

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O PROCESSO PENAL: UMA VISÃO PELO PRISMA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Simone Silva PRUDÊNCIO**

RESUMO

Os direitos fundamentais são assegurados não só pelas normas internas, mas também, por aquelas provenientes de tratados ou convenções internacionais dos quais seja o Brasil signatário. Entre eles, o artigo enfatiza o Pacto de São José da Costa Rica, por ser fonte de garantias processuais penais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional. Em relação às garantias processuais, a cláusula do devido processo legal surge como corolário de todo o sistema jurídico processual e deve ser vivamente observada no curso do processo penal, pelo prisma do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual a nulidade do ato que não obedeceu a forma legal somente deve ser declarada pelo juiz quando não tenha alcançado o seu fim.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Garantias mínimas. Constituição. Devido processo legal. Nulidades.

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo penal à luz da Constituição Federal de 1988. 3. O Pacto de São José da Rica no Direito processual penal brasileiro. 4. A cláusula do devido processo legal: breves aspectos históricos. 5. Garantias mínimas do processo penal. 5.1 As garantias

* Professora Assistente da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia.
E-mail: simoneprudencio@yahoo.com.br

mínimas relacionadas com a jurisdição. 5.2 As garantias mínimas relacionadas com as partes. 5.3 As garantias mínimas relacionadas com as provas. 5.4 As garantias mínimas relacionadas com o processo. 6. Nulidades no processo penal. 7. Conclusão. Referências.

1 Introdução

No Estado Democrático de Direito, a preservação das garantias fundamentais do réu no processo penal deve se revelar como maior interesse da prestação jurisdicional.

Não obstante, deparamo-nos, frequentemente, com ações penais interrompidas por mecanismos de controle de atos jurisdicionais, como os recursos e o habeas corpus, pelo fato de abrigarem violações às garantias fundamentais, desdobradas em nulidades.

Pretendemos demonstrar que o processo penal deve ser visto como fonte de manutenção das garantias do réu, na medida em que o modelo garantista não admite que as falhas na prestação jurisdicional ocasionem-lhe prejuízo.

Nesse sentido, a análise dos direitos e garantias fundamentais do réu no processo será feita pela ótica do devido processo legal, que figura no rol do art. 5º da Carta Magna de 1988 como garantia fundamental, bem como, pelo Pacto de São José da Costa Rica, no qual constam diversas garantias judiciais que integram o ordenamento jurídico interno.

Como grande aliado do devido processo legal, o princípio da instrumentalidade das formas atuará como mecanismo de validação dos atos praticados de modo diverso do previsto em lei que, entretanto, tenham alcançado o fim colimado.

Para tanto, o artigo versará sobre a cláusula do devido processo legal à luz da Constituição Federal de 1988 e do Pacto de São José da Rica, além de ressaltar garantias mínimas do processo penal relacionadas com a jurisdição, com as partes, com as provas e, por fim, com o processo, com o escopo de verificar em que situações, verdadeiramente, as nulidades ocasionadas pelo descumprimento das

formas legais dos atos processuais praticados pelas partes devem ser declaradas por afetarem a adequada prestação jurisdicional.

2 O Processo Penal à Luz da Constituição Federal de 1988

O Processo Penal encontra suas linhas mestras traçadas na Constituição. Nesse passo, ela deve estabelecer os princípios a serem seguidos, constituindo-os em diretrizes do ordenamento jurídico. Não é outra a visão de José Cirilo VARGAS (1992, p.67), para quem “o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição”.

Walter Claudius ROTHENBURG (1999, pág. 13) esclarece que a primeira abordagem feita sobre os princípios negava-lhes o caráter de autêntica norma jurídica, por serem vagos e destituídos de sanções imediatas. Assim, os princípios eram apenas “meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito”.

Anota ainda o mesmo autor que, posteriormente, “detecta-se um movimento no sentido do reconhecimento de juridicidade aos princípios, que passam a ser admitidos pelo Direito como imperativos” (ROTHENBURG, 1999, pág. 13).

