

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSO PENAL¹

JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO

Juiz do Trabalho

À Guisa de Introdução

Com o presente trabalho, subordinado ao título GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSO PENAL, atendo a um honroso convite do DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, no sentido de ser um dos palestrantes do Curso de Especialização em Processo Penal patrocinado pela ESMEC, destinado a Juízes de Direito, Promotores de Justiça e Defensores Públicos com atuação na Justiça Criminal, e submeto à apreciação dos ilustres participantes daquele Curso, como estímulo ao debate, algumas considerações acerca das garantias constitucionais de direito penal e de processo penal definidas na Constituição Federal de 1988.

Desenvolve-se o trabalho em oito partes. Após uma tentativa de diferenciação entre regras e princípios e de alguns comentários sobre as dimensões dos direitos fundamentais e sua repercussão sobre as garantias penais e processuais penais na Constituição Federal de 1988, apresento uma apertada síntese sobre as garantias de direito penal e de direito processual penal insculpidas na Lex Magna, para, em seguida, analisar os remédios jurídicos constitucionais em matéria penal e processual penal, especialmente o *habeas corpus*, o mandado de segurança em matéria criminal, o *habeas data* e algumas garantias complementares previstas no texto constitucional. Em final, detenho-me naqueles dois princípios constitucionais que considero os mais importantes para os objetivos deste trabalho, quais sejam o devido processo legal e a plenitude da defesa.

“Pode-se suspeitar - com NAGIB SLAIBI FILHO - que a adoção textual do princípio do *due process of law* em nível constitucional, mais do

que uma aspiração jurídica, representou um natural desenvolvimento da sociedade que não mais se conforma com a atuação estatal sem controle e altamente cerceadora do desenvolvimento do indivíduo... A assimilação do devido processo legal como prática social é questão que, antes de jurídica, decorre dos padrões culturais que se pretende alterar: o legislador constituinte fez o que lhe cabia, que foi rever o sistema. Aos integrantes da comunidade jurídica caberá o maior fardo: assimilar um novo padrão cultural e, depois, transmiti-lo à sociedade.”²

A historicidade é o atributo do direito que se deve, uma vez mais, evocar neste momento da experiência constitucional brasileira: “Assim como a natureza não procede por mutações súbitas e violentas - *natura non facit saltus* -, da mesma forma as leis tanto mais eficazes se mostram quanto mais adaptadas aos costumes, observando, em suas alterações, uma linha de continuidade histórica da qual resultam a estabilidade e a ordem, o que evidentemente não quer dizer estagnação. O direito nasce dos fatos ocorridos entre os homens ou que interferem nas relações humanas. *Ex facto oritur ius*. Conseqüentemente é algo de concreto, e não um produto cerebrino, uma idéia pura, embora naqueles fatos estejam encarnadas idéias que movem o homem, ser racional, e o impelem à ação, colimando determinados fins... Mais do que um conservador, devemos considerar o jurista um homem a serviço da tradição, tomando-se esta palavra no seu significado etimológico (de *tradere*), como a entrega ou transmissão de um certo patrimônio de cultura, compreendendo os valores dominantes numa sociedade e que vão passando de geração a geração. A tradição inclui a idéia de progresso, sendo este impossível sem as aquisições dos que nos precederam, quer no domínio das ciências e no das artes, quer no das relações sociais.”³

As duas citações acima são feitas a propósito da postura do constituinte de 1988, que produziu um texto que, em matéria de proteção da pessoa, tentou dar fim ao privilégio, negação do Direito, no dizer de Roberto Lyra. É com esse pensamento e inspirado nos dois textos transcritos que se produz o trabalho que ora se apresenta.

I. Regras e Princípios - Uma Tentativa de Diferenciação

As normas constitucionais assumem, em geral, o caráter de *princípios*,

enquanto as demais normas costumam adotar a estrutura de *regras*.

Em face disso, é necessário trazer à discussão, nesta oportunidade, a velha e tormentosa questão sobre a diferença existente, no âmbito do superconceito *norma*, entre regras e princípios. De fato, trata-se de uma tarefa particularmente complexa. Ainda que assim seja, o trabalho comporta uma tentativa de explicação do assunto.

