

**FACULDADE DAMÁSIO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PROCESSO
PENAL**

RODRIGO CORRADI DRUMOND

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 57 DA LEI Nº
11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006, POR VIOLAÇÃO AO
DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

**SÃO PAULO - SP
2017**

FACULDADE DAMÁSIO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PROCESSO
PENAL

RODRIGO CORRADI DRUMOND

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 57 DA LEI Nº
11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006, POR VIOLAÇÃO AO
DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada à Faculdade Damásio, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Processo Penal, sob a orientação da professora, mestre e doutoranda Maria Fernanda Soares Macedo

SÃO PAULO – SP
2017

RODRIGO CORRADI DRUMOND

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 57 DA LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006, POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

TERMO DE APROVAÇÃO

Esta monografia apresentada no final do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Processo Penal, na Faculdade Damásio, foi considerada suficiente como requisito parcial para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota_____.

São Paulo, de de 2017.

DADOS CURRICULARES

RODRIGO CORRADI DRUMOND

NASCIMENTO	05/08/1975 – ITAÚNA/MG
FILIAÇÃO	Arnaldo Drumond Maria Iracema Corradi Drumond
CÔNJUGE	Caroline Corradi Faria Drumond
1994 – 1999	Curso de Graduação – Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna
2000 – 2000	Curso de Pós-Graduação <i>Lato Sensu</i> - Faculdade de Direito das Faculdades do Oeste de Minas – FADOM
2004 – 2009	Curso de Pós-Graduação <i>Stricto Sen su</i>- Mestrado em Direito Empresarial – Universidade de Itaúna
2005 – 2017	Professor Auxiliar I – Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna – Disciplinas: Direito Penal III e Pro- cesso Penal III
2007 – 2017	Analista processual do MPU – Ministé- rio Público Federal – Procuradoria da República Municipal de Divinópolis

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha estimada esposa Caroline Corradi Faria Drumond, aos meus filhos Gabriela Villefort Drumond, Bernardo Corradi Faria Drumond e Maria Clara Corradi Faria Drumond e aos meus pais Arnaldo Drumond e Maria Iracema Corradi Drumond, os quais tanto amo, pela compreensão acerca de minhas ausências, pelo apoio, carinho, companhia e por me mostrarem que a vida vale à pena.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Nosso Senhor Jesus Cristo e à Santa Virgem Maria, pelos dons da vida e do entendimento, sem os quais esse trabalho não teria sido possível.

À minha admirável orientadora Maria Fernanda Soares Macedo, insigne professora do Curso de Direito Damásio Evangelista de Jesus, pelo brilhantismo, paciência, diálogo e atenção a mim dispensados na árdua tarefa da construção do conhecimento.

Ao Ministério Público Federal, órgão que integro como analista processual e que muito estimo, notabilizando-se pelo seu incessante trabalho de combate à corrupção, pelo apoio financeiro, aprendizado e oportunidade.

Ao Excelentíssimo Doutor Lauro Coelho Júnior, ilustre e honrado Procurador da República lotado no 1º Ofício da Procuradoria da República em Divinópolis, pelo apoio, troca de idéias e exemplo diuturno de dedicação e compromisso com os deveres inerentes ao cargo ocupado.

Aos meus colegas de trabalho, alunos, familiares e a minha sogra, pela amizade, companheirismo e incentivo.

EPÍGRAFE

“O direito é um vir a ser, ou seja, um permanente *dever* histórico, construído pelo homem nas suas lutas incessantes pela realização do direito concreto”.

Roberto Lyra Filho

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Assumo toda a responsabilidade pelo texto e idéias defendidas neste trabalho monográfico, isentando minha orientadora Maria Fernanda Soares Macedo.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte da orientadora, da banca examinadora e da Instituição de Ensino.

RESUMO

O procedimento dos crimes previstos na denominada Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006) está disciplinado em seus artigos 54 a 59. No artigo 57 da citada lei, o legislador manteve, como primeiro ato da instrução criminal, o interrogatório do réu, tal como era previsto nos procedimentos ordinário (artigos 394 a 405) e sumário (artigos 394 a 399 e 531 a 538), ambos normatizados no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), antes do advento da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos que lhe são próprios. Além disso, o legislador constituinte previu que a República Federativa Brasileira fosse constituída em Estado Democrático de Direito, pautada, dentre outros fundamentos, pela dignidade da pessoa humana. Ocorre que a realização do interrogatório do réu, antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, constitui resquício do Estado Fascista e Policialesco que vigeu na Itália na década de trinta e, como tal, ofensivo às citadas garantias processuais constitucionais, que devem ser garantidas e asseguradas em um Estado Democrático de Direito. O objetivo desta monografia cinge-se, basicamente, na detida análise dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais que envolvem a celeuma. Exige-se, a tanto, a adoção de pesquisa com escopo dirimente, pautada no processo metodológico eclético e nos estudos dogmático-jurídico, hermenêutico e analítico-sintético. Embora a matéria ainda não tenha sido sumulada, o Supremo Tribunal Federal, por suas turmas, tem reconhecido a validade do artigo 57 da Lei nº 11.343/2006, apesar de sua aparente antinomia com o disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal, mediante aplicação do Princípio da Especialidade. Por outro lado, a Augusta Corte, em óbvia contradição, determinou que se aplicasse o disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal em ações penais originárias de tribunais e naquelas sujeitas ao procedimento previsto no Código Penal Militar, no qual o interrogatório do réu era realizado antes da oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, como primeiro ato da instrução. Essa injustificada alteração necessita ser solucionada, eis que norma infraconstitucional não pode violar dispositivo constitucional já vigente quando de sua edição, sob pena de inconstitucionalidade. A constituição federal constitui a norma fundamental do ordenamento jurídico de um país, notadamente, do que se erigiu em Estado Democrático de Direito, de modo que o interrogatório do réu, também no procedimento previsto na Lei Antidrogas, deve ser realizado ao final da instrução criminal e após a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, a fim de se compatibilizar com as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-chave: inconstitucionalidade; artigo 57 da Lei 11.343/06; interrogatório; momento constitucionalmente adequado; ofensa; contraditório; ampla defesa; estado democrático de direito; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The procedure of the crimes predicted in the Antidrug Law (Law nº 11.343 / 2006) are regulated in articles 54 to 59. In article 57 of the aforementioned law, the lawmaker maintained, as the first act of the criminal investigation, the interrogation of the defendant, as provided for in the ordinary proceedings (articles 394 to 405) and summary proceedings (articles 394 to 399 and 531 to 538), both regulated in the Code of Criminal Procedure (Decree-Law nº. 3,689 / 1941), before the advent of Law nº 11.719 of June 20, 2008. It occurs that the Federal Constitution of 1988, in article 5, item LV, assures the litigants, in judicial or administrative proceedings, the guarantees of the adversary and the broad defense, with the means and resources that are proper to him. In addition, the constituent legislator predicted that the Brazilian Federative Republic would be constituted in a Democratic State of Right, ruled, among other grounds, by the dignity of the human person. It occurs that the conduct of the defendant's interrogation, prior to the hearing of the witnesses listed by the prosecution and the defense, is a remnant of the Fascist and Police State that was in Italy in the thirties and, as such, offensive to the aforementioned constitutional procedural guarantees, which must be ensured and assured in a democratic state of law. The objective of this monograph is basically based on the analysis of the legal, doctrinal and jurisprudential aspects that involve the excitement. It is required, the adoption of research with a leading scope, based on the eclectic methodological process and on dogmatic-juridical, hermeneutical and analytical-synthetic studies. Although the matter has not yet been summoned, the Supreme Federal Court has recognized the validity of article 57 of Law 11.343 / 2006, despite its apparent antinomy with the provisions of article 400 of the Code of Criminal Procedure, through application of the Principle of Specialty. On the other hand, Augusta Corte, in obvious contradiction, determined that the provisions of article 400 of the Code of Criminal Procedure should be applied in criminal cases originating in courts and in those subject to the procedure established in the Military Penal Code, in which the defendant's interrogation was carried out before the hearing of the witnesses listed by the parties, as the first act of instruction. This unjustified altercation needs to be solved, since an infraconstitutional norm can not violate a constitutional provision already in force at the time of its publication, under penalty of unconstitutionality. The federal constitution is the fundamental norm of a country's legal system, especially what was established in the Democratic State of Law, so that the interrogation of the defendant, also in the procedure provided for in the Antidrug Law, must be carried out at the end of the criminal investigation and after the hearing of the evidence, those filed by the parties, in order to be compatible with the procedural guarantees of the adversary and broad defense.

Keywords: unconstitutionality; article 57 of Law 11.343 / 06; questioning; constitutionally appropriate time; offense; contradictory; broad defense; Democratic state; dignity of human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – DO PROCESSO PENAL	18
1.1 - Direito Processual Penal.....	18
1.2 - Processo Penal – Conceito e generalidades.....	20
1.3 – Natureza jurídica.....	23
1.4 – Objeto.....	25
1.5 – Pressupostos processuais.....	26
1.6 – Princípios Penais Constitucionais.....	27
1.6.1 – Princípio da Igualdade Processual das Partes ou da Paridade de Armas.....	30
1.6.2 – Princípio do Devido Processo Legal.....	30
1.6.3 – Princípio do Contraditório ou da Bilateralidade da Audiência.....	32
1.6.4 – Princípio da Ampla Defesa.....	33
1.6.5 – Princípio do Juiz Natural.....	34
1.6.6 – Princípio do Promotor Natural ou Legal.....	35
1.6.7 – Princípio da Vedação à Utilização da Prova Ilícita.....	36
1.6.8 – Princípio da Presunção de Inocência ou Estado de Inocência ou da Não Culpabilidade.....	37
1.6.9 – Princípio do Privilégio contra a Autoincriminação.....	39
1.6.10 – Princípio da Duração Razoável do Processo.....	40
1.6.11 – Princípio da Publicidade dos Atos Processuais.....	41
1.6.12 – Princípio da Obrigatoriedade de Motivação das Decisões Judiciais.....	42
1.6.13 - Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	43
1.7 - Sistemas Processuais Penais.....	44
CAPÍTULO 2 – DA PROVA	48
2.1 – Conceito e generalidades.....	48
2.2 – Classificação.....	59
2.3 - Sistemas de avaliação.....	62
2.4 – Ônus da prova.....	65
2.5 – Meios de prova.....	68
2.6 – Interrogatório.....	70
CAPÍTULO 3 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI 11.343/2006	76

3.1 – Definição, características e generalidades da Constituição Federal de 1988.....	76
3.2 – Interpretação e eficácia dos princípios, direitos e garantias fundamentais.....	84
3.3 – A Dignidade da Pessoa Humana como fundamento e vértice hermenêutico do ordenamento jurídico brasileiro.....	88
3.4 - Inconstitucionalidade material do artigo 57 da Lei 11.343/2006 por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do sistema acusatório.....	90
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	98

INTRODUÇÃO

Desde a vigência da Constituição Federal de 1988, muito se tem discutido no contexto jurídico nacional acerca do momento constitucionalmente adequado para a realização do interrogatório do réu, eis que o Código de Processo Penal comum, ao disciplinar os procedimentos ordinário e sumário, previa a ocorrência daquele ato processual logo após sua citação e antes da audiência de instrução, debates e julgamento, isto é, antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa¹.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.719, aos 20 de junho de 2008, que alterou diversos dispositivos do Estatuto Processual Penal brasileiro, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato de instrução criminal nos ritos ordinário e sumário e passou a ser realizado após a colheita da prova testemunhal, a fim de harmonizar-se com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Não obstante, o legislador brasileiro, em 23 de agosto de 2006, editou a Lei nº 11.343², prevendo, em seu artigo 57, a realização do interrogatório ao início da audiência de instrução, debates e julgamento e, por conseguinte, antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, tal como era previsto nos procedimentos ordinário e sumário do Código de Processo Penal, antes do advento da Lei nº 11.719/2008, funcionando como resquício fascista e inquisitorial do Código de Processo Penal Italiano de 1930,

¹ No procedimento sumaríssimo, o interrogatório do réu ocorre ao final da audiência de instrução, debates e julgamento, após a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e defesa e antes dos debates orais, consoante determina o artigo 81 da Lei nº 9.099/95.

² Conhecida como Lei Antidrogas, esta lei federal institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

conhecido como Código Rocco, em homenagem ao Ministro da Justiça italiano à época, Arturo Rocco, e que serviu de inspiração ao nosso Código de Processo Penal³.

No entanto, essa previsão legal impossibilita o réu de tomar conhecimento prévio de toda a prova produzida contra si até o ato processual adequado para dar a sua versão pessoal dos fatos que lhe são imputados ou mesmo de se calar, cômico de que o ônus de provar a materialidade da infração penal e de quem seja seu autor ou partícipe é da acusação e não da defesa, bastando a esta suscitar uma dúvida razoável ao juiz.

É cediço, hodiernamente, que o interrogatório apresenta dúlice natureza jurídica no sistema acusatório, porquanto se trata, ao mesmo tempo, de ato de instrução da ação penal, presidido e conduzido pelo juiz competente, e de ato de defesa, em que o acusado pode apresentar sua própria versão dos fatos descritos na exordial acusatória (denúncia ou queixa-crime) ou calar-se às perguntas do juiz, da acusação e até de seu advogado, sem que seu silêncio lhe traga qualquer prejuízo processual.

Ademais, o ônus probatório da imputação criminal é do Ministério Público, nos crimes sujeitos à ação penal pública, ou do ofendido, nos delitos de ação penal privada, sendo que se persistir alguma dúvida quanto à autoria ou materialidade delitivas, por ocasião da prolação da sentença definitiva, o juiz deve absolver o réu, nos termos do que prescreve o princípio do *in dubio pro reo*.

O Processo Penal, entendido como uma relação jurídica bilateral estabelecida entre três sujeitos específicos, quais sejam Autor, Estado-Juiz e Réu, e que tem por objeto a imposição de uma pena criminal ou medida de segurança ao infrator de um tipo penal, constitui o instrumento da jurisdição, ou seja, o meio de que se vale o Estado para solucionar o conflito de interesses que se estabelece entre o Direito de Punir do Estado (*Jus Puniendi* estatal) e o Direito de Liberdade do indivíduo (*Jus Libertatis individualis*), a partir do momento em que uma pessoa física ou jurídica, esta, exclusivamente em caso de crime ambiental, pratica um delito ou contravenção penal.

Nesse diapasão e estando disciplinado por normas infraconstitucionais, o processo penal brasileiro deve integral respeito à Constituição Federal vigente e às suas normas, notadamente, àquelas que disciplinam direitos e garantias fundamentais.

³ Essa inspiração do Código de Processo Penal Italiano consta da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro.

O problema que se vislumbra é a insegurança jurídica e a possibilidade de eventual decretação de nulidade de todas as ações penais processadas e julgadas em conformidade com o disposto no artigo 57 da Lei nº 11.343/2006 em caso de alteração de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, haja vista a manifesta ofensa que a realização do interrogatório do réu antes das oitivas das testemunhas de acusação e defesa representa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em recentes julgados, as duas turmas do Supremo Tribunal Federal posicionaram-se pela legalidade do quanto previsto no artigo 57 da Lei nº 11.343/2006, em razão de sua especialidade em face do disposto no artigo 400 do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (critério da especialidade), consoante se observa dos seguintes arestos: AgR no HC nº 125094/MG, da 1ª turma, relator o Ministro Luiz Fux, Dje-041, publicado em 04/03/2015 e AgR no ARE nº 823822/ES, da 2ª turma, relator o Ministro Gilmar Mendes, Dje-168, publicado em 01/09/2014.

No entanto, ao enfrentarem a questão ora problematizada e que se repete no artigo 7º da Lei nº 8.038/90, no artigo 302 do Decreto-Lei nº 1.002/1969 (Código de Processo Penal Militar) e no artigo 359 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), o pleno e a 1ª turma da Augusta Corte posicionaram-se de forma diversa, reconhecendo a aplicabilidade do quanto previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal, em sua nova redação, por maior prestígio à máxima efetividade das garantias processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, segundo se infere dos seguintes julgados: AgR na AP nº 528/DF, do pleno, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje-109, publicado em 08/06/2011 e HC nº 121877/RJ, da 1ª turma, relator Ministro Luiz Fux, Dje-123, publicado em 25/06/2014⁴.

Em relação ao problema suscitado, desde o início deste trabalho monográfico, duas hipóteses fizeram-se presentes: uma primeira, pela constitucionalidade material do artigo 57 da Lei Antidrogas, que deve continuar sendo aplicado aos delitos nela previstos, por ser especial em relação ao disposto no artigo 400 do Código de Processo Penal, e outra, pela inconstitucionalidade do citado dispositivo legal por ofensa material aos princípios e garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Carta Republicana de 1988.

⁴ Embora os ministros da Augusta Corte não tenham reconhecido a inconstitucionalidade material dos artigos 7º da Lei nº 8.038/90 e 302 do Código de Processo Penal Militar, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, resta claro que a aplicação do quanto previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal, em razão de sua subsidiariedade expressa, garante maior efetividade às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A presente monografia buscará demonstrar que o artigo 57 da Lei Antidrogas é inconstitucional, por contrariar, materialmente, os citados princípios constitucionais, eis que o acusado tem o direito de ser interrogado após o prévio conhecimento de todas as provas produzidas contra si no bojo da relação processual penal, ocasião em que pode melhor avaliar a conveniência de exercer o direito ao silêncio ou, quiçá, de confessar os fatos descritos na denúncia ou queixa-crime.

O trabalho que se pretende executar justifica-se pela premente necessidade de pacificar e unificar os entendimentos doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, haja vista as graves consequências decorrentes da adoção de um procedimento inconstitucional.

A monografia será desenvolvida mediante a utilização dos métodos de pesquisa dedutivo-bibliográfico, histórico e dogmático-jurídico, principiando-se pelo estudo do processo penal, sua definição, seus pressupostos, seu objeto, seus princípios, os sistemas processuais penais e o processo penal constitucional. Segue-se pela análise da prova, seu conceito, o ônus probatório, os sistemas de avaliação da prova, os meios de prova, sua classificação e o ato processual do interrogatório e finda-se pela análise da Constituição Federal de 1988, com ênfase em seus fundamentos, objetivos e princípios processuais fundamentais, observado o paradigma do Estado Democrático de Direito e as consequências de eventual antinomia entre norma infraconstitucional e dispositivo constitucional, solucionável pelo critério da hierarquia em prol da Lei Maior, ápice do ordenamento jurídico pátrio.

Capítulo 1 - DO PROCESSO PENAL

1.1 DIREITO PROCESSUAL PENAL

O Direito Processual Penal, como ramo do Direito Público⁵, é integrado por princípios e regras que disciplinam a atividade jurisdicional do Estado tendente a solucionar um conflito de interesses peculiar, que envolve o *Jus Puniendi* estatal, de um lado, e o *Jus Libertatis* individual, do outro.

O Direito Processual Penal é “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”. (MARQUES, 1998a, p. 32)

Fernando Capez (2013, p. 45) o conceitua como “o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”.

O Direito Processual Penal classifica-se em Direito Processual Penal Comum, aplicável pelos órgãos jurisdicionais não integrantes da Justiça Militar na solução das lides penais, e em Direito Processual Penal Militar, este, voltado para a jurisdição penal militar⁶.

⁵ Coube ao pretor romano Celso a divisão do Direito em Público e Privado, conforme doutrina José Cretella Júnior (1994, p. 24). Atualmente, essa divisão bipartite encontra-se ultrapassada em razão do estágio de desenvolvimento do Direito e de sua incapacidade de explicar todas as nuances de cada um dos ramos do Direito, notadamente, após o reconhecimento dos denominados Direitos de 3ª Geração/Dimensão, de que são integrantes os Direitos Difusos.

⁶ A Justiça Militar brasileira estrutura-se em Justiça Militar da União, integrada pelo Superior Tribunal Militar, pelos Juízes-Auditores Militares e pelos Conselhos Permanentes ou Especiais de Justiça, e Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, integrada pelos Tribunais de Justiça Militar nos Estados de São Paulo, Minas

Em seus primórdios, o Direito Processual Penal não era considerado uma ciência jurídica autônoma, visto que tinha a mesma natureza do direito material (Direito Penal) que tangenciava a relação jurídico-processual. Nesse período, o Direito Processual Penal era denominado de Direito Penal Adjetivo.

Atualmente, sua autonomia é amplamente consagrada pelos estudiosos do Direito e, principalmente, pelos processualistas, haja vista a existência de princípios, regras e objeto peculiares, consoante preleciona José Frederico Marques (1998a, p. 33):

O Direito Processual Penal é ciência autônoma no campo da Dogmática Jurídica, uma vez que tem objeto e princípios que lhe são próprios. A sua designação científica atual (Direito Processual Penal) bem demonstra essa sua autonomia, ao revés do que antes sucedia, quando se falava pura e simplesmente em processo penal.

Além da existência de princípios, regras e objetos específicos, percebe-se que o Direito Penal brasileiro encontra-se regulamentado quase que totalmente no Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), enquanto que as normas processuais penais encontram-se disciplinadas, em sua maioria, no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)⁷, de modo que a autonomia do Direito Processual Penal é, hodiernamente, fato incontroverso e inegável.

No Brasil, o Direito Processual Penal, em um viés histórico-normativo, pode ser assim descrito: entre 1446 e 1520, vigoraram as Ordenações Afonsinas⁸, seguidas das Ordenações Manuelinas⁹, entre 1521 e 1603, e das Ordenações Filipinas¹⁰, que vigoraram no período de 1604 a 1830. Aos 18 de junho de 1822, o Príncipe Regente Dom Pedro I criou os juízes de fato para o julgamento dos crimes de imprensa, antes julgados pelo Tribunal do Júri. Pelo aviso de 28 de agosto de 1822, dito príncipe regente ordenou que os juízes criminais obedecessem aos dispositivos da constituição da monarquia portuguesa de 10 de março de 1821. No dia 25 de março de 1824, foi promulgada a Constituição Imperial, seguida do Código de Processo Criminal do Império de 1832, que continha os anseios iluministas motivadores da Revolução Francesa. Aos 3 dias do mês de dezembro de 1841 e no dia 31 de

Gerais e Rio Grande do Sul e, nos demais estados federados, pelos respectivos Tribunais de Justiça, pelos Juízes de Direito do Juízo Militar e pelos Conselhos Permanentes e Especiais de Justiça.

⁷ Há várias outras leis brasileiras contendo normas de conteúdo penal e processual penal.

⁸ Trata-se de compilação das leis portuguesas vigentes e cujo nome foi escolhido para homenagear Afonso V.

⁹ Trata-se de compilação das leis portuguesas vigentes, realizada em homenagem ao Rei Dom Manuel.

