



DEVIDO PROCESSO (PENAL) SUBSTANCIAL: 25 ANOS DEPOIS DA CR/88

Alexandre Morais da Rosa¹

RESUMO

A compreensão autêntica do conceito de devido processo legal substancial é a chave para superação dos dilemas entre sistemas no processo penal brasileiro.

Palavras chave: Sistemas. Devido Processo Legal. Processo Penal Brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

Até que ponto se justifica, ainda, a discussão sobre a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório, no contexto do processo penal brasileiro, em face da possível acolhida do devido processo legal substancial como novo paradigma de compreensão? Para responder a esse questionamento, parece evidente compreender o mal-estar decorrente do dilema constitucional em face da normativa ordinária (CPP e leis extravagantes). Isso porque há, tanto nas reformas parciais, quanto nas propostas de alteração, a eterna discussão entre o acolhimento de um ou outro modelo. Esse artigo, pois, tenciona propor uma leitura em paralaxe², ou seja, propor a superação desse falso dilema, apontando-se para uma nova maneira de compreender o tema, especialmente a partir da noção de presunção de inocência³.

¹ Doutor em Direito (UFPR). Professor de Processo Penal na UFSC e do Mestrado e Doutorado da UNIVALI.

² ZIZEK, Slavoj. *Visión de paralaje*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

³ A pesquisa foi publicada em dimensão maior: ROSA, Morais da, Alexandre. *Guia compacto do processo penal* conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

2 COMPREENDER OS PRINCÍPIOS

A leitura (da maioria) dos manuais de graduação apresenta um conjunto de princípios que poderiam, em tese, fazer funcionar o processo penal. O contato com processos penais reais deixa evidenciado que: (a) ou quem opera não sabe da existência dos princípios, os quais são invocados *ad hoc*, ou (b), de outra face, sabia-se que não era assim, isto é, o elenco de princípios é insuficiente, mas mesmo assim se ensina errado. Os princípios, assim postos, servem (serviriam) para enganar. Pode parecer forte a afirmação. Contudo, a sensação é a de que são meras justificações retóricas para o decisionismo⁴ e sua faceta de ativismo⁵ punitivista. Daí que é preciso ir além das aparências. Talvez falte uma nova maneira de perceber os princípios.

Logo, o primeiro tema a se enfrentar é a própria noção de princípio⁶. Necessário superar-se a noção diferenciadora e simplista da distinção da norma jurídica entre princípios e princípios para se demonstrar que os princípios devem fechar as regras do jogo processual, ainda que se fundamentem, todos, no “devido processo legal substancial”⁷.

De qualquer forma, os princípios surgem da impossibilidade de dizer o todo⁸.

⁴STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 10-11: “É preciso ter presente, desde já, que no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo os princípios assumem uma dimensão normativa de base. Vale dizer: não podem ser tidos como meros instrumentos para solucionar um problema derivado de uma lacuna na lei ou do ordenamento jurídico. Na verdade, em nosso contexto atual, os princípios constitucionais apresentam-se como constituidores da normatividade que emerge na concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário. [...] Tudo isso, ao fim e ao cabo, quer dizer o seguinte: toda e qualquer decisão jurídica só será correta (ou, na expressão utilizada em Verdade e Consenso, adequada à Constituição) na medida em que dela seja possível extrair um princípio. Vale dizer, uma decisão judicial – hermeneuticamente correta – se sustenta em uma comunidade de princípios.”

⁵TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁶OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008: Aponta que há confusão na compreensão adequada da noção de princípio, não se percebendo a existência de três significados históricos possíveis, a saber: a) Princípios Gerais do Direito; b) Princípios jurídico-epistemológicos; c) princípios pragmático-problemáticos. A partir da fenomenologia hermenêutica (Heidegger, Gadamer, Stein e Streck), aponta para representação dos princípios constitucionais. Em suas palavras: “Os princípios representam a introdução do mundo prático no direito. Neles se manifesta o caráter da transcendentalidade. Em toda caso compreendido e interpretado já sempre aconteceram os princípios – e não o princípio; toda decisão deve sempre ser justificada na comum-unidade dos princípios, como nos mostra Dworkin. Não há regras sem princípios, do mesmo modo que não há princípios sem regras. Há entre eles uma diferença, mas seu acontecimento sempre se dá numa unidade que é a antecipação de sentido. [...] Entre nós, contudo, a situação é outra. Simplesmente porque, com a Constituição de 1988, se deu a constitucionalização de toda uma principiologia que, podemos afirmar sem medo de errar, torna desnecessária qualquer tipo de ‘leitura moral’. A própria Constituição é, em última análise, ‘moralizante’. Desse modo, reconhecemos novamente razão a Lenio Streck quando ressalta a necessidade de respostas ‘adequadamente’ corretas: nem a única, nem a melhor, mas adequadas”.

