

# OS REFLEXOS DAS LIBERDADES PÚBLICAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO

MÁRCIA MARIA TAMBURINI PORTO SARAIVA

*Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Estácio de Sá*

## 1. INTRODUÇÃO

Às vésperas da apreciação pelo Senado Federal do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, que tramita por longos e arrastados anos no Congresso Nacional, parece não haver mais espaço para discussão de qualquer norma e nem mesmo dos princípios instruidores do processo penal, sobretudo porque a promulgação da Carta Política de 88 deve haver provocado no espírito do legislador a consciência crítica indispensável às mudanças que se fazem necessárias. Nada obstante, e em que pese as alterações efetuadas pela nova ordem constitucional nas feições do Estado brasileiro e o avanço na proteção aos direitos individuais - com a criação de mecanismos garantidores das liberdades públicas jamais previstos nas Constituições anteriores - o diploma processual penal não vem aceitando, com o servilismo esperado, essa influência transformadora, o que autoriza uma breve reflexão sobre as implicações dos princípios constitucionais no sistema processual penal vigente.

Longe de pretender examinar, com a atenção que o tema reclama, as fases evolutivas da positivação dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno, até mesmo em razão dos estreitos limites do presente ensaio, parece-nos oportuno, contudo, deixar assinalado os traços distintivos dessa trajetória histórica, com vistas a uma melhor compreensão dos efeitos decorrentes da inobservância dos princípios insculpidos na Carta da República, a comprometer a própria efetividade das normas processuais.

De origem marcadamente jusnaturalista, os direitos individuais constituem limitações ao poder político, conferindo aos cidadãos, como destaca o prof. Luis Roberto Barroso, “*o poder de exigir de qualquer destinatário da norma prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos*

*bens jurídicos nela consagrados” (Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Ed. Renovar, 3ª ed., p. 99). No entanto, essa inegável proteção constitucional do indivíduo em face do Estado não constitui, na **praxis**, fator impeditivo às freqüentes violações ao princípio da dignidade humana pelos órgãos encarregados da prevenção e repressão às condutas criminosas, com projeções na própria atividade persecutória estatal em suas distintas fases – investigatória e processual propriamente dita.*

No Estado democrático social, o Direito Processual Penal não mais se compatibiliza com os valores cristalizados sob a égide de um contexto social vencido, inteiramente divorciados daqueles que nortearam a elaboração dos comandos normativos da Lei Maior. Antes reclama adequação aos relevantes interesses sociais que sobrepassam as normas jurídicas, qualquer que seja a sua natureza.

Nessa perspectiva, e abandonando a pretensão de analisar, detidamente, os reflexos das proposições constitucionais fundamentais sobre o sistema acusatório, o presente estudo busca, a partir da enumeração, ainda que não exaustiva, dos princípios de caráter processual, rediscutir questão já debatida, com um olhar voltado para a Carta da República, apontando as graves ofensas que a errônea interpretativa dirige à Lei Maior.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS**

O estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais não é tarefa fácil, sobretudo diante da falta de uniformização entre os publicistas na conceituação das expressões direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas.

Se de um lado alguns não vêem distinção entre os termos, de outro é possível identificar aqueles que os confundem e, com mais acerto, aqueles que procuram emprestar o real sentido a cada uma das expressões. De toda sorte, a confusão terminológica revela uma preocupação comum a todos, qual seja, conferir ao termo a extensão necessária ao resguardo e garantia da *liberdade*.

BLANCA MARTÍNEZ DE VALLEJO, por exemplo, reserva a expressão **direitos humanos** para aqueles positivados em nível internacional (*exigências básicas relacionadas com igualdade e liberdade da pessoa, que não tinham alcançado um estatuto jurídico-positivo*) e **direitos fundamentais** para os direitos humanos positivados em nível interno, ou seja, *garantidos pelos ordenamentos jurídico-positivos estatais. (apud Revista*