¹⁰ Trata-se de compilação das leis portuguesas vigentes e que teve por homenageado o Rei Filipe II.

janeiro de 1842, foram promulgados, respectivamente, uma lei e seu respectivo regulamento de nº 120, contendo instrumentos e meios para o governo imperial combater as agitações políticas que assolavam o território do Brasil-Colônia, os quais vigoraram até a entrada em vigor da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, promulgou-se o Código Penal brasileiro, que continha importantes inovações no tocante à ação penal. Seguiu-se, em 24 de fevereiro de 1891, a publicação da Constituição Republicana, que instituiu a pluralidade processual, e da Constituição Federal de 1934, que restaurou a unidade processual. Na sequência, foram editados a Constituição Federal de 1937, o Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941 (Código de Processo Penal vigente), as Constituições Federais de 1946 e 1967, a Emenda Constitucional nº 01, de 1969 e a Constituição Federal de 1988, que contempla inúmeros princípios processuais, além de direitos e garantias individuais e coletivos. Em seguida, foram editadas algumas leis ordinárias contendo normas processuais penais, destacando-se as Leis 8.038/90, 8.069/90, 9.099/95, 10.259/01, 11.101/05 e 11.340/06¹¹.

O Direito Processual Penal apresenta as seguintes três características: autonomia, instrumentalidade e normatividade, assim identificadas por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 30):

- 1) Autonomia: o direito processual não é submetido ao direito material, isto porque tem princípios e regras próprias e especializantes.
- 2) Instrumentalidade: é o meio para fazer atuar o direito material penal, consubstanciando o caminho a ser seguido para a obtenção de um provimento jurisdicional válido.
- 3) Normatividade: é uma disciplina normativa, de caráter dogmático, inclusive com codificação própria (Código de Processo Penal: Dec-Lei nº 3.689/41).

1.2 PROCESSO PENAL – CONCEITO E GENERALIDADES

A expressão “processo penal” é uma locução polissêmica, haja vista que representa, semanticamente, realidades distintas, consoante lição de Antônio Alberto Machado (2010, p. 1):

¹¹ Segundo José Frederico Marques (1998a, p. 92-109).

A locução *processo penal* é uma locução polissêmica, pois designa ao mesmo tempo um ramo do direito com suas leis, normas e princípios; designa também o mecanismo de apuração de crime e imposição de penas; a relação jurídica processual que disciplina esse mecanismo; e, por fim, refere-se ainda à área do saber jurídico que estuda cientificamente as normas, os princípios e as leis processuais no campo penal.

Nesse momento, portanto, o processo penal não será visto como ciência jurídica, mas, sim, como instrumento de efetivação da jurisdição penal.

O conceito de processo penal não encontra univocidade doutrinária. De todo modo, alguns elementos são comuns entre as diversas conceituações existentes, como o reconhecimento da existência de uma relação jurídica bilateral estabelecida entre três sujeitos (autor, juiz e réu) e sua indispensabilidade para a aplicação de pena criminal ou medida de segurança ao agente que comete uma infração penal.

Para José Frederico Marques (1998a, p. 31), o processo penal é “o instrumento compositivo de litígios penais”, que se tornou indispensável com a adoção do sistema acusatório.

Já Norberto Avena (2015, p. 2) o conceitua como “o instrumento destinado à realização do poder punitivo do Estado e cujo desenvolvimento é regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual”.

Seu surgimento está relacionado com a história da pena, porquanto aquele é o caminho indispensável para a aplicação desta, uma vez observado o devido processo legal ou “as regras do jogo”, na feliz expressão de Calamendrei, disso decorrendo o denominado Princípio da Necessidade, consoante doutrina Aury Lopes Júnior (2017, p. 33-34).

A partir do momento que o Estado organizou-se e impôs sua autoridade, a vingança privada foi abolida e passou-se a exigir que a pena criminal fosse aplicada por um representante imparcial (juiz). Desse modo, a pena criminal não é autoaplicável ao agente do delito, fazendo-se mister a utilização do processo penal para sua aplicação por parte do Estado, uma vez observados os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa¹².

A relação processual penal estrutura-se, subjetivamente, nas figuras do sujeito ativo (acusação/autor), do sujeito passivo (réu/acusado) e do juiz (sujeito imparcial e

¹² Conforme Aury Lopes Júnior (2017, p. 34).

eqüidistante da partes) e, objetivamente, em uma prestação que envolve a aplicação ou não de pena criminal ou medida de segurança a quem pratica uma infração penal¹³.

O início da relação processual penal de natureza cognitiva verifica-se com o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo juiz¹⁴ e sua formação somente se completa com a citação válida do réu, tal como previsto no artigo 363 do Código de Processo Penal¹⁵. Já seu fim da relação processual dá-se com a entrega definitiva da prestação jurisdicional, assim entendida a partir do trânsito em julgado da sentença (terminativa ou definitiva) ou de eventual acórdão.

O processo¹⁶, embora unívoco em sua essência, classifica-se em civil e penal, tendo por elemento diferenciador a natureza do objeto da lide principal. Enquanto que o processo civil tem por objeto uma prestação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, o processo penal tem por prestação a aplicação de uma pena criminal ou medida de segurança ao infrator de um tipo penal.

A relevância do processo penal decorre de sua utilização como único instrumento legal de que se vale o Estado para aplicar o Direito Penal Objetivo ao caso concreto que lhe é submetido, visando pacificar o conflito de interesses estabelecido entre o direito de liberdade do indivíduo e o direito de punir estatal, que se torna concreto a partir do momento em que alguém pratica a infração penal.

Lado outro, percebe-se que a relação jurídico-processual (penal ou civil), além de autônoma, é pública, complexa, unitária e progressiva, prelecionando Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 25-26):

Pública, porquanto nela intervém, como o sujeito mais eminente, o Juiz, representando o Estado soberano. Aliás, qualquer que seja a relação em que haja a intervenção do Estado soberano, como um dos seus sujeitos, ela adquire a qualidade de pública. [...] Sua *complexidade* advém da circunstância de que a relação processual contém, dentro de si, uma série de relações jurídicas secundárias, porque decorrentes da principal, compreendendo direitos, obrigações, faculdades, ônus e poderes que vão surgindo à proporção que a relação principal vai se desenvolvendo. Muito embora haja, no processo, diversas fases – postulatória, instrutória, decisória – e sem embargo da sucessão de fatos e atos processuais e das relações jurídicas secundárias, é inconcebível o *caráter unitário* da relação processual, uma vez que

¹³ O termo infração penal constitui gênero do qual são espécies as contravenções penais e os crimes ou delitos.

¹⁴ É nesse momento que se forma a relação jurídica angular.

¹⁵ CPP, art. 363. “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”.

¹⁶ O vocábulo “processo”, derivado do latim *processus*, de *procedere*, que exprime a ação de prosseguir, em sentido amplo, apresenta-se como uma disciplina do Direito, que tem por objeto determinar as bases da organização judiciária e a competência dos juízes, estabelecer a direção dos procedimentos judiciais, enfim, traçar todas as regras indispensáveis à administração da justiça, conforme (SILVA, 2008, p. 1103).

tudo se faz, tudo se realiza com uma única finalidade: a solução do litígio. [...] A relação processual é eminentemente *progressiva*. O processo, quer o penal ou o civil, quer outro qualquer tipo de processo (físico, químico, biológico), apresenta sempre um aspecto de continuidade, pois ele é um avançar, um progredir, um desenvolver. Ele é constituído de atos 'que se desenvolvem progressivamente, com el objeto de resolver, mediante um juicio de La autoridad, el conflicto sometido a su decisión'. Proposta a ação e triangularizada a relação processual, os atos vão sendo praticados até o definitivo pronunciamento jurisdicional. Isto é progressividade.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

Entre as várias teorias que procuram definir sua natureza jurídica, destacam-se as teorias do contrato, do quase contrato, da relação jurídica, da situação jurídica e do procedimento em contraditório¹⁷.

A teoria contratual, que foi desenvolvida pela doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX, compreende o processo como um legítimo acordo de vontades estabelecido entre autor e réu, que teriam se comprometido em aceitar a decisão final proferida pelo juiz.

Ocorre que essa teoria não resistiu às críticas, eis que o processo, uma vez iniciado pela parte legitimada, desenvolve-se por impulso oficial, independente e até contrariamente à vontade das partes ou de alguma delas¹⁸.

A teoria do quase contrato, que teve no doutrinador francês Arnault de Guényveu seu maior expoente, entende que o processo não pode ser entendido como um contrato, porquanto a resposta do réu e sua aquiescência à sentença não são espontâneas. Logo, como o processo não pode ser considerado contrato, delito e nem quase delito, ele seria um quase contrato.

O equívoco dessa teoria está na crença inicial sobre a necessidade de se enquadrar o processo, de qualquer maneira, nas categorias do direito privado, embora o próprio Código Napoleônico já indicasse uma nova fonte de obrigações, que Arnault omitiu, qual seja, a lei¹⁹.

¹⁷ Antônio Carlos de Araújo e Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 280), em razão da enorme quantidade de teorias e das inúmeras divergências surgidas a respeito do assunto, afirmam que alguns autores chegaram a manifestar ceticismo quanto à possibilidade de uma conceituação científica de processo, que seria a miséria das folhas secas de uma árvore.

¹⁸ Conforme Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 20).

¹⁹ Conforme Antônio Carlos de Araújo e Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 282).

A teoria da relação jurídica, que é a mais aceita, foi desenvolvida por Oscar Von Bulow²⁰ que, “em 1868, com o seu trabalho *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, pela primeira vez, deu o devido destaque ao processo como uma verdadeira relação jurídica distinta da relação jurídico-material que nele se discute”. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 21).

Entre os seguidores dessa teoria, Kohler entendia que a relação jurídica estabelecia-se entre autor e réu, de forma horizontal e unilateral. Já Hellwig percebia a existência de uma relação jurídica angular e bilateral, então estabelecida entre o autor e o juiz e entre este e o réu. Por fim, Wach defendeu que a relação jurídico-processual seria triangular e bilateral, composta pelos sujeitos autor, juiz e réu, que estariam ligados entre si nos sentidos horizontal e vertical, formando um triângulo.

Com efeito, violado o preceito primário da norma penal incriminadora, a acusação (em regra, o Ministério Público, nas ações penais públicas e, o querelante, na ação penal privada) tem o direito público subjetivo de invocar a tutela jurisdicional do Estado, visando à punição do infrator e, conseqüentemente, o restabelecimento do direito violado.

O Estado-Juiz, uma vez provocado, tem o dever de emitir um pronunciamento, ainda que seja para negar o direito subjetivo que o autor acredita possuir. Uma vez presentes os pressupostos processuais e as condições da ação penal, o Juiz é obrigado a determinar a citação do réu, que tem o direito de se defender da imputação penal através de advogado²¹ regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Recebida a manifestação da defesa, o Estado-Juiz tem a obrigação de emitir um novo pronunciamento, com a finalidade de julgar a lide, e o conjunto dessas três relações horizontais (acusação-juiz, juiz-defesa e acusação-defesa) forma a relação jurídico-processual²².

James Goldschmidt, jurista alemão, protagonizou a teoria do processo como situação jurídica, afirmando que o processo seria um conjunto de situações jurídicas pelas quais as partes transitam rumo a uma sentença definitiva. Em razão de seu dinamismo, o processo seria uma complexa situação jurídica, em que os atos praticados em sucessão vão

²⁰ Foi com Bulow que o processo como relação jurídica ganhou contornos jurídico-científicos e se espalhou pelo mundo, cabendo, entretanto, a Augusto Von Kries a adaptação desta para o Processo Penal, conforme doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 22).

²¹ A expressão advogado abrange o advogado propriamente dito, normalmente contratado, assim como o defensor público e o defensor nomeado pelo juiz.

²² Conforme Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 21-24).

gerando chances que, se bem utilizadas, permitem que a partes livres-se de amarras processuais e caminhem rumo a uma sentença que lhes seja benéfica. A sentença desfavorável seria decorrência do não aproveitamento de uma chance gerada e da não liberação das amarras ou cargas processuais²³.

A teoria do processo como procedimento em contraditório foi criada pelo italiano Elio Fazzalari, no século passado, o qual, superando a visão formalista-burocrática da concepção de procedimento até então vigente, retirou a relação jurídica do conceito de processo, que seria entendido como um procedimento realizado em contraditório, ou seja, um conjunto de atos concatenados e pautados pelo direito do réu à informação e reação, estes traduzíveis na igualdade tratamento e de oportunidades. Logo, o âmago do processo está na participação das partes, que deve ser simétrica, de modo a reforçar o papel destas e do contraditório.

Sua crítica reside no fato da relação jurídico-processual consistir na projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. No processo, além da presença da relação jurídica estabelecida entre seus sujeitos, os atos processuais também devem ser praticados em atenção ao contraditório, de modo que inexistente incompatibilidade entre esses dois lados da mesma realidade²⁴.

1.4 OBJETO

Jaime Guasp, citado por Aury Lopes Júnior²⁵, entende que “o objeto do processo é a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que integram o processo e não se confunde com a causa ou princípio, nem com o seu fim”. Logo, o objeto processual não se confunde com seu fundamento de existência, seu escopo e nem com sua natureza jurídica.

Após criticar a concepção de pretensão punitiva desenvolvida por Karl Binding, cujo erro principal foi transportar as categorias do processo civil para o processo penal, colocando o Ministério Público como verdadeiro “credor” de uma pena, como se fosse

²³ Segundo Aury Lopes Júnior (2017, p. 37-38).

²⁴ Consoante Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 287-288) e Aury Lopes Júnior (2017, p. 39-40).

²⁵ Conforme Aury Lopes Júnior (2017, p. 49).

um credor do processo civil postulando seu “bem jurídico”, Aury Lopes Júnior (2107, p. 51) conclui que “o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança”.

Já Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 24-25) distingue o objeto da relação jurídico-material do objeto da relação jurídico-processual, concluindo que o objeto daquela seria o bem da vida que se litiga, enquanto que o objeto desta seria o provimento jurisdicional que vai assegurar a obtenção daquele bem.

1.5 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Entendido o processo como uma relação jurídica, fica aquele (o processo) subordinado a determinados requisitos considerados indispensáveis para a constituição e para o desenvolvimento de uma relação processual válida, os quais foram denominados por Bulow de pressupostos processuais. Ditos pressupostos devem subsistir durante todo o curso da relação processual e, se inexistentes, inviabilizam o seu trâmite, sendo que os pressupostos de existência devem preexistir à própria instalação da relação processual.

Os pressupostos processuais classificam-se em pressupostos de existência e pressupostos de validade. Na luzida lição de Edilson Mougnot Bonfim (2006, p. 27-28), aqueles (pressupostos de existência) são constituídos dos seguintes requisitos:

- a) a existência de um órgão investido de jurisdição penal;
- b) o objeto do processo (pedido, demanda ou causa penal) e
- c) as partes que ocupam os pólos opostos da relação jurídica (órgão acusador e réu).

E continua o renomado autor sobre os pressupostos de validade, que podem ser assim agrupados:

- a) Quanto ao juiz, identificam-se:
 - i) a competência e,
 - ii) a imparcialidade.
- b) Quanto às partes:

- i) a capacidade de ser parte (a capacidade de direito);
 - ii) a capacidade processual (a capacidade de estar em juízo, que, inexistente, deve ser suprida pela interveniência de uma pessoa que represente os interesses do incapaz) e
 - iii) a capacidade postulatória.
- c) Quanto ao objeto:
- i) a originalidade, consubstanciada na inexistência de fatos impeditivos, tais quais a litispendência, a coisa julgada, etc. e
 - ii) a inexistência de irregularidade procedimental que enseje prejuízo às partes.

A ausência de alguns dos pressupostos processuais de existência inviabiliza a própria instauração da relação processual válida, enquanto que a ausência de alguns dos pressupostos processuais de validade impede o regular e válido desenvolvimento do processo. Faltando um (pressupostos processuais de existência) ou outro (pressupostos processuais de validade), o processo deve ser declarado nulo.

1.6 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS

A palavra princípio é uma expressão vaga e ambígua, motivo de grande celeuma doutrinária acerca de sua conceituação e correto emprego pelos aplicadores do Direito. Princípio²⁶ vem do latim *principium, principii*, com o significado de origem, começo, base. Na linguagem leiga, é o começo, o ponto de partida, a origem, a base” (MARTINS, 2004, p. 46).

Antes de se adentrar no estudo dos princípios processuais penais de índole constitucional propriamente ditos, faz-se indispensável sua conceituação jurídica, para o correto entendimento acerca de seu objeto e interpretação.

Princípios de uma ciência “são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes” (CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 7).

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Melo (1995, p. 537-538), conceitua princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido”. Já Sérgio Pinto Martins (2004, p. 48) conceitua princípios como “as proposições básicas que informam as ciências, orientando-as. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e orientar as normas jurídicas”.

Para Miguel Reale (1996, p. 299) “princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas”. Eles seriam também assim reconhecidos “por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”.

Em razão de sua adequação e completude ao tema ora estudado, cumpre citar o conceito de princípios do processo penal da lavra de Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 34):

aquelas normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo e, em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos.

Seu estudo é importante a partir do momento em que eles (os princípios) prestam-se à fixação dos marcos, das balizas que devem ser observadas pelo legislador, por ocasião da elaboração das leis; pelo juiz, quando da tomada de suas decisões e pelo intérprete, no momento da busca do sentido e do alcance que deve ser dado a determinado termo jurídico ou artigo legal, considerando-se o conjunto das normas jurídicas que cuidam daquele assunto então analisado.

Os princípios não se confundem com os postulados²⁷. Estes (os postulados), “são abstrações deduzidas do sistema dos direitos fundamentais que configuram a base normativa de nosso ordenamento, como métodos de aplicação ou de interpretação das normas jurídicas” (OLIVEIRA, 2012, p. 33).

Já “os princípios, tais como as regras, também jurídicos, estão positivados nos textos constitucionais e legais, ainda que implicitamente, isto é, ainda que assim não denominados de maneira clara e insofismável” (OLIVEIRA, 2012, p. 33).

Do mesmo modo, os princípios não se confundem com as regras. Segundo Robert Alexy (1997, p. 162, tradução nossa), o ponto decisivo para a distinção entre regras e

²⁷ Resumindo a diferença em poucas palavras, Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 33) diz serem os postulados extraídos do sistema (contexto dos direitos fundamentais na Constituição), enquanto que os princípios são extraídos do texto legal ou constitucional.

princípios é que “os princípios são mandados de otimização, enquanto que as regras têm o caráter de mandados definitivos”.

Para Alexy, princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica e diferenciam-se em razão de seu modo de aplicação e estrutura. Os princípios são mandamentos de otimização e, por expressarem deveres cujo conteúdo somente é definido após o sopesamento com os princípios colidentes, obrigam que algo seja realizado na maior medida do possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto que as regras “expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção” (ROBERT ALEXY, 1997, p. 162, tradução nossa).

O legislador pátrio adotou vários princípios processuais penais. Alguns desses princípios, já consagrados pela doutrina e jurisprudência pátrias, encontram-se previstos implícita ou explicitamente na Constituição Federal de 1988, em sua maioria no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Uma vez que visam garantir a efetivação de direitos assegurados aos indivíduos, constituem-se também em verdadeiras garantias processuais constitucionais²⁸.

Outros (princípios), estão normatizados no Código de Processo Penal²⁹, na Lei nº 9.099/95³⁰ e no Código de Processo Civil³¹, sem prejuízo de sua repetição em outros diplomas legais.

Neste trabalho, analisar-se-á apenas os princípios processuais de berço constitucional, cuja violação por norma infraconstitucional implica em sua inconstitucionalidade material, se a norma conflitante for posterior ao texto constitucional, ou em sua revogabilidade por ausência de recepção pela Lei Maior, quando a norma guerreada lhe for anterior.

²⁸ Ruy Barbosa, citado por Pedro Lenza, distinguia os direitos das garantias, compreendendo aqueles (os direitos) como “disposições meramente declaratórias da existência legal de direitos reconhecidos”, enquanto que as garantias seriam “disposições assecuratórias limitatórias do poder em prol da defesa dos direitos”. Para Pedro Lenza (2005, p. 451), os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”.

²⁹ São princípios processuais previstos no Código de Processo Penal: Verdade Real, Oficiosidade, Correlação, Identidade Física do Juiz, Iniciativa das Partes, Impulso Oficial, Obrigatoriedade, Indisponibilidade e Oportunidade da Ação Penal, Proporcionalidade, *In Dubio pro Reo* e *Favor Rei*.

³⁰ Discricionariedade Regrada, Oralidade, Informalidade, Celeridade e Economia Processual são princípios processuais penais previstos na Lei nº 9.099/95.

³¹ Eficiência, Boa-Fé Processual, Efetividade e Adequação são princípios processuais civis previstos no Código de Processo Civil de 2015 e também aplicáveis ao processo penal de forma subsidiária.

Como o estudo dos princípios processuais constitucionais é suficiente ao enfrentamento da temática proposta, não se realizará a análise dos demais princípios processuais infraconstitucionais, embora sua indiscutível importância para o Processo Penal como um todo.

1.6.1 Princípio da Igualdade Processual das Partes ou da Paridade de Armas (*Par Conditio* ou *Equality of Arms*):

Como desdobramento do princípio da igualdade de todos perante lei, que autoriza o tratamento legal desigual das pessoas na medida de suas desigualdades materiais, e do princípio acusatório, em que as atividades de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, previstos, respectivamente, nos artigos 5º, *caput*³² e 96 a 125³³ c/c 127³⁴ c/c 133³⁵, todos da Constituição Federal de 1988, citado princípio preconiza que as partes, embora em lados opostos da lide, têm direito ao mesmo tratamento processual por parte do juízo, implicando, pois, em igualdade de ônus, direitos, poderes, obrigações e faculdades processuais, que somente podem ser atribuídos e/ou distribuídos de forma desigual na medida da desigualdade processual efetivamente verificada entre os litigantes³⁶.

Apenas desse modo as partes terão condições de construir uma decisão final legítima, porquanto construída de forma dialética entre os sujeitos da relação jurídico-processual, tal como teoriza o jurista alemão Jorgen Habermas em sua teoria da ação comunicativa.

1.6.2 Princípio do Devido Processo Legal (*Due Process of Law*)

³² CF/88, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

³³ Entre os arts. 96 a 125 da Lei Maior, o legislador constituinte previu a distribuição do poder jurisdicional entre os diversos órgãos do Poder Judiciário.

³⁴ CF/88, art. 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

³⁵ CF/88, art. 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

³⁶ Segundo Tourinho Filho (2010, p. 59-60).

Considerado um superprincípio do processo penal brasileiro, o Princípio do Devido Processo Legal é originário da cláusula do *due process of law* do Direito Anglo-Americano³⁷, cuja formulação, como hoje a conhecemos, foi primeiramente inserida no artigo 39³⁸ da *Petition of Rights* de 1628 e posteriormente reproduzida na 5ª Emenda da Constituição Norte-Americana de 1787, então aprovada pela Convenção da Filadélfia³⁹.