Deixe-se claro, por primeiro, que as regras e princípios são duas espécies de normas, e, portanto, a distinção entre regras e princípios não passa de uma distinção entre duas espécies de normas. Vários são os critérios sugeridos pela doutrina constitucional para se fazer essa distinção: o grau de abstração, o grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, a 'proximidade' da idéia de direito, a natureza normogenética, etc.

Qualquer que seja o critério utilizado, interessa-nos, sobretudo, a idéia de que os princípios, na sua qualidade de verdadeiras normas, são qualitativamente distintos das outras categorias normativas, as chamadas regras jurídicas. Para J. J. GOMES CANOTILHO, essas diferenças qualitativas se traduzem, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

*“(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma **otimização**, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: **applicable in all-or-nothing fashion**); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;*

(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas'

definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).”¹⁴²

Outro, aliás, não é o entendimento do nosso CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. A propósito do conceito de princípio, assim diz ele:

“Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”⁵

O princípio constitui, pois, em virtude de sua grande generalidade, regra básica e preeminente, vinculadora da interpretação e aplicabilidade de outras normas jurídicas, inclusive constitucionais. Diz VALMIR PONTES FILHO sobre o assunto:

“Funcionam, digamos assim, como os alicerces e as vigas mestras do grande edifício que é o ordenamento jurídico. Por tal motivo, exatamente, é muito mais grave ferir um princípio do que uma mera norma constitucional.

Qualquer que seja o dispositivo da Carta Magna, qualquer que seja a norma jurídica, de natureza constitucional ou infraconstitucional, haverá, assim, de ser interpretada de acordo com

tais princípios, verdadeiros vetores para soluções interpretativas, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello."⁶

Para WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, a questão se coloca assim:

*"Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos ('tatbestande') específicos, um determinado funtor ou operador normativo ('proibido', 'obrigatório', 'permitido'), enquanto aqueles outros - os princípios - não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídica e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que os princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado 'sopesamento' (Abwagung), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as conseqüências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas, por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada. É certo que pode haver um dissenso com relação à subsunção dos fatos à hipótese legal, existindo mecanismos institucionais que garantem (e impõem) a chegada de um consenso, de forma racional, por explicitarem um procedimento a ser adotado, no qual se abre a oportunidade para a demonstração dos fatos e apresentação dos argumentos e interpretações divergentes."*⁷

Os princípios são, pois, o resultado de um consenso em torno da adoção de certos valores, cujo conflito só poderá vir a ser democraticamente resolvido com a garantia do dissenso, do debate sobre eles, na instância competente do Poder Público.

É exatamente em razão da importância de que se reveste o conceito de princípios que, nos últimos tempos, tem-se salientado bastante a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas de direito, com a descrição (ou 'tipificação') de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva,

amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como 'fato permitido'). Já os princípios, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a sua ocorrência, extraindo a consequência normativamente prevista. Eles devem ser entendidos como indicadores de opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com tantas outras opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem-se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo *in abstracto* conflituantes entre si.

II.

II.1. As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser vistos em, pelo menos, três dimensões: perspectiva filosófica ou jusnaturalista (direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares), perspectiva universalista ou internacionalista (direitos de todos os homens ou categorias de homens, em todos os lugares e em certo tempo) e perspectiva estatal ou constitucional (direitos dos homens - cidadãos - num determinado tempo e lugar, é dizer, num Estado concreto).

Foi na perspectiva filosófica que começaram a existir os direitos fundamentais, pois, antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma idéia no pensamento dos homens. Para salientar o seu aspecto jurídico, é imperioso afirmar que os direitos fundamentais se originam em primeira instância do chamado *direito natural*. Por isso, remonta-se aos estóicos, continuados por Cícero, em Roma, as origens dos direitos fundamentais, uma vez que nas suas obras se manifestam as idéias de dignidade e de igualdade, referidas aos homens, a todos os homens, para além e independentemente da sua qualidade de cidadãos. O Cristianismo deu nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, depois de São Tomás de Aquino e com a poderosa influência escolástica. Todos os homens são filhos de Deus, iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura. Não estamos ainda propriamente perante direitos humanos fundamentais