De modo geral, o princípio não possui força de norma – não pode ser aplicado por si só – apenas fornece um direcionamento jurídico para que se aplique a norma. Assim, na maioria dos casos, para tornar concreta a atuação jurisdicional do Estado, é preciso haver a norma jurídica positivada, cuja validade reflita o próprio princípio, consubstanciada na pretensão da sociedade. Em outras situações, o princípio já possui força de norma, como, por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa, que já está positivado em nossa Constituição, como norma fundamental.

Ao estudarmos as regras jurídicas processuais que garantem os direitos dos indivíduos, a explicação de José Augusto DELGADO (1993, págs. 63-78) enfatiza a extrema importância dos princípios para a ordem jurídica, na medida em que “após se articularem com

normas de diferentes tipos e características, passam a ser facho que ilumina a compreensão das regras processuais constitucionais e às de posição hierárquica menor”.

Explicam-nos CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (2002, pág. 80): “a própria Constituição incumbe-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”.

A função instrumental do processo não deve ser vista apenas sob o prisma técnico, ou seja, como mero meio de aplicação do Direito Penal, mas principalmente, como instrumento capaz de efetivar o acesso à justiça.

O Direito Processual Penal, num Estado Democrático de Direito, deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição Federal, de cunho nitidamente garantista. Nenhuma regra processual pode estar em desacordo com a Letra Maior.

A título de informação, visitamos o artigo 5º da Carta Magna e buscamos os preceitos que dizem respeito especificamente ao processo penal. Estão assim dispostos: inciso XI, sobre a inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que inadmite júízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão em flagrante; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares e ao juiz; inciso LXIII, sobre os direitos do preso; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; inciso

LXVIII, sobre o *habeas corpus*; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o *habeas data* na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e, finalmente, inciso LXXVII, sobre a gratuidade das ações de *habeas corpus*, *habeas data* e outros atos necessários ao exercício da cidadania e LXXVIII, que garante a todos, judicial e administrativamente, a razoável duração do processo.

O desrespeito aos preceitos constitucionais susomencionados causa, inevitavelmente, a nulidade do processo penal.

3 O Pacto de São José da Costa Rica no Direito processual penal brasileiro

O direito processual penal governa a atividade jurisdicional do Estado e relaciona-se intimamente com o Direito Constitucional, que, além de entrelaçar suas normas com as de todos os demais campos do direito, lhe determina as bases diretoras.

Em termos de divisão do direito processual, ensinam CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (2002, pág. 48) que “(...) grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas às exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”.

Há exemplos de códigos, no direito alienígena, que tratam do direito processual como uno, abrangendo tanto o direito processual civil como o penal, nos moldes do Código Canônico de 1917; Código de Processo Sueco de 1942 e ainda o de Honduras e Panamá. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2002, pág. 48).

A nossa Carta Magna também faz referência a um direito processual unitário. Tanto é assim, que contamos com vários princípios que servem indistintamente a ambos os ramos. Em seu artigo 22, inciso I, atribui à União a competência *privativa* para legislar sobre o *direito processual*. O artigo 24, inciso XI, distribui a competência concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre *procedimentos em matéria processual*. No artigo 5º, inciso LIV, anota que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em complemento à legislação nacional, há também a legislação alienígena, que incorpora o ordenamento doméstico e adquire validade normativa, como é o caso de um dos mais importantes documentos internacionais consagradores de direitos e garantias é o Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.

Pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, integrou o nosso ordenamento jurídico. Ratificado pelo Brasil, desde então, os direitos e garantias processuais constantes de seu artigo 8º, que fala das garantias judiciais,¹ passaram a complementar a Lei Maior, especificando ainda mais as regras do devido processo legal, pois, o artigo 5º, § 2º, prescreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

¹ Artigo 8º: “Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Modernamente, com a Emenda Constitucional nº 45/04, o parágrafo 3º foi acrescido ao 5º da Carta Magna, com novos requisitos para ingresso de normas internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento doméstico. Nos termos do art. 5º § 3º, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

Para que o Pacto de São José da Costa Rica ganhe status de norma constitucional, ele deve ser submetido ao novo processo legislativo imposto pela referida emenda.