Citado princípio foi inserido no artigo 5º, inciso LIV⁴⁰, da Lei Maior pelo legislador constituinte originário e impõe a obediência dos preceitos constitucionais e legais atinentes aos direitos e garantias processuais, assim como a estrita observância do procedimento previsto em lei para que o indivíduo possa ser condenado pelo Estado ao cumprimento de uma pena ou medida de segurança ou mesmo privado de sua liberdade de locomoção ainda que preventivamente⁴¹.

Como vários outros princípios encerram garantias processuais, este princípio reforça vários direitos do acusado, como os direitos de entrevista pessoal e reservada com seu advogado, de ser ouvido pelo juiz, de ser informado pessoalmente de todos os atos do processo, de ser defendido por advogado, de se manifestar sempre depois da acusação, de produzir toda e qualquer prova lícita em sua defesa, de ter acesso a todas as provas contra si produzidas e de contrariá-las, de não produzir prova contra si mesmo, de motivação das decisões judiciais, de publicidade de todos os atos processuais, de recorrer a instâncias superiores e à revisão criminal, dentre outros.

Considerando os postulados de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil⁴², e no qual a liberdade é a regra e a prisão constitui exceção; seu descumprimento gera a nulidade do processo, que pode ser absoluta ou relativa, conforme vier a ser decidido pelo Poder Judiciário.

O Princípio do Devido Processo Legal apresenta duplo aspecto ou perspectiva: material e formal, assim explicados por Antônio Alberto Machado (2010, p. 28):

³⁷ Sua origem remota estaria no *Law of de Land* da Magna Carta do Rei João Sem Terra de 1215, segundo Antônio Alberto Machado (2010, p. 28).

³⁸ Petição de Direitos, art. 39: “Nenhum homem livre será detido nem preso, nem despojado de seus direitos nem de seus bens, nem declarado fora da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer forma; tampouco procederemos com força contra ele, nem mandaremos que outrem o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país”.

³⁹ Sua origem histórica é a Magna Carta inglesa de 1215, então outorgada pelo Rei João Sem Terra aos barões ingleses, que passou a garantir a todos a submissão a um processo penal legal antes de serem apenados ou destituídos de seus bens.

⁴⁰ CF/88, art. 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴¹ Conforme Norberto Avena (2015, p. 09).

⁴² Nesse sentido, é o disposto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Em sentido material, ele significa a garantia expressa materialmente na lei e na Constituição de que os direitos fundamentais da pessoa serão efetivamente respeitados pelo Estado no processo, e também a garantia de que as normas processuais serão interpretadas e aplicadas de modo razoável, a fim de que possam assegurar um processo substancialmente justo; em sentido formal, o devido processo representa as garantias processuais de que o processo penal observará as formalidades previamente estabelecidas para a sua tramitação.

Seu desrespeito gera a nulidade absoluta do processo.

1.6.3 Princípio do Contraditório ou da Bilateralidade da Audiência

Previsto no artigo 5º, inciso LV⁴³, da Constituição Federal vigente, impõe a discussão dialética da causa de pedir (próxima e remota)⁴⁴ da ação penal, de modo que a defesa e a acusação devem ter as mesmas faculdades de oitiva, de interferência e de análise das provas produzidas ou juntadas aos autos, atuando como autênticos fiscais dos atos processuais já praticados e dos que vierem a ser realizados.

Além disso, acusação e defesa têm o direito de tomar conhecimento das provas produzidas pela parte adversa, bem como de contraditá-las⁴⁵. Para Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 48), os elementos do contraditório seriam o direito à informação e o direito de participação e arremata afirmando que “o contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis”.

Saliente-se que referido princípio foi apontado por Luigi Ferrajoli como o décimo axioma do modelo garantista: *nulla probatio sine defensione*, consoante lição de Guilherme Madeira Dezem (2017, p. 8 do capítulo 4) e, segundo a doutrina majoritária, ele deve incidir apenas na fase processual, tanto sobre questões fáticas, quanto sobre matéria de direito.

⁴³ CF/88, art. 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁴ A causa de pedir remota diz respeito à descrição do fato criminoso e todas as suas circunstâncias, enquanto que a causa de pedir próxima refere-se às conseqüências penais da prática da infração penal. Para Guilherme Madeira Dezem, o contraditório deve incidir sobre as questões de fato e de direito (2017, p. 9 do capítulo 4).

⁴⁵ Joaquim Canuto Mendes de Almeida, citado por Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 48), apregoava ser o contraditório a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.

Ademais, o Princípio do Contraditório também não é absoluto, existindo certas medidas cautelares que, por sua própria natureza, demandam um contraditório diferido, ou seja, observado somente após a realização da medida cautelar, sob pena de se frustrar a finalidade para a qual foi criada.

A inobservância do referido princípio conduz à nulidade processual, conforme decidido pelo juiz ou tribunal competente.

1.6.4 Princípio da Ampla Defesa

Também previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal vigente, dito princípio, segundo a inteligência de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 55-56), assegura ao réu, e não às partes, o direito de ser defendido por um profissional tecnicamente habilitado para tal mister (advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil), preferencialmente, de confiança do acusado e por este contratado, sem prejuízo de sua nomeação recair sobre defensor público ou defensor dativo nomeado pelo juízo⁴⁶.

O Princípio da Ampla Defesa assegura ainda ao réu o direito à autodefesa, ou seja, o direito de se defender pessoalmente da imputação criminal, apresentando sua versão pessoal dos fatos, podendo inclusive confessar o delito, apresentar outra versão para os fatos relatados ou simplesmente manter-se calado, ciente de que seu silêncio não lhe pode acarretar qualquer prejuízo de ordem processual, tal como previsto no artigo 186 do Código de Processo Penal⁴⁷. Aliás, o direito ao silêncio é garantido ao custodiado desde o momento de suas prisões em flagrante, preventiva ou temporária, tal como prevê o artigo 5º, inciso LXIII⁴⁸, da Carta Republicana em vigor. A autodefesa também garante ao acusado o direito de estar presente na audiência em que é feita a colheita da prova, para que possa se manifestar sobre o material produzido e ter acesso direto ao juiz e às provas, sem a necessidade de intermediadores (direito de presença).

⁴⁶ Nesse sentido, o legislador constituinte previu, no inciso LXXIV, da Lei Maior, como dever do Estado, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem incapacidade financeira de arcar com os custos e as despesas decorrentes da ação judicial.

⁴⁷ CPP, art. 186: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

⁴⁸ CF/88, art. 5º, inciso LXIII: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Além disso, mencionado princípio autoriza a utilização de todos os meios de prova admitidos em lei, bem como o acesso a todos os recursos disponíveis para sua produção, vedada apenas a utilização das provas obtidas por meios ilícitos e, portanto, ilícitas, tal como prescrito no artigo 5º, inciso LVI⁴⁹, da Constituição Federal de 1988, bem como as que sejam daquelas derivadas, a teor do disposto no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal⁵⁰.

A Suprema Corte deste país, por meio de sua Súmula de Jurisprudência nº 523⁵¹, deixou assentado o entendimento no sentido de que a ausência de defesa constitui nulidade absoluta do processo, enquanto que sua insuficiência pode gerar nulidade absoluta ou relativa da relação processual, desde que provada a ocorrência de prejuízo ao réu, como previsto no artigo 563 do Estatuto Processual Penal⁵².

1.6.5 Princípio do Juiz Natural

Oriundo do Direito Anglo-Saxão e intimamente ligado ao Princípio da Legalidade, o Princípio do Juiz Natural foi inicialmente cunhado para vedar a constituição de tribunal *ad hoc*, ou seja, constituído tão só para aquele ato, e de exceção, como tal entendido aquele órgão judiciário constituído, unicamente, para processar e julgar, de forma casuística, determinadas infrações penais. Assim, tal princípio passou a exigir que o juízo ou tribunal, como órgão do Poder Judiciário, fosse previamente constituído para o julgamento de crimes também anteriormente previstos em lei, para que o agente que cometesse uma infração penal já tivesse ciência prévia do órgão judiciário que lhe vai julgar.

Em um segundo momento, referido princípio ampliou seu espectro protetivo, passando a exigir que a competência do órgão jurisdicional também devesse ser fixada anteriormente à prática do fato objeto de julgamento, criando, assim, a garantia individual do criminoso ser processado apenas pela autoridade judicial competente.

⁴⁹ CF/88, art. 5º, inciso LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁵⁰ CPP, art. 157 § 1º: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

⁵¹ STF, Súmula nº 523: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

⁵² CPP, art. 563: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

O Princípio do Juiz Natural, nessa dupla perspectiva, foi acolhido pelo legislador constituinte nos incisos XXXVII⁵³ e LIII⁵⁴ do artigo 5º da Magna Carta, reconhecendo-se como “juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, deriva de fontes constitucionais” (OLIVEIRA, 2012, p. 37).

No Brasil, a jurisdição penal foi constitucionalmente atribuída às Justiças Comuns Federal e Estadual (juiz singular e juizados especiais criminais)⁵⁵; Militares da União e dos Estados e Distrito Federal⁵⁶, e Eleitoral⁵⁷, em razão da matéria ou *in ratione materiae*, cabendo ainda ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e os que lhe foram conexos e continentes, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Lei Fundamental⁵⁸.

O legislador constituinte também previu foros privativos nos tribunais superiores e de 2º grau para os ocupantes de certos cargos públicos, tais como: chefes dos Poderes Executivos Federal⁵⁹, Estaduais⁶⁰, Distrital⁶¹ e Municipais⁶²; membros dos Poderes Legislativos Estaduais⁶³, Distrital⁶⁴ e Federal⁶⁵; membros do Poder Judiciário e do Ministério Público⁶⁶; membros dos Tribunais de Contas da União⁶⁷, dos Estados-Membros, Distrital e Municipais⁶⁸, assim como ministros de Estado e Secretários Estaduais; Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica e os chefes de missão diplomática de caráter permanente⁶⁹.

Neste caso, a competência jurisdicional foi fixada em razão das funções desempenhadas pelas citadas autoridades, ou seja, *in ratione personae*.

⁵³ CF/88, art. 5º, inciso XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

⁵⁴ CF/88, art. 5º, inciso LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

⁵⁵ Vide arts. 98, inciso I e § 1º e 109, incisos IV, V, VI, IX e X, da CF/88.

⁵⁶ Vide arts. 124 e 125, § 4º, da CF/88.

⁵⁷ Vide art. 121 da CF/88.

⁵⁸ CF/88, art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”: “a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

⁵⁹ Vide art. 102, inciso I, alínea “b”, da CF/88.

⁶⁰ Vide art. 105, inciso I, alínea “a”, da CF/88.

⁶¹ Op. cit.

⁶² Vide art. 29, inciso X, da CF/88.

⁶³ A previsão de foro especial, perante o Tribunal de Justiça, para o processo e julgamento de deputado estadual ou distrital, em razão da prática de crime comum, deve estar prevista na Constituição do respectivo Estado-Membro e do Distrito Federal.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Vide art. 53, § 1º, da CF/88.

⁶⁶ Vide arts. 96, inciso III; 102, inciso I, alíneas “b” e “c”; 105, inciso I, alínea “a” e 108, inciso I, alínea “a”, todos da CF/88.

⁶⁷ Vide art. 102, inciso I, alínea “c”, da CF/88.

⁶⁸ Vide art. 105, inciso I, alínea “a”, da CF/88.

⁶⁹ Vide art. 102, inciso I, alínea “c”, da CF/88.

1.6.6 Princípio do Promotor Natural (ou Legal)⁷⁰

O Princípio do Promotor Natural está previsto nos incisos XXXVII⁷¹ e LIII⁷² do artigo 5º da Magna Carta e é corolário lógico do princípio da independência funcional (CF/88, art. 127, § 1º) e da garantia da inamovibilidade dos membros do Ministério Público da União e dos Estados-Membros (CF/88, art. 128, § 5º, inciso I, alínea “b”).

De sua normatividade, decorre que apenas o órgão de execução do Ministério Público, previamente investido nos cargos de Promotor de Justiça, Procurador de Justiça ou Procurador-Geral de Justiça, se membro do Ministério Público dos Estados-Membros e do Distrito Federal, ou nos cargos de Procurador da República, Procurador Regional da República, Sub-Procurador-Geral da República e Procurador-Geral da República, se membro do Ministério Público Federal, os quais também têm suas atribuições estabelecidas em lei, pode processar o infrator de um tipo penal⁷³.

Por conseguinte, o cidadão tem a garantia de que não será processado por um membro do Ministério Público qualquer ou que fora escolhido de ocasião pelo chefe da instituição, mas, sim, por aquele membro ministerial que, tendo sido aprovado em concurso público de provas e títulos e investido em cargo da carreira, encontra-se lotado em determinada comarca ou seção/subseção judiciária federal.

Acerca desse princípio, merece transcrição o seguinte trecho da obra Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal, de Sérgio Demoro Hamilton, pioneiro no trato do tema, e que foi citado por Paulo Rangel (2010, p. 39):

[...] Há, sim, um ‘promotor legal’ para cada processo penal: é o promotor com atribuição para officiar no feito. Em outras palavras: somente o órgão do Ministério Público investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento. Atribuição, tal como aqui focalizada, nada mais é que a competência administrativa para atuar em determinado procedimento em juízo ou fora dele.

1.6.7 Princípio da Vedação à Utilização da Prova Ilícita

⁷⁰ Essa denominação foi cunhada por Sérgio Demoro Hamilton em sua obra Temas de Direito Processual Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 53.

⁷¹ CF/88, art. 5º, inciso XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

⁷² CF/88, art. 5º, inciso LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

⁷³ Conforme Paulo Rangel (2010, p. 39-45).

O Princípio da Vedação à Utilização da Prova Ilícita está inserido na Carta da República, em seu artigo 5º, inciso LVI⁷⁴, e encontra-se regulamentado no artigo 157 e seus parágrafos do Código de Processo Penal⁷⁵. De seu mandamento decorre a proibição de uso da prova ilícita e da prova dela derivada, por quaisquer dos sujeitos do processo, ressalvadas certas situações excepcionais. Seu objetivo é proteger o acusado de eventuais arbitrariedades do Poder Público a partir do momento em que o juiz não pode se valer da prova ilícita como elemento de seu convencimento no curso da relação processual penal. Segundo o Estatuto Processual Penal brasileiro, prova ilícita é aquela que foi obtida mediante violação a disposições constitucionais e legais. A prova assim obtida deve ser desentranhada do processo, haja vista que não pode ser considerada como elemento de prova. Em seguida, ela deve ser inutilizada por ordem do juiz (CPP, art. 157, *caput*).

O sistema processual vigente considera igualmente ilícita a prova obtida por derivação da prova ilícita, a menos que se verifique a ausência denexo de causalidade entre umas e outras (teoria da descoberta inevitável), ou quando as (provas) derivadas puderem ser obtidas por meio de uma fonte independente daquelas provas ilícitas (teoria da fonte independente), tal como prescrito no § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal⁷⁶, que albergou a doutrina norte-americana conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês: *fruits of the poisonous tree doctrine*).

A prova ilegítima, qual seja, a que “é obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual” (REIS e GONÇALVES, 2017, p. 270), é também considerada ilícita e, como tal, deve receber o mesmo tratamento legal daquela (prova ilícita).

No entanto, a doutrina, sobretudo a alemã, e a jurisprudência têm admitido a relativização do Princípio da Vedação da Prova Ilícita quando em conflito com o princípio constitucional do direito de liberdade, cujo peso é maior e encontra ligação íntima com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, mediante adoção do critério da

⁷⁴ CF/88, art. 5º, inciso LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁷⁵ CPP, art. 157: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

⁷⁶ CPP, art. 157, § 1º: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

proporcionalidade, tem-se admitido o uso da prova ilícita, desde que seja para comprovar a inocência do réu⁷⁷, tendo em vista o princípio do *favor rei*.

1.6.8 Princípio da Presunção de Inocência ou do Estado de Inocência ou da Não-Culpabilidade

Antes de integrar a denominada Constituição Cidadã, o Princípio da Presunção de Inocência já era defendido por Cesare Beccaria em sua obra dos *Delitos e das Penas*, publicada em 1764, e foi acolhido no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

No ordenamento jurídico brasileiro, até a vigência da Constituição Federal de 1988, dito princípio era considerado um corolário lógico da cláusula do Devido Processo Legal, passando a ter *status* constitucional com a vigência da citada constituição federal, onde foi inserido em seu artigo 5º, inciso LVII⁷⁸. O mencionado princípio assegura ao réu o direito de ser considerado inocente até que, contra ele, sejam proferidos sentença ou acórdão condenatórios irrecorríveis. Em outros termos, o acusado deve ser considerado inocente até o momento que não caiba mais recurso da sentença ou do acórdão que o condenou a uma pena criminal pela prática de uma infração penal.

Marco Antônio Marques da Silva, citada por Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 43), indica três significados diversos para o dito princípio nos tratados e legislações internacionais, a saber:

- 1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas;
- 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789);
- 3) Trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição (significado da presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos).

⁷⁷ Consoante lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 52 e 334-370).

⁷⁸ CF/88, art. 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Entretanto, esse princípio não é absoluto, eis que a própria Lei Maior autoriza a prisão provisória (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva) do investigado (fase policial) e do réu (fase processual), antes de operada sua condenação definitiva, consoante se infere do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada a autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Ademais, o pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 126.292/SP, relator o ministro Teori Zavaski, passou a entender que a execução provisória de acórdão penal condenatório (órgão colegiado), ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o Princípio da Presunção de Inocência, consoante se observa da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. *Habeas corpus* denegado.

1.6.9 Princípio do Privilégio contra a Autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*)

O Estado, por si ou seus órgãos, não pode constranger o investigado ou acusado a cooperar na investigação criminal ou a produzir prova contra si mesmo, consoante se infere do artigo 5º, inciso LXIII⁷⁹, da Constituição Federal vigente. Logicamente, o investigado ou o acusado não estão impedidos de confessar o crime ou mesmo de apresentar provas de sua responsabilidade e/ou de terceiros, desde que tal conduta decorra de decisão

⁷⁹ CF/88, art. 5º, inciso LXIII: “O réu tem o direito de permanecer calado”.

pessoal livre e consciente. O que não se tolera é que eles (investigado e acusado) sejam compelidos a colaborar com os órgãos investigatórios.

Ademais, a recusa em colaborar com a investigação não pode ser interpretada em prejuízo do investigado ou do réu, que têm o direito de permanecer calados, sem que isso lhes acarrete prejuízo processual. Esse princípio foi regulamentado no artigo 186, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal⁸⁰ e representa um subprincípio do Princípio da Ampla Defesa.

Ao tratarem do mencionado princípio, Alexandre Cebrian e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 83) apontam os seguintes direitos dele decorrentes em benefício do réu:

- a) permanecer em silêncio e, portanto, de não confessar;
- b) não colaborar com a investigação ou com a instrução;
- c) mentir em seu interrogatório;
- d) não apresentar provas que o prejudiquem;
- e) não participar ativamente de ato destinado à produção de prova;
- f) não fornecer partes de seu corpo para exame.

O Princípio do Privilégio contra a Autoincriminação também encontra-se previsto no artigo 8º, § 2º, alínea “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁸¹ e no artigo 14, item 3, alínea “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁸².

1.6.10 Princípio da Duração Razoável do Processo

O Princípio da Razoável Duração do Processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXXVIII⁸³, da Magna Carta de 1988, não teve nascedouro com a proclamação da própria Lei Fundamental, eis que dela encontrava-se ausente. Sua inserção na Lei Maior deu-se

⁸⁰ CPP, art. 186, parágrafo único: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

⁸¹ Dita convenção foi integrada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 678/92.

⁸² Citado pacto foi integrado ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 592/92.

⁸³ CF/88, art. 5º, inciso LXXXVIII: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

apenas com a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2014, conhecida como “PEC da Reforma do Poder Judiciário”, sendo, pois, considerado um corolário lógico do Princípio Constitucional da Eficiência, previsto no artigo 37, *caput*⁸⁴, da Lei Maior.

Aliás, antes mesmo de sua inserção no texto constitucional, sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio já era uma decorrência da ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujos artigos 7.5 e 8.1 já o acolhiam.

Seu objetivo é assegurar a razoável duração do processo aos acusados em processo judicial ou administrativo, bem como os recursos e os meios necessários para o cumprimento desse desiderato.

Como se sabe, “o processo em si mesmo é uma pena” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 76), sendo que o Estado Democrático de Direito tem compromisso na busca por um processo justo. A duração desarrazoada do processo penal constitui flagrante ilegalidade, eis que importa em ofensa a outro precioso bem jurídico do indivíduo, qual seja, o tempo.

Dessa forma, o juiz e as partes devem zelar pelo cumprimento deste princípio, através da busca de um ganho de eficiência, a fim de que a relação processual não seja tão rápida a ponto de ofender os direitos e as garantias individuais do cidadão e nem tão devagar a ponto de causar um sofrimento desnecessário ao acusado, pela simples e inútil demora da entrega da prestação jurisdicional solicitada⁸⁵.

1.6.11 Princípio da Publicidade dos Atos Processuais

O citado princípio está consagrado no inciso LX⁸⁶ do artigo 5º e no inciso IX⁸⁷ do artigo 93 da Constituição Federal de 1988 e prevê, como regra geral, que todos os atos

⁸⁴ CF/88, artigo 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

⁸⁵ Conforme Aury Lopes Júnior (2017, p. 72-93).

⁸⁶ CF/88, art. 5º, inciso LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

⁸⁷ CF/88, art. 93, inciso IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

processuais, notadamente os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário, são acessíveis ao público em geral (publicidade absoluta).

Ocorre que tal princípio não é absoluto, eis que o legislador constituinte autoriza sua limitação, desde que o interesse público o exija, como ocorre, por exemplo, durante a oitiva de testemunha que se sentir constrangida ou ameaça com a presença do réu na sala de audiências (CPP, art. 217), hipótese essa em que o réu é retirado da sala, assegurada, contudo, a presença de seu defensor, e durante a votação dos quesitos pelos jurados do Tribunal do Júri (CPP, art. 485), ocasião em que o acusado não adentra na sala especial, fazendo-se representar pelo seu defensor.

Fica ainda autorizada sua restrição em defesa da intimidade ou do interesse social, como é o caso dos processos que envolvem crimes contra a dignidade sexual, os quais devem tramitar em segredo de justiça (CP, art. 234-B) e do disposto no artigo 201, § 6º, do Estatuto Processual Penal, que autoriza o juiz a decretar o sigilo de determinados dados depoimentos e outras informações constantes dos autos em vista da preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido.

Sua finalidade é assegurar o controle pessoal e social sobre os atos públicos, como corolário do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a publicidade não existe em estados totalitários, eis que o ditador não tem interesse na divulgação das arbitrariedades praticadas, principalmente, dos simulacros de processos em face de seus opositores⁸⁸.