⁷FERRAJLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

⁸MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sobre os fundamentos da ética: da filosofia à psicanálise*. Céfiso - Revista do Centro de Estudos Freudianos de Recife, Recife, n. 14, p. 95, 1999: “Aquela suposição básica,

Miranda Coutinho resgata a visão de princípio (do latim, *principium*) como sendo o início, origem, causa, gênese, entendido como motivo conceitual sobre o qual se funda, por metonímia, a cadeia de significantes.⁹ Ainda que este momento primevo seja impossível, porque a verdade é muito – *no início era o Verbo* –, tal regresso se mostra absolutamente necessário, mesmo que seja um *mito*; *mito* necessário para o *mundo da vida*¹⁰. E o mito, uma vez instalado, reproduz efeito alienante por parte dos atores jurídicos, caso não se o desvele como tal, isto é, como uma não realidade que sustenta a realidade. Por outras palavras, não é a causa do princípio que está ausente, mas sua explicação que se encontra permeada pela falta, pelo inexplicável onticamente¹¹. Daí em diante se estabelece uma cadeia de conceitos.

3 O DILEMA QUE PRECISA SER SUPERADO

Assim é que o Processo Penal estaria situado numa estrutura que possui características diversas e se divide, historicamente¹², nos sistemas¹³ Inquisitório e Acusatório,

aquele fundamento primeiro, aquele primeiro princípio não pode, todavia, ser ele próprio objeto de conhecimento racional, pois não pode ser demonstrado.”

⁹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 164: “Por evidente, falar de motivo conceitual, na aparência, é não dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. Mas quem disse que se necessita, sempre, pelos significantes, dar conta dos significados? Ora, nessa impossibilidade é que se aninha a nossa humanidade, não raro despedaçada pela arrogância, sempre imaginária, de ser o homem o senhor absoluto do circundante; e sua razão o *summum* do seu ser. Ledo engano!; embora não seja, definitivamente, o caso de desistir-se de seguir lutando para tentar dar conta, o que, se não servisse para nada, serviria para justificar o motivo de seguir vivendo, o que não é pouco, diga-se *en passant*.”

¹⁰COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro* [...], p. 164-165: “De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. [...] Daí o big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a Grundnorm a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos. O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no principium está um mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar, a qualquer preço, a segurança jurídica, só possível no imaginário, por elementar o lugar do logro, do engano, como disse Lacan; e aí está o direito. Para espaços mal-resolvidos nas pessoas – e veja-se que o individual está aqui e, portanto, todos –, o melhor continua sendo a terapia, que se há de preferir às investidas marotas que, usando por desculpa o jurídico, investem contra uma, algumas, dezenas, milhares, milhões de pessoas. Por outro lado – e para nós isso é fundamental –, depois do mito há que se pensar, necessariamente, no rito. Já se passa para outra dimensão, de vital importância, mormente quando em jogo estão questões referentes ao Direito Processual e, em especial, aquele Processual Penal.”

¹¹PESSOA, Fernando. *Poesias*. Trad. Fernando Antonio Nogueira Pessoa. Porto Alegre: L&PM, 1996, p. 8: “O mito é o nada que é tudo”

¹²CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 17-18.

¹³COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16-17: “Tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina.”

surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos, sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como sistemas mistos¹⁴. São mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos os sistemas, sendo incongruência lógica eventual denominação de terceiro gênero¹⁵. Isto porque a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de *princípios* (no plural) na origem do sistema kantiano. Assim é que no Sistema Inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes, enquanto no Acusatório é o Princípio Dispositivo que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da *gestão da prova*. Sendo o Processo Penal atividade marcadamente recognitiva, de acerto de *significantes*, a fixação de quem exercerá a gestão da prova, e com que poderes, se mostra indispensável, no que já se denominou “bricolage de significantes”.¹⁶ No Inquisitório o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no Acusatório essa responsabilidade é das partes, sem que possa promover sua produção. De outra face, no Inquisitório a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no Acusatório a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu¹⁷.

Cordero¹⁸ demonstra os motivos pelos quais o modelo Inquisitório se desenvolveu, atendendo aos interesses da Igreja e de quem comandava a sociedade, em face da expansão econômica, exigindo que o poder repressivo fosse centralizado, com atuação *ex officio*, independentemente da manifestação do lesionado. O juiz passa de espectador para o papel de protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto), desprovido de contraditório, publicidade, com marcas indeléveis (cartas marcadas)

¹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; THUMS, Gilberto. *Sistema processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁵COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à teoria geral do direito processual penal...*, p. 17-18: “Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigoram sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio [...]. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.”

¹⁶ROSA, Alexandre Moraes da, *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁷TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15-16.