no sentido atual, o que somente acontecerá na Idade Moderna, quando se “desprovidencializa” a Justiça, quando o homem se descobre no ato de pensar e de conhecer o mundo, quando a razão secularizada se torna fonte de “verdades evidentes por si mesmas”, quando o indivíduo assume a sua liberdade moral no “livre exame”, para que, também de acordo com o novo método, o Direito se transforme em direitos, para que o indivíduo seja o ponto de partida autônomo da ordem social e política. Afirma-se, então, a primazia do indivíduo sobre o Estado e sobre a Sociedade, construídos contratualmente (Locke) com base na liberdade política e nas liberdades individuais e assim se define a possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem, traçando o sentido da mudança, cujos marcos históricos mais significativos viriam a ser as Revoluções Americana e Francesa.

Foi durante e depois da II Guerra Mundial que se sentiu de modo muito intenso a necessidade de criar, ao nível da comunidade internacional, mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados. A Carta das Nações Unidas (1945) já faz referência a direitos e liberdades fundamentais, mas sempre se entendeu que a intervenção da Organização só seria válida num quadro de promoções, estímulo, auxílio ou recomendação, donde se reconhece, desde logo, a necessidade de uma proteção internacional eficaz desses direitos e liberdades, o que levou à feitura da Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) e dos Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cívicos e Políticos (1966, em vigor desde 1976), além de inúmeras convenções que, direta ou indiretamente, contêm matéria sobre direitos fundamentais. Também em 1948, e antes da Declaração Universal, os Estados Americanos elaboraram a sua Declaração de Direitos, que, no entanto, só começou a ser implementada a partir de 1959, vindo a culminar com a Convenção Americana dos Direitos do Homem (São José da Costa Rica, 1969). O mesmo ocorreu na Europa. A Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem (1950), com os seus cinco Protocolos adicionais, reafirma os direitos cívicos e políticos fundamentais, e é completada em 1961 pela Carta Social Européia (1965), onde se estatuem os direitos econômicos, sociais e culturais dos “cidadãos da Europa”. Os países africanos deram, igualmente, um passo decisivo na proteção dos direitos humanos ao assinarem a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos (Nairobi, 1981), que aguarda as ratificações necessárias para entrar em vigor. A assinatura de todas estas declarações, convenções e pactos, associada à proliferação de organizações não estatais

[mais de mil organizações privadas para defesa dos direitos humanos - umas defendem os direitos em geral, sendo as mais conhecidas a *Amnistia Internacional* e a *Comissão Internacional dos Juristas*; outras defendem certos direitos em especial, como a *Sociedade Anti-Esclavagista*, a *International Pen* (que defende a liberdade de criação literária), o *Conselho Mundial de Igrejas* e a *Comissão Pontifícia Justiça e Paz* (especialmente dedicados à liberdade religiosa)] assinalam a preocupação internacional de garantir certos direitos fundamentais do homem.

A garantia constitucional de certos direitos ou liberdades perante os poderes públicos datam do século XVII, quando os ingleses conquistaram direitos por ocasião da Revolução Puritana e da Revolução Gloriosa, surgindo, como enunciações gerais, embora de direito costumeiro, na *Petition of Right* que Carlos I teve de assinar em 1628, no *Habeas Corpus Act* (1679), assinado por Carlos II, e, sobretudo, no *Bill of Rights* (1689), que Guilherme d'Orange subscreveu e onde se consagram o direito de petição, a proibição dos tribunais de exceção e de penas cruéis e até uma relativa liberdade de expressão parlamentar. Esses direitos dos ingleses são transplantados para os Estados Unidos, por intermédio da Revolução Americana, como *direitos dos homens*, e para a França, com a afirmação jurídica dos direitos fundamentais (a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1789, produzida em nome da Razão Universal, em que afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição - art. 16.º). Essa limitação efetiva do poder alcança-se através da consagração constitucional dos direitos, que se tornam, assim, direitos constitucionais, reunindo, por força dessa sua dignidade formal, as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva, com um valor superior ao da própria lei. O movimento constitucionalista iniciado nos Estados americanos e continuado por toda a Europa e pelo mundo respeitou e realizou o art. 16.º, da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de modo que não há praticamente constituições que não tenham dedicado um espaço aos direitos ou liberdades fundamentais. O conjunto de direitos que é considerado hoje patrimônio comum da generalidade dos Estados inclui igualmente os direitos naturais, mas não se circunscreve a eles: excluindo os direitos dos povos, que não são direitos humanos propriamente ditos, alarga-se, por exemplo, às liberdades cívicas e direitos políticos e vai ao domínio dos direitos econômicos, sociais e culturais. É nesse quadro que deve ser examinado o catálogo dos direitos fundamentais descritos na

Constituição Federal de 1988, máxime os que se consubstanciam em garantias penais e processuais penais.

