IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO
ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relacões Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Sigueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-415-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.
- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.
- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- "A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero". O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.
- "A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso". Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.
- "A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional". O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- "Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal." A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.
- "Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares." O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).
- "Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.
- "Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada." O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime") acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5° da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- "O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade". O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o "Pacote Anticrime" oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.
- "O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal". O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.
- "O fenômeno da transnacionalidade no novo 'plea bargaing' brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal". A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.
- "O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais". Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- "O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade". Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.
- "O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?" Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Tratase de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.
- "O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção". As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.
- "O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal". O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.
- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.
- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- "Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas." Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.
- "Testemunho de 'Hearsay' como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial". O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas "ouviram dizer", como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

"Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid19." A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

THE PRINCIPLE OF DUE PROCESS OF LAW AS AN INSTRUMENT FOR THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL AND PERSONALITY RIGHTS

Ana Nerry Miotto Cecilio Vitória Amaral Gustavo Noronha de Avila

Resumo

Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no presente trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utilizou-se da abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Devido processo legal, Direito processual constitucional, Direitos fundamentais, Direitos da personalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Coming from the English ideal of the due process of law, the principle of due process consists in the establishment of self-limitations on state power through the recognition of guarantees to individuals. Faced with the movement of constitutionalization of Law, this principle came to be conceived as a possible instrument for the realization of the fundamental rights of the personality. Thus, the objective of this work was to analyze the effectiveness of the principle of due legal process, especially in the penal area. For that, we used the hypothetical-deductive methodological approach, through the literature review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Due process of law, Constitutional procedural law, Fundamental rights, Personality rights

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o condão de abordar os aspectos do princípio do devido processo legal, em suas concepções procedimental ou formal e substancial ou material, enquanto instrumento efetivador dos direitos fundamentais e dos direitos personalíssimos. O estudo se justifica pela relevância da temática, bem como pelo papel central assumido pela seara constitucional no atual ordenamento jurídico neoconstitucionalista democrático, que busca integrar o direito constitucional aos demais ramos do direito, a incluir o direito processual, além de efetivar os direitos e garantias fundamentais assegurados aos cidadãos.

Num primeiro momento, abordar-se-á sucintamente o que se pode entender como princípio, além de tratar especificamente acerca da base principiológica do devido processo legal, enquanto garantia processual constitucionalmente prevista no art. 5°, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹. Ademais, discorrer-se-á sobre sua origem, que remonta à Inglaterra e à Magna Carta do rei João Sem-Terra.

Num segundo momento, o mencionado princípio será exposto enquanto um superprincípio, do qual as demais garantias e subprincípios derivam, além de esmiuçá-lo em seu duplo caráter, a incluir suas concepções formal ou procedimental e material ou substancial.

Num terceiro, uma vez reconhecido o papel central da Constituição no sistema jurídico contemporâneo, a irradiar sobre todo o ordenamento a partir do fenômeno da Constitucionalização do direito, explorar-se-á o Direito processual em sintonia com o Direito constitucional enquanto instrumento de concretização do mandamento constitucional, especialmente no tocante aos direitos personalíssimos e aos direitos fundamentais.

Em um quarto e último momento, será abordado o princípio do devido processo legal na seara penal, como forma de atenção aos direitos fundamentais e da personalidade dos sujeitos integrantes da lide criminal, balizando a relação entre indivíduo e Estado de modo a impedir abusos.

Dessa forma, afastada a pretensão de exaurir a temática ou de esgotar a discussão sobre o tema, busca-se com o presente estudo superar a visão meramente autônoma, cientificista e formal do direito processual, tradicionalmente segregado do direito material, para refleti-lo

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: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹Artigo 5°, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem

contemporaneamente à luz da constitucionalização do ordenamento jurídico e do processo democrático, enquanto instrumento de concretização da justiça e de efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA ORIGEM

Pode-se conceber um princípio como uma espécie normativa ampla, dotada de função integrativa e interpretativa no ordenamento jurídico, que designa uma finalidade a ser alcançada mediante a adoção de certos comportamentos (DIDIER JR, 2019, p. 56-57). Segundo Humberto Theodoro Júnior, os princípios são o caminho para que se atinja determinado ideal com a aplicação das normas (THEODORO JR, 2016, p. 43).