¹⁸CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, v. 1, p. 16-90.

no resultado, previamente colonizado.¹⁹ Assume, para tanto, uma “postura paranoica” na gestão da prova, longe do *fair play*.²⁰

Barreiros deixa evidenciada as características de cada um dos sistemas. No modelo *Inquisitório*: a) o julgador é permanente; b) não há igualdade de partes, já que o juiz investiga, dirige, acusa e julga, em franca situação de superioridade sobre o acusado; c) a acusação é de ofício, admitindo a acusação secreta; d) é escrito, secreto e não contraditório; e) a prova é legalmente tarifada; f) a sentença não faz coisa julgada; e g) a prisão preventiva é a regra. Já no modelo *Acusatório*: a) o julgador é uma assembleia ou corpo de jurados; b) há igualdade das partes, sendo o juiz um árbitro sem iniciativa investigatória; c) nos delitos públicos, a ação é popular e, nos privados, de iniciativa dos ofendidos; d) o processo é oral, público e contraditório; e) a análise da prova se dá com base na livre convicção; f) a sentença faz coisa julgada; e g) a liberdade do acusado é a regra²¹.

Dentro dessa diferenciação e considerando a indeclinabilidade da Jurisdição, decorrência do “princípio da legalidade”, compete ao Estado organizar a maneira pela qual o Processo Penal tendente à aplicação – ou não – de alguma sanção. A separação das funções do juiz em relação às partes se mostra como exigida pelo “princípio da acusação”, não se podendo confundir as figuras, sob pena de violação da garantia da *igualdade de partes e armas*. Deve haver paridade entre defesa e acusação, violentada flagrantemente pela aceitação dessa confusão entre acusação e órgão jurisdicional, a saber, é vedada qualquer iniciativa probatória do julgador.²² Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes, que é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, pressuposto da função da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais da Jurisdição. A assunção do modelo eminentemente acusatório, segundo Binder²³, não depende do texto constitucional – que o acolhe, em tese, no caso brasileiro, apesar de a prática o negar –, mas sim de uma “*auténtica motivación*” e um “*compromiso interno y personal*” em

¹⁹TEDESCO, Ignacio F. El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural. Buenos Aires: Del Porto, 2007.

²⁰CORDERO, Franco. Procedimento penal... v. 1, p. 90: “*Los inquisidores adelantan afanosamente luchas contra el diablo.*”

²¹BARREIROS, José Antônio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 11-14.

²²Fala-se na produção de provas em favor da defesa. Mas se a dúvida é um dos fundamentos da absolvição, constitui paradoxo lógico a produção de provas para defesa. Se até o momento da decisão de produzir provas há dúvida, absolvição é a resposta correta (CPP, art. 386, VII).

²³BINDER, Alberto M. *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000. p. 7.

(re)construir a estrutura processual sobre alicerces democráticos, nos quais o juiz rejeita a iniciativa probatória²⁴ e promove o processo entre partes (acusação e defesa)²⁵.

Em resumo: como sistemas históricos, atualmente os ordenamentos nacionais guardam, por contingências diversas, características de ambos os sistemas, ou seja, inexistem sistema puro. Daí que se fala equivocadamente de sistemas mistos. Entretanto, falar-se de sistemas mistos não se pode dar na modalidade sistemática por ausência de um significante. Com essa dupla face instaure-se uma dupla legalidade e verdadeira confusão sob aparência de sistema. É impossível um sistema misto²⁶.

Se é impossível um sistema misto, qual o sentido em se continuar insistindo no dilema acusatório *versus* inquisitório? Nenhum. Trata-se de fantasia a ser desvelada. A confluência de diversos fatores implica na compreensão de conteúdo variável²⁷ da própria noção de sistema processual. Daí que Aroca²⁸ está correto ao afirmar que não há sentido em se invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura de pensar se modificou em face do monopólio jurisdicional e constitucional. Isso implica, assim, a necessidade de realinhar a noção com base na leitura dos documentos de Direitos Humanos (Declarações e Pactos Internacionais) e a Constituição da República. Manter-se a noção histórica somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal, especialmente quando adotada a teoria dos jogos.

A própria noção de Constituição precisa ser revisitada. Não se trata de documento coeso e produto de um sujeito (coletivo) pensante. A Constituição da República de 1988 foi o resultado possível da confluência de fatores políticos, econômicos e sociais marcado no tempo²⁹. Buscar, pela leitura isolada dos dispositivos, a definição de qual sistema (acusatório ou inquisitório) teria sido acolhido é irrelevante – ainda que possa ser útil para quem não supera o falso dilema. Há características de ambos os sistemas. O que se deve buscar, assim, é a diretriz global, cotejando os documentos internacionais, a jurisprudência das cortes

²⁴ LOPES JR, Aury. *Processo penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012; PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁵ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático: Crítica à metástase do sistema de controle penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁶ QUEIROZ, Felipe Vaz de. *Atividade (ana) crônica do juiz no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: PUC-RS (Ciências Criminais), 2009.

²⁷ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto cego do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93. O autor fala em “democraticidade”, ao mesmo tempo contrário ao inquisitório e ao misto, para além do acusatório.

²⁸ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada em la razón*. Valencia: Tirante lo Blanch, 1997. p. 28.