II.2. As Garantias Penais e Processuais Penais na Constituição Federal de 1988

MEIRELLES TEIXEIRA define as garantias constitucionais chamando-as de *direitos institucionais*:

“Os direitos institucionais - já vimos em que consistem estes direitos, também denominados ‘princípios constitucionais’, ou ‘garantias institucionais’. Preferimos, todavia, a denominação direitos institucionais porque eles configuram verdadeiros direitos subjetivos, e ainda para não confundi-los com as garantias gerais ou específicas da liberdade (garantias constitucionais).

Vimos que tais direitos se configuram quando a Constituição garante a existência de instituições, de institutos, de princípios jurídicos, ou ainda a permanência de certas situações de fato -, não podendo, portanto, confundir-se nem com os direitos fundamentais, nem com os direitos sociais, nem, finalmente, com os direitos políticos dos indivíduos.

Como caracteres desses direitos, ou ‘garantias institucionais’, como os denomina, aponta Schmitt os seguintes: a) são, por sua essência, limitados, isto é, somente existem dentro do Estado, afetando uma instituição juridicamente reconhecida, que, como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada, de serviços, de certas tarefas e de certos fins, ainda quando essas tarefas não estejam particularmente designadas e seja admissível uma ‘universalidade de seu círculo de atuação’; b) a proteção jurídico-constitucional visa justamente esse círculo de relações, ou de fins; c) existem dentro do Estado, não antes ou acima dele, pois o Estado moderno é uma unidade política cerrada, é o status por essência, um ‘status’ total, que relativiza em seu seio todos os demais status. Não pode, portanto, reconhecer em seu seio nenhum status de direito público, ou ente intermediário, dados antes dele, sobre ele, que se lhe sobreponham, ou se lhe equiparem, como independentes de sua

esfera; d) além de limitados, são relativos, isto é, existem e são garantidos apenas nos limites da lei, ou de acordo com as leis. Enquanto o conteúdo dos direitos fundamentais considera-se anterior à lei, resultante da própria ordem natural das coisas, da natureza e dos atributos da pessoa humana, e as restrições legais a esse conteúdo apresentam-se como excepcionais, já em relação aos direitos institucionais o conteúdo destes é dado pela própria lei, que lhe fixa soberanamente a extensão e os limites.

O que a Constituição garante, aqui, é somente a existência da instituição ou do instituto como tal, isto é, com um conteúdo mínimo que ela mesma poderá indicar ou estabelecer.”⁸

Assim, exemplificativamente, quando a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5.º, inciso XXXVIII, declara reconhecer a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, garante apenas o reconhecimento desse instituto (a Constituição usa aqui, impropriamente, o vocábulo ‘instituição’), com aquele conteúdo mínimo que lhe constitui a essência, acrescido daqueles traços ou características fixadas desde logo pela Constituição: plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos. Observando esse mínimo, a lei ordinária é quem dá ao instituto o restante do seu conteúdo e da sua organização, podendo, por exemplo, retirar da sua competência o julgamento de todos aqueles crimes que não sejam os dolosos contra a vida, aumentar ou diminuir o número de seus membros, etc.

A garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (CF/88, art. 5.º, inciso LV), acarreta uma série de garantias implícitas, dela decorrentes, tais como: a) a entrega da nota de culpa em vinte e quatro horas ao preso; b) a proibição da prisão sem mandado expedido pela autoridade judiciária competente, a não ser em caso de flagrante delito; c) a proibição da conservação na prisão sem culpa formada; d) a suspensão da prisão pela fiança, nos casos em que a mesma é admitida; e) as cautelas para assegurar a inviolabilidade do domicílio, que é complemento da liberdade individual; f) a competência da autoridade e a forma processual; g) a proibição de júzos ou tribunais de exceção; h) a proibição de prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; i) o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu

interrogatório policial; j) a informação ao preso dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados; k) a comunicação imediata ao juiz competente e à família, ou pessoa por ela indicada, da prisão de qualquer pessoa, bem como do local onde se encontre; l) a proibição de se levar alguém à prisão ou nela ser mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; m) o relaxamento imediato, pela autoridade judiciária, da prisão ilegal.