**Ciências Sociais, Universidade Gama Filho**, ed. Especial, 1997, p. 131).  
Outros, como DOMINIQUE TURPIN, ensinam que

*“muitas vezes consideradas como sinônimos, as noções de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’ não se superpõem totalmente. A primeira é mais antiga, mais ampla, mais ambiciosa, mais imprecisa, porque mais filosófica ou política (ela está hoje em dia na moda, constituindo-se para muitos um sacerdócio e para alguns uma sinecura). A segunda é mais recente (seu ensino autônomo data apenas de 1954 e 1962), mais modesta, mas também mais jurídica, logo, mais precisa (e, por consequência, sem dúvida mais protetora).”*  
(op. cit. p. 133/34)

De outro lado, JEAN RIVERO preleciona:

*“As liberdades públicas são os poderes de autodeterminação consagradas pelo direito positivo.... As duas noções, de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’, são vizinhas, mas, no entanto, distintas: elas não se situam sobre o mesmo plano, de um lado, e não têm o mesmo conteúdo, de outro lado. Elas não se situam no mesmo plano - a noção de ‘direitos do homem’, cujas origens históricas e filosóficas veremos mais adiante, surge da concepção do Direito Natural.”*

E continua:

*“Os direitos do homem, com efeito, apresentam características que permitem ver um direito no sentido próprio do termo, de uma possibilidade reconhecida ao homem: um titular, um objeto preciso, um sujeito contra o qual se pode opor. É então possível lhe conferir uma sanção que os faça entrar no direito positivo. É o que se passou com o direito internacional: os direitos do homem, tal como proclamados pela Declaração Universal de 1948 e determinados pelos pactos de 1966, definem na sociedade internacional uma categoria jurídica à qual os textos atribuem um regime de proteção. Deu-se o mesmo no quadro europeu. O direito interno francês não procedeu dessa forma. Não considerou os direitos humanos no seu*

*conjunto uma categoria autônoma com seu estatuto próprio.” (ob. cit. p. 134/35)*

Adotando igual linha de raciocínio, JEAN MORANGE sustenta que

*“as liberdades públicas traduzem juridicamente, mais ou menos fielmente, uma filosofia dos direitos do homem...é banal afirmar que nenhuma liberdade pode ser ilimitada. Mesmo aos olhos dos liberais mais extremistas, a liberdade de cada um deve terminar onde começa a liberdade do outro(.....).”*

Ressalta, em seu estudo, que **liberdades públicas e direitos do homem** se distinguem de acordo com os diferentes ordenamentos jurídicos, assinalando que *nos países anglo-saxões os direitos do homem evocam o direito internacional, ao passo que as liberdades públicas correspondem mais aos **civil rights**.*

Possível constatar-se a testilha doutrinária para um tema que, em princípio, apresenta-se simples. Acirrando a discussão, FRANÇOIS TERRÉ, professor da Universidade PANTHÉON-ASSAS, em duas ocasiões, ao proceder à distinção, refere-se, primeiramente, a conexões entre os *conceitos de liberdades públicas e de direitos do homem - sustentados pela noção de direito subjetivo -*, deve-se acrescentar um outro, em nossa época, sob a influência crescente do direito constitucional. *Trata-se daquilo que se tem convencionalmente chamar de **direitos fundamentais**.*

Ao tentar estabelecer distinção entre os referidos conceitos, apoia-se em critérios orgânicos, ressaltando:

*“Mais significativos são, em definitivo, os critérios de natureza orgânica, manifestando essencialmente uma superioridade da Constituição: os direitos e liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, protegidos contra o poder executivo, mas também contra o poder legislativo, enquanto que as liberdades públicas - no sentido do direito francês clássico - são essencialmente protegidas contra o poder executivo... Em segundo lugar, os direitos fundamentais são garantidos em virtude não apenas da lei, mas sobretudo da Constituição, ou dos textos internacionais ou supranacionais.”*

As liberdades públicas, no dizer de JEAN RIVERO,

*“...constituent précisément l’une de ces catégories, consacrées notamment par l’article 34 de la Constitution. Elles correspondent à des droits de l’homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l’Etat ont inséré dans le droit positif.”*

Adverte o autor: *“il faut retenir que si les libertés publiques sont bien des droits de l’homme, tous les droits de l’homme ne sont pas de libertés publiques”* (RIVERO, Jean. **Les libertés publiques...**, 7. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1974. v. I: “Les droits de l’homme”. p. 22)