²⁹ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

internacionais³⁰. Para tanto se deve buscar guarida e pertinência formal e substancial no processo civilizatório democrático advindo das conquistas históricas, em especial com o devido processo legal substancial³¹.

A Constituição da República, embora se apresente como um documento único, apresenta-se como fusão de horizontes diversos. É o resultado histórico. Na Constituição estão representados os direitos reciprocamente reconhecidos e os procedimentos eleitos para justificar a intervenção na esfera privada por imposição pública. Assim é que a função do Direito de estabilizar expectativas de comportamento somente acontece mediante o devido processo legal substancial³². Pode-se falar em tensão entre o texto constitucional idealizado e a realidade a partir de Habermas³³, mediante o abandono da teoria dos dois mundos (metafísica), mediada pela linguagem, a qual irá operar, ressaltamos noutro lugar³⁴, a partir da teoria dos jogos e da noção de guerra.

4 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: NOVO PARADIGMA

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CR/88). Essa disposição, ausente nas Constituições anteriores, trouxe o significativo para o contexto brasileiro. Entretanto, longe de se buscar a vontade da norma ou a vontade do legislador (discussão para quem desconhece hermenêutica³⁵), cabe sublinhar que a história do significativo é secular e já presente no art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁶.

³⁰ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. p. 7.

³¹ Consultar: ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012; KHALED JR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293, 2010; LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: _____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo 1; THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³² CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 51.

³³ HABERMAS, Jurgen. *Direito e faticidade...* v. 2. p. 50-51.

³⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁵ Claro que essa articulação passa pela noção de que o direito não possui um sentido imanente, mas dialoga no tempo e espaço com o contexto de aplicação, ou seja, a hermenêutica não é platônica. Vincula-se aos mecanismos reais de poder, inseridos numa sociedade complexa, via Hermenêutica Filosófica.

³⁶ “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Discute-se sobre o conteúdo do “devido processo legal”, pelo menos, desde a *Inglaterra* de João Sem Terra (1215)³⁷. Mais: Não se trata de significante desprovido de história e tradição. Logo, parece abusivo e até ingênuo apontar simplesmente que o “devido processo legal é o procedimento estatal para restrição de direitos”, como fazem, de regra, os manuais de direito constitucional e processo penal. Essa leitura desconsidera toda a discussão histórica e, por ela, quem sabe possa-se buscar uma chave de interpretação para o processo penal brasileiro³⁸.

É verdade que não se trata apenas trazer seus postulados. Precisa-se “tropicalizar” o instituto. Não para se adotar a mesma **razão abstrata**, nem, muito menos, para termos a construção havida na Inglaterra medieval e depois, transposto o Atlântico, desenvolvida nos Estados Unidos da América. Contudo, há evidente diálogo entre tradições, e o Direito Continental não pode ser alheio ao que se passou no Direito Anglo-saxão, até porque influencia o direito brasileiro³⁹. É preciso certa tolerância para que se perceba a dimensão da cláusula do **devido processo legal**, especialmente o qualificado de **substantivo**, construída em mais de 800 anos (*substantive due process of law*). Há trajetória de **coerência** na sua construção, não sendo fórmula desprovida de conteúdo democrático, nem, muito menos, mera formalidade procedimental. Hoje em dia, em face dos ativismos discutidos, bem como as novas formas de controle de constitucionalidade, parece alienado desconsiderar essa contribuição⁴⁰.

Ainda que rapidamente, cabe dizer que a imposição de cartas aos Reis na Inglaterra – mesmo não se confundindo com a noção moderna de lei – foi o nascedouro do reconhecimento de que os direitos do soberano não eram mais absolutos, a saber, o Rei também se submetia ao regime universal, e seu poder não era mais plenipotenciário. A Terceira Carta Confirmatória de Henrique III preconizou:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou despojado de seus meios de vida, de suas liberdades, nem de suas usanças livres, nem banido ou exilado, nem de

³⁷Foi um pacto estamental, realizado entre a Burguesia (os Barões Ingleses) e aquele que pela morte de seu irmão Ricardo I, à época rei da Inglaterra, viria a sucedê-lo na coroa britânica. O novo Rei John de Anjou, chamado de Rei João “Sem Terra”, teria recebido esse nome pelo fato de não ter herdado terras quando da morte de seu pai, Henrique II. Sendo, então, um Rei sem posses e desprestigiado, viu-se pressionado pela burguesia a ceder alguns direitos como condição necessária para permanecer no trono.