Além da previsão constitucional, o Princípio da Publicidade veio regulamentado no artigo 792 do Código de Processo Penal que dispõe, *in verbis*:

As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

Por sua vez, a restrição à publicidade veio disciplinada em seu § 1º, quando esta resultar em escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, autorizando-se, assim, o fechamento das portas da sala de audiência, *verbis*:

⁸⁸ Conforme Norberto Avena (2015, p. 13).

Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou o tribunal, câmara ou turma, poderá, de ofício, ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

1.6.12 Princípio da Obrigatoriedade de Motivação das Decisões Judiciais

O Princípio da Obrigatoriedade de Motivação das Decisões Judiciais, previsto no artigo 93, inciso IX⁸⁹, da Lei Maior e no artigo 381 do Código de Processo Penal⁹⁰, constitui garantia individual de suma importância para as partes e para a sociedade como um todo, porquanto exige que as decisões judiciais sejam motivadas.

A partir do momento em que se exige a motivação do juiz, este tem o dever de declinar os fundamentos fáticos e jurídicos que o levaram a decidir em determinado sentido, de modo a se evitar a tomada de decisões arbitrárias, ou seja, por convicção pessoal ou destituída de amparo probatório.

A motivação é ainda fundamental para o caso da parte querer impugnar a decisão judicial em grau recursal, porquanto o combate às razões judiciais de decidir exige pleno entendimento do raciocínio adotado pelo juiz, haja vista que, em matéria de avaliação de provas, adotou-se o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

No entanto, citado princípio não obstaculariza a denominada fundamentação *per relationem*, ou seja, a que é realizada por meio de remissão a outra peça processual ou manifestação existente nos autos, ainda que produzida pelas partes. Importa, outrossim, que a peça ou manifestação remida contenha fundamentação adequada à natureza da decisão judicial que a adotou como razão de decidir⁹¹.

1.6.13 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

⁸⁹ CF/88, art. 93, inciso IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

⁹⁰ CPP, art. 381: “A sentença conterá:

[...]

III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”;

[...]”.

⁹¹ Conforme Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 85) e Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 60-61).

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não se encontra previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1998, mas decorre, implicitamente, dos dispositivos constitucionais que estruturam o Poder Judiciário de forma hierarquizada e atribuem competência recursal aos diversos tribunais do país⁹². Não obstante, supracitado princípio encontra-se normatizado no artigo 8º, item 2, alínea “h”, do Pacto de São José da Costa Rica.

Esse princípio assegura ao réu o direito de ter a decisão judicial contra si prolatada pelo juiz singular revista por órgão colegiado de instância superior, por meio da interposição de recursos específicos previstos no Código de Processo Penal e na própria Constituição Federal (apelação, recurso em sentido estrito, carta testemunhável, recurso ordinário constitucional, recurso especial e recurso extraordinário).

Seu fundamento decorre da falibilidade inerente ao ser humano que, por natureza, está sujeito ao cometimento de erros, quiçá no julgamento de uma lide penal, bem como da natural resiliência do indivíduo em aceitar a primeira decisão judicial desfavorável prolatada em seu desfavor.

Ressalte-se que dito princípio não é absoluto, porquanto as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não admitem revisão por outro órgão judicial, eis que aquele tribunal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Há ainda outras decisões judiciais que são impassíveis de recurso, tais como: a decisão que denega a suspensão do processo em razão de questão prejudicial (CPP, art. 93, § 2º); a decisão que admite ou não a habilitação do assistente de acusação (CPP, 273); a decisão que julga improcedentes as exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte (CPP, art. 581, inciso III, a *contrario sensu*); a decisão judicial homologatória da composição dos danos civis (Lei 9.099/95, art. 74); a decisão, proferida por ministro do STF, sobre existência ou não de repercussão geral dos temas constitucionais abordados em sede de recurso extraordinário (CF/88, art. 102, § 3º c/c art. 1035, *caput*, do NCPC c/c art. 326 do Regimento Interno do STF)⁹³.

1.7 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS (OU TIPOS DE PROCESSO PENAL)

⁹² Nesse sentido: arts. 98, inciso I, parte final; 102, incisos II e III; 105, incisos II e III e 108, inciso II, da CF/88.

⁹³ Consoante Norberto Avena (2015, p. 17), Fernando Capez (2013, p. 73) e Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 59).

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 742), a palavra sistema, em seu sentido etimológico, significa “o conjunto de elementos entre os quais haja alguma relação; disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si e que formam estrutura organizada; conjunto de programas destinados a realizar uma função”.

A expressão sistema processual penal, para os fins deste trabalho, deve ser entendida como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2010, p. 49).

A doutrina reconhece a existência de três modalidades de sistemas processuais penais distintos ao longo da evolução histórica, os quais se diferenciam segundo a distribuição da titularidade das funções de julgar, acusar e defender, a saber: sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto ou inquisitivo garantista.

O Sistema Inquisitivo ou Inquisitorial caracteriza-se, notadamente, pela ausência de divisão das funções de julgar, acusar e defender, que são exercidas pelo mesmo sujeito processual, o juiz, que possui ainda ampla liberdade de instrução probatória.

Nele, o acusado não possui as garantias do contraditório e da ampla defesa e também não há paridade de armas, porquanto a acusação, como órgão estatal e representante dos interesses sociais, tem seus interesses processuais privilegiados.

Em regra, os atos processuais são secretos ou com publicidade restrita, autorizando-se o magistrado a impor sigilo ao processo por mera discricionariedade e sem fundamentação.

A confissão é considerada prova suficiente para embasar a condenação do réu, sendo que a defesa não tem direito de contraditar as provas que a acusação produzir ou juntar aos autos.

Neste sistema, vigora a presunção de culpa do réu até que prove sua inocência, de maneira que a liberdade constitui exceção, sendo comum a decretação de sua prisão provisória e o cumprimento da pena criminal antes do trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatórios⁹⁴.

⁹⁴ Segundo Paulo Rangel (2010, p. 50-52).

O Sistema Acusatório caracteriza-se pela divisão das funções de julgar, acusar e defender, que são exercidas por sujeitos processuais distintos, cabendo ao juiz a função de julgar; ao Ministério Público ou ao querelante, a função de acusar e, ao advogado público, contratado ou dativo, a função de defender, cabendo à acusação e à defesa, primordialmente, a produção das provas comprobatórias dos fatos alegados, sem prejuízo da possibilidade excepcional do juiz fazê-lo, em consideração à busca da verdade real, sem que isso importe na substituição ao papel das partes.

O contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas são asseguradas ao réu, bem como todos os consectários deles decorrentes, havendo situação de equilíbrio processual.

Em regra, os atos processuais são públicos e fundamentadas todas as decisões judiciais, sendo que a restrição à publicidade deve ser fundamentada e adequada às hipóteses legais.

A confissão do réu deixa de ser considerada prova máxima e suficiente para a condenação, passando-se a exigir sua corroboração com outros elementos de prova constantes dos autos.

A manifestação da defesa é realizada após o posicionamento da acusação, podendo, assim, rebater os argumentos acusatórios e contraditar as provas por ela trazidas aos autos.

Neste sistema, o réu é considerado inocente até que a sentença ou acórdão condenatórios tornem-se irrecorríveis, de modo que a liberdade constitui a regra, somente se admitindo a prisão provisória do réu em hipóteses excepcionais e adequadas ao texto legal.

No Brasil, embora não haja univocidade doutrinária acerca do sistema processual penal adotado, doutrina e jurisprudência majoritárias apontam o sistema acusatório, embora haja seguidores que indiquem o sistema misto ou inquisitivo garantista como o sistema processual penal acolhido⁹⁵. Nesse sentido, é o entendimento do STF⁹⁶ e do STJ⁹⁷.

⁹⁵ Conforme Norberto Avena (2015, p. 6-7).

⁹⁶ STF, HC nº 104.473/PE, da 1ª turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 22/10/2010 e HC nº 84.051/PR, da 2ª turma, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 02/03/2007.

⁹⁷ STJ, HC nº 163.428/DF, da 5ª turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJU de 01/08/2011 e HC nº 198.113/CE, da 6ª turma, rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJU de 03/08/2011.

No Sistema Misto ou Inquisitivo Garantista, embora as funções de julgar, acusar e defender sejam exercidas por sujeitos distintos, o juiz pode substituir-se às partes, em certas ocasiões, e praticar atos típicos da acusação ou da defesa.

As garantias processuais do contraditório, da ampla defesa e da igualdade processual até existem, mas sua amplitude pode variar de acordo com as peculiaridades legais e constitucionais de cada Estado Soberano.

Em regra, os atos processuais são públicos, mas o juiz pode, motivadamente, decretar segredo de justiça, sem que exista previsão legal para tanto.

A manifestação da defesa ocorre após a manifestação da acusação, cabendo a estas (acusação e defesa) a produção dos elementos de prova comprobatórios dos fatos por elas alegados, sem prejuízo da possibilidade do juiz fazê-lo, sempre que julgar necessário à busca da verdade real.

Apesar da culpa não ser presumida, o réu não é considerado, necessariamente, inocente, dependendo sua situação da legislação vigente em cada país. Em regra, o acusado responde ao processo em liberdade, sem prejuízo da decretação de sua prisão provisória, desde que preenchidos os requisitos e pressupostos legais⁹⁸.

⁹⁸ Segundo Aury Lopes Júnior (2017, p. 45-47).

Capítulo 2 – DA PROVA

1.1 CONCEITO E GENERALIDADES

Há vários conceitos de prova⁹⁹, eis que dita palavra é possuidora de inúmeros significados¹⁰⁰. Antes, porém, é importante compreender seus sentidos etimológico e jurídico.

⁹⁹ Moacir Amaral Santos, citado por José Frederico Marques (1998b, p. 253), afirma ser a prova “a soma dos fatos produtores da convicção dentro do processo”. Para Edilson Mougnot Bonfim (2006, p. 285), “prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”. Já Aury Lopes Júnior (2017, p. 342) conceitua provas como sendo “os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).

¹⁰⁰ Guilherme Madeira Dezem (2017, p. 1 do capítulo 11) diz que a palavra prova, por possuir vários significados, apresenta caráter polissêmico.

Etimologicamente falando, a palavra prova é originária “do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de)”¹⁰¹. “Em sentido amplo, “*provar* significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”¹⁰².

“A prova consiste, pois, na demonstração de existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou se contesta”¹⁰³. “Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a verdade do que se afirma, do que se alega”¹⁰⁴.

O estudo da prova é fundamental para a compreensão dos escopos da relação processual, uma vez que é por meio dela (da prova) que o Estado-Juiz vai formar sua convicção, a partir das alegações fáticas lançadas na exordial acusatória (denúncia ou queixa-crime).

Nesse norte, a pretensão punitiva estatal veiculada na ação penal liga-se a algum fato ou fatos típicos e suas respectivas circunstâncias, os quais devem ser robustamente comprovados no curso da relação processual pelo órgão de acusação, sob pena de o réu ser absolvido pelo juiz criminal competente.

Essas alegações fáticas sustentadas pela acusação (imputação criminal) podem ou não ser verídicas e, geralmente, são refutadas pela defesa¹⁰⁵, que também apresenta afirmações de fato em contraposição àquelas (afirmações fáticas da acusação), ou seja, cada parte apresenta sua versão sobre um fato criminoso pretérito e que não foi presenciado pelo magistrado, no que se denomina de reconstrução da verdade histórica.

O processo de descoberta acerca de quais afirmações fáticas são as verídicas gera incertezas, dúvidas, que devem ser dirimidas pelo julgador a fim de formar seu convencimento sobre o que, de fato, ocorreu no dia da consumação da infração penal, buscando alcançar, assim, a denominada verdade processual¹⁰⁶.

¹⁰¹ Segundo De Plácido e Silva (2008, p. 1127). Para Antônio Alberto Machado (2010, p. 411), “o vocábulo prova advém do latim *probus*, e significa aquilo que é certo, verdadeiro ou, por assim dizer, o que é bom e probo”.

¹⁰² Consoante Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 571).

¹⁰³ Conforme De Plácido e Silva (2008, p. 1127).

¹⁰⁴ De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 553).

¹⁰⁵ O emprego do advérbio geralmente deve-se à possibilidade, ainda que remota, da defesa concordar com os fatos articulados na denúncia pela acusação e já confessados pelo acusado na fase inquisitorial, ciente de que o quadro probatório é robusto e a confissão espontânea constitui atenuante genérica (CP, art. 65, III, d).

¹⁰⁶ Conforme Aury Lopes Júnior (2017, p. 341-343).

Nesse contexto, a prova é, pois, o elemento produzido pelas partes (acusação e defesa), com o escopo de comprovar a existência dos fatos alegados no bojo do processo e, excepcionalmente, pelo juiz, objetivando a descoberta da verdade real¹⁰⁷.

José Frederico Marques (1998b, p. 253), com seu brilhantismo inato, assevera que a prova é constituída pela “demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa”.

Já para Norberto Avena (2015, p. 270), “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”.

Como decorrência de seu caráter polissêmico, o termo prova pode ser empregado em dois aspectos ou sentidos: um objetivo e outro subjetivo.

Naquele (sentido objetivo), “prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância”, enquanto que neste (aspecto subjetivo), a prova é compreendida como “o resultado desse esforço probatório no espírito do juiz”¹⁰⁸.

Embora se reconheça a existência de inúmeros conceitos de prova, mas visando não tornar o trabalho monográfico cansativo, impõe-se a citação expressa de apenas mais um conceito de prova, cunhado por Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 23):

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.

Aliás, Guilherme Nucci¹⁰⁹ defende a existência de três sentidos distintos para o termo prova, a saber: a) processo por meio do qual se atesta a exatidão do fato alegado pela parte (ato de provar); b) instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (meio de prova) e c) produto extraído da análise dos instrumentos de prova disponibilizados com vistas a demonstrar a verdade de um fato (resultado da ação de provar).

¹⁰⁷ Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 553).

¹⁰⁸ De acordo com Alexandre Cebrian e Victor Eduardo (2017, p. 259).

¹⁰⁹ Conforme Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 25).

Já Renato Brasileiro (2015, p. 571-572)¹¹⁰ fala em três acepções diversas para a palavra prova: I) prova como atividade probatória, consistente no “conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”, II) prova como resultado, que é resultado da “convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes” e III) prova como meio, ou seja, “os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática”.

Por sua vez, Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por Guilherme Madeira Dezem (2017, p. 1-2 do capítulo 11), concorda que há três significações para a palavra prova: demonstração, experimentação e desafio. A prova como demonstração presta-se a comprovar a verdade de determinados fatos. A prova como experimentação é entendida como rito destinado a constatar a veracidade de uma alegação e a prova como desafio “significa obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões”.

Independente do entendimento adotado, forçoso é reconhecer que, no Processo Penal brasileiro, a prova pressupõe a existência de procedimento contraditório (CPP, art. 155), motivo pelo qual deve ser produzida no curso da relação processual, mediante debate travado entre as partes (acusação e defesa) na presença do juiz (contraditório real).

Se, por acaso, alguma prova vier a ser produzida na fase inquisitorial (inquérito policial), o contraditório é realizado posteriormente, em âmbito judicial, para que só então receba a qualificação de prova *stricto sensu* (contraditório diferido ou postergado)¹¹¹.

A expressão prova não se confunde com elementos de informação. O artigo 155 do Código de Processo Penal¹¹², com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690/08, diferencia a prova dos elementos informativos, tendo-se estes (elementos de informação) como os elementos colhidos na etapa policial ou inquisitorial, sem a participação dialética das partes. Já o termo prova somente recairia sobre os elementos de convicção apurados durante a fase judicial, em procedimento contraditório, mesmo que diferido, e observado o direito de ampla defesa¹¹³.

¹¹⁰ Segundo Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 571-572).

¹¹¹ Conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 560).

¹¹² CPP, art. 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

¹¹³ De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 572).

Ocorre que nem tudo que é alegado pela acusação e pela defesa necessita ser comprovado, mas apenas os fatos relevantes para o deslinde da causa. Logo, se uma das partes apresenta pedido de produção de prova irrelevante, impertinente ou protelatória, seu pedido deve ser indeferido pelo juiz, nos termos do disposto no artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal¹¹⁴.

Em regra, as partes estão dispensadas de comprovar a existência e a vigência das normas legais federais, haja vista que a legislação federal vigente presume-se do conhecimento do juiz¹¹⁵, incumbindo às partes (acusação e defesa) a narração do fato criminoso ao juiz tal qual ocorreu no passado¹¹⁶.

Não obstante, o magistrado pode determinar à parte (acusação ou defesa) que comprove a vigência e a existência de normas de direito internacional, estaduais, municipais e consuetudinárias, nos termos do que dispõe o artigo 376 do Código de Processo Civil em vigor¹¹⁷, o qual se aplica, analogicamente, ao Processo Penal.

Ainda sob esse prisma, as máximas da experiência, os fatos impossíveis (cuja ocorrência mostra-se contrária às leis das ciências naturais), os fatos irrelevantes (que não influenciam a decisão da causa, embora relacionados a ela)¹¹⁸, os fatos impertinentes (que não dizem respeito à causa), os fatos acobertados por presunção legal¹¹⁹ absoluta de existência ou veracidade (presunção *iuris et de iuri*) e os fatos intuitivos ou evidentes (a percepção do fato em si já o revela como certo e indiscutível) dispensam produção probatória.

Os fatos notórios, geralmente, não precisam ser comprovados¹²⁰, salvo se forem conhecidos apenas em âmbito estadual, regional ou municipal (não nacional), ou forem remotos (passado distante), ou disserem respeito à materialidade e autoria da infração penal (fatos principais), consoante ensinamento de Guilherme Nucci (2009, p. 348).

Já os fatos incontroversos (alegados por uma das partes e não contestados pela outra ou admitidos pelas partes), diversamente do previsto no processo civil (CPC, art. 374, inciso III), exigem comprovação, eis que não se encontram, necessariamente, em sintonia

¹¹⁴ CPP, art. 400, § 1º: “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

¹¹⁵ Nesse sentido, o brocardo latino “*jura novit curia*”.

¹¹⁶ Nesse sentido, o brocardo latino “*narra mihi factum, dabo tibi jus*”.

¹¹⁷ CPC, art. 376: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

¹¹⁸ Nesse sentido, o brocardo latino “*frustra probatur quod probantum non relevat*”.

¹¹⁹ Existem dois tipos de presunções legais: as absolutas, que não admitem prova em sentido contrário, e as relativas, que podem ser afastadas por prova em sentido contrário.

¹²⁰ Nesse sentido, a máxima “*notoria non egent probatione*”.

com a verdade. É como afirma Vincenzo Manzini, citado por José Frederico Marques (1998b, p. 255), “o juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam incontestemente, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito”.

Outrossim, a ausência de resistência do réu em relação aos fatos e circunstâncias descritos na exordial acusatória (denúncia ou queixa-crime) não implica na presunção de veracidade daqueles (fatos e suas circunstâncias), tal como se verifica no Processo Civil (CPC, art. 344), permanecendo incólume o ônus do órgão de acusação de comprová-los, em razão dos Princípios da Presunção de Inocência, do *Favor Rei* e do *In Dubio pro Reo*.

Lado outro, a atividade probatória não se verifica de forma instantânea e nem somente no âmbito do inquérito policial, cujo escopo principal é a obtenção de elementos de informação acerca da materialidade e da autoria delitivas.

Ao contrário, ela (a atividade probatória) é realizada de forma gradual e ao longo das fases inquisitorial (inquérito policial) e judicial (relação processual), embora o artigo 155 do Código de Processo Penal¹²¹ exija, a princípio, que sua produção se dê em contraditório judicial, excepcionando-se apenas as provas cautelares, as (provas) não repetíveis e as (provas) antecipadas.

Acerca das provas produzidas na fase pré-processual e sujeitas a contraditório diferido ou postergado, oportuno trazer à lume as luzidas definições de Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 573-574):

Provas cautelares: são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial, sendo que, em regra, dependem de autorização judicial. [...]

Prova não repetível: é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial. [...]

Provas antecipadas: são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo indispensável prévia autorização judicial. [...]

¹²¹ CPP, art. 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

A fim de não deixar dúvidas sobre as provas sujeitas a contraditório diferido, cumpre registrar o entendimento não menos claro e oportuno de Alexandre Cebrian e Victor Eduardo (2017, p. 263) para quem a prova cautelar é a que decorre “de procedimento próprio cautelar de produção antecipada de provas”. A prova antecipada é aquela “colhida, no curso da investigação ou nos autos da ação penal, mesmo que sem a ciência ou participação do investigado ou acusado, em razão do temor de que já não exista ou tempo da instrução. Já a prova não repetível é aquela cuja reprodução em juízo tornou-se inviável em decorrência de acontecimento ulterior a sua colheita.

Em relação à fase de instrução criminal e conseqüente produção probatória, a doutrina reconhece as seguintes fases ou etapas: proposição, admissão, produção e apreciação ou valoração.

Na fase propositiva, as partes indicam as provas que pretendem produzir em juízo, a partir das alegações fáticas deduzidas na denúncia ou na queixa-crime, ou colacionam aos autos as provas pré-constituídas.

Em regra, as provas de acusação são requeridas ou juntadas na denúncia ou queixa-crime (CPP, art. 12), enquanto que as provas de defesa são postuladas ou juntadas na resposta escrita à acusação (CPP, arts. 396-A e 406, § 3º), sem prejuízo de eventual requerimento, pelas partes, de provas motivadas na instrução criminal, após a realização do interrogatório do réu, em processo sujeito ao procedimento comum ordinário (CPP, art. 402)¹²².

A fase de admissão caracteriza-se pela análise de pertinência, cabimento e legalidade da prova requerida ou juntada pelas partes e seu possível deferimento, o que se dá, normalmente, na decisão interlocutória em que o julgador determina a continuidade da relação processual (CPP, arts. 399 e 410), quando ausentes as hipóteses de absolvição sumária do réu, previstas no artigo 397, incisos I a III, do Estatuto Processual Penal¹²³ (procedimentos comuns ordinário e sumário e do júri).

¹²² Consoante Fernando Capez (2013, p. 411). Saliente-se que no rito do júri, só há limitação temporal quanto à produção no artigo 479 do CCP, qual seja, somente podem ser lidos ou exibidos no julgamento documentos ou coisas que tenham sido juntados aos autos até 3 dias úteis, com ciência à outra parte.

¹²³ CPP, art. 397: “Após o cumprimento do disposto no artigo 396-A e parágrafos, deste código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade, exceto ininputabilidade;
- III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime, ou
- IV – extinta a punibilidade do agente”.