Dirimindo a controvérsia, JACQUES MOURGEON sintetiza

*“... les droits de l’homme se définissent comme étant les prérogatives, jouvénées gouvernées par des règales, que la personne détient en propre dans ces relations avec les particuliers et avec les Pouvoir”* (MOURGEON, Jacques. **Les droits de l’homme**. 5. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1980. p. 8)

A conclusão extraída por ALBERTO NOGUEIRA, seguindo a esteira de JEAN RIVERO é a de que *“se, entretanto, as liberdades públicas são direitos do homem, esta última categoria é muito mais ampla e extensa que a anterior”* (ob. cit., p. 138).

Como outra abordagem, JACQUES ROBERT e JEAN DUFFAR, sustentam que

*“existe uma diferença entre as duas expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos do cidadão’. Os direitos do homem têm um caráter pré-social; os direitos do cidadão, ao contrário, estão ligados à existência da cidade... Acrescentamos que todos os direitos do homem não têm necessariamente o caráter de ‘liberdades públicas’. O Direito ao trabalho ou à instrução são direitos do homem, mas não liberdades”* (Nogueira, Alberto. op. cit. p. 138).

A doutrina espanhola, capitaneada por ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, apresenta sua contribuição ao tema, norteador-se por três idéias mestras: 1<sup>a</sup>) **jusnaturalismo** em seu fundamento; 2<sup>a</sup>) **historicismo** em sua forma e 3<sup>a</sup>) **axiologismo** em seu conteúdo.

Com isso, *“nem todo direito humano é um direito fundamental, enquanto não for reconhecido por um ordenamento jurídico positivo: mas ao*

*inverso, não é possível admitir um direito fundamental que não consista na positivação de um direito humano” (PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitucion**. V. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 514/515).*

Carl Schmitt, sem descuidar do aspecto material, adotou dois critérios formais para a caracterização dos direitos fundamentais, reservando o termo para os direitos ou garantias enumerados na Constituição e ainda aos direitos que dela receberam um grau mais elevado de garantia ou segurança.

Enfrentando a questão sob uma perspectiva intrinsecamente material, assentou que os direitos fundamentais sofrem variação a partir da ideologia, forma de Estado, valores e princípios consagrados pela Lei Fundamental.

Dos ensinamentos doutrinários acima transcritos, pensamos mais acertado considerar como **liberdades públicas** aquelas previstas em um ordenamento jurídico, com acento constitucional que lhes confira garantia e efetividade, não possuindo a extensão que a expressão **direitos humanos** assume. Nesta, estão incluídos não apenas os *direitos fundamentais*, como as *liberdades públicas*.

Desde a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o regime constitucional encontra-se associado à garantia dos direitos fundamentais, condicionando a própria existência da Constituição à proteção dos direitos individuais. Muito embora Jellinek, em sua obra **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**, atribua a origem das Declarações à reforma religiosa de Lutero, a proteção aos direitos fundamentais, a despeito de sua incompletude, surgiu com a Magna Carta de 1215.

Apesar de a revolução norte-americana pela independência (1776) haver acelerado a previsão constitucional dos Direitos Fundamentais, sua consagração normativa deu-se com a mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

As declarações de direitos do século XIX limitaram-se a tutelar direitos privados e políticos, com a preocupação única de armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado, considerado como um mal necessário. Com isso, as garantias individuais apresentavam um forte teor individualista, impondo uma abstenção do Estado. Esse caráter negativo da norma, todavia, não foi suficiente para assegurar a plena liberdade individual, despertando a necessidade da proteção a outros direitos – de natureza econômica e social – por meio do Estado, que devia atuar em benefício dos cidadãos.

Superadas essas inquietações e como resultado da reflexão sobre temas como desenvolvimento, paz, meio-ambiente, patrimônio comum da humanidade, as Constituições passaram a proteger o próprio gênero humano. No entanto, a descoberta e formulação de novos direitos implica um processo sem fim, de contínua busca de atendimento aos anseios sociais.

Curiosamente, a luta travada na busca de positivação dos direitos fundamentais e as significativas conquistas alcançadas com a obtenção do *status* constitucional, não despertou a consciência do intérprete para a necessidade de estabelecer critérios hermenêuticos próprios àquela nova disciplina, distintos dos aplicáveis à legislação ordinária.