³⁸Precioso o trabalho de: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade: a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. No mesmo sentido: PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

³⁹DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Trad. Denise R. Vieira. Barueri: Manole, 2005; ROSA, Alexandre Moraes da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴⁰BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

modo algum molestado, e nós também não o atacaremos nem mandaremos alguém atacá-lo, exceto pelo lícito julgamento de seus pares ou pelo direito da terra.⁴¹

No ano de 1610, durante o reinado de Jaime I, Sir Edward Coke já indicava a importância, na linha de Locke⁴² e sua tríade, da garantia da vida, propriedade e liberdade. Aliás, o pensamento contratualista de Locke será fundamental para se compreender que o contrato social não significou a alienação dos direitos inerentes ao sujeito, mas o contrário⁴³. Há um resto de liberdade pressuposto da intervenção estatal, a qual não foi nem pode ser alienada. É justamente a partir dessa tríade – vida, propriedade e liberdade – que se deve buscar a matriz do significante.⁴⁴ A doutrina de Coke foi revigorada com a subscrição da *Petition od Right*, em 1628, por Carlos I, não se podendo mais: (a) aprisionar sem se dizer as causas (decorrente do caso dos *Five Knights*), b) vedar *Habeas Corpus* contra atos reais; c) aplicar a lei marcial e fazer aquartelamento em propriedades privadas. Faltavam, entretanto, instrumentos para sua efetivação.

É incerta na doutrina a recepção do devido processo legal nos EUA. De qualquer sorte, a supremacia da Constituição é noção que fundamenta a possibilidade de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1791 estabeleceu na 5ª Emenda:

Nenhuma pessoa pode ser obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um Grande Júri, exceto em casos que surjam nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ou em tempo de guerra ou de perigo público. Nem se pode sujeitar qualquer pessoa, pelo mesmo crime, a ser submetida duas vezes a julgamento que lhe possa causar a perda da vida ou dano físico; nem será obrigada de forma alguma a depor contra si mesma, nem será privada de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem pode uma propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação.

Apressando o passo – para os fins desse artigo – cabe apontar que o trajeto não foi o de acolhimento do mérito do produto legislativo. A noção de lei foi revisitada pelo reconhecimento do direito dos Tribunais em controlar a razoabilidade dos atos do poder

⁴¹MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo...*, p. 6.

⁴²LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril, 1973.

⁴³Conferir: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia & estado contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2002.

⁴⁴MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo...*, p. 24: O “Bonham case” foi marcado pelo reconhecimento da nulidade do ato que aplicou a multa e prisão em face do exercício ilegal da medicina em Londres sem autorização da Academia Real de Medicina. “Os censores não podem ser juízes, ministros e partes; juízes para proferir sentença e julgar; ministros para fazer notificações ou intimações e parte para terem metade das multas, *quia aliquis non debet esse iudex in propria causa, imo iniquum este alicuius suas rei esse iudicem*; e ninguém pode ser juiz e advogado para qualquer das partes... e consta dos nossos livros que, em muitos casos, o direito comum controlará aos do parlamento, e, às vezes, julgá-los-á absolutamente nulos, pois quando um ato do parlamento vai de encontro ao direito comum e à razão, ou é inaceitável ou impossível de executar, o direito comum irá controlá-lo e julgá-lo como nulo”.

público (legislativo e executivo), quando violadores dos direitos de vida, propriedade e liberdade⁴⁵, com a extensão da 5ª Emenda aos Estados Membros, pela 14ª Emenda:

Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado no qual residem. Nenhum Estado deve editar ou executar qualquer lei que possa violar os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos. Nem pode qualquer Estado privar nenhuma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem recusar a qualquer pessoa na sua jurisdição a igual proteção perante a lei. (...) Seção 5. O Congresso deve ter poderes para reforçar, por legislação apropriada, as provisões deste artigo.

Abriu-se, com isso, a possibilidade de intervenção do Judiciário Federal nas legislações estaduais. Em 1803, no julgamento, já nos EUA, *MARBURY v. MADISON*, sabe-se, o Juiz Marshall apontou a necessidade de contenção do Poder Legislativo, a saber, a possibilidade democrática do *Judicial Review*. Muito se poderia discorrer sobre o devido processo legal substancial. Entretanto, o que cabe marcar é que a tradição expôs diversos momentos, todos fundados na discussão da garantia da vida, propriedade e liberdade contra as ingerências do Poder Público⁴⁶.

Nesse contexto, não se pode permanecer, depois de 5.10.1988, alheio ao devido processo legal substancial, até porque há disposição expressa para seu manejo, consoante desponta, por exemplo, do art. 282 do CPP. Na grande maioria dos manuais e foros, a cláusula é ignorada, como se fosse mero procedimento (aspecto formal). Cuida-se da ampliação da tutela da vida, propriedade e liberdade moduladas a partir do Garantismo e vinculadas à tradição democrática⁴⁷.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre sua aplicabilidade ao campo penal:

O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em

⁴⁵MARTEL, Leticia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo..., p. 63. Sobre o "Stamp Act", o juiz Edmundo Pendleton, de Virgínia, afirmou: "Tendo feito o juramento de julgar de acordo com a LEI, jamais poderei considerar esta lei como tal, por carência de poder no Parlamento para aprová-la."