A produção da prova caracteriza-se pela confecção da prova propriamente dita em contraditório judicial, o que geralmente ocorre na audiência de instrução, debates e julgamento. Nessa etapa são ouvidas a vítima e as testemunhas arroladas pelas partes, ocorre acareações e reconhecimento de pessoas e/ou coisas, os peritos prestam os esclarecimentos devidos e o réu é interrogado (CPP, arts. 400, 531 e 411)¹²⁴.

Na fase de apreciação, as provas são objeto de manifestação das partes (acusação e defesa) e de apreciação do juiz que passa a valorá-las, juntamente com os demais elementos de convicção constantes dos autos, de modo a formar seu convencimento, através de raciocínio lógico e concatenado, e assim proferir sua decisão final acerca dos fatos que lhe foram submetidos¹²⁵.

Ressalte-se que essa atividade de produção de provas em juízo não se dá ao bel prazer da acusação e da defesa, eis que é disciplina por normas previstas nos artigos 155 a 250 do Código de Processo Penal, as quais são norteadas pelos seguintes princípios: contraditório ou da audiência bilateral, comunhão dos meios de prova ou da aquisição da prova, oralidade, publicidade, legalidade, autorresponsabilidade das partes, do privilégio contra a autoincriminação e da investigação¹²⁶.

Em razão do Princípio do Contraditório ou da Bilateralidade da Audiência, toda prova admite a contraprova, não se tolerando a produção de prova por uma das partes sem que a outra parte tenha conhecimento.

Disso decorre que a atividade probatória deve ser realizada em contraditório judicial, a fim de que acusação e/ou defesa possa interferir em sua produção, opor-se a ela ou, até mesmo, produzir outras provas em sentido contrário, em manifesta dialeticidade.

Este princípio é uma decorrência do Princípio da Paridade de Armas, que assegura às partes (acusação e defesa) a igualdade de instrumentos processuais para a defesa de seus interesses¹²⁷.

O Princípio da Comunhão dos Meios de Prova ou da Aquisição da Prova enuncia que, uma vez produzida e/ou integrada aos autos, a prova não mais pertence à pessoa

¹²⁴ Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 599).

¹²⁵ Conforme Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 290).

¹²⁶ Saliente-se que Antônio Alberto Machado (2010, p. 424-425) aponta os seguintes princípios reitores da produção probatória: legalidade, comunhão das provas, liberdade de produção, não autoincriminação e da livre apreciação da prova.

¹²⁷ De acordo com Adalberto José Quadros T. de Camargo Aranha (2006, p. 33).

que a produziu ou juntou ao processo, mas sim a ambas as partes (acusação e defesa) e à própria justiça, podendo, assim, ser utilizada por quaisquer dos sujeitos do processo.

Evidentemente, citado princípio só se aplica à prova produzida, de maneira que qualquer das partes (acusação e defesa) pode desistir de produzir certa prova já requerida, como a testemunhal¹²⁸, nos termos do que dispõe o artigo 401, § 2º, do Código de Processo Penal¹²⁹.

Pelo Princípio da Oralidade, sempre que possível, deve-se adotar a palavra falada no procedimento de produção da prova, em prestígio ao contato físico do magistrado com as partes e com as provas produzidas (subprincípio da imediatidade) e de maneira que a prova seja produzida em audiência única ou, ao menos, no menor número possível de audiências (subprincípio da concentração).

Ademais, o magistrado que presidir a instrução criminal deve ser o mesmo que vai julgar a causa (subprincípio da identidade física do juiz), não se tolerando, outrossim, a interposição de recursos das decisões interlocutórias (subprincípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias)¹³⁰.

O Princípio da Publicidade impõe, como regra geral, que todos os atos processuais, dentre os quais os atinentes à produção de provas, sejam realizados publicamente, ou seja, na presença das partes, do defensor e do juiz, a fim de que os sujeitos processuais e a própria sociedade possam exercer o devido controle sobre sua produção.

Por conseqüência, apenas nas excepcionais situações previstas no inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹³¹ e nos artigos 201, § 6º¹³² e 792, § 1º, do Código de Processo Penal¹³³, é que se pode decretar o sigilo dos atos processuais¹³⁴.

¹²⁸ Conforme Fernando Capez (2013, p. 414).

¹²⁹ CPP, art. 401, § 2º: “A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no artigo 209 deste Código”.

¹³⁰ Segundo Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 633).

¹³¹ CF/88, art. 5º, inciso LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

¹³² CPP, art. 201, § 6º: “O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação”.

¹³³ CPP, art. 792, § 1º: “Se da publicidade da audiência, sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

¹³⁴ Consoante Norberto Avena (2015, p. 272).

De acordo com o Princípio da Legalidade, a prova e seus meios de produção devem ser lícitos, isto é, eles devem obedecer aos ditames constitucionais e legais que cuidam da matéria ou, pelo menos, não podem ser proibidos pelos referidos ditames.

Embora a produção probatória seja considerada um direito subjetivo das partes, o exercício desse direito não pode constituir abuso de poder, desvio de finalidade ou ofensa ao ordenamento jurídico, sob pena de a prova assim produzida ser considerada ilícita e, como consequência, desentranhada dos autos, tal como preconizado no artigo 5º, inciso LVI, da Lei Maior¹³⁵ e no artigo 157 do Código de Processo Penal¹³⁶.

O Princípio da Autorresponsabilidade das Partes atribui à acusação e à defesa as consequências processuais decorrentes de suas respectivas inércias, equívocos, negligências e atos intencionais durante o processo de produção da prova, porquanto o artigo 155 do Código de Processo Penal¹³⁷ impõe às partes o encargo de provarem em juízo suas alegações¹³⁸.

Por sua vez, implica o Princípio da não Autoincriminação ou do Privilégio contra a Autoincriminação em conferir ao réu a faculdade de não incriminar a si mesmo, ou seja, de não produzir prova contra a sua pessoa. Em decorrência deste princípio, o acusado não está obrigado a responder às perguntas feitas pelas autoridades policial e judicial em seu interrogatório, também não é obrigado a participar de eventual reprodução simulação dos fatos e nem a ceder padrões gráficos, padrões vocais ou mesmo saliva para a realização de exames periciais¹³⁹.

Por fim, o Princípio da Investigação impõe ao magistrado a obrigação de cuidar da obtenção de provas que possam esclarecer o fato *sub judice*, sem que fique jungido às provas produzidas pelas partes no momento de formar seu convencimento¹⁴⁰.

Quanto à sua natureza jurídica, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015, p. 562) ensinam que “a prova está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos, sendo inerente ao desempenho do direito de ação e de defesa. É verdadeiro direito subjetivo com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos”.

¹³⁵ CF/88, art. 5º, inciso LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

¹³⁶ De acordo com Antônio Alberto Machado (2010, p. 424).

¹³⁷ CPP, art. 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

¹³⁸ Consoante Adalberto José Quadros T. de Camargo Aranha (2006, p. 33).

¹³⁹ Nos termos da lição de Norberto Avena (2015, p. 273).

¹⁴⁰ Segundo Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 268).

No que diz respeito à sua forma de manifestação em juízo, Adalberto José Quadros T. de Camargo Aranha (2006, p. 25) aponta três possibilidades distintas, assim entendidas:

[...] Portanto, quanto à forma, temos três possibilidades distintas de manifestação em juízo: testemunhal (testemunhas, ouvida da vítima, acareações); documental, também conhecida como literal ou instrumental (escritos públicos ou particulares, cartas, livros comerciais, fiscais, etc.); e material (corpo de delito, exames, vistorias, instrumento do crime, etc.)

Por objeto da prova ou *thema probandum*, considera-se o fato, a coisa ou o acontecimento que deva ser levado ao conhecimento do juiz, para que possa emitir um juízo de valor¹⁴¹, ou seja, “é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”¹⁴². Em outras palavras, o objeto da prova compreende “todos os fatos que, influenciando na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade criminal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação”¹⁴³.

Portanto, uma vez iniciada a ação penal, o objeto da prova decorre, inexoravelmente, dos fatos alegados pela acusação na exordial acusatória e das alegações fáticas articuladas pela defesa na resposta escrita à acusação, “restando ao juiz, eventualmente, apenas complementar o rol de provas a produzir, utilizando-se de seu poder instrutório” (BONFIM, 2006, p. 287).

Ademais, não se deve confundir objeto da prova com objeto de prova. O primeiro (objeto da prova) são os fatos relevantes descritos na denúncia ou queixa-crime, enquanto que o segundo (objeto de prova) relaciona-se àquilo que deve ser comprovado pela parte, o que se dá por meio da identificação e seleção dos fatos cuja comprovação é dispensada pela lei¹⁴⁴.

Já a finalidade ou objetivo da prova é convencer o magistrado, seu destinatário, da veracidade dos fatos que lhe foram submetidos e que não foram por ele presenciados para, então, formar sua convicção acerca da efetiva ocorrência da infração penal e de quem seja seu autor ou partícipe, assim reconstruindo a chamada verdade processual¹⁴⁵.

¹⁴¹ Conforme Paulo Rangel (2010, p. 452).

¹⁴² Consoante José Frederico Marques (1998b, p. 254).

¹⁴³ De acordo com Norberto Avena (2015, p. 270-271).

¹⁴⁴ Consoante Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 563).

¹⁴⁵ Segundo Antônio Alberto Machado (2010, p. 423).

Em outras palavras, “a prova tem como finalidade permitir que o julgador conheça o conjunto de fatos sobre os quais a norma jurídica deverá incidir” (BONFIM, 2006, p. 286), ou seja, é atuar na “formação da convicção do órgão julgador”, a partir da reconstrução dos fatos investigados na fase policial, de forma a se atingir, tanto quanto possível, a verdade histórica dos fatos objeto de julgamento¹⁴⁶.

Por outro lado, “sujeitos da prova são as pessoas ou coisas de quem ou de onde deriva a prova, podendo ser real ou pessoal”¹⁴⁷. Adalberto José Quadros T. de Camargo Aranha (2006, p. 25), com seu peculiar brilhantismo, apresenta a seguinte explicação acerca dos sujeitos da prova:

A coisa atesta, inconscientemente e sem influência do espírito humano, vestígios do fato *probando*; é a prova real que, em última análise, consiste na atestação inconsciente feita por uma coisa na qual ficou impresso um sinal. As perícias, as vistorias e todas as modificações corpóreas constituem prova real. O homem testemunha, mediante uma afirmação pessoal e consciente, um fato por ele conhecido por ciência própria ou por meio de terceiros; é a prova pessoal. É a revelação consciente feita por uma pessoa das impressões mnemônicas de um fato.

Compreende-se, outrossim, como destinatário direto da prova “o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos”, sendo que “as partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais facilidade a decisão”¹⁴⁸.

1.2 CLASSIFICAÇÃO

A prova é classificada com base nos seguintes critérios: possibilidade de renovação em juízo; eficácia representativa ou objeto; causa, sujeito ou fonte; valor ou efeito probante; forma ou aparência; origem e previsão legal.

Em relação à possibilidade de renovação em juízo, a prova classifica-se em irrepitível ou não-repitível e repitível. Aquela (a prova irrepitível ou não-repitível) não pode ser novamente realizada em juízo, eis que o corpo de delito do qual ela foi extraída

¹⁴⁶ Segundo Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 576).

¹⁴⁷ Conforme Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 576).

¹⁴⁸ De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 562).

desapareceu, como é o caso da vítima de lesões corporais leves. Esta (a prova repetível) pode ser renovada em juízo em prejuízo a seu valor probatório como ocorre, por exemplo, com a prova testemunhal¹⁴⁹.

No que diz respeito ao objeto ou eficácia representativa¹⁵⁰, a prova é classificada em direta ou positiva e indireta ou negativa. Aquela (a prova direta ou positiva), por si só, comprova o fato imputado de maneira imediata e direta. Como exemplos, citem-se o corpo de delito, a confissão, a testemunha visual e o flagrante. Estas (as provas indiretas ou negativas), comprovam-no (o fato imputado) de forma mediata, ou seja, ela atesta um fato secundário do qual se infere, por indução ou dedução (raciocínio lógico-dedutivo), a existência do fato principal que se quer comprovar, tal como se verifica com as suspeitas, as presunções, o álibi e os indícios¹⁵¹.

Quanto à causa, sujeito ou fonte¹⁵², a prova é classificada em real ou pessoal. A primeira (a prova real) é aquela que decorre diretamente da coisa ou objeto, tal como a prova extraída dos vestígios deixados pelo crime. Como exemplos, citem-se o cadáver, o ferimento no ofendido, a fechadura arrombada e a arma de fogo. A segunda (a prova pessoal) é a que advém da manifestação consciente do homem, com o objetivo de demonstrar a veracidade de fatos afirmados, citando-se, como exemplos, o depoimento prestado pela testemunha, a confissão do acusado e o laudo pericial assinado por dois peritos oficiais¹⁵³.

Em relação à forma ou aparência¹⁵⁴, a prova classifica-se em testemunhal, documental e material. A prova testemunhal é a que decorre de afirmação feita por pessoa humana, na presença do juiz e observado o contraditório. A prova documental consiste na prova escrita ou na prova gravada. Já a prova material consiste em qualquer materialidade que sirva de elemento para o convencimento do juiz sobre os fatos a serem provados¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 567).

¹⁵⁰ Quando se fala em objeto ou eficácia representativa, o que se procura estabelecer é a relação ou incidência que a prova tem com o fato a ser provado.

¹⁵¹ De acordo com Fernando Capez (2013, p. 407).

¹⁵² Quando se fala em sujeito ou fonte, o que se busca é avaliar a prova em si considerada, em que consiste o material produzido.

¹⁵³ Segundo Paulo Rangel (2010, p. 455).

¹⁵⁴ Quando se fala em forma ou aparência, o que se pretende é a maneira como a prova se revela no processo.

¹⁵⁵ Consoante Adalberto José Quadros T. de Camargo Aranha (2006, p. 25).

No que pertine ao valor ou efeito probante¹⁵⁶, a prova classifica-se em plena, perfeita ou completa e imperfeita, incompleta ou indiciária. A prova plena é aquela apta a conduzir um estado de certeza no espírito do juiz, enquanto que a prova imperfeita é a aquela que não é suficiente, por si só, para comprovar a existência do fato criminoso, trazendo somente uma probabilidade de sua ocorrência. Nesse caso, é bom lembrar que a sentença condenatória não pode se embasar apenas em provas indiciárias, exigindo prova plena de materialidade e autoria delitivas. No entanto, as provas imperfeitas prestam-se a fundamentar o deferimento de medidas cautelares¹⁵⁷.

Quanto à origem¹⁵⁸, a prova classifica-se em originária e derivada. Diz-se ser a prova originária “quando não há intermediários entre o fato e o meio de prova”, como é o caso da testemunha presencial. Já a prova derivada caracteriza-se pela presença de intermediário entre o fato e o meio de prova. Como exemplo, cite-se o testemunho de outro testemunho¹⁵⁹.

Em relação à previsão legal¹⁶⁰, a prova classifica-se em nominada e inominada, as quais são explicadas com a devida acuidade por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2015, p. 567), nos seguintes termos:

a) **Nominada:** a legislação prevê o meio de prova (com a indicação do seu *nomen juris*), podendo deixar ou não em aberto a forma de sua produção. A prova nominada pode ainda ser: a.1) **Típica:** doutrina assim classifica a prova que além de nominada, tem seu modo de produção expressamente previsto pela legislação, tal como ocorre com a prova testemunhal que tanto é prevista no CPP, quanto tem seu rito delineado pelo mesmo diploma legal, com indicação da ordem de perguntas (prova nominada típica). a.2) **Atípica:** é a prova nominada que não tem seu procedimento especificado pela legislação, embora haja indicação de seu *nomen juris*. Em outras palavras, lei a prevê, mas não diz o modo como ela deve ser produzida, ou seja, sua forma de produção é livre. Ex. reprodução simulada dos fatos (há previsão legal gizada no art. 7º, CPP, mas a forma de constituição dessa prova é amplo: prova nominada atípica).

b) **Inominada:** como vigora no nosso sistema a liberdade probatória, trata-se de prova que não é vedada por lei ou pelos bons costumes, embora não haja forma legal expressa, tal como se dá com as certidões de oficiais de justiça que declaram fato (não são provas testemunhais, mas são informações que não são proibidas por lei, nem ofendem os bons costumes, podendo haver sua utilização se não implicarem violação ou abreviação do rito procedimental).

¹⁵⁶ Quando se fala em valor ou efeito, o que se pretende apurar é o grau de certeza gerado pela apreciação da prova.

¹⁵⁷ Consoante Antônio Alberto Machado (2010, p. 425).

¹⁵⁸ Quando se fala em origem, o que se pretende é saber se há ou não intermediador entre o fato probante e o meio de prova.

¹⁵⁹ Segundo Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 281).

¹⁶⁰ Quando se fala em previsão legal, o norte objetivado é saber se a prova tem ou não previsão expressa no CPP.

Embora não se enquadre em nenhum desses critérios classificatórios de forma imediata, também existe, nos Processos Penal e Civil, a chamada prova trasladada ou emprestada, como tal considerada “a prova produzida em um processo e depois trasladada a outro, com o fim de nele comprovar determinado fato”¹⁶¹, ou, conforme conceituação de Alexandre Cebrian e Alexandre Victor (2017, p. 276), “aquela colhida em um processo e reproduzida documentalmente (usualmente por meio de fotocópia) na ação pendente de julgamento”.

Citada prova pode consistir no depoimento de uma testemunha, no laudo de exame de corpo de delito, na confissão do réu ou um documento qualquer. Independente de sua forma, a prova emprestada é formalmente considerada como modalidade de prova documental.

Em relação a seu valor probatório, Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 291) lembra que a doutrina aponta o preenchimento dos seguintes requisitos como indispensáveis para que a prova emprestada tenha o mesmo valor probatório que teve no processo em que foi produzida:

a) a colheita em processo que contemple as mesmas partes; b) mesmo fato *probando*; c) observância, no processo precedente, das mesmas formalidades legais quando da produção probatória; d) observância do princípio do contraditório em relação ao processo em que a prova foi originariamente produzida”.

1.3 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO OU APRECIÇÃO DA PROVA

Embora os sistemas da íntima convicção e do livre convencimento motivado sejam os mais conhecidos no Brasil, a doutrina destaca três sistemas de avaliação ou apreciação da prova: o sistema legal de provas ou sistema da prova tarifada ou da certeza moral do legislador, o sistema da íntima convicção ou *secundum conscientiam* e o sistema da persuasão racional ou sistema do livre convencimento motivado, embora outros (sistemas de avaliação da prova) tivessem existido ao longo da história.

¹⁶¹ Conforme Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 291).

O sistema legal de provas ou da prova legal, da prova tarifada ou da certeza moral do legislador¹⁶² passou a ser adotado após a realização do IV Concílio de Latrão¹⁶³, ocorrido em 1215, e caracteriza-se pela existência de uma hierarquia entre os elementos de prova, cujo valor individual é predeterminado em lei.

Nesse sistema, a confissão era tida como prova absoluta e incontestada, sendo que o resultado do julgamento dependia do resultado decorrente do confronto entre as provas produzidas pelas partes, prelecionando Adalberto José Quadros T. de Camargo Aranha (2006, p. 79) que:

Por tal sistema cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa. Daí por que chamada de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode fugir. Exemplo clássico encontramos no Deuteronômio: “Pela boca de duas testemunhas, ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto (XIX). “Uma só testemunha não poderá levantar-se contra ninguém (XIX). A origem da máxima: *testis unus, testis nullus*”.

É possível constatar, sem dificuldades, que a liberdade de atuação do juiz era limitada pelos critérios fixados em lei, sendo que não havia espaço para a formação de um convencimento livre, consoante destaca Aury Lopes Júnior (2017, p. 367):

Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para a sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso.

Ocorre que esse sistema não considerava as peculiaridades do caso concreto, mas, sim, a experiência acumulada e, por isso, possibilitava decisões injustas e arbitrárias. Citado sistema de apreciação da prova foi adotado em contraposição ao sistema inquisitivo, que vigorou na Idade Média¹⁶⁴.

¹⁶² Alguns autores chamam esse sistema com sendo da prova legal. Nesse sentido: Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 356),

¹⁶³ O Concílio de Latrão serve como designação dos cinco concílios ecumênicos do catolicismo, realizados na Arquibasílica de São João de Latrão, em Roma, nas seguintes datas: 1123, 1139, 1179, 1215 e 1512/1517, consoante informação extraída do sítio da Wikipédia (https://pt.wikipedia.org/wiki/Conc%C3%ADlio_de_Latr%C3%A3o).

¹⁶⁴ Conforme Antônio Alberto Machado (2010, p. 418).

Apesar de a República Federativa do Brasil constituir-se em Estado Democrático de Direito, existem resquícios do sistema legal de provas no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente, no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal¹⁶⁵, que determina a observância das restrições estabelecidas na lei civil quanto ao estado das pessoas; no artigo 158 do supracitado código¹⁶⁶, que considera indispensável a realização de exame de corpo de delito (direto ou indireto) nos casos em que a infração penal deixa vestígios, não o suprimindo a confissão do réu, e no artigo 62 do citado *codex*¹⁶⁷, que autoriza o juiz a declarar extinta a punibilidade do acusado em caso de morte, somente à vista da certidão de óbito e após a oitiva do Ministério Público¹⁶⁸.

Já o sistema da íntima convicção, utilizado da Antiguidade Clássica e na alta Idade Média¹⁶⁹, autoriza o juiz a julgar a lide penal de acordo com a sua consciência e em benefício do réu, mesmo que existam provas propícias à condenação, sem se vincular a qualquer critério de avaliação de provas e obrigação legal de motivar sua decisão.

Neste sistema, o juiz fica dispensado de demonstrar seu raciocínio, ou seja, de apresentar os motivos fáticos e jurídicos que o levaram a concluir pela absolvição ou pela condenação do acusado, de forma que o magistrado tem ampla liberdade de valoração das provas constantes dos autos.

O sistema da íntima convicção vigora atualmente no Tribunal do Júri, em que os membros do Conselho de Sentença julgam os acusados de crimes dolosos contra a vida e os delitos que lhe forem conexos com base apenas em sua íntima convicção, sem terem de motivar seus votos, consoante se infere do disposto nos artigos 482¹⁷⁰ c/c 486¹⁷¹ a 489¹⁷² do Código de Processo Penal, mas não inviabiliza a prolação de sentenças injustas, eis que contrárias à verdade.

¹⁶⁵ CPP, art. 155, parágrafo único: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

¹⁶⁶ CPP, art. 158: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

¹⁶⁷ CPP, art. 62: “No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”.

¹⁶⁸ Consoante Aury Lopes Júnior (2017, p. 367-368).

¹⁶⁹ Segundo Antônio Alberto Machado (2010, p. 418).

¹⁷⁰ CPP, art. 482: “O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido”.

¹⁷¹ CPP, art. 486: “Antes de proceder-se à votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel e facilmente dobráveis, contendo sete delas a palavra *sim*, sete a palavra *não*”.