Trata-se, no dizer de Paulino Jacques, de direitos implícitos das pessoas, verdadeiras contra-partidas dos poderes implícitos do Estado, reconhecidos em todas as democracias representativas do mundo, pelo que urge reconhecer que, tanto de direito penal, como de direito processual penal, existem garantias explícitas e garantias implícitas. As chamadas garantias explícitas são aquelas previstas, de forma expressa, nas Constituições, como acontece em todas as constituições brasileiras até hoje editadas. E as garantias implícitas são as decorrentes de normas da Constituição, semelhantes ao art. 144, da Constituição de 1946, ao art. 153, § 36, da Constituição de 1969, e ao art. 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988. São implícitas exatamente porque tudo aquilo que vier a favorecer o réu deve ser levado em consideração, seja princípio geral de direito, seja decorrência do emprego da analogia ou da equidade, como aliás recomendam a Constituição de 1891 (art. 78), a Constituição de 1934 (art. 114) e a Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-lei N.º 4.657, de 04/09/1942 (art. 4.º). E não se estranhe aqui a indicação de uma lei civil. É que, sendo norma de sobredireito, é evidente que, na interpretação do direito sancionador (Direito Penal), ainda que em nível constitucional, os princípios civis não podem ser postergados, mesmo porque farta jurisprudência, de tempos já imemoriais, exige que a norma de direito penal, em nosso direito, seja expressa, restando ao art. 3.º, do Código de Processo Penal, o recurso à analogia, aos princípios gerais de direito e à equidade, e, afinal, a despeito de se tratar de regra processual, não encontraria supedâneo constitucional interpretá-la contra o réu, eis que acarretaria cerceamento de defesa.

III. As Garantias de Direito Penal na Constituição Federal de 1988

Cuide-se, por primeiro, de esclarecer que, ao longo deste item, situaremos tais garantias numa classificação inicial, colocando-as como

diretas e indiretas. É imprescindível, também, não esquecer que, sendo o direito penal *um direito de garantia*, por sua própria natureza, que objetiva, com seu sistema, garantir o cidadão perante o Estado, no confronto punitivo quando se pretende aplicar o '*jus puniendi*' pela via jurisdicional penal, a única, aliás, possível num Estado Democrático de Direito, utilizo a expressão *garantia*, em lugar da expressão *direito*, por entendê-la muito mais adequada, até mesmo para exprimir eventuais direitos implícitos.

Por garantias diretas entenda-se aquelas relacionadas com a aplicação da lei penal. Indiretas são aquelas que garantem o cidadão contra a aplicação arbitrária da lei penal. Assim, exemplificando, quando o art. 5.º, no seu inciso III, estatui que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*, ou, ainda, no inciso IV, que *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*, quis o constituinte, em verdade, estabelecer garantias indiretas que se consubstanciam até o inciso XII, do mesmo art. 5.º, da Constituição Federal de 1988.

Como garantias constitucionais penais diretas, é possível citar, no art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, o seguinte:

a) não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (inciso XXXIX), decorrência evidente do inciso II, do mesmo art. 5.º, que consagra o princípio genérico da legalidade estrita, ao passo que o presente dispositivo refere-se à matéria penal especificamente, sendo este princípio que informa todas as legislações penais modernas, de vez que nem mesmo o Código Rocco, editado em 1930, em plena vigência do regime fascista, na Itália, deixou de adotá-lo;

b) a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (inciso XL), consagrando aqui os princípios da irretroatividade *in pejus* e da retroatividade *in melius*, princípio dos mais salutarés e que não pode ser entendido, a não ser em conjugação com o inciso XXXVI, é dizer, decorre, como corolário, do princípio da legalidade, assim como do princípio de que a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