⁴⁶ORTH, John V. *Due process of law: a brief history*. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

⁴⁷MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.⁴⁸

A ampliação das garantias contra o arbítrio do Estado⁴⁹ é decorrência da compreensão autêntica do devido processo legal substancial⁵⁰. Dialeticamente se analisa, caso a caso, as consequências da ação estatal com base nos efeitos sobre a vida, propriedade e liberdade do sujeito, tanto na perspectiva formal como material⁵¹.

Para operacionalizar o devido processo legal substancial, recorre-se ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade)⁵², o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de direitos fundamentais.

Não se pode cair, todavia, na armadilha da ponderação de princípios, dado que se trata de mero recurso retórico, consoante afirma Daniel Sarmento:

E a outra face da moeda [do uso desmesurado dos princípios] é o lado do decisionismo e do 'oba-oba'. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 94.016-SP*. Relator: Ministro Celso de Mello.

⁴⁹SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 95: “Enfim, percebe-se que, a partir sobretudo do advento da Constituição de 1988, o STF vem reconhecendo o princípio da proporcionalidade/razoabilidade no direito brasileiro, localizando a sua sede na cláusula do devido processo legal, albergada no art. 5º, LIV, do texto fundamental”.

⁵⁰CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil....*, p. 10: “Como Princípio condicionante do processo criminal, a cláusula do *due process of law* enfeixava garantias ‘explícitas’ e ‘implícitas’ no sistema de liberdades protegido pela Constituição. Dentre as garantias adotadas expressamente no estatuto constitucional norte-americano, menciona-se a proibição de edição de *Bill of attainder* (ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular em que seja assegurada ampla defesa), leis retroativas, de ser julgado duas vezes pelo mesmo fato e a vedação a auto-incriminação forçada. Adjunta-se, ainda, as garantias ditas pela 6ª Emenda, a saber, o direito a um julgamento rápido e público (*speedy and public Trial*), por júri imparcial e com competência territorial predeterminada, bem como o direito a ser informado acerca da natureza e causa da acusação (*fair notice*), além do direito de defesa e contraditório, consistente na possibilidade de confrontar as testemunhas de acusação, de produzir prova, inclusive de obter compulsoriamente o depoimento de testemunhas de defesa, como de resto o direito à assistência de advogado.”

⁵¹Sabe-se que a distinção entre direito formal e material é controversa no campo da Filosofia da Linguagem. Aqui se reitera apenas para se facilitar a compreensão.

⁵²BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29: indica a existência de relação de fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Conferir: BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso de seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser.⁵³

Assim é que a utilização da proporcionalidade, na via do devido processo legal substancial, não pode acontecer contra o sujeito⁵⁴.

De qualquer maneira, para aplicação do princípio da proporcionalidade exige-se: necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito). Por necessidade, a partir da intervenção mínima do Estado na esfera privada, proibindo o excesso e privilegiando a alternativa menos gravosa, a qual menos violará os Direitos Fundamentais do afetado (especialmente liberdade⁵⁵ e intimidade⁵⁶) e poderá gerar efeitos equivalentes⁵⁷. Já adequação significa a relação positiva (apta) entre o meio e o fim da medida, ou seja, o meio empregado deve facilitar a obtenção do fim almejado. Não há sentido em se manter alguém preso cautelarmente se a pena a ser aplicada, ao final, não significar a privação da liberdade: o meio não se relaciona com o fim. E, proporcionalidade em sentido estrito implica juízo acerca do custo-benefício da medida imposta, isto é, quais os princípios em jogo. Não se trata, como já visto, de mera ponderação. A prevalência dos Direitos Fundamentais, no campo do processo e direito penal, impede juízos em favor da coletividade, dado que inverte a lógica do Estado

⁵³SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudo de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 199-200.

⁵⁴STRECK, Lenio. *O que é isso: decido conforme minha consciência...* p. 50-52: “Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da ‘razoabilidade’ (com ou sem ponderação de valores), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. Excetuando os casos em que, teleologicamente, decisões calcadas na ponderação de valores podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já é um problema, porque a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico), a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos para o exercício da mais ampla discricionariedade (para não dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos. [...] Na verdade a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra – *regra de direito fundamental adscripta* – essa sim, segundo Alexy, apta à resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção (por mais paradoxal que isso possa parecer).”

⁵⁵O art. 282 do CPP, no inciso II (**adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado) e nos seus parágrafos 3º (**contraditório** preliminar à decisão de prisão cautelar) e 6º (A prisão preventiva será determinada **quando não for cabível** sua substituição por outra medida cautelar – art. 319), indica a acolhida da proporcionalidade como critério das medidas cautelares.

⁵⁶No regime da interceptação telefônica, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96, deve ser demonstrada, no pedido e na decisão, a impossibilidade de produção da prova por outros meios, a saber, se houver outro meio menos gravoso, necessariamente, deve prevalecer. A interceptação é excepcional por violar a intimidade (Direito Fundamental).

⁵⁷BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 734.