Esse descompasso entre o avanço do constitucionalismo e a adequada interpretação de suas normas acabou por enfraquecer ou mesmo retirar a efetividade das garantias individuais, vale dizer, o resultado daquelas conquistas. Não se pode ignorar que a efetividade assume papel soberano em um sistema jurídico. Os princípios, as normas e os fenômenos do direito em geral têm uma finalidade, transmutada pelos componentes que desencadearam as proposições fundantes da produção jurídica, rigorosamente plasmados na própria validade do objeto, o que atribui à interpretação relevante função na legitimação do próprio direito.

O Prof. Paulo Bonavides, citando a análise procedida por Javier Perez Royo, acentua que “*a interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação... não há direito que não exija ser interpretado*”. Com a precisão de seu raciocínio, deixou registrada a perplexidade diante da ausência total com que se manteve a interpretação afastada, durante século e meio, do Direito Constitucional e sua presença súbita nas últimas décadas.

Embora com significativo atraso, a hermenêutica dos direitos fundamentais ingressa na ciência constitucional com a merecida força, redirecionando os métodos de interpretação das demais normas jurídicas.

Parece indiscutível que a interpretação dos direitos fundamentais vincula-se a uma teoria da Constituição. E ambas – a Teoria dos Direitos Fundamentais e a Teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da própria Constituição e da cidadania, refeltindo uma só ideologia.

O coroamento dos valores fundamentais da pessoa humana, no seu mais elevado grau de juridicidade, conferiu maior nitidez ao constitucionalismo do último século, estabelecendo o primado do Homem no seio da ordem ju-

rídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder. Ao extrapolar a relação cidadão-Estado, os direitos fundamentais adquiriram a dimensão de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, compondo o cerne de todo ordenamento jurídico.

### 3. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Sem embargo do posicionamento doutrinário por longo tempo sedimentado, considerando as declarações de direitos incorporadas às Constituições como princípios de caráter filosófico e moral, desprovidas de qualquer valor jurídico, os estudiosos curvaram-se ao inegável caráter jurídico daquelas proposições.

Passando ao largo do tormentoso debate acerca da prevalência da norma sobre os princípios, e vice-versa, temos que estes últimos constituem as premissas estruturais de um ordenamento jurídico.

Na ótica do notável administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio

*“é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.... Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais” (Elementos do Direito Administrativo).*

Por constituir a pedra de toque de um dado sistema jurídico, os princípios não apenas servem como diretrizes para a interpretação e aplicação das normas, como assumem, nas lições de Trabucchi referenciadas pelo Prof. Paulo Bonavides, a tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes! (**Curso de Direito Constitucional**, Malheiros, 7ª. Ed, 1997, p.255), a evidenciar sua crescente importância nos domínios do direito público.

Nessa ordem de idéias, e a despeito da resistência dos aplicadores do direito, já não se pode desprezar a força imperativa dos princípios na interpretação das normas jurídicas, sobretudo por definir a lógica e racionalidade do sistema. E é exatamente nesses postulados, expressa ou implicitamente contidos na Lei Fundamental (parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição da República), que o direito encontra seu fundamento de validade e justifica a si mesmo. A propósito, cabe invocar o magistério do Prof. José Frederico Marques, em obra de indispensável leitura (**Elementos de Direito Processual Penal**, v. I, ed. Bookseller, 1997):

*“Daí dizer o art. 144, de nossa Lei Maior (atual par. 2., do art. 5) que há direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, o que não seria possível se não existisse um embasamento de princípios fundamentais a amalgamar e ligar cada um dos mandamentos específicos contidos no texto escrito.”*

A hegemonia sem contrastes que é dada à Constituição Federal no conjunto das fontes formais que revelam os cânones da ordem jurídica, não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de toda ordem ou imperativo jurídico!

Citando João Mendes Júnior, Frederico Marques assinala que as *“Leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais e as formalidades do processo, por sua vez, as atualidades das garantias constitucionais”*.