4 A cláusula do devido processo legal: breves aspectos históricos

O due process of law é tão antigo que remonta ao período medieval. No século XIII, em 15 de junho do ano de 1215, denominou-se law of the land a Magna Charta do rei João Sem Terra. Criada para ser “garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa” (NERY JR. 1997, pág. 32) trazia em seu artigo 39² o que, no direito contemporâneo e moderno, seria chamado de devido processo legal e representaria a garantia principal do indivíduo e da coletividade contra o arbítrio do Estado.

No século seguinte, no reinado de Eduardo III, um legislador desconhecido editou no Parlamento Inglês, em 1354, uma lei que se utilizou pela primeira vez do termo due process of law. (MIRANDA, 1990. pág. 15)

Sendo cláusula constante e notável pela sua relevância constitucional nas instituições saxônicas, sempre esteve presente na legislação das colônias inglesas da América do Norte, tornando-se mais

² Artigo 39: Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, eu exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

tarde, parte da Constituição dos Estados e da Federação dos Estados Unidos, que o receberam em sua íntegra e o aperfeiçoaram.

A Declaração de Direitos de Virgínia (1776) tratava do princípio na secção 8ª e foi a pioneira em utilizar uma Constituição escrita para dar garantia aos direitos individuais.

Outras constituições estaduais (Delaware – 1776, Maryland – 1776, Carolina do Norte – 1776, Massachussetts – 1780, New Hampshire – 1784) também consagraram o princípio antes da Constituição dos Estados Unidos. As dez primeiras emendas da Constituição dos Estados Unidos, denominadas Bill of Rights, foram editadas em 1791, na Filadélfia, e fazia constar na V Emenda o princípio do devido processo legal da seguinte maneira:

Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorriam nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, **sem processo legal**; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (SOARES, 1999, pág. 106) (grifo nosso).

Mais tarde, outras emendas sobrevieram, também destinadas à proteção dos direitos humanos, em especial a de nº 14, que fazia referência ao devido processo legal, aplicável aos Estados-membros da Federação.

Vejamos o conteúdo de parte da XIV Emenda:

1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens **sem processo legal**, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. (SOARES, 1999, pág. 107) (grifo nosso).

Já no direito brasileiro, a nossa Constituição de 1988, a primeira a adotar expressamente o modelo do direito anglo-saxão, garante

em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse sentido:

(...) o devido processo legal não se destina somente ao intérprete da lei, mas já informa a atuação do legislador, impondo-lhe a correta e regular elaboração da lei processual penal. Em outras palavras, o juiz está submetido e deve submeter as partes à norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional. (SILVA. 2001, pág.17).

É de suma importância salientar que o surgimento do devido processo legal teve como função precípua evitar as arbitrariedades por parte do Estado e da Administração Pública, que não respeitavam regras mínimas para a consecução de seus interesses.

Nessa esteira, em sua origem, o *due process of law* era essencialmente de cunho processual. Sua principal função era a de assegurar a regularidade do processo, em especial, no âmbito penal e processual penal e, posteriormente, nos processos civil e administrativo. Assim, essa conotação era observada desde a Magna Carta e na Constituição dos Estados Unidos, especialmente nas emendas V e XIV.

Não tinha por fim questionar a substância e o conteúdo dos atos do poder público, em particular aqueles editados pelo Poder Legislativo, mantendo mesmo uma visão estritamente processualista e acatando as arbitrariedades desse Poder, sem nenhum tipo de controle judicial de constitucionalidade das leis, pois não examinavam o mérito das referidas decisões.

As claras palavras de Bernard SCHWARTS (1999, pág. 20) comentam a separação e fortificação do Poder Judiciário, e revelam que “sem a independência do judiciário, a história anglo-americana demonstra que não há uma efetiva proteção contra o abuso de poder disponível ao cidadão comum”.³

Antes do fim do século XIX, uma série de pronunciamentos judiciais insurgiu contra tentativas de intervenção do Estado, dando

³ “(...) *for, without judicial independence in this respect, there is, as Anglo-american history demonstrates, no effective safeguard against governmental abuse of power available to the ordinary citizen*”.

início a uma nova etapa do *due process of law*: o abandono da visão processualista e a passagem para um tipo de governo voltado para a sociedade civil, com um Poder Judiciário forte e munido de autoridade, para finalizar as relações do governo com a própria sociedade. Era o *due process of law* substantivo. Como nos esclarece Rogério Lauria TUCCI (1993, pág. 64), segundo a concepção norte-americana “a face substancial do devido processo legal mostra-se na aplicação ao caso concreto, de normas preexistentes, que não sejam desarrazoadas, portanto, intrinsecamente injustas”.