¹⁷² CPP, art. 489: “As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos”.

Por epítome, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional¹⁷³ do juiz apregoa a liberdade de avaliação das provas existentes nos autos por parte do julgador, que é livre para firmar seu convencimento, eis que não está vinculado a nenhum critério de avaliação de provas, sujeitando-se apenas à obrigação de motivar sua decisão, a fim “de demonstrar que seu convencimento é produto lógico da análise crítica dos elementos de convicção existentes nos autos” (REIS e GONÇALVES, 2017, p. 262).

Esse é o sistema adotado nos demais procedimentos penais brasileiros, à exceção do júri, consoante se observa do disposto no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal:

Artigo 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (sem grifos no original)

Para fins meramente históricos, ressaltam Alexandre Cebrian e Victor Eduardo (2017, p. 264) que também existiu o sistema das provas irracionais ou ordálios, fundado na suposta existência de um Deus que seria capaz de interferir no resultado de algumas provas e salvar as pessoas inocentes. Nesse caso, os réus eram submetidos a provas desumanas, tais como afogamento, ferro em brasa, duelo com animais, fôrnalha, em caso de ausência ou divergência entre testemunhos e, caso saíssem vivos ou ilesos, eram considerados inocentes, em razão da providência divina.

1.4 ÔNUS DA PROVA

Cada uma das partes, no processo penal, apresenta fatos de seu interesse. O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (CF/88, art. 129, I e CPP, art. 24), por seu órgão de execução, e o querelante (CPP, arts. 30 a 32), por meio de advogado, descrevem, em tese, a ocorrência de fato ou fatos típicos, ilícitos e culpáveis, com suas

¹⁷³ Conforme Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 356), persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa “convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”.

circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução, e os imputa a um ou mais réus, por meio, respectivamente, de peça processual denominada de denúncia ou queixa-crime¹⁷⁴.

Os acusados, por seus defensores (advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil), procuram afastar a veracidade ou a própria existência dos fatos deduzidos pela acusação, sendo que apenas os fatos comprovados em juízo, em respeito ao contraditório e a ampla defesa, é que podem ser utilizados pelo magistrado para fundamentar a sentença (absolutória ou condenatória)¹⁷⁵.

Entretanto, nem sempre todas as questões fáticas são esclarecidas no curso do processo, permanecendo dúvida irreductível no espírito do julgador, que não pode, todavia, recusar-se a julgar, pronunciando o *non liquet*.

Quando isso ocorre, o juiz vale-se das regras de distribuição do ônus da prova como alternativa a eventual adiamento do problema ou utilização de meio mecânico de prova, como o duelo ou o juramento¹⁷⁶, as quais determinam, em cada caso, quem fica incumbido de produzir prova acerca de cada fato imputado.

“A distribuição do ônus da prova repousa na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1996, p. 354).

Entrementes, cumpre consignar que o ônus da prova não representa uma obrigação para as partes, haja vista que a inobservância às regras que o (ônus da prova) disciplinam não gera qualquer tipo de sanção para aquele que não a observou¹⁷⁷.

“Assim, se a acusação não se desincumbe a contendo desse ônus poderá ver prejudicada ou até mesmo frustrada a sua pretensão punitiva”. Por outro lado, “se é a defesa que não produz adequadamente a prova das alegações feitas em prol do réu, a pretensão de liberdade deste último é que seria prejudicada” (MACHADO, 2010, p. 425).

Como decorrência da adoção do sistema acusatório pelo legislador pátrio em matéria processual penal, a princípio, o Estado-Juiz deve manter-se imparcial e equidistante das partes, assim como do procedimento de produção de provas, cuja

¹⁷⁴ Segundo Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 265-266).

¹⁷⁵ Op. cit.

¹⁷⁶ Conforme Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 354).

¹⁷⁷ Conforme Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 265).

incumbência principal é das partes, podendo, outrossim, a título supletivo, ordenar a produção de provas indispensáveis ao esclarecimento da verdade processual (CPP, art. 156, I e II)¹⁷⁸.

Portanto, a regra geral vigente determina que incumbe a quem alega comprovar os fatos alegados, ou seja, a acusação e a defesa têm o ônus de comprovar os fatos que cada qual deduzir no bojo do processo (CPP, art. 156, *caput*)¹⁷⁹, sem prejuízo de o juiz determinar a produção de provas de ofício, tal como lhe autoriza o artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal¹⁸⁰, a fim de colher provas urgentes e relevantes, observando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, mesmo antes de iniciada a ação penal, ou determinar, antes da sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ambas com o objetivo de buscar a verdade real ou processual.

Em razão dessa regra, o órgão de acusação tem o encargo de comprovar a materialidade delitiva, ou seja, a infração penal e seus elementos constitutivos, não bastando a comprovação da conduta humana voluntária imputada ao acusado, do nexo causal e do resultado, mas também o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa nos casos que a lei autoriza), a inexistência das causas de justificação (excludentes de ilicitude) e a não ocorrência das causas de exculpação (excludentes da culpabilidade).

No entanto, essa norma não exige do Ministério Público ou do querelante a comprovação de fato negativo como, por exemplo, que não agiu amparado por causa excludente da culpabilidade.

A defesa, por seu turno, tem o ônus de comprovar as alegações que fizer em contraposição às imputações lançadas na exordial acusatória (denúncia ou queixa-crime), fato esse que ocorre quando ela (a defesa) alega alguma excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade, negativa de autoria (álibe) ou circunstância especial contrária às regras de experiência e a presunção *juris tantum*.

Questão extremamente interessante é a que trata da inversão do ônus probatório no Processo Penal, posto que do Princípio Constitucional da Presunção de

¹⁷⁸ Alexandre Cebrian e Victor Eduardo defende que o processo penal pátrio adotou o sistema acusatório integrado pelo princípio da investigação, haja vista faculdade prevista no art. 156, I e II, do Código Penal.

¹⁷⁹ Em latim: “actori incumbit probatio” e “et reus in excipiendo fit actor”.

¹⁸⁰ CPP, art. 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Inocência, decorre a regra de julgamento do *in dubio pro reo*, por ocasião da prolação da sentença.

Logo, eventual inversão do encargo probatório representa a adoção de regra inversa, qual seja, a do *in dubio contra reum*, que seria declarada inconstitucional por ofensa ao citado princípio, motivo pelo qual o órgão de acusação tem de comprovar a infração penal descrita na exordial acusatória (denúncia ou queixa-crime), bem como que o réu é seu autor ou partícipe.

No entanto, é possível inverter-se o ônus probatório quanto aos efeitos secundários da condenação penal, mais precisamente, os ligados à reparação do dano causado com a prática delitiva¹⁸¹.

Em seu artigo 5º, nº 7, a Convenção de Viena de 1988, que trata da repressão aos crimes de lavagem de capitais, autorizou os países signatários, dentre os quais o Brasil, a inverterem o encargo probatório em relação à origem ilícita dos produtos ou bens sujeitos a confisco, desde que haja compatibilidade entre os princípios processuais internos e a natureza de seus procedimentos judiciais.

Nesse norte, o legislador pátrio autorizou o magistrado a decretar o aresto, o seqüestro ou a indisponibilidade de valores, bens ou direitos do investigado e do réu, ou mesmo de interpostas pessoas, que sejam proveito, produto ou instrumento de delitos de “lavagem” ou ocultação de dinheiro, direitos ou valores e dos crimes antecedentes, bastando, para tanto, a existência de indícios suficientes de autoria, além da prova da materialidade, segundo se infere do artigo 4º, caput, da Lei nº 9.613/98.

1.5 MEIOS DE PROVA

Meios de prova são “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”, consoante magistral lição de Pontes de Miranda, citado por José Frederico Marques (1998b, p. 255). É por meio deles (dos meios de prova) que o juiz forma a sua convicção e as partes processuais (acusação e defesa) buscam comprovar suas respectivas alegações.

¹⁸¹ Conforme Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 598).

Por seu turno, Edilson Mougenot Bonfim (2006, p. 289) conceitua meio de prova como “todo fato, documento ou alegação que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo. Em outras palavras, é o instrumento utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes”.

De plano, impõe-se distinguir fonte de prova, da expressão meios de prova de meios de obtenção de prova, para tal se valendo de transcrição extraída da obra do talentoso membro do Ministério Público Militar da União, Renato Brasileiro (2015, p. 577):

A expressão *fonte de prova* é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos em sentido amplo). Cometido o fato delituoso, tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência desse fato pode ser conceituada como fonte de prova. [...]

Por sua vez, meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessual, os meios de prova somente existem no processo. [...]

Por fim, os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (v.g. os policiais). No Código de Processo Penal, apesar de inserida entre os meios de prova, a busca pessoal ou domiciliar deve ser compreendida como meio de investigação, haja vista que seu objetivo não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova. [...]

Importante ressaltar que, em regra, esses meios de investigação devem ser produzidos sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova. Nesse ponto, diferenciam-se também dos meios de prova, na medida em que, em relação a estes, é de rigor a observância ao contraditório, que pressupõe tanto o conhecimento acerca da produção de determinada prova, quanto a efetiva participação na sua realização”.

A princípio, não deveria haver limitação à admissibilidade de quaisquer meios de prova, eis que é por meio deles (dos meios de prova) que se busca comprovar a verdade real ou processual, notadamente, em se considerando que, no Processo Penal, é o direito de liberdade individual do acusado que está em jogo.

Entretanto, a experiência demonstrou que a ampla liberdade na admissibilidade dos meios de prova não pode ser aceita, seja pelo fato daqueles (meios de prova) ainda não se encontrarem amparados em bases científicas sólidas o suficiente para justificar o seu acolhimento pelo juízo; seja porque possibilitariam manipulações ou mesmo

fraudes; seja porque ofenderiam a dignidade da pessoa que a ela se sujeitasse, representando constrangimento ilegal não tolerado pelo Direito¹⁸².

Nesse sentido, é o que normatiza o Princípio da Liberdade Probatória, inserto no artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁸³, por meio do qual os sujeitos processuais podem utilizar-se de qualquer meio de prova, desde que lícito, isto é, permitido ou de acordo com a lei ou ainda por esta (a lei) não vedado (Princípio da Vedação da Prova Ilícita).

O Código de Processo Penal elenca alguns meios de prova que, todavia, servem apenas de exemplos para os sujeitos processuais. Os meios de prova nominados são: exame de corpo de delito e demais perícias (CPP, arts. 158/184), interrogatório (CPP, arts. 185/196), confissão (CPP, arts. 197/200), declarações do ofendido (CPP, art. 201), declarações das testemunhas (CPP, arts. 202/225), reconhecimento de pessoas e coisas (CPP, arts. 226/228), acareações (CPP, art. 229/230), documentos (CPP, arts. 231/238), indícios (CPP, art. 239) e a busca e apreensão (CPP, arts. 240/250).

Entretanto, permite-se a utilização de meios de prova não previstos expressamente no Estatuto Processual Penal, desde que sejam moralmente legítimos, como as filmagens, os fonogramas, as fotografias e a inspeção judicial¹⁸⁴, por força do previsto no artigo 369 do Código de Processo Civil¹⁸⁵, que se aplica, supletivamente, ao Processo Penal.

Considerando-se o tema desta monografia, o próximo tópico deste capítulo abordará apenas o interrogatório do acusado.

1.6 O INTERROGATÓRIO

¹⁸² Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 353).

¹⁸³ CPP, art. 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

¹⁸⁴ A inspeção judicial encontra-se normatizada nos arts. 481 a 484 do Código de Processo Civil.

¹⁸⁵ CPC, art. 369: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

O termo interrogatório, em sentido jurídico, significa “auto em que se escrevem as respostas do indiciado ou do réu às perguntas feitas pela autoridade competente”, consoante ensinamento de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 487).

O interrogatório é o ato processual por meio do qual o réu é ouvido pela autoridade judicial sobre a imputação que lhe é feita na denúncia e/ou na queixa-crime¹⁸⁶, podendo, assim, expor sua versão acerca do fato criminoso acontecido no passado ou, como preleciona Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 421):

Denomina-se interrogatório judicial o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação.

Segundo José Frederico Marques (1998b, p. 297), ele contém as “declarações do réu resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do fato delituoso que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a esse fato”.

Já o ato procedimental por meio do qual o investigado e/ou o conduzido é ouvido pelo autoridade policial, geralmente, na própria delegacia de polícia, ainda na fase inquisitorial, denomina-se interrogatório policial.

O interrogatório trata-se de ato personalíssimo, falado ou oral, público, bifásico e não sujeito a preclusão. Personalíssimo, eis que o acusado ou querelado não pode se fazer substituir por terceira pessoa; falado ou oral, eis que não se admite a apresentação de respostas na forma escrita, salvo se o réu ou querelado for mudo ou surdo-mudo; público, porque, em regra, pode ser presenciado por qualquer pessoa; bifásico, posto ser composto de duas fases, uma, tratando da pessoa do acusado ou querelado e, a outra, sobre a imputação criminal e, por fim, não sujeito a preclusão, porquanto pode ser realizado a qualquer tempo (REIS e GONÇALVES, 2017, p. 292-293).

A natureza jurídica do interrogatório é questão que traz inúmeras controvérsias no universo doutrinário, lembrando Nucci (2008, p. 422) que existem quatro posições a respeito:

¹⁸⁶ Conforme Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2017, p. 291).

- a) *é meio de prova*, fundamentalmente (Camargo Aranha);
- b) *é meio de defesa* (Galdino Siqueira, Pimenta Bueno, Manzini, Clariá Olmedo, João Mendes Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Tourinho Filho, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco, Rui Stoco, Bento de Faria, Antônio Magalhães Gomes Filho, Jorge Alberto Romeiro. Alguns desses deixam entrever a possibilidade de considerá-lo, em segundo plano, como fonte de prova);
- c) *é meio de prova e de defesa* (Vicente de Azevedo, Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes, Fernando de Almeida Pedroso, Mirabete, Paulo Lúcio Nogueira, Ary Azevedo Franco, Guglielmo Sabatini, Carlos Henrique Borlido Haddad, Marcos Alexandre Coelho Zilli);
- d) *é meio de defesa*, primordialmente; em segundo plano, *é meio de prova* (Hernando Londoño Jiménez, Ottorino Vannini);

Eugênio Pacelli (2012, p. 379/380) entende que, hodiernamente, o interrogatório é um meio de defesa, constituindo, pois, o momento processual adequado para o exercício do contraditório e da autodefesa (direito de audiência e direito de presença) por parte do acusado, sujeito de direitos, o qual pode expor a sua versão pessoal sobre os fatos noticiados na denúncia ou queixa-crime e indicar provas, ficar em silêncio sem que isso lhe traga qualquer prejuízo processual ou, quiçá, confessar total ou parcialmente os fatos típicos que lhe foram imputados, além de participar da instrução probatória e de indicar outras em contraposição às provas produzidas pela acusação.

Aliás, no rito do júri, as teses suscitadas pelo réu em seu interrogatório devem ser objeto de quesitação ao Conselho de Sentença, tal como prevê o artigo 482, parágrafo único, parte final, do Código de Processo Penal¹⁸⁷.

Lado outro, desde o advento da Lei nº 10.792/2003, após os questionamentos judiciais, os advogados das partes podem formular perguntas ao acusado, que serão realizadas por intermédio do juiz (sistema presidencialista), a fim de sanar dúvida sobre algum ponto ainda não esclarecido, tal como autoriza o artigo 188 do Código de Processo Penal¹⁸⁸.

Esse, inclusive, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo se infere dos seguintes julgados: HC nº 94.601/CE, da 2ª turma, rel. Min. Celso de Mello, Dje-171, de 11/09/2009; AgR no HC nº 111.567/AM, da 2ª turma, rel. Min. Celos de Mello, Dje-213, publicado em 30/10/2014.

¹⁸⁷ CPP, art. 482, parágrafo único: “Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações da partes”. (sem grifo no original)

¹⁸⁸ CPP, art. 188: “Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Em relação ao momento de sua realização, a princípio, os procedimentos penais prevêem um instante predeterminado para a realização do interrogatório, sem prejuízo de sua ocorrência a qualquer momento da relação processual, mas desde que não transitada em julgado a sentença ou acórdão correspondente.

Destarte, nos procedimentos comuns ordinário¹⁸⁹, sumário¹⁹⁰ e sumaríssimo¹⁹¹, assim como no rito especial do júri¹⁹², o interrogatório constitui o último ato processual da fase instrutória, sendo realizado, em regra, após a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa.

Já nos ritos previstos na Lei nº 11.343/2006¹⁹³, no Decreto-Lei nº 1.002/1969¹⁹⁴, na Lei nº 8.038/1990¹⁹⁵ e na Lei nº 4.737/1965¹⁹⁶, o interrogatório é realizado ao início da instrução processual, logo após a citação do acusado e antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa.

Não obstante, é importante ressaltar que o interrogatório pode ser renovado a todo tempo, por vontade do juiz, de ofício, ou a requerimento fundamentado de quaisquer das partes.¹⁹⁷ Ele (o interrogatório) também pode ser realizado a qualquer momento, quando

¹⁸⁹ O art. 400, parte final, do CPP prevê a realização do interrogatório ao final da audiência una de instrução, debates e julgamento, após eventuais esclarecimentos periciais, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas e antes da apresentação, pelas partes, dos requerimentos de diligências motivadas na instrução.

¹⁹⁰ O art. 531, parte final, do CPP prevê a realização do interrogatório ao final da audiência una de instrução, debates e julgamento, após eventuais esclarecimentos periciais, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas e antes dos debates (alegações finais orais).

¹⁹¹ O art. 81 da Lei nº 9.099/95 prevê a realização do interrogatório ao final da audiência una de instrução, debates e julgamento, após a oitiva das testemunhas de defesa e antes dos debates (alegações finais orais).

¹⁹² O art. 411 do CPP (1ª fase ou *judicium accusationis*) e o art. 474 do CPP (2ª fase ou *judicium causae*) prevêem a realização do interrogatório, o primeiro, ao final da audiência una de instrução, debates e julgamento, após eventuais esclarecimentos periciais, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas e, o segundo, ao início sessão de julgamento em plenário e após eventuais esclarecimentos periciais, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas.

¹⁹³ Seu art. 57 assim dispõe: “Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz”.

¹⁹⁴ Seu art. 302 assim dispõe: “O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas”.

¹⁹⁵ Seu art. 7º assim dispõe: “Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso”.

¹⁹⁶ Seu art. 359 assim dispõe: “Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado, ordenando a citação deste e a notificação do Ministério Público.

¹⁹⁷ Nesse sentido, é o que dispõe o art. 196 do CPP. Em 2ª instância, a realização de novo interrogatório trata-se de faculdade do órgão colegiado, consoante art. 616 do CPP.

não se realizou no momento legalmente previsto em razão da ausência do réu ou do querelado¹⁹⁸.

De qualquer modo, o interrogatório, em sua concepção original, era apenas meio de prova e, o acusado, era visto como seu objeto. O réu era obrigado a comparecer ao citado ato processual, sob pena de condução coercitiva. Seu silêncio era interpretado em seu prejuízo e apenas o juiz podia fazer-lhe perguntas, cabendo a advogado apenas acompanhar o interrogatório e fiscalizar se o quanto registrado pelo escrivão correspondia ao que foi dito por seu cliente.

Segundo a corrente doutrinária dominante, o ato processual do interrogatório constitui direito subjetivo do acusado, o qual decorre do princípio constitucional da ampla defesa, eis que é por meio dele (do interrogatório) que este (o acusado) exerce seu direito de audiência pessoal com o juiz, para apresentar sua versão pessoal dos fatos (autodefesa) e indicar provas, para permanecer calado (direito ao silêncio) e/ou para confessar a totalidade ou apenas parte dos fatos que lhe foram imputados pela acusação (confissão).

A ampla defesa também lhe (ao réu) oportuniza o direito de estar presente em todos os atos processuais, para que também possa contraditar as provas produzidas contra si, participar da produção destas e produzir outras em contraposição às (provas) que lhe forem contrárias.

Ocorre que esse direito não constitui obrigação ao réu, que pode não querer ser interrogado. Nesse caso, entende Nucci (2008, p. 423) que a condução coercitiva do réu somente deve ocorrer caso o juiz tiver alguma dúvida quanto à identidade civil do acusado. Caso contrário, não se justifica, em um contexto de relações processuais penais permeadas por direitos e garantias individuais de índole constitucional, o emprego de coerção para forçar o comparecimento do acusado à presença do juiz, o qual tem, pois, o direito de permanecer calado.

O interrogatório do réu presente constitui ato processual obrigatório, é dividido em duas partes, nos termos do disposto no artigo 187 do Código de Processo Penal¹⁹⁹

¹⁹⁸ Nesse sentido, é o que dispõe o art. 185, *caput*, do CPP.

¹⁹⁹ CPP, art. 187: “O interrogatório será constituído de duas partes, sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§1º. Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente, se foi preso ou processado

e sua ausência pode gerar a nulidade absoluta do feito, tal como previsto no artigo 564, inciso III, alínea “e”, do Código de Processo Penal²⁰⁰.

Na primeira parte, o réu ou querelado é inquirido sobre aspectos ligados à sua pessoa, tais como local de residência, meios de vida, profissão e local onde a exerce, oportunidades sociais, vida pregressa, se já foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Já, na segunda (parte), o acusado ou querelado é inquirido sobre o fato criminoso, sendo então questionado se é verídica a imputação, ainda que parcialmente e, em sendo falsa, se ela é atribuível a terceiros; se teve contato com os autores ou partícipes; onde estava ao tempo dos fatos e se tomou conhecimento destes; se conhece as provas já apuradas; se conhece as vítimas e testemunhas e, em caso positivo, desde quando, onde e por qual motivo, bem como se tem algo a dizer em relação a elas; se conhece o instrumento utilizado na prática delitiva ou qualquer outro objeto que com ele se relacione e se algo mais a dizer em sua defesa.

Em regra, o interrogatório do acusado preso é realizado em sala própria do estabelecimento prisional em que se encontra recolhido, uma vez garantidas a segurança do magistrado, do membro do Ministério Público e dos auxiliares, e asseguradas a presença do defensor e a publicidade do ato (CPP, art. 185, § 1º).

alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º. Na segunda parte será perguntado sobre:

I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV – as provas já apuradas;

V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII – todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII – se tem algo mais a alegar em sua defesa”.

²⁰⁰ CPP, art. 564: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa.

Todavia, o interrogatório, em caráter excepcional, poderá ser realizado por videoconferência ou outro recurso congênere, após decisão fundamentada do juiz ou em atendimento à requerimento das partes, desde que a medida seja para prevenir risco à segurança pública, quando haja fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que possa fugir durante seu deslocamento; destine-se a viabilizar a participação de acusado com dificuldade para comparecer em juízo em razão de enfermidade ou outra circunstância pessoal; impessa a influência do réu no ânimo de testemunha ou vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, ou como resposta a gravíssima questão de ordem pública (CPP, art. 185, § 2º, I a IV).