A seu turno, o Prof. Marcellus Polastri Lima, fornecendo primorosa contribuição ao tema em apreço, destaca que *“os chamados princípios constitucionais do processo penal se entrelaçam com as garantias constitucionais, em relação de causa e efeito”*. (**Ministério Público e Persecução Criminal**, ed. Lumen Juris, 2ª ed., 1998, p.1214).

Assim, e considerando que o conjunto de princípios basilares do processo penal estão assentados na Carta Política, forçoso concluir que o direito processual recebe o influxo dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional (Frederico Marques, ob. cit., p. 81). Se afastados da interpretação, como anota a argúcia de Paulo Bonavides, não há, em rigor, *“concretização por não haver pré-compreensão (Vorverstaendnis), e, não havendo pré-compreensão, quase todo o Direito Público tende a ficar*

*abalado em seus alicerces, fundamentos e legitimidade. Tudo isso à mingua de conteúdos reais, por obra de um formalismo que, apartado do universo real, tolhe, na operação cognitiva, executada por um intérprete prisioneiro da racionalidade lógica, o alcance da presença e ação do elemento indutivo, este fator tão importante na captação dos sentidos normativos”.*

#### **4. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS**

Muito embora alguns dos princípios processuais alinhados no Capítulo I, do Título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, possam apresentar maior grau de abrangência que outros, não se distinguem em importância. A ordem em que serão aqui tratados não traduz, portanto, qualquer sinal de prevalência hierárquica entre eles. Todavia, e apenas a título de sistematização, ocupamo-nos de examinar, inicialmente, o princípio do devido processo legal por sua amplitude e íntima ligação com o sistema acusatório.

Deitando raízes na cláusula 39, da Carta Magna de 1215, o preceito foi incorporado pelas colônias inglesas, inclusive as da América do Norte, com a substituição da expressão inicialmente cunhada – *Law fo the Land* – pela célebre *due process of law*. Consagrado na 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, o princípio do devido processo legal é tratado pela doutrina americana em duplo aspecto: o formal, que consiste na sujeição das questões atinentes a liberdade ou bens dos cidadãos ao Poder Judiciário, submetendo-as ao crivo do contraditório – assegurando-se a igualdade entre acusação e defesa – e a ampla defesa. O aspecto material impõe o controle jurisdicional prévio das normas relativas ao objeto do litígio, afastando as manifestamente injustas.

Mesmo antes de vir expressamente mencionado no inciso LIV do art. 5ª, da Constituição da República de 88, o princípio do devido processo legal era de observância obrigatória entre nós em virtude do princípio da indeclinabilidade da jurisdição penal (art. 5º, XXXV), consistindo, em última análise, no direito conferido aos jurisdicionados de não serem privados da liberdade e de seus bens sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (Couture, **Fundamentos del derecho procesal civil**).

Nada obstante, a cláusula do devido processo legal deve significar hoje, na visão autorizada do prof. Afrânio Silva Jardim (**Direito Processual Penal**, Forense, 7ª ed., p. 330), “*mais do que a significava em épocas*

*passadas. Não pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação”.*

A extensão do campo de incidência do princípio – inquietação que não escapou ao espírito investigador do renomado processualista – parece alcançar a interpretação das leis processuais. O devido processo legal, longe de limitar-se à formal aplicação das regras processuais, reclama uma interpretação que apresente conformidade com a Carta Política. Não raro o apego ao emprego literal das normas processuais, justificado em virtude de uma maior eficiência punitiva do Estado, provoca ofensas aos direitos individuais dos acusados, sobretudo se atentarmos para o fato de que é na repressão às atividades criminosas que o Estado faz uso freqüente de sua força coercitiva. Outra não parece ter sido a razão que levou o constituinte originário a conceder *status* constitucional ao princípio, declarando a sua aplicabilidade imediata e protegendo-o com a intangibilidade que os direitos individuais reclamam. Sem dúvida, a Carta Política de 88, ao ampliar as normas processuais constitucionais, acabou por alargar as garantias ao direito de liberdade, resguardando a dignidade humana contra eventuais ações do Poder Público.

