

instrumentos de defesa de direitos fundamentais mais, também, remédios que atendem ao interesse pessoal de quem teve violados esses direitos, ou esteja em perigo iminente de sofrer essa violação. Só secundariamente é que tutelam o interesse da coletividade no respeito da ordem jurídica. O direito de petição ou representação e a ação popular, no entanto, tutelam primeiramente o interesse coletivo e secundariamente o individual. Numa certa medida, são direitos de cunho político. Manifestam o interesse de cada um em ver o interesse geral bem administrado.”⁹

Ainda que assim seja, continuo entendendo que tais remédios não perdem a característica de garantias dinâmicas, é dizer, instrumentais para a efetiva aplicação prática das demais garantias. A Constituição de 1988, para proteger as demais garantias, instituiu, ainda, o *habeas data* e, acolhendo construção jurisprudencial surgida na década de 80, admitiu o mandado de segurança em matéria criminal.

O mandado de segurança coletivo (CF/88, art. 5.º, inciso LXX) é inaplicável em nível penal, eis que a norma não se refere nem ao *jus puniendi* ou ao *jus persecuendi*, ou ainda ao *status libertatis*, daí porque dele não me vou ocupar no presente trabalho. De outro lado, o mandado de injunção só seria viável em nível penal em tema de norma penal em branco, para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais inerentes à cidadania, sendo certo, no entanto, que esta eventual e rara situação encontra sucedâneos nos instrumentos vigentes, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e o *habeas data*, daí porque entendo que o mandado de injunção não encontra repercussão na área penal, ficando, portanto, sem sentido sua abordagem neste trabalho. A inconstitucionalidade por omissão (CF/88, art. 103, § 2.º) também não se aplica ao direito penal ou ao direito processual penal, eis que as suas normas explicitadas na Constituição estão em pleno vigor, incorrendo necessidade de medida para torná-las efetivas.

Nessas condições, o trabalho de que aqui se trata limitar-se-á às garantias que interessam diretamente ao direito penal e ao direito processual penal: o *habeas corpus*, o mandado de segurança propriamente dito e o *habeas data*.

V.1 “Habeas Corpus”

Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção,

por ilegalidade ou abuso de poder (CF/88, art. 5.º, inciso LXVIII).

A liberdade de locomoção, no dizer de Pontes de Miranda, inclui a liberdade de ir e vir, mas também a liberdade de ficar, eis que todos têm o direito de permanecer onde se encontrem. No Brasil, o que se protege é o já vetusto *jus manendi, eundi, ambulandi ultro citroque*, que consiste exatamente na liberdade de ir, vir e ficar.

O instituto do *habeas corpus* tem sido tremendamente desvirtuado e isso talvez se deva à facilidade com que o regime democrático permite a sua impetração. É possível encontrar nos Tribunais impetrações objetivando progressão em regime de penas, concessão de *sursis*, prisão-albergue conjuntamente com pedido de apelo em liberdade, ou, ainda, com a finalidade pura e simples de agilizar processos, casos que, por evidente, nada têm a ver com a liberdade de locomoção, em si, não sendo, por isso, passíveis de *habeas corpus*. Dessa forma, o uso do instituto não pode ser indiscriminado, até porque limitado pela própria lei, embora possa ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive o órgão do Ministério Público (CPP, art. 654), e até por via telegráfica.

Qualquer que tenha sito o critério orientador de sua criação legislativa, sobretudo constitucional como garantia do direito de liberdade, o *habeas corpus* sempre foi e é o instrumento hábil à proteção da liberdade de locomoção do cidadão integrante da comunidade, que, no dizer de Pontes de Miranda, “*sem a liberdade de ir, permanecer e vir, não há, nem pode haver, por mais que se sofisme, as demais liberdades*”¹⁰. Trata-se o *habeas corpus* de ação de conhecimento - declaratória ou constitutiva, em razão da natureza da prestação jurisdicional invocada pelo impetrante -, mediante a qual, com a instauração do respectivo processo, sempre de conotação cautelar e exteriorizado em procedimento sumaríssimo, é reivindicada a liberdade de locomoção.¹¹