c) a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (inciso XLII); a Lei N.º 7.716, de 05/01/1989 (com as alterações introduzidas pela Lei N.º 9.459, de 13/05/1997), que substituiu a famosa Lei Afonso Arinos, define os crimes resultantes do preconceito de raça ou de cor, e trata-se, a toda evidência, de lei regulamentadora do aludido dispositivo constitucional; trata-se de norma extremamente oportuna porque não é possível compreender o racismo num país multiracial como o Brasil, e onde, se preconceito existe, processa-se

de forma velada, oculta, para não gerar indignação na maioria da população que, com certeza, é anti-racista; demais disso, o racismo é absolutamente incompatível com a democracia;

d) a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (inciso XLIII) - o dispositivo ganhou regulamentação por intermédio da Lei N.º 8.072, em vigor desde 25 de julho de 1990; as falhas dessa lei, cuja análise extrapola o objetivo desse trabalho, são bem conhecidas, sendo a mais grave o afastamento do homicídio qualificado dentre os crimes hediondos; este fato causou tanta perplexidade que o Professor Paulo José da Costa Júnior, em artigo publicado pela grande imprensa, sugeriu, jocosamente, que, ao invés de estuprar, dever-se-ia matar, já que apenas o primeiro é considerado crime hediondo; por outro lado, não se pode deixar de apontar uma falha no próprio dispositivo constitucional em comento: trata-se da alusão, desnecessária e confusa, aos casos de co-autoria, hoje denominados concurso de agentes - respondem os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem, ausentes maiores explicações na confusa parte final do dispositivo, o que pode, até mesmo, se interpretada de *lege ferenda*, levar à conclusão absurda de que a omissão culposa é crime hediondo;

e) constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (inciso XLIV); o dispositivo repete, rigorosamente, o inciso XLIII, constituindo fruto da emocionalidade, para usar a expressão de Cretella Júnior, com que foi tratado, na Constituição vigente, o terrorismo, afrontando a tradição jurídica brasileira e fazendo reviver a superada doutrina da imprescritibilidade em matéria penal, esquecido o constituinte da inidoneidade ou ineficácia do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*;

f) nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (inciso XLV), também denominado princípio da personalidade ou intransferibilidade da pena, com assento constitucional, entre nós, desde a Constituição de 1824 (art. 179, § 20), com o detalhe de que, na carta política imperial, proibido estava o confisco de bens e até mesmo a infâmia do réu era intransferível; corolário desse dispositivo são os incisos XLVIII (a pena será cumprida em estabelecimentos

distintos, de acordo com a natureza do delito e o sexo do apenado) e XLIX (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral), isto porque, se a pena não pode passar da pessoa do delinqüente, deverá, em face do princípio da personalidade, ser adequada a ele, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, além do já noticiado respeito à sua integridade física e moral; demais disso, se a pena é pessoal e intransmissível, justificado está o inciso L (às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação); todos esses dispositivos estão interligados pelos mesmos princípios, sendo os incisos XLVIII, XLIX e L complementos indispensáveis do inciso XLV, todos do art. 5.º, da vigente Constituição Federal, ainda que seja possível questionar a presença deles no texto constitucional, de vez que, sendo meros apêndices, poderiam ser regulamentados em lei ordinária; a questão do confisco é bem mais grave, não porque seja conceitualmente mais grave, mas sim pelo momento que vivemos no Brasil, em que toda sorte de crime é irresponsavelmente cometida, máxime os chamados de *colarinho branco*; entre nós, repudia-se o confisco, sendo tal comportamento herança cultural patrimonialista decorrente de crença religiosa, que precisa ser repensado, de vez que, verificando-se o locupletamento de uma pessoa, o empobrecimento de outra, o nexos de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento e a inexistência de uma causa jurídica entre os dois eventos, o confisco deverá ser encarado como consequência inelutável;

g) a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, e suspensão ou interdição de direitos (inciso XLVI); vinculados a este dispositivo estão os artigos 59 e 68, do Código Penal Brasileiro, que estipulam o *arbitrium regulatum* do juiz, constituindo a única limitação de natureza constitucional ao poder do juiz de aplicar a pena a referente às espécies de pena, de enumeração não taxativa, mas sim exemplificativa, dada a expressão 'entre outras', admitindo expressamente o confisco, através da 'perda de bens';