Outra não é a finalidade do processo, somente alcançada quando garantidos os interesses das partes em conflito, vale dizer, quando assegurada aos acusados a ampla defesa, “*com todos os meios e recursos essenciais a ela*”, como ressalta o mestre Frederico Marques. Com isso, além de permitir a utilização de todos os meios de prova pelo acusado, mesmo as inquinadas de ilicitude, como defende a prof<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover, deve facilitar a sua obtenção.

De outra parte, o alargamento das garantias processuais se faz sentir na presunção de inocência, impedindo a antecipação de um juízo de culpabilidade, até que definitivamente julgado o acusado.

Não menos relevante, o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII) determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, é dizer, o órgão jurisdicional a quem a Constituição da República atribui, explícita ou implicitamente, competência para conhecer e julgar a causa.

Embora apenas indiretamente correlacionado aos direitos e garantias fundamentais por nossos doutrinadores, o princípio da proporcionalidade foi elevado pela Suprema Corte brasileira à categoria de postulado constitucional

através de decisão proferida na Adin nº. 958, de 11 de maio de 1994 (publicada em DJ de 16.05.94, p.11.675), que teve como relator o eminente Min. Marco Aurélio de Mello. Em comentários à posição adotada pelo Pretório Excelso, o Ministro Celso Mello deixou assentado que: “...*Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa programação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do **substantive due process of law** reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade...*”, (apud Suzana de Toledo Barros, “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, pp.123/24, *in* **A Constituição na Visão dos Tribunais**, TRF da 1ª Região, Gabinete da Revista, vol. 1, 1997, p.115 (grifos no original).

Postas as linhas mestras do chamado direito processual constitucional, impõe-se a análise da regra contida no art. 47 do Código de Processo Penal.

##### **5. A NORMA DO ART. 47, DO CPP. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, IGUALDADE DAS PARTES, AMPLA DEFESA E AO SISTEMA ACUSATÓRIO**

O art. 47 do Código de Processo Penal dispõe que

*“Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos, complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.”*

A inserção do dispositivo no capítulo atinente à ação penal, associada à sua inadequada redação, tem margeado acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do alcance da norma. Enquanto algumas vezes se levantam sustentando a incidência da regra na fase investigatória, a maioria esmagadora dos estudiosos admitem sua aplicação quando já instaurada a ação penal.

Com as vênias devidas à corrente majoritária, parece-nos que tal interpretação não mais se compatibiliza com os postulados constitucionais atinentes ao processo. A outorga de poder requisitório ao Ministério Público quando da *persecutio criminis in iudicio*, provoca uma ruptura no equilíbrio entre as partes, desnivelando-as. Enquanto ao autor são concedidas todas as facilidades para a instrução da ação penal, a produção de prova pelo acusado dependerá de apreciação pelo Judiciário. O requerimento de expedição de ofício a órgãos públicos e entidades privadas, de elaboração de perícias ou qualquer outra diligência necessária à demonstração de sua inocência, sujeita-se à discricionariedade do julgador, que avaliará da necessidade ou dispensabilidade da providência pretendida. Demais disso, enquanto a *requisição* implica uma ordem que, desatendida, sujeita o descumpridor às sanções dos crimes de prevaricação ou desobediência, conforme se trate de servidor público ou particular, o *requerimento* poderá ser ou não atendido pelo Juízo. Parece clara, pois, a posição de supremacia conferida ao Ministério Público. Ora, além de tal fato importar em violação ao princípio do devido processo legal, o dispositivo atinge, por via oblíqua, seus consectários lógicos, vale dizer, os princípios da ampla defesa e igualdade das partes.

O princípio da igualdade jurisdicional é examinado por José Afonso da Silva sob dois prismas: um tendo o juiz como destinatário, considerando o princípio como obtáculo a qualquer distinção entre situações iguais quando da aplicação da lei; outro, impedindo o legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2<sup>a</sup>.ed., Revista dos Tribunais, p. 442).

Por sua vez, o princípio da ampla defesa, como acima assentado, consiste em assegurar-se ao acusado o uso de todo e qualquer meio necessário à comprovação dos fatos que alegar. Assim, se ao réu não for deferido o mesmo privilégio concedido ao órgão da acusação, restará evidenciada a ofensa ao postulado e, via de consequência, à norma constitucional.