Ostenta o *habeas corpus* grande relevância no direito brasileiro, “*dadas, por certo, a coloração constitucional das normas instituidoras e a excelência, na prática forense, de sua utilização, pelo fato de constituir o meio apropriado ao pronto, rápido e eficaz restabelecimento do direito de liberdade pessoal violado ou ameaçado de violação por ato ilegal ou abusivo de autoridade, qualquer que seja*”¹². Ou, ainda, acrescento eu, até por ato de particular, constritivo da liberdade de locomoção do ser humano, de vez que “*a lei não exige que o constrangimento seja exercido por autoridade pública. Basta que haja prisão ou constrangimento ilegal, provenha a*

coação de autoridade constituída ou de particulares, para que o cidadão possa valer-se do habeas corpus. A ilegalidade tanto pode emanar de atos de autoridade pública, como da ação de particulares. A interpretação das leis deve ser feita sempre com espírito liberal. Interpretação que em lugar de proteger a liberdade do indivíduo, só favorece a ação dos que a violam e restringem é não jurídica” ¹³.

V.2 Mandado de Segurança Criminal

O mandado de segurança foi instituído no direito brasileiro pela Constituição de 1946 (art. 141, § 24), inspirado no *juicio de amparo* da Constituição do México de 1915, objetivando uma complementação do *habeas corpus* na proteção de direito líquido e certo cujo âmbito ultrapassasse o da liberdade de locomoção, e veio substituir a ação sumária especial regulada pela Lei N.º 221, de 1894, abolidora da dilação probatória.

No campo do direito penal e processual penal, a questão da aplicabilidade do mandado de segurança ficou latente durante muito tempo, e a construção jurisprudencial que admitisse o mandado de segurança no âmbito criminal demandou numerosos estudos, principalmente da lavra dos Professores Rogério Lauria Tucci e Kazuo Watanabe, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que, na década de 80, deram os contornos para a aplicabilidade do instituto em matéria processual penal. Assim, Rogério Lauria Tucci concluiu que, sendo o mandado de segurança cabível contra ato ilegal de qualquer autoridade, inclusive judiciária, não se compreenderia não pudesse sê-lo contra autoridade judiciária penal, conclusão que, ultimamente, vem sendo admitida pelos Tribunais, máxime em casos de inexistência de efeito suspensivo aos recursos criminais e o interessado possa sofrer dano de difícil e incerta, se não impossível, reparação.

É preciso, no entanto, que a lei cuide de estabelecer, com precisão, quando pode ser impetrado o mandado de segurança em nível processual penal, a fim de que não se lhe confunda o objeto com o do *habeas corpus* (liberdade de locomoção), o da correição parcial (inversão tumultuária da ordem processual ou *error in procedendo*), o da carta testemunhável (obrigar a subida de recurso específico), para citar apenas alguns casos. De qualquer

