**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

A Constituição se estabelece como a principal fonte do direito brasileiro, desenhando formas e limites para formulação e aplicação das leis vigentes no país. Destarte, ela condensa os princípios e valores políticos/culturais da sociedade, copilados para o texto constituinte, estando no cume da organização das normas, fonte de direito material em que o legislador deve-se inspirar.[[1]](#footnote-1) Daniel Kessler de Oliveira nesse sentido registra a seguinte afirmativa*:*

O julgador terá a validade de suas decisões condicionada ao respeito às diretrizes constitucionais, pela impossibilidade de inobservância dos pressupostos lá insculpidos. Para isto, deve estar garantida a independência do Judiciário frente aos demais poderes, de modo que sua decisão não esteja vinculada a interesses de dominantes e, tampouco, a interesses da maioria, mas somente e sempre ao conteúdo constitucional.[[2]](#footnote-2)

Lopes Jr. assevera que ao Estado tomar para si o poder de punir, sendo a pena o principal instrumento do poder repressivo, também avoca o dever de proteger a comunidade, e nela inclui-se o próprio réu. Ao passo que cresce o poder estatal, através do monopólio da justiça, impõe-se a necessidade de uma estrutura preestabelecida chamada o Processo Penal*,* sua gene gira em torno de um terceiro imparcial, designado alheio à vontade das partes,[[3]](#footnote-3) o desinteresse no resultado é a pedra de toque da jurisdição.[[4]](#footnote-4)

Desse modo, os direitos fundamentais tornam-se a garantia de proteção do indivíduo contra os anseios das maiorias, todavia, necessitam que seu interprete (juiz) não seja corrompido pela pressão da mídia e/ou a opinião popular. O juiz deve aplicar a lei levando em conta seu contexto jurídico histórico, sem visar o objetivismo, ou seja, não pode ceder às tentações autoritárias, pautando-se pelos valores democráticos. Afinal, não se pode negar que os julgadores são influenciados por suas paixões e os aspectos psicológicos que gravitam em seu entorno, sendo exteriorizados na sentença.[[5]](#footnote-5)

Os direitos fundamentais, positivados na Constituição, desenham os limites da atuação do Estado, tanto de forma positiva como negativa, uma restrita cadeia de sistemas de proteção individual e social, apesar das constantes arbitrariedades do poder estatal, aproveitando-se da linguagem porosa utilizada na positivação dos direitos fundamentais. Importante ressaltar, as garantias fundamentais, são direitos conquistados de forma histórica, deriva da luta por liberdades contra velhos poderes, de modo constante, no seu gene está inserida a luta dos indivíduos por liberdade. O marco histórico foi a Segunda Guerra Mundial, a humanidade experimentou seu flagelo, neste contexto de perda do mínimo existencial, surge os direitos fundamentais. Nascem para garantir o mínimo de respeito que se deve possuir para com seu semelhante, na medida em que tenta conter os anseios da maioria para evitar que tais monstruosidades possam voltar a acontecer.[[6]](#footnote-6)

A Constituição Federal estabelece um contrapoder, um sistema de garantias individuais que limita o poder punitivo do estado, situação antagônica à legislação procedimental, como explica Pacelli, como segue:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF). A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.[[7]](#footnote-7)

Contudo na fase preliminar, fase policial, cabe à autoridade policial estabelecer quem goza ou não de direitos fundamentais, diante de seu modo de agir, justificado as arbitrariedades pela dinâmica e características da fase de investigação, bem como a necessidade de dar uma resposta imediata ao agir em descompasso com a Lei, restando mitigadas/postergadas as garantias constitucionais dos cidadãos nesta fase processual. A principal justificativa do Poder Público é a falta de estrutura e desintegração entre as polícias, que trabalham separadas.[[8]](#footnote-8)

Pode-se afirmar ser o processo uma garantia fundamental do indivíduo, no sentido de ação (positiva), quanto no sentido de contrapoder do Estado (negativa), devendo o julgador ser equidistante, chefiando procedimento sem apontar, deduzir, praticar qualquer ato inerente às partes, pois ele não é parte. Rosa esclarece de fora clara no apontamento que segue:

Sublinhe-se: quando o juiz se arvora *exofficio* na liberdade das partes, deixa de ser alheio, *não*-parte, *im*-parte, impartial, neutro. Quando introduz fundamento, deduz pedido, produz prova, conduz indagação, eduz confissão, induz convicção, aduz impugnação e entreduz recurso, o juiz auxilia a parte negligente. Coadjuva a parte que deixou - a tempo e modo oportunos - de introduzir o fundamento, deduzir o pedido, produzir a prova, conduzir a indagação, eduzir a confissão, induzir a convicção, aduzir a impugnação e entreduzir o recurso. Pré-exclui a preclusão. Beneficia o omisso. Desequilibra o debate. Favorece quem, tendo um ônus processual, dele não se desincumbiu a contento. Logo, sempre que o juiz se evade à *liberty*e invade uma *freedom*, ele quebra a alienidade, o alheamento, a não-partialidade. Deixa de ter impartialidade [= neutralidade *funcional*= imparcialidade *objetiva*], ainda que tenha imparcialidade [= neutralidade *psicológica* = imparcialidade *subjetiva*] (para uma distinção entre impartialidade e imparcialidade.[[9]](#footnote-9)

Acompanha à mesma linha dogmática Bitencourt, afirma que no Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, após promulgação da Constituição Federal de 1988, o Processo Penal deve seguir respeitando as garantias e princípios reconhecidos na Carta Política, tendo em vista a escolha da sociedade, protegendo os bens jurídicos ali estabelecidos e orientando o legislador ordinário na elaboração de leis respeitando os direitos e garantias ali estabelecidos.[[10]](#footnote-10)

Destarte, o constituinte originário de 88 esbanjou Princípios ao construir o devido processo legal, este leque de Princípios que devem atuar juntos, formando um modelo de garantias processuais, construído pelo texto constitucional e os demais dispositivos incorporados à legislação por meio de tratados de internacionais, que, ao serem incorporados pelo ordenamento brasileiro, passam a ser equiparados às normas constitucionais, como estípula no §2º do art. 5°, da Constituição Federal, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema.[[11]](#footnote-11)

Não se pode aplicar a legislação processual penal de modo desenfreado, é necessária um oxigenação constitucional antes de aplicar o dispositivo legal, por se tratar de direitos fundamentais.[[12]](#footnote-12)

Em países democráticos, todos os ordenamentos jurídicos possuem como ponto de partida para formulação de normas é o poder originário, dessa forma, além dos poderes impostos pelo constituinte originário, não há produção de normas. Ele traça os limites do ordenamento formando uma unidade. Assim, o poder originário é a fonte primária da produção ligiferante. Contudo, o poder originário não surge do nada, aniquilando todas às norma que ali vigiam, restam normas anteriores que continuam a gerar efeitos, mesmo que não recepcionada expressamente. A multiplicação das fontes de produção do direito emergem seguindo a continuidade de ordenamentos pré-existentes, isso gera um caos entre o novo ordenamento e o antigo, limitação externa e interna do poder soberano. [[13]](#footnote-13)

O Processo Penal Democrático deve ir ao encontro da Constituição Federal para atingir sua validade, não basta, apenas, a aplicação da legislação processual penal para se ter a garantia do devido processo legal. A norma processual deve estar banhada pelas garantias constitucionais e, somente se estiver em consonância com a lei maior, poderá ser aplicada. Assim, quando uma garantia ou etapa do procedimento for maculada, consequentemente, gera a nulidade dos demais atos para o Processo Penal estar em conformidade com as balizas democráticas do devido processo legal.

Continua o autor, outrossim, o contraditório é o elemento central do devido processo constitucional, devendo ser deduzidas pelas partes suas pretensões e analisadas pelo julgador, todos com suas funções bem delineadas, sem a possibilidade do juiz suprimir ou assumir o papel das partes.[[14]](#footnote-14)

O Estado Democrático deve observar seguir a Constituição ao traçar toda e qualquer diretriz penal, seja pela polícia, administração ou Poder Judiciário, como asseveram Zaffaroni e Piergangeli:

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação - que é a Constituição Federal - constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.[[15]](#footnote-15)

O limite do poder do punitivo estatal está no formalismo dos atos, é uma garantia do indivíduo fornecida pelo binômio limitação do poder/garantia. Consiste na limitação do exercício do poder punitivo do Estado, impondo um rígido regramento para sua efetivação, como é o caso do princípio da legalidade. Assim, todas as nulidades trabalham em favor do acusado[[16]](#footnote-16).