Eduardo Rodrigues dos Santos, por sua vez, conceitua os princípios, sob um viés clássico, como os valores supremos do ordenamento jurídico, o mandamento nuclear estruturante do sistema que orienta o direito positivado como um todo. Ainda, num viés contemporâneo, Santos define os princípios como premissas comportamentais ou mandamentos de otimização que devem ser sopesados no caso concreto a fim de atingir certo objetivo (SANTOS, 2016, p. 86-94).

José Eduardo Carreira Alvim pontua que os princípios são a base estruturante de edificação do ordenamento, compostos por preceitos gerais com vistas a uma finalidade almejada, a partir dos quais são extraídas e interpretadas as normas e regras (ALVIM, 2016, p. 147). Outrossim, Fábio Victor da Fonte Monnerat sustenta que os princípios são normas dotadas de certo grau de abstração e fundamentalidade em relação ao sistema jurídico, servindo de fundamento para as normas e regras (MONNERAT, 2020, p. 190).

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilhos Lopes, os princípios podem ser entendidos como "(...) superiores premissas de todo o sistema, ponderando-se a importância concreta de cada um e buscando uma solução que, na medida do possível, confira a máxima efetividade a todos eles" (DINAMARCO, 2016, p. 53).

Uma vez assimilada a concepção dos princípios enquanto mandamentos nucleares incidentes sobre todo o sistema, insta destacar um princípio de especial relevância no ordenamento jurídico, consagrado constitucionalmente no artigo 5°, LIV, da Constituição

Federal de 1988² e previsto nos artigos. 7°³; 8°⁴; 26, I⁵; 36°, dentre outros, todos do Código de Processo Civil brasileiro. Cuida-se do princípio do devido processo legal.

De acordo com Fábio Victor da Fonte Monnerat:

Nessa esteira, o devido processo legal pode ser considerado uma verdadeira cláusula de encerramento do sistema jurídico processual, exercendo uma função interpretativa sobre os próprios princípios constitucionais, bem como uma função integrativa e supletiva, atuante no preenchimento de lacunas ou contradições aparentes entre eles (MONNERAT, 2020, p. 251).

Originalmente concebido pela expressão *due process of law*, o princípio do devido processo legal remonta à Inglaterra. Em linhas gerais, sua noção existe desde o Édito de Conrado II, um Decreto Feudal Alemão do ano de 1037, contudo, expressamente o termo surgiu na Magna Carta do rei João Sem-Terra, do ano de 1215, mediante o reconhecimento da limitação do poder real (DIDDIE JR, 2019, p. 89).

Paulo José Freire Teotônio, Luan Guilherme Dias, Fernando Augustus Teixeira e Karina Vernilo Ortiz complementam assinalando que a garantia do devido processo legal emergiu no reinado de João Sem-Terra com o fito de assegurar legalmente a liberdade individual e de limitar o poder do rei (TEOTÔNIO, 2017, p. 22).

Nos dizeres de Eduardo Rodrigues dos Santos:

A Magna Carta talvez seja o primeiro documento formal a reconhecer direitos aos homens, por óbvio que os direitos reconhecidos, o foram apenas a alguns homens, isto é, aos nobres e aos clérigos. Contudo ela pode ser considerada o ponto de partida para o moderno sistema de direitos e garantias dos homens (direitos humanos internacionais e direitos fundamentais constitucionais) que se tem hoje, vez que ela limita o poder do rei a certas liberdades e direitos dos cidadãos (membros da nobreza e do clero). "A Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na histórica política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita". Nesse contexto, pela primeira vez, o devido processo legal foi expressamente assegurado em um documento de natureza jurídica. Anote-se que, na Magna Carta, ainda não recebera a designação de *due process of law*, mas sim de *law of land*, sendo

²Artigo 5°, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: 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: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

³Artigo 7º do Código de Processo Civil: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁴Artigo 8º do Código de Processo Civil: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁵Artigo 26 do Código de Processo Civil: A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente.