sorte, como o instituto (mandado de segurança criminal) só recentemente começou a ser aplicado contra atos jurisdicionais penais, a evolução jurisprudencial vai-se inclinando pela sua admissibilidade em cada vez maior número de hipóteses. Eis algumas indicações jurisprudenciais com pertinência ao mandado de segurança no campo processual penal: tem-se concedido o *writ* para a admissão da vítima como assistente do Ministério Público (JTACrSP 74/179); contra a apreensão em excesso para fundamentar ação penal por crime contra a propriedade industrial (RT 557/338, 561/345 e 613/320); para o advogado poder acompanhar diligência em inquérito policial, ainda que sigiloso (RT 603/302); para o advogado comunicar-se pessoal e reservadamente com o seu cliente (RT 589/82-3); para evitar desentranhamento de documentos (RT 531/329); para acompanhar perícia (RT 543/392). Também tem-se encontrado o deferimento de mandado de segurança contra a recusa arbitrária de vista dos autos da ação penal por advogado fora do cartório (RT 481/369 e 592/311). Tem sido permitido também o mandado de segurança contra atos administrativos de caráter penal, contra a recusa de expedição de certidão negativa de antecedentes (RT 586/313, 624/297; RJDTACRIM 1/198); na omissão de expedição de certidão devida a condenado (RT 609/323, 586/313); em sindicância administrativa contra policiais (RT 614/295); contra apreensão de carta nacional de habilitação em decorrência de acidente de trânsito (JTACrSP 51/231). A jurisprudência tem também admitido a impetração do mandado de segurança para reaver veículo apreendido ao arrepio do art. 34, da Lei N.º 6.368 (RJTJSP 106/502), como também não o tem permitido, dando o seu autor como carecedor de ação, eis que não cabe relativamente à decisão indeferitória do pedido o recurso de apelação, nos expressos termos da Súmula N.º 297, do STF (RT 575/306 e RJTJSP 84/468). Entendo deva prevalecer o entendimento por último apontado, já que a transmutação do recurso de apelação para o remédio da ação mandamental não pode ser aplicado no caso, eis que não se caracteriza na hipótese aquilo que a construção pretoriana denominou de caso teratológico. Nesse sentido, aliás, a jurisprudência é absolutamente mansa emblematizada pelos seguintes julgados: RT 442/132, 438/125, 434/112, 432/72, 422/139, 417/173, 409/134 e 404/289, arrestos que têm aplicabilidade na restituição de quaisquer coisas apreendidas à luz de lei extravagante que dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

V.3 “Habeas Data”

Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF/88, art. 5.º, inciso LXXII).

O exame do texto constitucional acima transcrito conduz facilmente à conclusão de que o *habeas data* foi idealizado para ser um instrumento capaz de assegurar o direito de acesso a informações de caráter pessoal que os registros contenham, quaisquer que sejam eles (públicos ou privados), ensejando, também, a possibilidade de redargüir e até mesmo corrigir os dados incorretos.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR traça assim o perfil do *habeas data* e de sua funcionalidade:

“Em síntese, conforme o que dispõe a Constituição de 5 de outubro de 1988, art. 5.º, incisos XIV, XXXIII e LXXII, o writ of habeas data apresenta-se, em nosso direito público vigente, com as seguintes conotações:

(1) instrumento constitucional, mediante o qual o interessado pode exigir o conhecimento de registros de dados relativos a sua pessoa e que se encontrem em repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, solicitando o impetrante sua retificação;

(2) a natureza jurídica do habeas data é a de ação civil especial, de rito sumário, havendo duas hipóteses: a primeira, quando o postulante já conheça o conteúdo dos registros, caso em que solicita a retificação ou a complementação dos dados mediante provas apresentadas; segunda, quando o interessado nada sabe a respeito do que consta em sua ficha;

(3) rege-se o habeas data pelas normas processuais vigentes, não dependendo, pois, de lei processual específica, mas é imperioso que o Congresso Nacional edite lei, disciplinando este novo meio de defesa dos direitos individuais e das liberdades públicas;

(4) toda pessoa tem direito a receber dos órgãos públicos dados a seu respeito, que serão fornecidos, no prazo da lei, sob pena

de responsabilidade.”¹⁴

Completando o perfil acima traçado, o Professor CRETELLA JÚNIOR afirma, ainda, que a entidade, detentora dos dados, não é obrigada a fornecê-los, se o sigilo correspondente for imprescindível à segurança do Estado e da sociedade. O extinto Tribunal Federal de Recursos, decidindo um dos primeiros casos concretos, assim se pronunciou:

*“O cidadão tem direito de receber dos órgãos públicos, quaisquer que sejam, informações de seu interesse pessoal, que deverão ser prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade da autoridade, pois esta não é o órgão constitucionalmente incumbido de decidir se as informações são imprescindíveis à segurança do Estado e da sociedade. Só o Poder Judiciário está incumbido de fazê-lo.”*¹⁵

V.4 Garantias Complementares

O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF/88, art. 5.º, inciso LXXIV), o que, no campo judicial, não constitui novidade, pois o princípio foi cogitado pelo constituinte de 1934 e reiterado em 1946, em 1967 e em 1969.