Dessa maneira, a Suprema Corte Americana passou a exercer o controle da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos, fato que legou ao devido processo legal seu caráter substantivo.

Nos ensinamentos de Carlos Roberto de Siqueira CASTRO, vislumbramos essa nova face do devido processo legal:

(...) por sua imensurável riqueza exegética, a regra do devido processo legal serviu para escancarar as porteiras da imaginação criadora daqueles constitucionalmente incumbidos de amoldar a ordem jurídica aos mutantes anseios da justiça prevalentes em cada tempo e lugar. Assim estimulada, a interpretação constitucional pôde alcançar o seu verdadeiro e mais saudável desígnio, qual seja, o de dar resposta, pela via pacificadora do direito, a muitas das angústias e aflições da contemporânea sociedade de massas, sempre aturdida por toda sorte de conflitos que contrapõem as esferas individuais e coletivas (...). Chega-se, por esse processo fecundo e permanente de adaptação da constituição às realidades emergentes, à noção de ‘Constituição viva’, isto é, da Constituição que se alimenta do plasma da realidade social e encontra seu renovado sentido através dos fatos da vida. (CASTRO. 1989, pág. 77)

Percebe-se que o substantive *process of law* é um canal para a efetivação dos direitos fundamentais, por assegurar condições para sua perpetuação ao repelir leis injustas e zelar pelos interesses sociais.

É de grande valia mencionar, mais uma vez, o ponto de vista de Rogério Lauria TUCCI (1993, pág. 65) sobre o assunto. Entende ele que “o denominado substantive ‘*due process of law*’ reclama, para a sua plena efetivação, um instrumento hábil à determinação exegética

das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade”.

5 As garantias mínimas⁴ do processo penal

Cumpre-nos, primeiramente, lembrar a diferença entre os termos direitos e garantias, muito observada por vários juristas.

Segundo os ensinamentos de José Cirilo de VARGAS:

(...) ao contrário do que acontece com os direitos, que são anteriores ao Estado e, por isso mesmo, apenas reconhecidos e, jamais, outorgados, as garantias decorrem de verdadeiras normas jurídicas, de leis positivas, de preceitos constitucionais que asseguram o gozo dos direitos e preservam o indivíduo contra o extravasamento do legislador ordinário, do juiz e dos órgãos executivos. (1992, pág. 49)

Rui BARBOSA já afirmava haver distinção entre direito e garantia, in verbis:

(...) no texto da lei fundamental, (...) as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos: estas as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. (apud VARGAS. 1992, pág. 46)

José Afonso da SILVA (1994, pág. 171) trata das garantias de direitos fundamentais, distinguindo-as em dois grupos: garantias gerais e garantias constitucionais. As primeiras destinam-se a assegurar a eficácia social daqueles direitos ao assegurarem a estrutura que suportará sua existência real. As garantias constitucionais, por conseguinte, “consistem nas instituições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais” (SILVA. 1994, pág. 172). Dividem-se em garantias constitucionais gerais (protegem

⁴ Diz-se “garantias mínimas” aquelas a serem consideradas sem prejuízo de outras que não tenham sido mencionadas.

o regime de respeito à pessoa humana em toda sua dimensão através de instituições constitucionais, que impedem o arbítrio) e garantias constitucionais especiais (que são técnicas e mecanismos que limitam a atuação dos órgãos estatais e particulares, dando proteção à eficácia, à aplicabilidade e à inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial). São exemplos de garantias constitucionais especiais os remédios constitucionais, que são, na verdade, instrumentos de proteção processual dos direitos fundamentais, para serem usados quando aqueles direitos são ou estão na iminência de serem violados.

5.1. As garantias mínimas relacionadas com a jurisdição

As garantias a seguir comentadas pretendem imprimir validade à prestação jurisdicional.