As garantias tutelam e legitimam o exercício do poder punitivo do Estado (o qual detém o monopólio do uso da força) por isso não existem direitos fundamentais da sociedade ou do Estado, eles são individuais, são direitos do indivíduo que lastreiam o interesse processual do acusado e formam o devido processo legal, compondo "um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição". O direito do exercício da acusação deve ser limitado e não garantido.[[17]](#footnote-17) "Sem a jurisdição, o súdito ficaria liberto da obediência, preso apenas a uma lealdade de segundo grau, indireta, convertido o poder supremo em ficção".[[18]](#footnote-18)

Destarte, o processo penal torna-se uma garantia do individuo contra o poder punitivo estatal. Assim, o magistrado deve avaliar a validade da norma a ser aplicada no caso concreto dentro das balizas da Constituição. Nenhum legislado poderá ser considerado válido se for contrário à Constituição. Os representantes do povo podem estender seus poderes, no entanto não são ilimitados, estão limitados nos termos do texto constituinte, só dessa forma, criando uma legislação processual penal embebida nesses ideais, poderá se alcançar um processo penal democrático.[[19]](#footnote-19)

Como Ferrajoli explanando acerca da legalidade em sentido estrito, quando para ser uma pena aplicada sobre o indivíduo, não basta, apenas, a conduta estar prescrita em lei, contudo, precisam ser observadas todas as garantias do processo ao indivíduo. Trata-se de uma condição de validade da pena imposta ou de legitimação da legislação vigente. Esta técnica incorpora a taxatividade da conduta penalizada.[[20]](#footnote-20)

Outrossim, a garantia constitucional do estado de inocência do indivíduo frente ao poderoso Estado, introduz a garantia da não produção de provas contra si, sendo que toda ação - que não voluntária- fere essa garantia fundamental do cidadão. A renúncia do direito ao silêncio só é permitido, pela Constituição, quando o sujeito estiver na figura de testemunha e não de imputado, caso contrário, fere o *nemo tenetur.[[21]](#footnote-21)*

Assim como Pacelli, sustenta que aplicação do Direito Penal, em especial, os procedimentos contidos no Código de Processo Penal devem ser adaptados à Constituição Federal de 88, posterior ao Código de Processo Penal, regido pela influência da ideologia dominante à época, conforme segue:

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem a dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF). Nesse ponto, vê-se a reafirmação do compromisso democrático e essencialmente protetivo dos direitos do Homem na chamada Reforma do Judiciário, veiculada pela Emenda Constitucional nº 45/04, conforme previsão do § 3º do art. 5º da CF, no sentido de serem alçadas ao nível da eficácia constitucional as normas sobre direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais, quando aprovadas por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.[[22]](#footnote-22)

A fim de contemporizar o Código de Processo Penal, concebido em 1941, sob a influência fascista e totalitária, que buscava a reprimenda da criminalidade com um maior positivismo do Estado, aproximando com a dinâmica dos dias atuais, vencendo a influência política que pregava um maior poder Estatal em detrimento das garantias e direitos individuais. É possível afirmar que o formalismo do procedimento não serve, apenas, como um estímulo à criminalidade, como pregavam os punitivista, e, sim, se mostra compatível com a atual Constituição do Estado Democrático.[[23]](#footnote-23)

Pode-se afirma que a Constituição Federal de 88 estabeleceu o sistema acusatório no Processo Penal Brasileiro, assim, a escolha do constituinte originário, inserida na Constituição Federal, deve prevalecer no caso concreto, uma vez que representa uma garantia do indivíduo, não podendo o juiz da persecução penal distanciar-se da promessa constitucional, devendo refutar o artigo de lei em contrário e interpretar a lei sempre de forma a aproximar seu sentido da Constituição Federal.[[24]](#footnote-24)

Para Rosa, quando qualquer juiz, em sede de controle difuso, se deparar com duas normas conflitantes, uma norma de caráter constitucional e outra hierarquicamente inferior, deve deixar de aplicar a norma infraconstitucional, optando pela aplicação da norma do constitucional. Percebe-se o condão do raciocínio a ser seguido, sempre dando prevalência ao comando contido na Carta Política.[[25]](#footnote-25)