O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (CF/88, art. 5.º, inciso LXXV). É a consagração expressa, em nível constitucional, do erro judiciário como causa determinante de responsabilidade (civil ou patrimonial) do Estado, é dizer, o condenado por erro judiciário tem o direito subjetivo público de ir a juízo e exigir do Estado prestação jurisdicional, consistente no pagamento, em dinheiro, da quantia devida e calculada, em decorrência de sentença penal que o condenou, fundamentada, porém, em erro. É um caso particular da responsabilidade civil do Estado, que constitui uma exceção ao princípio da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional.

A primeira parte do dispositivo constitucional transcrito, de há muito, vem consagrada em nosso direito, não só pelos termos adotados pelo Código de Processo Penal no tocante à sentença absolutória, art. 386 e seus incisos, especificamente os incisos I e III, que consagram a reparação do dano, nos casos de erro judiciário, como até mesmo pela via específica do art. 630 e seus parágrafos, do mesmo CPP, que permite, de há muito, a indenização

por erro judiciário, estabelecendo regras para a sua ocorrência.

São gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (CF/88, art. 5.º, inciso LXXVII), dispositivo que constitui apenas regulamentação da legitimidade ativa para a impetração destes remédios jurídicos constitucionais, de que o art. 654, *caput*, do Código de Processo Penal, é apenas uma extensão.

Finalmente, a regra constante do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988 (as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata), objeto de acirrada discussão em termos de mandado de injunção, ante o voto lapidar do Ministro MOREIRA ALVES, considerando auto-aplicável o instituto¹⁶. Em termos penais e processuais penais, a situação é tranqüila porque, indubitavelmente, os princípios fixados na Constituição, atinentes a estes dois ramos do direito, são auto-aplicáveis, sem qualquer contestação.

VI. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF/88, art. 5.º, inciso LIV). Trata-se, no dizer de Pedro J. Bertolino¹⁷, da “*primeira e mais genérica manifestação técnico-jurídica*” do **due process of law**, correspondente ao estabelecimento da garantia constitucional em si mesma considerada.

“Trata-se esta - em vernáculo, devido processo legal - de difundida locução mediante a qual se determina a imperiosidade, num denominado Estado de Direito, de:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

b) a aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo (judicial process); e

c) assecuração, neste, da paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.”¹⁸

Nesse último aspecto, não há como prover à iniciativa procedimental com exclusiva vantagem de uma das partes sem a correlata atribuição de

poder de reação à outra, é dizer, o processo legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama ponderosa e equitativa direção do agente do Poder Judiciário e plena contraditoriedade entre as partes, ou seja, “*um contraditório não somente formal, mas substancial, no qual as partes sejam cientificadas da iniciativa judicial e postas em condição de cumprir as determinações tidas pelo órgão jurisdicional como necessárias*”¹⁹.

Observe-se, ainda, que, relativamente ao processo judicial, o devido processo legal se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis para que este possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios, no âmbito extrapenal, ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social, no campo penal. E consubstancia-se, sobretudo, como igualmente bem pacificado, numa garantia conferida pela Constituição Federal de 1988, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários e num prazo razoável.

No campo penal, o devido processo legal transmuda-se no devido processo penal, que nada mais é do que a possibilidade de “*especificidad penal de la garantía constitucional del ‘devido proceso’*”²⁰. Assim concebido, especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias:

- a) de acesso à Justiça Penal;
- b) do juiz natural em matéria penal;
- c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal;
- d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes;
- e) da publicidade dos atos processuais penais;
- f) da motivação dos atos decisórios penais;
- g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal;
- e
- h) da legalidade da execução penal.