Em relação à jurisdição, a garantia do juiz natural permite que todos sejam julgados por juízes integrantes do Poder Judiciário, investidos em seus cargos e cumprem atribuições nos termos determinados pela Lei Maior. E é justamente por ser um preceito constitucional que a garantia se estende também ao processo civil e ao administrativo. Essa garantia leva a outra, a do art. 5º, inciso XXXVII, que determina não serem admitidos júzios ou tribunais de exceção.

A garantia do *promotor natural*, por sua vez, está consubstanciada no princípio da independência funcional e no inciso LIII, do artigo 5º, ao prever que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. É de se notar a referida garantia no momento em que o processo, de forma geral, inicia-se quando o Ministério Público oferece a denúncia. As condições de investidura no cargo são as mesmas exigidas para o juiz. A própria Carta Magna qualifica o *Parquet* como instituição permanente, cuja função é essencial à justiça. No processo penal, seus membros encarregam-se da persecução penal, deduzindo em júizo a pretensão punitiva do Estado.

A garantia do *juiz independente e imparcial* é essencial para constituir uma relação processual válida. A Carta Magna prescreve vedações, no artigo 95, parágrafo único, para garantir ao juiz sua independência e imparcialidade. Estipula também garantias, no artigo 95, que o coloca totalmente fora do âmbito de interesses das partes.

Também no Pacto de São José da Costa Rica encontramos, no artigo 8.1, a referida garantia.

Outra garantia é a da *motivação das decisões judiciais*, segundo a qual todas as decisões devem ser fundamentadas para que possibilitem a realização do contraditório. Está elencada no artigo 93 da Constituição Federal, bem como no Código de Processo Penal, em seu artigo 381, inciso III. A única exceção está prevista para as decisões provenientes dos jurados, no Tribunal do Júri, que decidem pelo sistema da íntima convicção das provas e, por isso, as decisões dessa natureza não precisam ser motivadas.

Nosso ordenamento também conta com a *garantia do duplo grau de jurisdição*, que se consubstancia na possibilidade de revisão da decisão de primeiro grau por um tribunal ou turma recursal⁵, nos termos do artigo 93, inciso III, da Letra Maior. Há exceção da referida garantia para o caso das hipóteses legais de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Mais uma garantia da jurisdição pode ser identificada na proibição de *reformatio in pejus* em recurso exclusivamente da defesa. Não se pode reformar uma sentença para agravar a situação do réu. Tal proibição está firmada no artigo 617 do Código de Processo Penal e por entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, como se vê do teor da súmula 160.⁶ Novamente a exceção faz-se presente no caso do Tribunal do Júri. Havendo novo julgamento, os jurados estão livres para proferirem a nova decisão, mesmo que ela seja mais gravosa que a anterior, porque a soberania do veredicto popular é ditada por norma constitucional, não podendo uma norma infraconstitucional sobre ela prevalecer.

A *garantia da efetividade das decisões*, representada pelo instituto da coisa julgada, significa que, uma vez transitada em julgado a decisão, será impossível novo processo pelo mesmo fato. Pode ser

⁵ As turmas recursais julgam, em segundo grau, as decisões dos juízes singulares do Juizado Especial.

⁶ É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

considerada uma decorrência do princípio do *non bis in idem*, com função precípua de preservar a segurança jurídica, ao tornar as decisões imutáveis.

5.2 As garantias mínimas relacionadas com as partes

Sobre as garantias mínimas relacionadas com as partes, podemos mencionar a *garantia da igualdade de armas ou do tratamento paritário*, consubstanciada no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Também está prevista no artigo 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica. Conforme ensinamentos de CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (2002, pág. 52), “(...) da norma inscrita no artigo 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.