Se o réu estiver solto, seu interrogatório é realizado na sala do juízo criminal competente no fórum (Justiças Estadual e Eleitoral), na seção ou subseção judiciária federal (Justiça Federal), na auditoria militar (Justiça Militar da União) ou na sala de julgamentos da turma, câmara ou órgão especial do Tribunal competente (STF, STJ, TRFs, TREs, TJs e TJMs), em caso de crime de competência originária de tribunais.

Antes do mencionado ato processual, o magistrado deve assegurar ao acusado o direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor e, em caso deste (do interrogatório) ser realizado por videoconferência, também deve lhe (ao réu) assegurar o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso (CPP, art. 185, § 5º).

O acusado, depois de qualificado e cientificado da acusação, deve ser informado pelo juiz de seu direito de permanecer calado, sem que seu silêncio importe em confissão ou lhe traga qualquer prejuízo processual (CPP, art. 186, *caput* e seu parágrafo único).

Caso haja mais de um acusado, o interrogatório de cada um será realizado de forma separada, de forma que um não participe do interrogatório do outro (CPP, art. 191).

Ademais, se o réu for surdo, as perguntas lhe serão apresentadas por escrito, para que responda oralmente. Se ele (o réu) for mudo, as perguntas são feitas oralmente, mas as respostas serão feitas por escrito. Já se o acusado for surdo-mudo, tanto as perguntas, quanto as respostas, serão feitas por escrito (CPP, art. 192, I a III).

Capítulo 3 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI 11.343/06

3.1 CONCEPÇÕES, CARACTERÍSTICAS E GENERALIDADES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A palavra Constituição possui vários significados. Logo, seu conceito varia de acordo com o objeto de estudo, a cultura do intérprete ou mesmo a classificação adotada. “Assim, analisada a Constituição tendo em vista as normas nela contidas, é ela a particular maneira de ser do Estado”²⁰¹.

Em sentido lato, a palavra Constituição²⁰² significa “ato ou efeito de constituir; modo por que se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas, organização; compleição”²⁰³. Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 261) lembra que o termo Constituição provém do “verbo latino *constituere*, significando estabelecer definitivamente”.

Citando Pablo Lucas Verdú, o citado autor informa que “a expressão latina *rem publicam constituere* denota idéia semelhante à divulgada nos Estados Unidos e na Europa do século XVIII, qual seja, ato de instituir um Estado, que se apóia num estatuto jurídico fundamental” (CARVALHO, 2008, p. 261).

Juridicamente falando, Alexandre de Moraes (2002, p. 36) a conceitua como “a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos”.

²⁰¹ Conforme Ari Ferreira de Queiroz (1996, p. 61).

²⁰² Consoante Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 261), a Constituição só passou a ser compreendida como a lei fundamental do Estado e resultado da vontade criadora do povo a partir da Independência das 13 colônias inglesas na América (1776) e da Revolução Francesa de 1789.

²⁰³ Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 261).

Já o eminente José Afonso da Silva (2009, p. 37-38) diz ser a Constituição “a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação”.

A Constituição é, pois, a lei maior e primordial de um Estado²⁰⁴. É ela que vai disciplinar a estrutura do Estado - divisão, composição e funcionamento de seus poderes-deveres, forma de estado, forma de governo, sistema ou regime de governo e o modo de aquisição do poder e seu exercício (regime político) -; seus fundamentos e escopos políticoeconômico e sociais; os direitos e garantias fundamentais; suas fontes de recursos, notadamente, os de ordem tributária e respectiva repartição, quando existentes unidades federativas; as limitações ao poder tributante e o sistema de controle de um poder pelo outro, denominado de freios e contrapesos²⁰⁵.

Na precisa lição de José Eduardo Santana (1998, p. 17), a Constituição, em sentido substancial, é “o conjunto de normas e princípios que estruturam o Estado, organizam a divisão do poder político, impondo-lhe limites e traçando o modo de sua aquisição e exercício e, ainda, definem competências”, ou ainda, “o conjunto de preceitos imperativos fixadores de deveres e direitos e distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época” (TEMER, 2006, p. 19).

Independentemente de seu conceito, forçoso é reconhecer que “todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado” (SILVA, 2009, p. 37), sendo a Constituição o arcabouço normativo que ordena os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2009, p. 38).

O termo Constituição apresenta vários significados e longe está de obter univocidade doutrinária, merecendo destaque seus sentidos sociológico, político e jurídico (frutos de intercâmbio estabelecido entre o Direito Constitucional e a Política, a Filosofia e a Sociologia), além do material e do formal.

Em sua concepção sociológica ou realista, a constituição é compreendida como “resultado da realidade social do País, das forças sociais que imperam na sociedade em determinada conjuntura histórica” (PAULO e ALEXANDRINO, 2009, p 6), de modo que seu objetivo seria disciplinar os princípios e regras reguladores desses valores sociais, em forma

²⁰⁴ Segundo Michel Temer (2006, p. 17), o Estado “consiste na incidência de determinada ordenação jurídica, ou seja, de determinado conjunto de preceitos sobre determinadas pessoas que estão em certo território”.

²⁰⁵ Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 37-38).

escrita, cuja capacidade de produzir o efeito desejado estaria diretamente relacionada à sua correspondência com os valores presentes na sociedade.

Nessa perspectiva, a Constituição não deve ser compreendida como norma jurídica positivada, mas, antes, como um fato social e reflexo do conjunto das forças sociais vigentes em determinadas sociedade e época.

Ferdinand Lassale, um dos mais expressivos expoentes dessa acepção, citado por Pedro Lenza (2015, p. 137-138), defendeu que “uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples folha de papel”.

Infere-se, pois, de seu ensinamento que o texto constitucional, somente deixa de ser uma folha de papel qualquer, quando reflete o somatório dos fatores reais de poder que atuam em certo país.

A fim de melhor explicar o pensamento Lassaliano, cumpre citar o seguinte trecho da obra dos autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 6):

Representante típico da visão sociológica de Constituição foi Ferdinand Lassale, segundo o qual a Constituição de um país é, sem essência, a soma dos fatores reais de poder que nele atuam, vale dizer, as forças reais que atuam, política e legitimamente, para conservar as instituições jurídicas vigentes. Dentre essas forças, ele destacava a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e, com específicas conotações, a pequena burguesia e a classe operária.

Segundo Lassale, convivem em um país, paralelamente, duas Constituições: uma Constituição real, efetiva, que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem esse País, e uma Constituição escrita, por ele denominada de “folha de papel”. Esta, a Constituição escrita (“folha de papel”), só teria validade se correspondesse à Constituição real, isto é, se tivesse suas raízes nos fatores reais de poder. Em caso de conflito entre a Constituição real (soma dos fatores reais de poder) e a Constituição escrita (“folha de papel”), esta sempre sucumbiria àquela.

Além de Lassale, Maurice Hauriou também pode ser citado como integrante dessa vertente ideológica, para quem a Constituição pode ser concebida como “o conjunto de regras relativas ao Governo e à vida da comunidade estatal, encaradas sob o ponto de vista fundamental de sua existência” (CARVALHO, 2008, p. 263-264).

A Constituição, em seu sentido político e na ótica de Carl Schmitt, “é a decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, fazendo distinção entre constituição e leis constitucionais”²⁰⁶.

Nessa perspectiva, a Constituição “encontra seu fundamento de validade, extrai o seu ser, de uma decisão política que a antecede. Não da forma jurídica” (TEMER, 2006, p. 20).

Com efeito, ao defender que a substância da constituição está no conjunto de decisões políticas essenciais do poder constituinte, reflexo da realidade do povo, Schmitt²⁰⁷, citado por Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 53-54), distingue quatro conceitos básicos de constituição assim elencados:

O conceito absoluto (a Constituição como um todo unitário), o conceito relativo (a Constituição como uma pluralidade de leis particulares), o conceito positivo (a Constituição como decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política) e o conceito ideal (a Constituição assim chamada em sentido distintivo e com certo conteúdo).

“Para Schmitt, a validade de uma Constituição não se apóia na justiça de suas normas, mas na decisão política que lhe dá existência” (PAULO e ALEXANDRINO, 2009, p. 7).

Portanto, como resultado do trabalho do Poder Constituinte Originário, dotado de poder e legitimidade popular para estabelecer uma nova ordem políticoconstitucional, a nova Constituição representa a conseqüência da vontade política de um povo, detentor do poder, ainda que manifestada indiretamente, por meio de representantes eleitos, acerca da forma e do modo de existência política de um Estado.

Dessa forma, Carl Schmitt estabeleceu uma distinção entre Constituição e leis constitucionais. “Aquela, só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática, etc.); as leis constitucionais são os demais

²⁰⁶ Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 38).

²⁰⁷ De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 53), a Teoria da Constituição, formulada por Carl Schmitt e centrada em categorias nominalistas, serviu de suporte dogmático para a Teoria do Direito e do Estado Nacional-Socialista, de Adolf Rither (Alemanha) e Benito Mussolini (Itália).

dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental”²⁰⁸.

Em seu sentido jurídico e sob a inspiração do austríaco Hans Kelsen, a Constituição é entendida como norma jurídica pura (caráter estritamente formal), integrante do mundo do dever-ser e, como tal, objeto da vontade racional do ser humano, que funciona como paradigma de validade de todas as demais normas de um Estado, fazendo-se desnecessárias considerações de ordem sociológica, política ou filosófica²⁰⁹.

Para Kelsen, a ordem de uma autoridade integra o mundo do dever-ser ou das criações humanas e só será juridicamente válida se puder ser fundamentada em outra norma jurídica. Nessa ótica, o ordenamento jurídico não seria composto por normas situadas no mesmo plano, mas, sim, por normas hierarquizadas, encontrando o ato dotado de sentido subjetivo seu fundamento de validade na norma superior²¹⁰.

Assim, as normas jurídicas seriam escalonadas, servindo a norma superior de fundamento de validade e eficácia da norma inferior e assim sucessivamente, em uma verticalidade hierárquica, até se atingir a Constituição, que constitui o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, ou seja, o ápice das normas positivadas (desejadas)²¹¹.

A fundamentar a Constituição, ter-se-ia, por fim, a chamada norma fundamental (*grundnorm*), que estaria situada no plano lógico (ato de pensamento, pressuposta) e cujo comando nos imporia a obrigação de nos comportarmos conforme a Constituição efetivamente posta prescreve.

Desse modo, a Constituição, em sentido jurídicospositivo, “representa o escalão do Direito positivo mais elevado” (CARVALHO, 2008, p. 264), sendo que “a validade de uma norma jurídica positivada é completamente independente de sua aceitação pelo sistema de valores sociais vigentes em uma determinada comunidade, tampouco guarda relação com a ordem moral” (PAULO e ALEXANDRINO, 2009, p. 7), bastando sua adequação ao conteúdo de uma norma superior.

Na abalizada lição de José Afonso da Silva (2009, p. 39), Hans Kelsen utiliza a expressão Constituição em sentido lógicojurídico e em sentido jurídicospositivo.

²⁰⁸ Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 38).

²⁰⁹ De acordo com Michel Temer (2006, p. 20-21).

²¹⁰ Segundo Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 52).

²¹¹ Consoante Pedro Lenza (2015, p. 140-141).

Naquele (lógicojurídico), “a constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição juridicopositiva”, enquanto que, neste (jurídico positivo), é o conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau”.

A Constituição pode ainda ser compreendida em sentidos material e formal, a partir da evolução da concepção política de Constituição então desenvolvida pelo jurista alemão Carl Schmitt. Em sua acepção material ou substancial, a Constituição “é o conjunto de normas cujo conteúdo seja considerado propriamente constitucional, isto é, essencial à estruturação do Estado, à regulação do exercício do poder e ao reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos” (PAULO e ALEXANDRINO, 2009, p. 9-10).

Nesse caso, é o conteúdo da norma que vai determinar seu sentido e não a natureza da espécie normativa em que se encontra inserida ou mesmo seu lugar na hierarquia, de modo que é possível a existência de normas constitucionais de natureza material, ou seja, de normas materialmente constitucionais inseridas em leis ordinárias ou até em decretos.

Já em seu sentido formal ou adjetivo, ela (a Constituição) seria integrada por normas que não cuidam da estruturação do Estado, mas que versam sobre outros temas caros ao legislador constituinte e que foram inseridos no texto constitucional tão somente em decorrência das dificuldades existentes para sua eventual alteração²¹².

Acerca das distintas partes que a compõem, Ari Ferreira de Queiroz (1996, p. 67) aponta cinco elementos constitutivos da Constituição, nominados de orgânicos, limitativos, sócio-ideológicos, de estabilização constitucional e formais de aplicabilidade, assim entendidos:

- a) **elementos orgânicos:** normas sobre organização do Estado e dos Poderes, bem como forças armadas e segurança pública;
- b) **elementos limitativos:** normas sobre direitos e garantias fundamentais, menos os sociais. Diz-se elemento limitativo porque se caracteriza por um *non facere* ao Estado, isto é, limita o Estado quanto aos direitos fundamentais das pessoas;
- c) **elementos sócio-ideológicos:** normas que estabelecem um compromisso entre Estado e sociedade, como os direitos sociais, a ordem econômica e financeira e a ordem social;
- d) **elementos de estabilização constitucional:** são as normas destinadas a assegurar a própria supremacia da Constituição e do Estado como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, meios de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio;

²¹² Conforme Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 266).

e) **elementos formais de aplicabilidade:** normas que estabelecem regras de aplicabilidade como o preâmbulo, as disposições transitórias e outras.

Ao longo de sua história e considerado ainda o período imperial, o Brasil elaborou 8 (oito) Constituições Federais, a saber: Carta Constitucional de 1824, Constituição Federal Republicana de 1891, Constituição Federal de 1934, Carta Constitucional de 1937, Constituição Federal de 1946, Carta Constitucional de 1967, Emenda Constitucional nº 01, de 1969 e a Constituição Federal Cidadã de 1988²¹³.

Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 40), a Constituição Federal de 1988 é classificada²¹⁴ como “formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida e analítica”. Ela é formal por conter normas que cuidam da estruturação do Estado, mas também de outros assuntos igualmente importantes para o povo, como greve, partidos políticos, administração pública, educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, meio ambiente, família, direitos sociais do trabalhador, igualdade entre os filhos e índios.

A Lei Fundamental de 1988 é também escrita, eis que suas regras estão codificadas expressamente em documento único, ou seja, de modo não verbal.

Ela é legal em razão de seu processo de elaboração e seu conteúdo obedecerem ao previsto na própria Constituição, considerando como lei em sentido amplo.

A Magna Carta de 1988 é dogmática, porquanto foi elaborada e sistematizada por uma Assembléia Constituinte, a partir de princípios e ideologias dominantes na época de sua elaboração.

Ela é democrática ou popular, uma vez que o povo participou de sua elaboração por meio de representantes eleitos democraticamente (deputados federais e senadores), que se reuniram em Assembléia Nacional Constituinte e ainda rígida, posto que o

²¹³ Conforme Ramon Tácio de Oliveira (2000, p. 34-35), coube a José Sarney, na qualidade de sucessor de Tancredo Neves, eleito Presidente da República, de forma indireta (Congresso Nacional), em janeiro de 1985, propor a Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, convocando uma Assembléia Nacional Constituinte para a elaboração de uma nova constituição, a qual foi integrada pelos próprios senadores e deputados federais da época, eleitos, respectivamente, em 1982 e 1984. Dita Assembléia foi dividida em nove comissões - oito temáticas e uma de sistematização – sendo que as temáticas eram divididas em subcomissões, cada qual responsável por um assunto. Durante os trabalhos constituintes, os diversos setores sociais fizeram-se presentes nos debates, seja pela prática de *lobby*, seja pela imprensa ou mesmo através de emendas populares, que atingiram o número de 120, atingindo 12 milhões e 200 mil assinaturas. Além disso, as posições políticas foram organizando-se em blocos de parlamentares (esquerda, direita, centro, etc.), tendo o trabalho, após a devida conclusão, sido remetido à Comissão de Redação, presidida por Ulisses Guimarães e assessorada por José Afonso da Silva e Celso Cunha, que foi promulgada em 05.10.1988.

²¹⁴ Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 32) classificam a CF/88 como escrita, democrática, dogmática, eclética, rígida, formal, analítica, dirigente, normativa, codificada, social e expansiva.

processo legislativo de alteração de suas normas é mais solene e exigente do que o previsto para a elaboração das demais espécies normativas.

Por fim, ela é ainda analítica ou dirigente, visto que, além de tratar dos fundamentos, objetivos, princípios, direitos e garantias fundamentais, estruturação e limitações ao poder de tributar do Estado, ainda regulam outros assuntos entendidos como relevantes pelo legislador, tais como partidos políticos, educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, meio ambiente, família e índios.

Além das supracitadas características, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 32) acrescentam, ainda, a normatividade, a socialidade e a expansividade.

A normatividade decorre de sua capacidade de controlar e regular a vida política do Estado, uma vez que encontra-se em plena consonância com a realidade social.

Seu caráter social provém da explícita tutela a diversos valores sociais, como os direitos trabalhistas assegurados aos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos; o direito à educação e à saúde de qualidade, o direito à moradia, ao esporte, ao lazer e à cultura; ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à aposentadoria e a proteção à velhice.

Já a expansividade pode ser encarada sob dois aspectos: passou a tratar de novos temas não previstos nas Constituições anteriores e ampliou o tratamento de temas que já constavam em Constituições pretéritas.

Apesar da desfiguração que vem sofrendo desde sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 apresentou enormes avanços em relação aos fundamentos, princípios e objetivos do Estado Brasileiro; ao incremento dos direitos e garantias fundamentais, assim como das limitações ao poder tributante; ao fortalecimento do papel do Ministério Público como guardião da ordem jurídica e do regime democrático, além da previsão de políticas públicas afirmativas efetivas, além de alterações na orientação da ordem econômica, que passou a ter um cunho mais social.

Aliás, os avanços da Constituição federal vigente foram muito bem sintetizados por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 30) no seguinte trecho de sua obra:

A Constituição de 1988 pretendeu dar ao Brasil a feição de uma social-democracia, de criar um verdadeiro Estado Democrático-Social de Direito, com a previsão de uma imensa quantidade de obrigações para o Estado, traduzidas em prestações

positivas, passíveis, em tese, de serem exigidas pela população em geral, muitas como verdadeiros direitos subjetivos. Essa a razão da Carta de 1988 ter recebido o epíteto de “Constituição Cidadã”.

3.2 INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e, algumas delas, também, eficácia social²¹⁵, diferenciando-se, outrossim, em sua amplitude. Consoante doutrina de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 57), “o Constitucionalismo moderno refuta a idéia da existência de normas constitucionais desprovidas de eficácia”, embora se admita diferença de eficácia entre elas, seja em relação ao grau, seja no que diz respeito à sua aplicabilidade.

A eficácia social decorre da capacidade de uma norma vigente e, portanto, apta a produzir os efeitos jurídicos que dela se espera, efetivamente incidir e regular casos concretos.

Já a eficácia jurídica “significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam” (TEMER, 2006, p. 25).

Essa alteração decorre da normatividade que lhes foi dada pelo legislador constituinte e levou os constitucionalistas a criarem diferentes propostas de classificação dessas normas.

A partir da doutrina americana, Rui Barbosa, citado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 57), enquadrava as normas constitucionais em autoexecutáveis e não autoexecutáveis.

Aquelas (autoexecutáveis), também denominadas de *self executing*, *self enforcing* ou *self acting*, contém todos os elementos necessários à produção de seus efeitos, de modo que passam a produzi-los tão logo a Constituição entra em vigor.

Lado outro, as normas não autoexecutáveis, também denominadas de *not self executing*, *not self enforcing provisions* ou *not self acting*, são aquelas que encerram

²¹⁵ Conforme Michel Temer (2006, p. 25).

princípios e somente têm eficácia após a edição de legislação posterior à sua entrada em vigor.

Por sua vez, José Afonso da Silva (1982, p. 89-91) classificou as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena ou aplicabilidade direta, imediata e integral “são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte quis regular”.

Por sua vez, consideram-se normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva aquelas nas quais “o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer”.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada ou de aplicabilidade mediata, reduzida ou diferida são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade”.

Estas (normas constitucionais de eficácia limitada) subdividem-se em declaratórias de princípios institucionais ou organizativos e em declaratórias de princípios programáticos. Aquelas, “contém esquemas gerais (iniciais) de estruturação das instituições, órgãos ou entidades”, enquanto, estas, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais (LENZA, 2015, p. 383).

Já Maria Helena Diniz (1992, p. 98-103) classificou as normas constitucionais, a partir de sua capacidade de produzir efeitos jurídicos concretos, em normas com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa dependente de complementação legislativa ou complementável.

As normas constitucionais de eficácia absoluta ou supereficazes são intangíveis, ou seja, não podem sofrer alteração por meio de emendas constitucionais, motivo pelo qual são dotadas de força paralisante total das leis infraconstitucionais que vierem a ofendê-las, de forma direta ou indiretamente.

Já as normas constitucionais de eficácia plena, diferem-se das normas supra, pelo fato de serem mutáveis através de emendas constitucionais. No mais, ambas são dotadas

de plena eficácia, eis que contém todos os elementos indispensáveis à produção dos efeitos jurídicos que dela se espera e, portanto, independem de regulamentação infraconstitucional para fazer valer o comando que nelas se contém.

As normas constitucionais de eficácia relativa restringível, tal como as normas de eficácia contida de José Afonso da Silva, têm aplicação imediata, embora sua capacidade de produzir efeitos jurídicos possa ser restringida nos casos e na forma que a lei dispuser.

Por fim, as normas constitucionais com eficácia relativa dependentes de complementação legislativa são aquelas que somente produzem efeitos jurídicos a partir de sua regulamentação por norma posterior, geralmente de natureza infraconstitucional.

Por outro lado, tão importante quanto à eficácia, é a correta interpretação das normas de Direito. Interpretar um enunciado normativo é buscar seu sentido, alcance e significado. “Interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional”²¹⁶, tarefa essa que deve ser exercida por todos os Poderes da República (Judiciário, Legislativo e Executivo).

Segundo Eros Grau (2003a, p. 780), “a interpretação é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo”. Destarte, o significado atribuído ao texto, enunciado, preceito ou disposição constitui-se, assim, no produto da atividade hermenêutica.

Em várias situações concretas, ocorrem antinomias entre direitos e bens protegidos pelo texto constitucional (dignidade da pessoa humana, salário, saúde, educação, segurança, integridade corporal, lazer, moradia, alimentação, vestuário, previdência social, assistência social, meio ambiente, família, idosos, índios, esporte, turismo, ciência e tecnologia, controle orçamentário, responsabilidade fiscal, defesa nacional, etc.), fazendo-se mister a aplicação de regras de hermenêutica constitucional para auxiliar o exegeta.