Determinam tais garantias que a pessoa física integrante da coletividade não pode ser privada de sua liberdade, ou de bens a ela correlatos, sem o devido processo legal, em que se realize a ação judiciária, é dizer, o ser humano, membro da coletividade, antes de sofrer a imposição de qualquer sanção penal, tem direito a um processo prévio, em regra antecedido de procedimento investigatório, e no qual lhe sejam garantidos:

- a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente

designado pela lei para o respectivo julgamento, independente e imparcial;

b) a estatuição, em lei regulamente elaborada e promulgada, e vigente, de um procedimento destinado a investigação, instrução e posterior julgamento acerca de fato tido como penalmente relevante;

c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente;

d) a correlação entre a acusação e a sentença de mérito;

e) a possibilitação de reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios desfavoráveis ao imputado;

f) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material, como tecnicamente; e

g) o não-reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença penal condenatória.

Cuide-se de não olvidar, pela importância que encerra, a execução da sentença penal condenatória, no sentido de que cabentes as mesmas garantias, máxime da imprescindibilidade de estrita observância do título executivo penal e da assecuração, ao condenado, de todos os direitos não atingidos pelo julgamento, ou pela lei, bem como dos nesta estabelecidos, é dizer, da legalidade da execução penal.

Para RAILDA SARAIVA, ilustrada Procuradora da República e Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, são exatamente essas garantias

“que asseguram a legitimidade do procedimento, a imparcialidade do julgador e a justiça das decisões. São, enfim, essas garantias que asseguram à Sociedade fazer justiça, com a dignidade que requer a preservação dos elevados interesses sociais e não, meramente, buscar vingança em ritmo passional, com elevado risco de cometer injustiça na aplicação de precipitadas represálias. A luta contra o crime exige efetivamente severidade das sanções penais correspondentes à gravidade do crime, certeza do julgamento e efetiva punição dos culpados, no mais breve espaço de tempo, de modo que a comoção social decorrente da ação criminoso seja apaziguada pela justa e pronta punição do criminoso. Mas não se pode descambar para o ‘terrorismo penal’, para usar a expressão de Radbruch, o qual pode estimular a violência do Estado e acabar vitimando inocentes. O processo penal e as garantias que o regem não são dirigidas aos criminosos, podendo ser alterados conforme o grau de perversidade

*destes. A tutela se dirige à Sociedade como um todo e a cada indivíduo em particular, que pode, a qualquer momento, se transformar em suspeito ou acusado, ficando sujeito a abusos injustificáveis e a injustiças irreparáveis se não cercado das garantias constitucionais que lhe asseguram um devido processo legal. A gravidade do crime em investigação ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade (cf. Valiante, *Il Nuovo Processo Penale; processo per l'uomo*, Milão, 1975, p. 45).”²¹*

VII. A Plenitude da Defesa

Para JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, autor de excelente monografia sobre o direito de defesa na Constituição de 1988, ganhadora do Prêmio Teixeira de Freitas, do Instituto dos Magistrados do Brasil, em 1991, no que respeita aos acusados em geral,

“extrai-se do sistema constitucional vigente que o direito à defesa não socorre o cidadão apenas quando litiga com ou perante o Estado; quer a Constituição pôr o indivíduo a recato igualmente quando defrontado com o arbítrio de outras instâncias do poder, cujos atos sejam dotados de cogência suficiente para submetê-lo unilateralmente a seus desígnios. Relações jurídicas dessa índole resultam das chamadas das chamadas normas estatutárias, a que estão sujeitos, para alinhar as situações mais evidentes, os sócios de clubes e associações, os integrantes do corpo docente das Universidades, os filiados aos entes controladores do exercício profissional, entre outros. As relações regidas por normas estatutárias admitem, por definição, que os órgãos a tanto incumbidos pelos estatutos ou regimentos internos prescrevam regras e apliquem penalidades disciplinares, de natureza administrativa, a seus associados, desde as de caráter pecuniário até aquelas supressoras de direitos (suspensões e eliminação). O poder de impor, unilateralmente, sanções e normas

de conduta interna corporis, inerente aos regimes estatutários, confere aos órgãos que o detêm (conselhos e diretorias) manifesta supremacia em face dos associados, alunos ou profissionais, a qual há de encontrar no direito à defesa o fator de equilíbrio jurídico quando estes forem acusados de transgressões às normas estatutárias. São esses os 'acusados em geral' a que alude o art. 5.º, LV, da Constituição Federal, o que se acomoda aos lindes do Estado Democrático de Direito porque o direito à defesa atua na estimulação de uma cultura democrática, à qual repugna toda forma de arbítrio, quer se localize entre os Poderes do Estado ou nas estruturas da organização social. Nestas, caberá a cada instituição criar ou aperfeiçoar o processo, de cunho administrativo, que sediará os procedimentos disciplinares internos, assegurado o direito à defesa."²²