A despeito da clareza da proposição, a doutrina vem trilhando caminhos opostos ao mandamento constitucional, permanecendo fiel à interpretação quase que literal do dispositivo, no sentido de que o Ministério Público não precisa de respaldo judicial para a colheita de provas, podendo requisitar de qualquer autoridade ou entidade, diretamente, os elementos de que necessita para demonstrar a imputação formulada na denúncia.

Em que pese a colocação topográfica do art. 47 do CPP, no Título III

relativo à ação penal, a posição de parte retira do órgão acusatório o poder de requisitar diligências no decorrer da demanda, sem a intermediação do Judiciário. Bem verdade que não se pode apontar qualquer regra legal que o obrigue a formular requerimento ao Juiz para obtenção das provas pretendidas. Não menos certo, porém, que a incidência dos princípios da igualdade das partes, do devido processo legal e da ampla defesa, derroga a suposta faculdade concedida ao *dominus litis*, impondo, antes de tudo, a postulação daquelas providências ao Judiciário. Tanto que o indeferimento do pedido implica cerceamento da acusação, sanável pela via da reclamação (art. 219, do CODJERJ).

Se examinada a questão sob outro prisma, a desigualdade de tratamento das partes, acaba por fazer recair o ônus da prova quase que unicamente sobre o acusado.

Nessa ordem de idéias, temos que o artigo em comento somente se aplica à atividade persecutória desenvolvida na fase pré-processual, oportunidade em que o Ministério Público, atuando em defesa da sociedade e na restauração da ordem pública violada pela prática delituosa, deve coletar elementos que demonstrem a existência do crime e indície a autoria. Nesse momento, é curial que seus membros se valham das prerrogativas constitucionais viabilizadoras tanto da deflagração da ação penal quanto da aplicação da lei penal. Tal situação, entretanto, é inteiramente distinta daquela que se estabelece após o oferecimento da denúncia, em que o *Parquet* assume, até o encerramento da instrução criminal, o papel de demandante, devendo suportar os mesmos ônus e poderes das partes. Nesse ponto, necessário relembrar a posição híbrida ocupada pelo Ministério Público no processo penal. Ao tempo que é parte, jamais se desnatura de sua função fiscalizatória, zelando pela fiel execução da lei (art. 257, CPP).

Em irretocável observação do Prof. Afranio Silva Jardim, “*embora parte do processo penal, o Ministério Público desempenha função ainda mais nobre. Pugna pela correta aplicação das leis aos casos concretos. Ao Estado não interessa executar uma sentença penal condenatória injusta*” (**Direito Processual Penal**, 4 ed., Forense, 1991, p. 321). Ora, que segurança poder-se-á ter de um processo justo, se uma das partes, especialmente aquela a quem é atribuído o dever de postular pela efetiva realização da Justiça, deixa de perquirir o verdadeiro sentido da norma, adequando-a aos comandos constitucionais?

À evidência, com a promoção da ação penal, qualquer regalia que

não seja igualmente deferida ao acusado é vedada, pela Lei Fundamental, à acusação. Assim, a regra do art. 47 não pode e não deve se sobrepor à qualquer disposição específica do processo e, em especial, aos princípios processuais constitucionais.

Em nosso pensar, é o racicínio que melhor atende às exigências de uma interpretação sistemática, tanto da lei processual quanto da Constituição. A não ser assim, o próprio sistema acusatório estaria comprometido, extraído que é dos princípios constitucionais norteadores do processo penal.

O sistema acusatório, como precisamente apontado pelo Prof. Vicente Greco Filho (**Manual de Processo Penal**, ed. Saraiva, São Paulo, 1993, p. 64), “*consiste na separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador....de forma que pode o juiz manter-se eqüidistante da acusação e da defesa*”.