Democrático de Direito. Assim, não se pode, em nome da dita Segurança Coletiva, flexionar, de forma excessiva e desproporcional, os Direitos Fundamentais.

Aqui também se deve invocar, desde outra tradição, a dupla face dos Direitos Fundamentais, ou seja, a possibilidade de se analisar, no contexto do devido processo legal substancial, tanto o excesso de proibição, como a proteção deficiente.⁵⁸

5 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE COMO SIGNIFICANTE MESTRE DA COMPREENSÃO

Santo Agostinho narra, em suas “Confissões”⁵⁹, algo que pode situar o diálogo com base nas desventuras de Alípio:

Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábuas e o estilete, quando um jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam a rua dos banqueiros, e se pôs a cortar o seu chumbo. Ao ruído dos golpes, os banqueiros que estavam embaixo alvoraçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozerio, fugiu depressa, abandonando o machado para não ser preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, viu sair e fugir precipitadamente. Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado, a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e o surpreendem sozinho, empunhando o machado, a cujos golpes, alarmados, haviam acudido. Prendem-no, levam-no, e gloriam-se diante dos inquilinos do fato por ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça.

Onde fica a presunção de inocência na prisão em flagrante? Existe, de fato, processo penal nesses casos? Tudo não passa de um jogo de cena? Enfim, até que ponto a “inocência” pode ser levada? Como isto funciona depois de mais de 20 anos de Constituição? Articular a resposta parece ser o desafio⁶⁰.

Presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal em vigor, é tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pela manutenção da mentalidade inquisitória. A “Presunção de Inocência”, embora com alguns antecedentes históricos, encontrou reconhecimento na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, seu marco ocidental,

⁵⁸GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006; STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 25 mar 2011; RUDOLFO, Fernanda Mambriani. *A Dupla face dos direitos fundamentais*. Petrópolis: KBR, 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STRECK, Maria Luiza Schäfer. *A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵⁹AGOSTINHO, SANTO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 130-131.

segundo o qual se presume a inocência do acusado até prova em contrário reconhecida em sentença condenatória definitiva⁶¹. Nesse sentido a Constituição da República – CR, em seu art. 5º, LVII, dispôs: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Mesmo que se possa exclusivamente discutir a compatibilidade deste dispositivo com a prisão cautelar, no caso, pretende-se seguir outro caminho não excludente: o de entender qual o motivo por que, desde a matriz, o pensamento está condicionado pelo modelo de pensar inquisitório, incompatível com a Constituição, lendo sua aplicabilidade via teoria dos jogos.

No que interessa, cabe relevar que o processo penal, como garantia, precisa ser levado a sério, sob pena de se continuar a tratar a “inocência” como figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, processo penal do medievo, cujos efeitos nefastos se mostram todos os dias⁶². Por isso é necessário mudar as coordenadas em que se analisa a lógica do processo, o papel do julgador e de cada julgador, especialmente no que toca à prisão cautelar, via teoria dos jogos.

Dito isso, de se lembrar que o direito ao devido processo legal substancial é a única garantia à defesa efetiva. E, conforme a nova sistemática processual determina, a prisão cautelar apenas se mantém em caso de extrema necessidade (art. 282, § 6º, CPP), de que se pode inferir a própria exigência do “periculum libertatis”. Nesse sentido vale destacar:

Trata-se de habeas corpus contra decisão proferida pelo tribunal a quo que proveu o recurso do MP, revogando o relaxamento da prisão cautelar por entender que a ausência de advogado na lavratura do auto de prisão em flagrante não enseja nulidade do ato. Alegam os impetrantes não haver justificativa para a manutenção do paciente sob custódia, uma vez que, após efetuada a prisão, foi-lhe negado o direito de comunicar-se com seu advogado, o que geraria sim nulidade na lavratura do auto de prisão. Além disso, sustentam inexistirem os pressupostos autorizadores da prisão preventiva. A Turma, ao prosseguir o julgamento, concedeu parcialmente a ordem pelos fundamentos, entre outros, de que a jurisprudência do STF, bem como a do STJ, é reiterada no sentido de que, sem que se caracterize situação de real

⁶⁰MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶¹FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. all. Madrid: Trotta, 2001. p. 549-551; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; GRANDINETTI, Luis Gustavo; CARVALHO, Castanho de. *Processo penal e (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶²ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência, psicanálise, direito e cultura*. Campinas: Millenium Editora, 2007; MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; BECKER, L.A.; SILVA SANTOS, E.L. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri, 2002; CARVALHO, Salo de. As presunções no direito processual penal (estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira). in: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal: leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; GERBER, Daniel. *Prisão em flagrante: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. Ressaltou-se que a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, sendo, portanto, inadmissível que a finalidade da custódia provisória, independentemente de qual a sua modalidade, seja deturpada a ponto de configurar antecipação do cumprimento da pena. Com efeito, o princípio constitucional da presunção de inocência se, por um lado, não foi violado diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado. Dessa forma, a privação cautelar do direito de locomoção deve-se basear em fundamento concreto que justifique sua real necessidade. Desse modo, não obstante o tribunal de origem ter agido com acerto ao declarar a legalidade da prisão em flagrante, assim não procedeu ao manter a custódia do paciente sem apresentar qualquer motivação sobre a presença dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, mormente quando suas condições pessoais o favorecem, pois é primário e possui ocupação lícita. Precedentes citados do STF: HC 98.821-CE, DJe 16/4/2010; do STJ: HC 22.626-SP, DJ 3/2/2003. (STJ, HC 155.665, rela. Min. Laurita Vaz,).