Ainda que manifestando discordância quanto à abrangência da expressão "acusados em geral", formulada pelo ilustre Professor de Direito Administrativo da Universidade Católica de Petrópolis, é impossível não aceitar a lição quando afirma o autor que o direito à defesa atua na estimulação de uma cultura democrática, à qual repugna toda forma de arbítrio, quer se localize entre os Poderes do Estado ou nas estruturas da organização social, lição que se amolda perfeitamente ao campo do direito penal e processual penal.

A ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, de que trata o art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, constitui-se também numa das exigências do devido processo legal, especificada no processo penal em favor dos **acusados em geral**, é dizer, do indiciado, do acusado e do condenado. Em face da amplitude da formulação constitucional em relação à ampla defesa, bem como do conteúdo da garantia, outro entendimento não será possível que não seja o de que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contraditoriedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase anterior ao processo (investigação criminal) até o final do processo de conhecimento, ou de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele.

O denominado *rechtliches Gehör*, em vernáculo **garantia de ampla defesa**, expressão cunhada por NICOLÒ TROCKER²³, reclama, para sua inteira efetividade, seja qual for o objeto do processo, a conjugação das três realidades procedimentais a seguir indicadas:

a) o direito à informação, consistente no direito do acionado de ser informado do aforamento da ação, do teor da postulação, a fim de poder preparar sua defesa, concretizado, num primeiro momento, pela citação válida (instrumento hábil de incitação para comparecimento e atuação), ato processual de tal importância que se tem por inexistente o processo em que ela não se tenha efetuado de modo válido e regular, e que, segundo José Frederico Marques, não se detém nem mesmo diante da coisa julgada material;

b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade), que se assenta no regramento denominado *princípio de justiça*, determinador da exigência de tratamento paritário entre partes, a fim de que haja o mais perfeito equilíbrio entre as suas respectivas atividades processuais, de vez que, como ensina ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, é impossível conceber-se um processo unilateral, agindo somente uma parte, pretendendo obter vantagem em relação ao adversário, sem que esse seja ouvido, ou, pelo menos, sem que se lhe dê oportunidade de se manifestar. Se não o fizer, o réu sofrerá, então, os efeitos de sua inércia ou impassibilidade, situação que lhe poderá ser fatal, embora não obrigatoriamente, como resultado inevitável²⁴; e

c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, de vez que o direito à prova não significa que o interessado possa valer-se de qualquer prova, mas, apenas, daquelas aptas a evidenciar os fatos cruciais da causa submetida à apreciação judicial, e, conseqüentemente, passíveis de influir no julgamento respectivo, e também a obtida ilicitamente, vale dizer, com violação de disposições normativas que regulamenta a produção e a assunção da prova, tudo em respeito ao art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988.

VIII. Considerações Conclusivas

Tenho plena consciência de ter produzido um trabalho incompleto sobre as garantias constitucionais em direito penal e em processo penal, de vez que o seu objeto alcança uma largueza que não seria, obviamente, alcançada por quem não está acostumado a vôos muito altos e que já ocupou e ocupa inteligências privilegiadas de especialistas pátrios e alienígenas. Demais disso, cada um dos preceitos constitucionais invocados reclama, de per si, um trato específico, que comportaria várias monografias exaustivas

das suas respectiva peculiaridades.