Na *garantia da ampla defesa* prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, encontramos alguns desdobramentos: 1) a *garantia de ser informado pessoalmente⁷ da acusação*, prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal. Na normativa internacional, podemos citar o Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8.2, ‘b’ 2) a *garantia da autodefesa*, consistente no direito de ser ouvido, no direito a intérprete e tradutor, no direito de audiência, no direito de participação contraditória, no direito de comunicação reservada com o seu defensor, no direito de postulação pessoal do *habeas corpus* e da revisão criminal. Também faz alusão a tais garantias o documento internacional supramencionado, em seu artigo 8.2; 3) a *garantia de defesa técnica*, indispensável à administração da justiça. O Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 261, essa indispensabilidade. Nos documentos internacionais, os dispositivos são os mesmos do item anterior; 4) a *garantia da proibição do cerceamento da defesa*, que consiste em não se dificultar ou não se impedir que o réu produza sua defesa; 5) a *garantia da não auto-incriminação*, assegurada pelo

⁷ O art. 362 do Código de Processo Penal contradiz a disposição do Pacto de São José da Costa Rica e é, segundo nosso entendimento, inconstitucional.

direito ao silêncio previsto na Carta Magna. Não vigora a máxima que previa que o silêncio do réu ser-lhe-ia prejudicial. No Pacto de São José da Costa Rica, a garantia está abrigada no artigo 8.2.

A *garantia do contraditório*, igualmente prevista no artigo 5º, inciso LV da Lei Maior, deve ser interpretada como mecanismo que possibilite ao réu ser informado de todos os atos do processo, com o fim de permitir a sua defesa plena e efetiva.

5.3 As garantias mínimas relacionadas com as provas

Sobre as garantias mínimas relacionadas com as provas, não se pode olvidar que é preciso haver legalidade na comprovação da culpabilidade. Isso quer dizer que a condenação deve se basear em provas processualmente válidas.

No artigo 5º, inciso LVI, reside a *garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* no processo. É interessante observar que nenhuma das Constituições anteriores trouxe a proibição expressa no Texto Magno como fez a nossa Carta Política vigente.

Em linhas gerais, podemos dizer que se constituem em provas ilícitas aquelas obtidas por meio de violação do domicílio, do sigilo das comunicações, da intimidade e da vida privada e as conseguidas mediante tortura.

Com a Lei n. 11.690/08, maior atenção foi dada ao dispositivo constitucional em comento, pois não só foi introduzido o conceito legal de prova ilícita, no art. 157, *caput* do *Codex* Processual Penal como também, foram delineados limites para a sua utilização, pois não se pode olvidar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica quanto à sua admissão *pro reo*.

A Reforma rechaçou a prova ilícita derivada, o que reforça o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores quanto à teoria da árvore dos frutos venenosos. As exceções ficam a cargo da prova derivada obtida por fonte independente daquela da prova ilícita ou, se não houver nexo de causalidade com esta, não há qualquer obstáculo para a sua utilização no processo, segundo a nova sistemática adotada nos parágrafos 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Outra garantia relacionada à prova é a *do ônus da prova*⁸. No processo penal garantista, o ônus da prova é da acusação. Tal conclusão pode ser extraída do princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Nesse caso, faculta-se à defesa fazer contraprova, porém, não o fazendo, o ônus de provar a culpa é, integralmente, do acusador.

Recentemente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, pelo art. 399, §2º do Código de Processo Penal, a garantia da *identidade física do juiz* está relacionada à prova, pois o juiz que atuou na instrução criminal deverá proferir a sentença. Assim, a apreciação das provas, pelo livre convencimento motivado, deve ser feita por aquele magistrado que colheu os depoimentos, analisou as provas documentais, determinou diligências complementares, procedeu ao interrogatório do réu etc., tudo em prol da celeridade e da economia processuais.

5.4 As garantias mínimas relacionadas com o processo

Sobre as *garantias mínimas relacionadas ao processo*, primeiramente falaremos do modelo processual vigente no ordenamento pátrio, que é o acusatório. Vigora, nesse modelo, a separação das funções de acusador e julgador. Assim, o processo é contraditório, público, imparcial, com ampla defesa. O juiz não participa da colheita preliminar de prova e nem da sua produção na instrução processual. Contudo, pode complementar a prova para melhor formar sua convicção sobre os fatos.

Relevante para o Estado Democrático de Direito é a *garantia do processo público*, consubstanciada no artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e resguardada pelo Pacto de São José da Costa Rica. Afinal, não se pode tolerar o segredo em relação ao processo, salvo situações excepcionais⁹.

⁸ Luigi Ferrajoli denomina o instituto do ônus da prova de garantia. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 145.