A atribuição da exclusividade da titularidade do Ministério Público para a ação penal, expressa no art. 129, I, da Carta da República, afastou qualquer dúvida sobre a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do sistema acusatório. Com efeito, a imparcialidade do magistrado e a investidura na função jurisdicional de solução do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado, não o impedem de desenvolver uma atividade probatória supletiva à das partes, determinando a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante da lide (art. 156, CPP) ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (art. 502, *caput*). Isto porque, ao contrário do que ocorre no processo civil, o processo penal não transige com a busca da verdade real. A faculdade instrutória do juiz, contudo, somente poderá ser exercida nos limites traçados pelo diploma processual, de modo a garantir a sua imparcialidade, o contraditório e a eqüidistância indispensável à livre apreciação das provas. Jamais deve ser utilizado com vistas a restabelecer o imprescindível equilíbrio entre as partes - claramente comprometido pelo poder requisitório atribuído à acusação pela regra do art. 47, do Código de Processo Penal - sob pena de afastar-se da neutralidade caracterizadora do sistema acusatório.

Parece-nos, pois, que o intérprete deverá perquirir o exato sentido da norma ora questionada à luz dos princípios constitucionais, emprestando ao texto a dimensão que melhor conformidade apresente com a Carta Política.

Cabe registrar, por derradeiro, que as garantias conferidas às proposições constitucionais - principalmente as insculpidas entre os direitos fundamentais - aliada ao permanente questionamento acerca das falhas do

ordenamento jurídico e, em especial, das regras limitadoras das liberdades públicas, apresentam demasiada relevância na busca de um processo de resultados, que permita um mínimo de intervenção estatal sobre o que constitui, em última essência, a própria dignidade da pessoa humana.

## 6. CONCLUSÃO

O presente estudo, sem qualquer sabor de novidade, nada mais almejou do que trazer à tona a discussão sobre velho tema, desta feita numa perspectiva constitucional.

Não se pretendeu colocar um ponto final na problemática da hermenêutica constitucional, nem tampouco da questão examinada, não só em razão da complexidade do tema – que apresenta interface com outros ramos do saber jurídico – como em razão de nossas próprias limitações. Essas, sem dúvida, se põem como óbice ao esgotamento da matéria.

De outro lado, convictos de que não será sem um mínimo de ousadia que se desvendará qualquer mistério nem avançará em nenhum dos campos do conhecimento, buscamos apenas fornecer uma singela contribuição ao pensamento crítico do direito.

Como afirmava GADAMER, “*na experiência hermenêutica não há uma objetividade absoluta porque todo intérprete propõe a sua própria interpretação. E mesmo nas ciências empíricas, os conhecimentos estabelecidos encontram resistências e, na verdade, permanecem por muito tempo ocultos pelo paradigma dominante. O mesmo ocorre fundamentalmente com toda experiência. Esta precisa triunfar sobre a tradição, sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa*” (**O problema da consciência histórica**. Hans-Georg Gadamer, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1998).

Adotando esse norte e a despeito de não focar, de forma sistemática, os princípios de natureza processual elevados à categoria de norma constitucional, o ensaio procurou fixar-lhes o alcance e campo de incidência no sistema jurídico brasileiro. Com isso, invadiu esferas reservadas à Teoria Geral do Direito e à hermenêutica jurídica, passando pelo exame de dispositivos da lei processual penal, sem esquecer de apontar as conseqüências provocadas por sua inobservância na Lei Maior. Para tanto, situou-os entre as liberdades públicas cunhadas com a cláusula de intangibilidade caracterizadora da rigidez constitucional. A síntese dessas premissas autorizam as conclusões a seguir apontadas:

– Os princípios insculpidos na Constituição da República, expressa ou implicitamente, constituem os pilares de um ordenamento jurídico, servindo como diretrizes para a interpretação e aplicação de todo e qualquer ato normativo.

– Por definirem a lógica e racionalidade do sistema, não se pode desprezar a força impositiva dos princípios, codicionando a atividade intelectual do intérprete.

– Considerando que o conjunto de princípios basilares do processo penal estão assentados na Carta Política, não se pode fechar os olhos ao influxo recebido pelo direito processual dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional .

– A Carta Política de 88, ao ampliar as normas processuais constitucionais, alargou as garantias ao direito de liberdade, resguardando a dignidade humana contra eventuais ações do Poder Público.

– A interpretação das regras contidas na lei processual penal, distanciada dos princípios constitucionais norteadores do processo penal, acaba por comprometer o próprio sistema acusatório, extraído dessas mesmas proposições fundamentais. ◆