá condições psicológicas de julgar com isenção o feito, impondo ao magistrado o dever de afastar-se da presidência do processo sempre que se revele, em concreto, qualquer dos motivos arrolados pelo artigo 135 do Código de Processo Civil.

Havendo motivos que permitam concluir-se pela sua suspeição, pode o juiz abster-se de participar do feito de ofício, podendo a parte argüir a suspeição do magistrado em tempo hábil, sob pena de preclusão, significando que a mesma aceitou a presença do juiz naquele processo.

Contudo, ao contrário do impedimento, não argüida a suspeição não prejudica o processo por se apresentar apenas como um obstáculo superável ao exercício da função jurisdicional pelo juiz suspeito.

Hodiernamente, entende-se que o juiz deve se ater às provas trazidas pelas partes no curso do processo, bem como manter-se imparcial durante todo este e quando proferir sua decisão final. Todavia, isso não basta. Deve o julgador manter atenção aos rumos do processo de modo a garantir a verdadeira promoção da justiça.

4 CONCLUSÃO

A importância da mudança no Código de Processo Penal Brasileiro imposta pelo advento da Constituição Federal de 1988, diante do fenômeno da constitucionalização do processo se apresenta na alteração do que deve prevalecer na persecução penal, a condenação do acusado ou o respeito às garantias individuais.

O imperioso do respeito às garantias fundamentais do indivíduo, prevista em dispositivos constitucionais, impõe que não pode haver o afastamento de qualquer regra garantidora no curso do processo penal.

Não mais se compreende o processo penal dentro do Estado Democrático de Direito afastado do respeito às garantias fundamentais do indivíduo.

A constitucionalização do Processo, com a imposição do respeito aos princípios elencados no presente trabalho, representa a mudança de concepção imposta ao velho Código Penal de 1941.

À época, o espírito que guiava o processo penal era de inspirações autoritárias, que não possuem mais espaço na sociedade brasileira atual.

Diante disso, há dispositivos no referido codex que têm dificuldade de conviver com a inspiração garantidora dos direitos fundamentais do indivíduo acusado da prática de um fato delituoso, realidade que impõe o que Eugênio Pacelli de Oliveira denomina de filtragem constitucional.

Com tal filtragem, eventuais dispositivos que não se enquadrem à nova ordem constitucional podem permanecer em vigor, todavia sob uma interpretação conforme aos princípios contidos na Carta Magna de 1988.

Tal interpretação deve ser procedida pelos Tribunais, bem como pela doutrina pátria a fim de que se obtenha o limite da lei repressora frente às garantias dispostas no texto constitucional.

Importa, por fim, e mais uma vez, diante da constitucionalização do processo, ressaltar o grande avanço imposto pela Constituição de 1988 ao Processo Penal, de modo que nos moldes atuais seja preservado o estado de inocência do acusado, seu direito de defender sua liberdade de forma ampla e sob o crivo do contraditório, sendo julgado por juiz natural, como forma de respeito ao devido processo legal, garantia fundamental do indivíduo no estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 84580. Milto Bardini, Rubens Nunes Tavares, Yves Lois Jacques Lejeune, Oswaldo Daude ou Oswaldo Saúda, Giovanni Lenti, José Carlos Dias e outro (a/s) e Superior Tribunal de Justiça – Relator Ministro Celso de Mello. São Paulo 18 de setembro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 28 de outubro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Recurso em Habeas Corpus . RHC 91691. Luis Gustavo dos Reis, Rodrigo Dias da Silva, Eduardo Gabriel de Oliveira e Superior Tribunal de Justiça – Relator Ministro Menezes Direito. São Paulo 19 de fevereiro de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 28 de outubro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 94601. Victor Ares Gonzales, José Osvaldo Rotondo e outro (a/s) e Relatora do Habeas Corpus nº 93125 do Superior Tribunal de Justiça – Relator Ministro Celso de Mello. Ceará 11 de setembro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 28 de outubro de 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Brasília 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2009.

BRASIL. Decreto Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Presidência da República. Rio de Janeiro 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 08 de outubro de 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes, **Processo Penal Constitucional**, 4º edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES Jr., Aury Lopes Jr, **Introdução Crítica ao Processo Penal**, 3ª edição, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de *apud* JUNIOR, Nelson Nery. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de *apud* MELLO FILHO, José Celso. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. – 2ª tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

RANGEL, Paulo *apud* FERNANDES, Antônio Scarance. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

RANGEL, Paulo *apud* GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SOUSA, Gustavo Setúbal. **O processo penal Constitucional**. Viajus. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=869>>. Acesso em 13 de agosto de 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 1º vol 39 ed.: Saraiva, São Paulo, 2007.