⁹ A título de exemplificação, é válido lembrar que a garantia do processo público é excepcionada em caso de inquérito policial, bem como pela Lei nº 9.034/1995,

A garantia do processo sem dilações indevidas foi introduzida em nossa ordem jurídica pelo Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8.1. Igualmente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 14.3 faz referência ao processo sem demora. E, mais recentemente, a Emenda Constitucional n. 45/04 inseriu referida garantia no plano constitucional brasileiro, no inciso LXXVIII, do art. 5º.

6. Nulidades no processo penal

No Direito Processual Penal brasileiro, o rol de nulidades processuais pode ser encontrado tanto na legislação infraconstitucional¹⁰, como também, nas súmulas do Supremo Tribunal Federal¹¹.

O sistema de nulidades, nos dizeres de Eugênio Pacelli de OLIVEIRA (2009, pág. 747), deve ser interpretado à luz do princípio da instrumentalidade das formas¹², no sentido de que somente haja nulidade se o ato jurídico tiver causado prejuízo para as partes ou para o regular exercício da jurisdição.

Modernamente, a nulidade é vista como sanção pela violação de norma legal, ou seja, como consequência jurídica da prática irregular de ato processual. Embora, à primeira vista, costuma-se pensar no ato e na sua imperfeição, a tendência atual é a de não considerar a invalidade de um ato isoladamente, mas sim, pela sua função no procedimento. Ou seja, o importante é verificar os reflexos dos vícios que o ato contenha sobre o conjunto formado pelo procedimento, para que a função jurisdicional não seja afetada por vícios.

A verificação das nulidades deve passar, primordialmente, pelo crivo dos princípios gerais das nulidades, que são: do prejuízo, da causalidade, do interesse, da convalidação e da instrumentalidade das formas.

que dispõe sobre os meios operacionais para a prevenção dos crimes cometidos pelas organizações criminosas, em que deve imperar o sigilo das investigações.

¹⁰ Ver artigo 564 do Código de Processo Penal.

¹¹ Ver Súmulas do STF: 155, 156, 160, 162, 206, 351, 352, 431, 523, 706, 707, 708, 712 e Súmula Vinculante 11.

¹² Ver arts. 566 e 572, II do CPP.

Pelo princípio do prejuízo, disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, revela que só se deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. Só haverá prejuízo se houver ofensa ao sentido teleológico da norma. Há situações em que o prejuízo é evidente e, nesses casos, a parte fica dispensada do ônus de demonstrá-lo.

O princípio da causalidade relaciona-se com a extensão da nulidade. Havendo declaração de nulidade de um ato processual, os atos subsequentes também serão nulos. É a chamada nulidade derivada. O Código de Processo Penal apresenta o referido princípio nos §§ 1º e 2º, do art. 573.

Já o princípio do interesse diz respeito apenas às nulidades relativas. Versa sobre a apreciação das vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade, nos termos do art. 565 do *Codex* Processual Penal.

O princípio da convalidação permite que, em algumas situações, embora contenha vício, o ato jurídico permaneça e produza efeitos, ocorrendo a chamada “convalidação”, seja por ter sido sanada a irregularidade seja porque o prejuízo foi reparado. A forma mais comum de convalidação é a preclusão, característica das nulidades relativas. Reflexos deste princípio podem ser identificados nos arts. 568, 569, 570 e 572 da Legislação Processual Penal.

Por fim, o princípio da instrumentalidade das formas, abrigado no art. 572, II da Legislação Processual Penal, funciona como instrumento de calibragem das nulidades para a concretização do devido processo legal. Segundo este princípio, o mais importante não é a forma, mas a finalidade do ato.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da instrumentalidade das formas, expresso no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1232721 / RS¹³: “I.

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1232721 / RS, Relator Min. Sidnei Beneti. Brasília, DF, 17/03/11, Diário da Justiça, Brasília, DF, 29/03/2011.

Atingida a finalidade essencial, não há nulidade do ato processual, ainda que realizado de forma diversa da preconizada pela lei. (...)”.