Sirva, no entanto, para demonstrar, ainda que a vôo de pássaro, as conseqüências do aperfeiçoamento, cada vez maior, dos institutos processuais penais constitucionais e, sobretudo, do quanto precisa ser amadurecida a reflexão das questões da mais alta indagação que ocupam os cultores do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, sempre com a relembração e a firme convicção de que a liberdade é o coração do Estado Democrático de Direito, conforme anteviu BURDEAU:

“... a generalização das instituições democráticas conduziu os governantes a rever a concepção de liberdade sobre a qual aquelas tinham sido primitivamente estabelecidas. Surge então uma nova interpretação da liberdade, numa completa oposição àquela que era tradicionalmente admitida. Apercebemo-nos de que, para a imensa massa dos seres humanos, a liberdade concebida como uma qualidade inerente à sua natureza é apenas uma prerrogativa estéril desde o momento em que eles não estão em condições de fruir efetivamente dela. Que importa que o homem seja livre de pensar se a expressão da sua opinião o expõe a um ostracismo social; que seja livre de discutir as condições do seu trabalho se a sua situação econômica o obriga a curvar-se à lei do empregador; que seja livre de organizar os seus ócios se a necessidade do pão cotidiano absorve todo o seu tempo, que seja livre de desenvolver a sua personalidade pela cultura e pela contemplação de um universo oferecido a todos se lhe falta materialmente um mínimo vital...? O contraste entre a liberdade que a filosofia clássica reconhece à sua essência e a servidão quotidiana em que o mantém a sua existência conduziria assim a denunciar como um logro essa liberdade pretensamente inscrita na natureza humana. O que é verdade é que a liberdade não é um dom preexistente que é preciso proteger; é uma faculdade que deve ser conquistada. À noção de liberdade substituiu-se a expectativa de uma libertação. Nesta nova perspectiva, toda a ordem social é de novo posta em causa e, com ela, o sentido da democracia. De regime político destinado a garantir aos indivíduos o gozo das liberdades que possuem, ela torna-se uma organização do poder governamental com vista a assegurar-lhes o exercício das liberdades que ainda não têm. A democracia era um modo de gestão de um universo livre. Tornou-se o instrumento de criação de um mundo que verá a libertação do homem.”²⁵

IX. Bibliografia Consultada

- AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas - Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil - Vol. II**. São Paulo, Saraiva, 1989.
- BERTOLINO, Pedro J. **El debido proceso legal**. La Plata, Platense, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- _____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, Livraria Almedina, 1987.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente & COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988, Contribuição Crítica**. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1991.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Writs na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1989.
- _____. **Comentários à Constituição de 1988 - Vol. II**. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional (de acordo com a Constituição de 1988)**. São Paulo, Saraiva, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini & FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades Públicas**. São Paulo, Saraiva, 1978.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo, Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal - As Interceptações Telefônicas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza, Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989.

- JACQUES, Paulino. **A Constituição Explicada**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1973.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **“O Princípio do Contraditório no Sistema Recursal”**. Porto Alegre, *Correio do Povo*, edição de 31/05/1979.
- MANSO, M. Costa. **O Processo na Segunda Instância e suas aplicações à primeira**. São Paulo, Saraiva, 1923.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo, Saraiva, 1984.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus**. Rio de Janeiro, Borsói, 1962.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Mandado de Segurança em Matéria Penal**. São Paulo, Editora Atlas, 1994.
- NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional**. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.
- OLIVEIRA FILHO, João. **Código de Processo Penal de Minas Gerais**. São Paulo, Duprat, 1927.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **O Direito à Defesa na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1991.
- PONTES FILHO, Valmir. **“Federalismo e Autonomia Municipal”**, na Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, a. 22, n. 85, jan/mar 85.
- ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Direito Constitucional - Instituições de Direito Público**. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de Derecho Constitucional**. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.
- SARAIVA, Railda. **A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.
- SCHMITT, Carl. **Il Custode della Costituzione**. Milano, Giuffrè Editore, 1981.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

- SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989.
- SOUSA, José Pedro Galvão de. **A Historicidade do Direito e a Elaboração Legislativa**. São Paulo, Editora Franciscana, 1970.
- TARZIA, Giuseppe. **Parità delle armi tra le parti e poteri del giudici nel processo civile**, em *Studi Parmensi*, 18 (1977).
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1991.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo, Saraiva, 1994.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo, Saraiva, 1991.
- TROCKER, Nicolò. **Svolgimento giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali de processo civile nella Republica Federale Tedesca**, na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970.
- _____. **Processo Civile e Costituzionale**. Milano, Giuffrè Editore, 1974.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Los Derechos Humanos**. Madrid, Tecnos, 1971
- TUCCI, Rogério Lauria. **Ação de Habeas Corpus**. ESD, 2, 1977.
- TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo - Regramento e Garantias Constitucionais do Processo**. São Paulo, Saraiva, 1989.
- _____. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Politico**. Madrid, Editorial Tecnos, 1984.
- WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- WIGNY, Pierre. **Droit Constitutionnel**. Bruxelles, Établissements Émile Bruyant, 1952.
- WOLFE, Christopher. **La Transformacion de la Interpretacion Constitucional**. Madrid, Editorial Civitas, 1991.

NOTAS

- ¹ *Palestra proferida no Curso de Especialização em Processo Penal, promovido pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), no dia 13 de junho de 1997.*
- ² *in Anotações à Constituição de 1988.* Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, p. 213
- ³ José Pedro Galvão de Sousa, *in A Historicidade do Direito e a Elaboração Legislativa.* São Paulo, ed. Franciscana, 1970, p. 29).
- ⁴ *in Direito Constitucional.* Coimbra, Livraria Almedina, 1991, pp. 173/174.
- ⁵ *in Elementos de Direito Administrativo.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 299/300.
- ⁶ *in 'Federalismo e Autonomia Municipal'.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, a. 22, n. 85, jan./mar 85, pp. 139-150.
- ⁷ *in Ensaios de Teoria Constitucional.* Fortaleza, Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 47.
- ⁸ *in Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1991, p. 696.
- ⁹ *in Curso de Direito Constitucional (de acordo com a Constituição de 1988).* São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 270/271.
- ¹⁰ *in História e Prática do Habeas Corpus.* Rio de Janeiro, Borsóji, 1962, 4.^a ed., p.249.
- ¹¹ cf., a respeito, João de Oliveira Filho, *in Código de Processo Penal de Minas Gerais.* São Paulo, Duprat, 1927, p. 141.
- ¹² Rogério Lauria Tucci, *in Ação de Habeas Corpus.* ESD, 2, 1977, pp. 458/459.
- ¹³ M. Costa Manso, *in O Processo na Segunda Instância e suas aplicações à primeira.* São Paulo, Saraiva, 1923, v. 1, pp. 399 e seguintes.
- ¹⁴ *in Os Writs na Constituição de 1988.* Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p.122.
- ¹⁵ Jornal do Brasil de 08/02/1989.
- ¹⁶ Mandado de Injunção N.º 107-3 - DF, julgamento de 23/11/1989, *in* Cadernos Liberais 89/88.
- ¹⁷ *in El debido proceso penal.* La Plata, Platense, 1986, p.35.
- ¹⁸ ROGÉRIO LAURIA TUCCI/JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *in Constituição de 1988 e Processo - Regrimentos e Garantias Constitucionais do Processo.* São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 15/16.
- ¹⁹ GIUSEPPE TARZIA, *in* "Parità delle armi tra le parti e poteri del giudici nel processo civile", em *Studi Parmensi*, 18 (1977).
- ²⁰ *in op. cit.*, pp. 20/21.
- ²¹ *in A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 69.
- ²² *in O Direito à Defesa na Constituição de 1988.* Rio de Janeiro, Renovar, 1991, pp. 88/89.
- ²³ *in* "Svolgimento giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali de processo civile nella Repubblica Federale Tedesca", na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970/232 e s.
- ²⁴ cf. "O Princípio do Contraditório no Sistema Recursal", Porto Alegre, *Correio do*

Povo, edição de 31/05/1979, p.4.

²⁵. *apud* MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, in **Liberdades Públicas**. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 32.