Assim é possível afirmar a existência de uma conexão entre as normas, situadas de maneira hierárquica, chegando à norma fundamental, sendo essa o fundamento, a base da qual se extrai a condição para atingimento da validade da norma positivada. Uma norma em descompasso com a Constituição possui vício em seu conteúdo material, logo, sua validade padece de um vício insanável. [[26]](#footnote-26)

Outrossim, a partir do tratamento dado ao contraditório é possível afirmar qual o sistema processual adotado. Configura-se como uma garantia para que as partes sejam ouvidas, influenciando e refutando matérias e fatos para assim moldar a decisão judicial. Destarte, não existe direito de defesa e, consequentemente, devido processo legal - constitucional- sem oportunizar ao réu direito de desdizer às alegações feitas na exordial, culminando em uma fórmula autoritária, distante dos ideais do Estado Democrático, arrastando dos porões da nossa recente história o fedor da ditadura.[[27]](#footnote-27)

O judiciário, representado no imaginário democrático sempre em destaque, tem usurpado grande parte o papel político, de fazer política, em âmbito nacional, em especial pelos ministros das cortes superiores, decidindo e construindo diretrizes para decisões em todo território nacional. Assim, afasta o papel democrático da política, sempre respaldando suas transgressões na manutenção da paz social. Percebe-se que o judiciário se tornou um estamento privilegiado da luta política, deixando seu papel constitucional de lado e gerando um certa desconfiança na justiça, muito ligada à tradição da formação do poder judiciário no Brasil, uma tradição autoritária, marcada pela escravidão e o colonialismo, no qual o saber jurídico e o aparato judicial serviram para repressão e controle social dos rebeldes, controle social das massas.[[28]](#footnote-28)

Afinal, com a plena defesa não são admitidos processos inquisitórios, está norma não traz um conceito vazio é um direito subjetivo (constitucional), qualquer processo inquisitório será nulo. A defesa não precisa se moldar pelas leis processuais penais, existe a constitucionalidade que supre as insuficiências da lei processual. "A defesa, rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da pretensão à tutela jurídica", trata-se de uma promessa que o Estado fez aos cidadãos e deve cumprir.[[29]](#footnote-29)

1. MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, 2ª ed, vol. I, Campinas, Millennium, 2000, p. 75-76. [↑](#footnote-ref-1)
2. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 46. [↑](#footnote-ref-2)
3. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33. [↑](#footnote-ref-3)
4. MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 76. [↑](#footnote-ref-4)
5. PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.14-15. [↑](#footnote-ref-5)
6. ROSA, Alexandre de Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 47-49. [↑](#footnote-ref-6)
7. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 32. [↑](#footnote-ref-7)
8. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. O inquérito policial em questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal. **Revista Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, jan./abr. 2011. [↑](#footnote-ref-8)
9. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e pscicologia. 2016. Tese. 62 f. (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 23. ed. São Paulo: Saraiva 2017. p. 44. [↑](#footnote-ref-10)
11. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, capítulo I. [↑](#footnote-ref-11)
12. ROSA, Alexandre de Morais da. **Para um Processo Penal Democrático:** Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71-72. [↑](#footnote-ref-12)
13. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** São Paulo: Edipro, 2011, p. 54-57. [↑](#footnote-ref-13)
14. ROSA, Alexandre de Morais da. **Para um Processo Penal Democrático:** Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 67-77. [↑](#footnote-ref-14)
15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132. [↑](#footnote-ref-15)
16. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 883-884. [↑](#footnote-ref-16)
17. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 502. [↑](#footnote-ref-17)
18. FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder,** Formação do Patronato Político Brasileiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001, p. 17. [↑](#footnote-ref-18)
19. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 31-32. [↑](#footnote-ref-19)
20. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 76. [↑](#footnote-ref-20)
21. GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 2. ed. 2015, p. 208-209. [↑](#footnote-ref-21)
22. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 66. [↑](#footnote-ref-22)
23. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 169-172. [↑](#footnote-ref-23)
24. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 36-37. [↑](#footnote-ref-24)
25. ROSA, Alexandre de Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 125-126. [↑](#footnote-ref-25)
26. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009, p. 247. [↑](#footnote-ref-26)
27. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional**: O juiz de Garantias como um Redutor de Dano da Fase de Investigação Preliminar. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 112-113. [↑](#footnote-ref-27)
28. CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo:** Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015, p. 24-25. [↑](#footnote-ref-28)
29. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 233-234. [↑](#footnote-ref-29)