Com segurança podemos afirmar que o emprego do princípio da instrumentalidade das formas, ao lado do princípio do prejuízo, não afeta os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 e, pelo contrário, viabiliza a sua concretização. Nesse sentido, a linha de compreensão do Superior Tribunal de Justiça confirma essa tendência. No julgamento do Recurso Especial n. 859320 / MG¹⁴, pode-se verificar:

“(...) 4. Em consagração ao direito fundamental da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF, à instrumentalidade do processo, positivado no art. 563 do CPP, e à efetividade da tutela jurisdicional, é imprescindível que o magistrado competente proceda à análise daqueles atos que de fato resultaram prejudiciais à defesa do recorrido, mantendo-se os demais.”

Nesse passo, pode-se considerar que o princípio da instrumentalidade das formas traz, em sua essência, a idéia de proporcionalidade, porque, de algum modo, pretende promover a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial, a do devido processo legal, mediante a ponderação entre os interesses do réu e a prestação jurisdicional de qualidade.

Teresa Aguado CORREA (1999, pág. 67) esclarece-nos a função do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ao informar que “el principio de proporcionalidad, por conseguinte, concierne a la cuestión de que medios son admisibles para la consecución de un fin pretendido”.

Se analisarmos o princípio da instrumentalidade das formas pela ótica do princípio da proporcionalidade, alcançaremos as seguintes reflexões. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que referido princípio se divide em três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em relação à adequação,

¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 859320 / MG, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 04/12/09 , Diário da Justiça, Brasília, DF, 01/02/2010.

a declaração de nulidade deve ser medida apta a preservar o devido processo legal, ou seja, deve haver, de fato, ato jurídico eivado de nulidade insanável; quanto à necessidade, a decretação da nulidade deve ser providência indispensável para conservação do processo sem vícios; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, abriga a ponderação de valores segundo as circunstâncias do caso concreto, para se alcançar o fim perseguido. Assim sendo, se não houver outro meio menos oneroso para salvaguardar o devido processo legal, a decretação de nulidade se impõe.

Seja pela via da conservação dos atos jurídicos, analisados pela ótica do princípio da proporcionalidade, seja pela decretação da nulidade, quando melhor sorte não lhes aprouver, a tendência moderna da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a de considerar o processo penal como instrumento de preservação de garantias. No recente julgamento do HC nº 101474 / SP¹⁵, que trata de nulidade por inobservância de rito procedimental, é possível perceber esse caminho. Vejamos:

(...) A exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das persecuções penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu.

Nesse contexto, o processo penal ganha nova finalidade, que é a de servir como instrumento de garantias do réu.

7. Conclusão

A finalidade da prestação jurisdicional no modelo de processo penal garantista deve estar consubstanciada na cláusula do devido processo legal que, para a sua concretização, enseja a prática de atos jurídicos que não sejam eivados de vício.

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 101474/SP, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 05/10/2010, Diário da Justiça, Brasília, DF, 10/11/2010.

A Constituição Federal de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica enfeixam uma série de garantias fundamentais do réu no processo penal, cuja inobservância ocasiona, indubitavelmente, o fracasso da atuação do Poder Judiciário frente ao jurisdicionado.

Contudo, o descumprimento das formas legais dos atos jurisdicionais nem sempre levará à violação de direito ou garantia fundamental e, conseqüentemente, do devido processo legal. Assim, o sistema de nulidades no processo penal, criado como mecanismo para coibir abusos por parte do Estado-juiz, deve ser analisado pelo prisma do princípio da instrumentalidade das formas, sendo que a nulidade deve ser declarada somente quando o ato – mesmo tendo sido realizado de outro modo - não tenha alcançado o seu fim.

No modelo garantista, o processo penal migra da mera função de instrumento para a aplicação do *jus puniendi* estatal, pelo Direito Penal, para tornar-se mecanismo de mais alta relevância para a concretização dos direitos e garantias fundamentais do réu no curso da ação penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CORREA, Teresa Aguado. **El Principio da Proporcionalidad en Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999.

DELGADO, José Augusto. **A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão**. In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. 2. ed. Lisboa: Imprensa Casa da Moeda, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. vol. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHUARTZ, Bernard. **American Constitutional Law**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

Recebido em 30/11/2010 - Aprovado em 28/04/2011