Conta Warat que se todos acreditassem, piamente, em Papai Noel, na noite de 24 de dezembro não haveria presentes a se distribuir. Há necessidade de que pelo menos um saiba do embuste, do mito, da farsa, para que ele possa fazer sentido. Todos menos um precisa saber que há um furo na totalidade natalina. Para além do velho Noel, algo rateia. Na presunção de inocência inautêntica do Sistema Inquisitório também. Não se pode ficar como os mocinhos dos filmes, um segundo antes do tiro fatal, sob pena de se manter, por exemplo, a prisão cautelar do curioso Alípio, cuja versão em seu interrogatório, por certo, seria considerada fantasiosa. A pergunta inocente é: fantasia de quem?

Daí que a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade. O processo, como jogo, deverá apontar pelas informações obtidas no seu decorrer, a comprovação da hipótese acusatória, obtida por decisão judicial fundamentada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi visto, então, verifica-se que os dilemas e debates acerca do acolhimento, pelo processo penal brasileiro, do modelo inquisitório ou acusatório, diante do câmbio de paradigma, ou seja, da assunção do devido processo legal substancial, devem ser superados. A nova compreensão do processo penal, pois, faz com que se possa, enfim, alterar as coordenadas e, quem sabe, situar democraticamente o processo penal. Depois de 25 anos de Constituição da República, o disposto no art. 5º, LIV, pode, talvez, com base em uma compreensão autêntica, servir de norte para um modelo democrático. O tempo dirá.

SUBSTANTIAL DUE PROCESS (PENAL): 25 YEARS AFTER CR/88

ABSTRACT

The authentic understanding of the concept of substantial due process is the key to overcoming the dilemmas between systems in the Brazilian criminal process.

Keywords: Systems. Due Process. Brazilian criminal process.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Violência, psicanálise, direito e cultura**. Campinas: Millenium, 2007.

ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas procesales penales**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo 1.

BARREIROS, José Antônio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, L.A.; SILVA SANTOS, E.L. **Elementos para uma teoria crítica do processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BINDER, Alberto M. **Iniciación al proceso penal acusatorio**. Buenos Aires: Campomanes, 2000.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. (Org.). **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 94.016-SP**. Relator: Ministro Celso de Mello.

CARVALHO, Salo de. As presunções no direito processual penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância' na legislação brasileira). in: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 17-18.

_____. **Procedimento penal**. Tradução Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, v. 1.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 30, p. 164, 1998.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: _____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos**. Tradução Denise R. Vieira. Barueri: Manole, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et. all. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

GERBER, Daniel. **Prisão em flagrante: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GRANDINETTI, Luis Gustavo; CARVALHO, Castanho de. **Processo penal e (em face da) Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução Raúl Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e faticidade**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. v. 2.

KHALED JR, Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Revista Civitas**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293, 2010.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Abril, 1973.

LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre os fundamentos da ética: da filosofia à psicanálise. In: **Céfiso**: Revista do Centro de Estudos Freudianos de Recife, Recife, n. 14, p. 95, 1999.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade: a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto cego do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre os fundamentos da ética: da filosofia à psicanálise. **Céfiso**: Revista do Centro de Estudos Freudianos de Recife, Recife, n. 14, p. 95, 1999.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: una explicación basada em la razón**. Valencia: Tirante lo Blanch, 1997, p. 28.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORTH, John V. **Due process of law: a brief history**. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Almedina, 2009.

PESSOA, Fernando. **Poesias**. Tradução Fernando Antonio Nogueira Pessoa. Porto Alegre: L&PM, 1996.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Felipe Vaz de. **Atividade (ana) crônica do juiz no processo penal brasileiro.** Porto Alegre: PUC-RS, 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A dupla face dos direitos fundamentais.** Petrópolis: KBR, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudo de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A tipicidade e o juízo de admissibilidade da acusação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 25 mar. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso: decido conforme minha consciência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto:** as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **A face oculta da proteção dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEDESCO, Ignacio F. **El acusado en el ritual judicial:** Ficción e imagen cultural. Buenos Aires: Del Porto, 2007.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** Tradução Alexandra Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THUMS, Gilberto. **Sistema processuais penais:** tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZIZEK, Slavoj. **Visión de paralaje.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.