Acerca das citadas regras, José Joaquim Gomes Canotilho, citado por Alexandre de Moraes (2002, p. 44), aponta as seguintes regras (ou princípios) interpretativas das normas constitucionais:

²¹⁶ Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 65).

- *da unidade da constituição*: a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradição;
- *do efeito integrador*: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- *da máxima efetividade ou da eficiência*: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- *da justiça ou da conformidade funcional*: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- *da concordância prática ou da harmonização*: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;
- *da força normativa da constituição*: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

Além destes, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 72-73), assim como Alexandre de Moraes (2002, p. 45-47), citam ainda o princípio da interpretação conforme a Constituição, “que impõe, no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas (que admitem mais de uma interpretação), dê-se preferência à interpretação que lhes compatibilize o sentido com o conteúdo da Constituição”.

Dessa maneira e como corolário lógico do citado princípio hermenêutico, em havendo mais de uma possibilidade de interpretação, deve ser adotada a que esteja em conformidade com o texto constitucional, sem se esquecer que a regra determina a conservação da validade da lei e não sua declaração de inconstitucionalidade.

Essa modalidade de regra interpretativa pode dar-se com ou sem redução do texto, sendo que, neste caso, é possível lhe dar uma interpretação que lhe preserve a constitucionalidade ou afastar a interpretação que seja compatível com o texto constitucional.

Acerca dessas modalidades de interpretação conforme a Constituição, cumpre trazer à lume a luzidia doutrina de Alexandre de Moraes (2002, p. 46-47):

* *interpretação conforme com redução do texto*: essa primeira hipótese ocorrerá quando for possível, em virtude da redação do texto impugnado, declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando, à partir dessa exclusão de texto, uma interpretação compatível com a Constituição Federal. Assim, na Adin nº 1.127-8, o STF, liminarmente, suspendeu a eficácia da expressão ou desacato contida no art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), concedendo à imunidade material dos advogados uma interpretação conforme o art. 133 da Constituição Federal;

** interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade:* nessas hipóteses, salienta o Pretório Excelso, “quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme a Constituição”. O STF julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade “para declarar-se inconstitucional a expressão contida no art. 276, § 2º, da Lei nº 10.098 do Estado do RS, bem como declarar-se que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no art. 37, II, da parte permanente da CF; ou referido no § 1º, art. 19 da ADCT;

** interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade:* nesses casos, o STF excluirá da norma impugnada determinada interpretação incompatível com a Constituição Federal, ou seja, será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-a à Carta Magna. Nesse sentido, o STF, “por votação unânime, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para, sem redução de texto e dando interpretação conforme a Constituição, excluir com eficácia *ex tunc*, da norma constante do art. 90 da Lei nº 9.099/95, o sentido que impeça a aplicação de normas de direito penal, com conteúdo mais favorável ao réu, aos processos penais com instrução iniciada à época da vigência desse diploma legislativo. Assim, “a interpretação conforme é plenamente aceita e utilizada pelo STF, no sentido de dar ao texto do ato normativo impugnado compatibilidade com a Constituição Federal, mesmo se necessário for a redução de seu alcance”. Nesse sentido, “o Tribunal, por votação majoritária, indeferiu o pedido de medida cautelar, para em interpretação conforme a Constituição e sem redução de texto, afastar qualquer exegese que inclua, no âmbito de compreensão da Lei Complementar nº 87, de 13-09-96, a prestação de serviços de navegação ou de transporte aéreo”.

Sem embargo do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), e pelos demais órgãos e juízes do Poder Judiciário brasileiro, via controle difuso de constitucionalidade, alerta Peter Häberle (2002, p. 11-18) que esse trabalho interpretativo não deve ficar circunscrito ao círculo judicial, fazendo-se indispensável que o povo, verdadeiro titular do poder (CF/88, art. 1º, parágrafo único), e principal afetado pelas desastrosas consequências da indevida aplicação e interpretação das normas constitucionais, realize, por si mesmo, uma interpretação pluralista e democrática do texto constitucional.

3.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO E VÉRTICE HERMENÊUTICO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A República Federativa do Brasil, em sua Lei Fundamental de 1988,

constituiu-se, de forma expressa, em Estado Democrático de Direito, que reconhece a existência de 3 (três) distintas dimensões de Direitos Fundamentais, então reconhecidas por Paulo Bonavides (2004, p. 562-564) como gerações, a saber: 1ª Geração, representada pelos direitos de ordem civil e política; 2ª Geração, integrada pelos direitos de ordem social e econômica, e 3ª Geração, formada pelos direitos de solidariedade e fraternidade, de conteúdo pós-material e titularidade difusa, donde citam-se, como exemplos, o direito a paz, a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, a uma existência digna, a integridade do patrimônio comum da humanidade, etc.

Em decorrência do surgimento e da difusão da 3ª Dimensão dos Direitos Fundamentais, o legislador constituinte originário positivou princípios de essência originalmente ética, destacando-se os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Cidadania, insertos no pórtico da Constituição da República de 1988, em seu art. 1º, incisos II e III, os quais constituem, juntamente com os direitos fundamentais, “a essência do Estado Constitucional”, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet (2007a, p. 69-70).

Em um Estado que se arvora democrático de Direito, tanto a “autonomia pública”, entendida como soberania popular, quanto a “autonomia privada”, representada pelos direitos fundamentais, devem ser assegurados e incentivados pelo próprio Estado, através de um processo democrático de participação dos sujeitos e destinatários dos interesses em discussão, então interligados por meio de um discurso comunicativo, segundo dicção de Habermas (2002, p. 296-299), não se podendo permitir a anteposição de interesses privados de caráter eminentemente patrimonial, consubstanciado na interrupção do fornecimento de serviços públicos essenciais por motivo de inadimplência do usuário-pessoa física.

Segundo a cátedra de Sarlet (2007b, p. 27), a dignidade da pessoa humana constitui-se em permanente meta da humanidade, visto que constitui “qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano”, sendo certo que “a destruição de um implicará a destruição do outro”.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, preocupada com a concretização da justiça social, somente legitima a atividade pública ou privada, quando exercidas em observância aos fundamentos e objetivos da República Federativa Brasileira, constituindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana o vértice fundamental de todo o arcabouço jurídico pátrio, ante o qual todas as demais normas devem se curvar, sob pena de inaplicabilidade.

Como bem apontam Barroso e Soares (2006, p. 1), acerca dessa vinculação das leis e atos estatais à Lei Fundamental, *verbis*:

Desde o advento do Estado de Direito, construído pelas revoluções burguesas e entronizado pela dogmática alemã, compreende-se que a legislação infraconstitucional deve estar adequada à ordem constitucional vigente em determinado país.

O paradigma Estado Democrático de Direito, esposado na Constituição Federal de 1988, tendo como arcabouços uma sociedade inclusiva e mecanismos institucionais para a emancipação do cidadão, pressupõe a vinculação dos atos estatais e do legislador ao texto constitucional.

Destarte, conclui-se que a tutela da dignidade da pessoa humana implica na manutenção e perenização da própria raça humana, isto é, do povo brasileiro, legítimo detentor do poder na República Federativa do Brasil que, por ato volitivo, resolveu transformar mencionada tutela no ponto vital da Lei Maior; não se podendo tolerar, nem dos particulares, nem dos próprios governantes, qualquer medida atentatória à sua dignidade, principalmente, quando atrelada à prestação de serviço público essencial, assim reconhecido pelo Estado, que é seu único e definitivo titular.

Nesse diapasão, mais uma vez, merecem ser citadas as palavras de Barroso e Soares (2006, p. 05-06), *verbis*:

[...] A pessoa humana, na dicção constitucional, é valorada mediante o espectro antropocêntrico que permeia a Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, no qual é posta no vértice do prisma da hierarquia das normas jurídicas, juntamente com os demais princípios expostos no art. 1 mencionado, haja vista a consolidação da noção de que a justiça é o fundamento do Direito, sendo o fundamento da justiça a dignidade da pessoa humana.

1.4 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 57 DA LEI 11.343/2006 POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O ordenamento jurídico pátrio é hierarquizado, figurando a Constituição Federal de 1998 em seu ápice, como sua norma suprema e fundamental, de onde todas as demais normas legais retiram seu fundamento de validade e eficácia.

A denominada Constituição Cidadã, que teve ampla participação popular em seu processo de elaboração, positivou inúmeros direitos e garantias fundamentais, dentre as quais, as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do sistema acusatório, além do princípio-vetor da dignidade da pessoa humana.

Assim como outros institutos jurídicos, o processo penal teve vários de seus princípios inscritos no texto constitucional, a fim de lhes dar o devido realce e proteção em face de eventuais alterações legislativas inoportunas, no que se convencionou denominar de constitucionalização do processo penal²¹⁷. Como esses princípios foram inseridos na Constituição Federal de 1988 como garantias individuais fundamentais, sua observância é inafastável por parte do legislador ordinário, sob pena de ser declarada inconstitucional a norma jurídica assim editada.

A Lei de Drogas, em seu artigo 57, prevê a realização do interrogatório ao início da audiência de instrução, debates e julgamento e, por conseguinte, antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa.

Ocorre que o ato processual do interrogatório, segundo a hodierna doutrina processualista, apresenta dúplici natureza jurídica no modelo acusatório, porquanto se trata, ao mesmo tempo, de ato de instrução da ação penal, presidido e conduzido pelo juiz competente, e de ato da defesa. Como tal, é o momento adequado para o exercício da autodefesa pelo réu, que pode manifestar a sua versão pessoal sobre os fatos contidos na denúncia ou queixa-crime ou mesmo calar-se aos questionamentos feitos pelo juiz ou pelas partes.

Some-se a isso o ônus probatório afeto à acusação, no que diz respeito à cabal comprovação da prova da existência da infração penal e de quem seja seu autor ou partícipe, sendo que, por ocasião da sentença, se persistir alguma dúvida, o juiz deve absolver o réu (princípio do *in dubio pro reo*).

A realização do interrogatório, pois, ao início da audiência de instrução, debates e julgamento não se coaduna com as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

O Processo Penal, entendido como uma relação jurídica estabelecida entre três sujeitos específicos, quais sejam Autor, Estado-Juiz e Réu e que tenha por objeto a imposição de uma pena criminal ou medida de segurança ao infrator de um tipo penal, constitui o instrumento da jurisdição.

²¹⁷ Conforme Antônio Scarance Fernandes (2010, p. 19-23).

Nesse diapasão e estando disciplinado por normas infraconstitucionais, ele deve integral respeito às normas constitucionais, notadamente, àquelas que positivam princípios, direitos e garantias processuais fundamentais, tais como o contraditório, a ampla defesa e o sistema acusatório.

O problema que se vislumbra é a contínua adoção do rito previsto na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, ainda que ofensivo aos postulados do contraditório, da ampla defesa e do sistema acusatório, com a possibilidade de decretação da nulidade de todas as ações penais processadas em conformidade com o disposto no artigo 57 da Lei de Drogas.

O STF, por seu tribunal pleno e 1ª turma, vinha se manifestando pela realização do interrogatório ao final da instrução criminal, tal como previsto no art. 400 do CPP, nas ações de competência originária, regidas pela Lei 8.038/90, e no rito do CPPM, os quais têm previsão semelhante ao disposto no art. 57 da Lei nº 11.343/06.

Nesse sentido, vide as ementas dos seguintes julgados: AgR na AP nº 528/DF, do Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, Dje-109, publicado em 08.06.2011; HC nº 121.877/RJ, da 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, Dje-123, publicado em 25.06.2014.

Todavia, ao ser questionado sobre a mesma temática, porém, em relação ao previsto na Lei de Drogas, o STF, estranhamente, posicionava-se pela aplicabilidade e regularidade do disposto em seu art. 57, consoante se observa dos seguintes julgados: HC nº 125.094/MG, da 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, Dje-041, publicado em 04.03.2015 e AgR na ARE nº 823.822/ES, da 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, Dje-168, publicado em 01.09.2014.

Somente por ocasião do julgamento do HC nº 127.900/AM, pelo pleno, sendo relator o ministro Dias Toffoli, o STF alterou seu posicionamento em relação ao rito previsto na Lei de Drogas, a fim de firmar entendimento no sentido da ocorrência do interrogatório do acusado ao final da instrução criminal, de forma a melhor se adequar aos postulados do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Todavia, a inconstitucionalidade do artigo 57 da Lei nº 11.343/06 não foi reconhecida.

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, foi dado o devido realce, pelo legislador constituinte originário, aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da igualdade, da legalidade, do acesso à justiça e da justiça social, assim como aos valores vida, liberdade, segurança, fraternidade, solidariedade, dentre outros, os quais passaram a ocupar posição fundamental no ordenamento jurídico, posto que

têm, em sua Norma Fundamental - Constituição Federal -, o centro irradiador de poder e de validade de todas as demais normas legais.

Nesse sentido, “consagrou a Carta Política de 1988 (art. 1º), enquanto fundamentos do Estado Democrático de Direito, cinco princípios, de prática obrigatória, em todos os processos de escolha e tomada de decisões que lhes são concernentes” (BARROSO e SOARES, 2003, p. 52). Logo, nenhum dispositivo legal ou constitucional, nem mesmo a atividade pública ou privada, podem se afastar desses princípios, notadamente, os da dignidade da pessoa humana e da cidadania, ou melhor, é a partir deles e dos objetivos traçados em seu artigo 3º, incisos I a IV, que todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser interpretadas e aplicadas, não havendo que se negar força normativa à determinada disposição constitucional sob a alegação de se tratar de norma-princípio e não de norma-regra, sob pena de ofensa grave à Constituição Federal vigente.

Sobre essa temática, cumpre citar o pensamento dos renomados autores Barroso e Soares (2003, p. 52), *verbis*:

As posições conceituais que espelham os princípios ali constantes devem integrar-se, visando coexistirem, a fim de conferir legitimidade à República Federativa do Brasil, eis que transcendem a concepção de Estado instituído, atingindo os valores preambularmente expostos no mesmo diploma constitucional que motivaram seu reconhecimento como ‘Constituição Cidadã’. E se, por um lado, tais princípios representam os fundamentos do Estado brasileiro, por outro igualmente o serão de todo o ordenamento jurídico pátrio, seja ele constitucional ou infraconstitucional, superando o princípio da legalidade na qualidade de regra primeira da interpretação do arcabouço legislativo em vigor, atuando como fatores primordiais de validade das normas no ordenamento jurídico pátrio.

Ao se contrapor à idéia “lassalliana” de que a Constituição Federal não passa de uma folha de papel se não constituir o somatório dos fatores de poder existentes em determina sociedade e época, profetizou Konrad Hesse (1991, p. 22) que, mesmo nas hipóteses de eventual confronto entre suas próprias normas, há pressupostos realizáveis que permitem assegurar a sua força normativa. Enfim, toda norma constitucional possui validade e força normativa.

Esse é, outrossim, o entendimento de Ronald Dworkin (1999, p. 242-243) para quem os princípios, embora não se confundam com as regras, haja vista sua maior abertura em relação a estas, também possuem força cogente e capacidade de vincular os juízes em suas decisões.

Realmente, forçoso é reconhecer que a Constituição Federal de 1988 consagrou princípios e direitos com incompatibilidade ideológica, como o são o da dignidade da pessoa humana/liberdade/contraditório e ampla defesa (CF/88, arts. 1º, III e 5º, LV) e o da justiça/igualdade/direito de punir estatal (CF/88, arts. 3º, I e 5º, I), os quais, na qualidade de “comandos de otimização que ordenam que se faça algo na maior medida possível em relação às possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 1993, p. 14), devem ser ponderados e sopesados, em caso de conflito, prevalecendo, outrossim, o de peso relativamente maior, *in casu*, o da dignidade da pessoa humana e os correspectivos valores liberdade, ampla defesa e contraditório.

Entretanto, desde a concepção do Estado Social, passaram os direitos humanos fundamentais a ocupar posição de destaque no contexto nuclear das constituições federais que se sucederam, vindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a se tornar o elemento determinante da validade ou invalidade dos preceitos normativos. Com base no referido princípio, direitos fundamentais, tais como o direito à liberdade (CF/88, art. 5º, I), ao devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV), ao contraditório e a ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV) e ao sistema acusatório (CF/88, arts. 92, 127 e 134), dentre outros, foram positivados como supremos pelo Estado Democrático de Direito que tudo deve fazer para defendê-los e garanti-los.

A realização do interrogatório do réu ao início da audiência de instrução, debates e julgamento, tal como previsto no art. 57 da Lei nº 11.343/06, avilta todas essas garantias constitucionais supramencionadas, eis que subtrai do réu o direito de se manifestar ao final do procedimento e, notadamente, após o encerramento da instrução criminal. Somente após a colheita da prova testemunhal é que o réu encontra-se em plenas condições de exercer seu direito ao silêncio ou mesmo de confessar os fatos criminosos que lhe foram imputados.

A malsinada prática, embora posterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, decorre da vigência de comando normativo ainda não declarado inconstitucional pelo STF, qual seja, o art. 57 da Lei 11.343/06, que foi editado em sintonia com o disposto no CPP então vigente.

Ocorre que o art. 400 do CPP teve sua redação alterada por meio da Lei 11.719/08, que o adequou aos postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do sistema acusatório, enquanto que a redação do art. 57 da Lei de Drogas permanece a mesma.

Enfim, o art. 57 da Lei nº 11.343/06 ofende os postulados do contraditório, da ampla defesa e do sistema acusatório. Como foi editada após a vigência da Constituição Federal de 1988, é materialmente inconstitucional, eis que sua contrariedade ocorre em relação ao conteúdo da matéria versada e não em face de seu processo legislativo, que foi regular.

Destarte, impõe-se o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, como já deixou transparecer os integrantes do STF por ocasião do julgamento do HC nº 127.900/AM, que, por efeito transversal, reconheceu a impossibilidade de sua aplicação, com a incidência do disposto no art. 400 do Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

A presente monografia pretendeu discutir o momento constitucionalmente adequado da realização do interrogatório do réu no rito da Lei nº 11.343/06, cujo artigo 57 prevê sua realização ao início da audiência de instrução, debates e julgamento e, por conseguinte, antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa.

O Código de Processo Penal comum, ao disciplinar os procedimentos ordinário e sumário, previa a ocorrência daquele ato processual logo após a citação do réu e antes da audiência de instrução, debates e julgamento, ou seja, antes da oitiva das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.719, aos 20 de junho de 2008, que alterou diversos dispositivos do Estatuto Processual Penal brasileiro, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato de instrução criminal nos ritos ordinário e sumário e passou a ser realizado após a colheita da prova testemunhal, a fim de harmonizar-se com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porquanto o CPP vigente é de 1941 e sofreu forte influência do processo penal italiano, permanecendo a realização do interrogatório antes do término da instrução criminal como resquício fascista e inquisitorial do Código de Processo Penal Italiano de 1930, conhecido como Código Rocco, em homenagem ao Ministro da Justiça italiano à época, Arturo Rocco, e que serviu de inspiração ao nosso Código de Processo Penal.

A realização do interrogatório no citado momento processual impossibilita o réu de tomar conhecimento prévio de toda a prova produzida contra si e prejudica sua avaliação do eventual sucesso ou insucesso da imputação, ciente de que o ônus de provar os fatos descritos na denúncia é da acusação.

Sabe-se que o interrogatório apresenta dúplice natureza jurídica no sistema acusatório, porquanto se trata, ao mesmo tempo, de ato de instrução da ação penal, presidido e conduzido pelo juiz competente, e de ato de defesa, em que o acusado pode apresentar sua própria versão dos fatos descritos na exordial acusatória (denúncia ou queixa-crime) ou calar-se às perguntas do juiz, da acusação e até de seu advogado, sem que seu silêncio lhe traga qualquer prejuízo processual.

Ademais, o ônus probatório da imputação criminal é do Ministério Público, nos crimes sujeitos à ação penal pública, ou do ofendido, nos delitos de ação penal privada, sendo que se persistir alguma dúvida quanto à autoria ou materialidade delitivas, por ocasião da prolação da sentença definitiva, o juiz deve absolver o réu, nos termos do que prescreve o princípio do *in dubio pro reo*.

O Processo Penal, entendido como uma relação jurídica bilateral estabelecida entre três sujeitos específicos, quais sejam Autor, Estado-Juiz e Réu, e que tem por objeto a imposição de uma pena criminal ou medida de segurança ao infrator de um tipo penal, constitui o instrumento da jurisdição, ou seja, o meio de que se vale o Estado para solucionar o conflito de interesses que se estabelece entre o Direito de Punir do Estado (*Jus Puniendi* estatal) e o Direito de Liberdade do indivíduo (*Jus Libertatis individualis*), a partir do momento em que uma pessoa física ou jurídica, esta, exclusivamente em caso de crime ambiental, pratica um delito ou contravenção penal.

Nesse diapasão e estando disciplinado por normas infraconstitucionais, o processo penal brasileiro deve integral respeito à Constituição Federal vigente e às suas normas, notadamente, àquelas que disciplinam princípios, direitos e garantias individuais.

A partir do julgamento do HC nº 127.900/AM, o STJ firmou entendimento no sentido de se aplicar o disposto no art. 400 do CPP aos ritos especiais em homenagem aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica

Destarte, não há mais dúvidas de que o art. 57 da Lei nº 11.343/06 é inconstitucional, por ofender, materialmente, os citados princípios. Como a Constituição Federal é a norma suprema do ordenamento jurídico pátrio, o dispositivo legal infraconstitucional que lhe é contrário não pode prevalecer, eis que é daquela que retira seu fundamento de validade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ARANHA, Adalberto José Quadros T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Norberto. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. A dimensão dialética do novo código civil em uma perspectiva principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 01-14.

_____. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais: lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 14, p. 49-54, abr./jun. 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.343/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processual penal*. 20. ed. atual. de acordo com a Lei nº 12.736/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14 ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 17. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, nº 97, jan./mar. 1988.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaturélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6. ed., rev. e atual. Curitiba/PR: Positivo, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003b.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 8. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador/BA: Juspodvm, 2015.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processual penal*. 3. ed. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas/SP: Bookseller, 1998a. v. 1.
- _____. *Elementos de direito processual penal*. Campinas/SP: Bookseller, 1998b. v. 2.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Instituições de direito público e privado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processual penal*. 16. ed., atual. de acordo com as Leis 12.403, 12.432, 12.461, 12.483 e 12.529, todas de 2011 e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: *Jurisdição e*

hermenêutica constitucional no estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Ramon Tácio de. *Manual de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PAULO, Vicente; MARCELO, Alexandrino. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito constitucional*. 7. ed., rev., ampl. e atual. Goiânia: Jurídica, 1996.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Coord. Pedro Lenza. *Direito processual penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado)

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

SILVA, de Plácido e. 27. ed. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. Ed. ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Juspodvm, 2015.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 21. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

_____. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.