h) não haverá penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (inciso XLVII); quanto à pena de morte, o dispositivo é meramente confirmatório, atinente à individualização da pena, já que a pena capital vem implicitamente proibida pelo art. 5.º, *caput*; a prisão perpétua é, em verdade, um sucedâneo mal acabado da pena morte que afronta o caráter reeducativo da pena, a qual, sendo, em princípio, repressiva, possui

uma acentuada carga preventiva e uma necessária carga pedagógica; as penas de banimento e as referentes à crueldade já haviam sido afastadas do nosso direito, e o restabelecimento do banimento pelo Ato Institucional N.º 14, de 05 de setembro de 1969, contrastou com a nossa tradição jurídica, sendo, hoje, proibida, pela vigente Constituição Federal, a expulsão de brasileiro do território nacional; as penas cruéis, também nas Constituições anteriores, com exceção da de 1937 (que proibia a pena corpórea perpétua, mas admitia a pena de morte em seis casos), de há muito estão proibidas entre nós; quanto aos trabalhos forçados, tenho para mim que não andou bem o constituinte: por que não mandar este exército de presidiários que lota cadeias e penitenciárias construir obras de saneamento básico, estradas, escolas, etc.? Quem está preso há de se submeter às condições de trabalho impostas pela disciplina e, desde que não degradantes ou violadoras de integridade corporal e moral do presidiário, não vejo porque deixar de obrigá-lo a trabalhar, só pelo mito romântico de que o trabalho, para ser frutificante, há de ser voluntário e espontâneo; vedado deve ser o trabalho não remunerado;

i) nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, na forma da lei (inciso LI), assim como não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (inciso LII); a aplicação destes dois dispositivos constitucionais em matéria de direito penal, em se tratando de lei ordinária, fica restrita à extraterritorialidade da lei penal, e regulamentada por ela no art. 7.º, incisos I e II, e parágrafos primeiro, segundo e terceiro do Código Penal, isto porque as regras de direito penal internacional ali contidas não colidem com o texto constitucional; ressalte-se, ainda, que a própria detração de pena cumprida no estrangeiro vem regulada no art. 8.º, do Código Penal, e que, em tema de sentença penal estrangeira, o art. 9.º, do mesmo Código, deixa clara a impossibilidade de pena celular imposta no estrangeiro ser homologada no Brasil para fim de cumprimento no território nacional, ficando a sentença estrangeira restrita à obrigação de reparar o dano e à sujeição à medida de segurança, que, agora, em face da reforma penal de 1984, é meramente clínica.

IV. As Garantias de Direito Processual Penal na Constituição Federal de 1988

Como garantias constitucionais processuais penais, é possível citar,

no art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, o seguinte:

a) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV), constituindo garantia indireta, de vez que abrange todos os aspectos fundamentais da processualística, e cláusula pétrea consagradora do direito à jurisdição, informando toda a legislação processual e tornando polêmica a proibição à ação penal popular, esta tanto mais viável quando se percebe que o constituinte, em dispositivo inédito, regulou a ação penal privada subsidiária da pública, no inciso LIX, do mesmo art. 5.º, dizendo que será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

b) não haverá juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII), dispositivo que abriga o princípio do juiz natural, sendo originário do art. 4.º, da Constituição Francesa de 1948, segundo o qual fica vedado o julgamento de pessoas por quem não for seu juiz natural, o que parece reforçado pela norma segundo a qual ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente (inciso LIII), agora referindo-se especificamente ao processo penal, não sem suscitar dúvidas quanto à extensão da mesma ao processo administrativo, embora, no meu sentir, presente o dispositivo uma dupla abrangência, isto porque diz que ninguém será processado e, em seguida, que ninguém será sentenciado, a não ser pela autoridade competente, o que inclui, à desdúvida, o processo administrativo; há, ainda, muitas outras questões subjacentes, como o julgamento em sala secreta pelo Tribunal do Júri (em face do que dispõe o art. 93, inciso IX, e art. 5.º, inciso LX, ambos da CF/88), e o contraditório no âmbito do inquérito policial (a teor do disposto no art. 5.º, inciso LXIII, da CF/88), que refogem ao objetivo deste trabalho, dada a largueza de nuances que as envolvem;

c) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII), originário, no meu sentir, do art. 27, da Constituição Italiana (*“A responsabilidade penal é pessoal. O acusado não será considerado culpado enquanto não houver condenação efetiva. As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao sentimento de humanidade e devem visar à reeducação do condenado. A pena de morte não é admitida salvo nos casos previstos pelas leis militares.”*), consagrando, por construção interpretativa, não o princípio da *presunção de inocência*, mas o princípio da *presunção de não-culpabilidade*, daí porque o fato de alguém ser preso preventivamente, durante a instrução criminal, não pode conduzir à absurda conclusão de inconstitucionalidade da prisão preventiva;

d) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo em casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (inciso LXI), insculpido na Constituição de 1988 em situação de compromisso entre os constituintes, objetivando afastar a chamada 'prisão correccional', representativa da prepotência e do arbítrio dos chefes políticos e da própria polícia brasileira; por esse dispositivo ficou afastada a possibilidade de prisão administrativa, embora seja possível a prisão provisória (Lei N.º 7.960, de 21/12/1989, art. 2.º);

e) a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (inciso LXII), dispositivo que tenta acabar com a sinistra instituição do 'enruste', que, no jargão policial, é a prisão correccional, uma vez que uma das maiores características do arbítrio é exatamente a desinformação sobre o local da prisão de alguém, resquício da auto-executoriedade da pena, violadora da liberdade física da pessoa e de sua inviolabilidade pessoal;

f) o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (inciso LXIII); o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (inciso LXIV); a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (inciso LXV); todos esses dispositivos são corolários do princípio da publicidade processual, válido tanto para o processo civil como para o processo penal e estão vinculados também aos incisos LVI (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos) e LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória);

g) o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (inciso LVIII), comando que, no meu entender, é elitista e, de certa maneira, até mesmo prejudicial à ação das autoridades policiais; a experiência de cerca de uma década e meia de prática forense me autoriza a afirmar que existem centenas de processos cíveis e criminais, onde acusados, testemunhas, até mesmo peritos e intérpretes, se apresentam com identidade civil falsa, pelo que a restrição à identificação criminal me parece descabida, porque, em verdade, a identificação criminal pela via dactiloscópica faz-se necessária sempre, pois é pacífico que as pessoas têm impressões digitais diferentes umas das outras, de maneira absoluta, e esta é a maneira segura para se evitar a falsa

identidade, crime, por sinal, previsto no art. 307, do vigente Código Penal Brasileiro;

h) ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVI), elevando à categoria de garantia constitucional o direito à fiança, processo de contracautela, regulado no Código de Processo Penal, vista no Brasil com certa antipatia, dados os seus minúsculos limites econômicos, situação somente parcialmente resolvida com a Lei N.º 8.035, de 27 de abril de 1990, que regulamentou esta espécie de caução real, pela via do salário mínimo, com possibilidade de, levada em conta a situação econômica do réu, ser reduzida até o máximo de dois terços (2/3) ou aumentada pelo juiz até o décuplo.

V. Os Remédios Jurídicos Constitucionais em Matéria Penal e Processual Penal

Por muitos chamados de garantias dinâmicas em matéria penal e processual penal, são, em verdade, os remédios jurídicos constitucionais que aqui serão abordados verdadeiras garantias de outras garantias, objetivando, por intermédio do movimento processual, a aplicabilidade das demais. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO entende inadequada a denominação de garantias a tais remédios, preferindo referir-se a instrumentos de defesa de direitos fundamentais:

“A expressão remédio de Direito Constitucional parece não ser das mais felizes, por ser risível a metáfora que encerra. Entretanto, é ela consagrada, para designar ‘uma espécie de ação judiciária que visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos’ (Alfredo Buzaid), as chamadas ‘liberdades públicas’, ou direitos fundamentais do homem. Em lugar dela, muitos preferem usar a expressão garantias de Direito Constitucional. O emprego desta expressão não é errôneo. O habeas corpus, o mandado de segurança, etc., garantem direitos fundamentais. É bom de ver, porém, que, rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao poder público. O habeas corpus, o mandado de segurança, etc., são meios de reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais violados: remédios para os males da prepotência.

O habeas corpus e o mandado de segurança são