⁶Artigo 36 do Código de Processo Civil: O procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal.

que nos primeiros séculos após a outorga da Magna Carta, "as expressões *law of land*, *due course of law* e a *due process of law*, que acabou consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica vigorante, designando o mesmo conteúdo normativo (SANTOS, 2016, p. 128).

Igualmente explana Fábio Victor da Fonte Monnerat, ao relatar que o princípio do devido processo legal, atualmente consagrado no art. 5°, LXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, advém da inspiração do ideal anglo-saxão do *due process of law*, reportando-se à Carta Magna inglesa, do ano de 1215 (MONNERAT, 2020, p. 250).

Outrossim, Rosemiro Pereira Leal revela a herança do ideal do *due process* advindo da Magna *Charta Libertatum* de João Sem-Terra, do ano de 1215, e da Carta de Henrique III, do ano de 1225, contida no princípio do devido processo legal ora estudado (LEAL, 2018, p. 83).

Nelson Nery Júnior, por sua vez, acrescenta:

O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Charta de João Sem-Terra, do ano de 1215, quando se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução devido processo legal. O termo consagrado, *due process of law*, foi utilizado somente em lei inglesa em 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statue od West-minster of the Liberties of London*, por meio de um legislador desconhecido (*some unknown*

Denota-se, assim, que o ideal do devido processo legal foi manifestado expressamente pela primeira vez na Magna Carta inglesa, de 1215, que buscava limitar o poder do rei João Sem-Terra através da ideia de que, para que a pessoa fosse privada de sua liberdade ou de seus bens, deveria ser previamente submetida a um julgamento regular. No Brasil, por sua vez, o termo foi consagrado de forma expressa somente na atual Constituição vigente (CF/1988).

drafstman) (NERY JR, 1995, p. 106).

Fredie Diddier Júnior condensa a historicidade do princípio do devido processo legal ao reconhecer o seu desenvolvimento que partiu da limitação do poder estatal à incorporação de inúmeras garantias em favor dos indivíduos. Ele explana:

Ao longo dos séculos, inúmeras foram as concretizações do devido processo legal que se incorporam ao rol das garantias mínimas que estruturam o devido processo. Não é lícito, por exemplo, considerar desnecessário o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o retrocesso em tema de direitos fundamentais (DIDIER JR, 2019, p. 89).

Isto posto, trata-se o supramencionado princípio de uma limitação, ou melhor, uma autolimitação estabelecida ao poder estatal em favor da manutenção democrática, através do

qual se reconhece expressamente a indisponibilidade das garantias constitucionalmente asseguradas aos indivíduos (DINAMARCO, 2016, p. 74-75).

Em outras palavras, concebe-se o relevante princípio do devido processo legal enquanto garantidor das liberdades civis, à medida que ele estabelece a exigência de um procedimento legal prévio que assegure as garantias e os direitos fundamentais ao longo do processo, seja no processo penal, no processo civil ou no processo administrativo (SANTOS, 2016, p. 131-133).

Mencionam-se, ainda, os dizeres de José Miguel Garcia Medina, no sentido de que "o devido processo legal, consoante concepção tradicional e bastante ampla, no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa, em juízo. Assim considerado, o princípio acaba por compreender todos os demais" (MEDINA, 2017, p. 115).

Faz-se alusão, também, aos pensamentos de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, que compreende o princípio do devido processo legal enquanto um direito fundamental assegurado ao homem e uma proteção contra arbitrariedades estatais, a fim de que o indivíduo somente possa ser privado de sua liberdade ou dos seus bens mediante a intervenção do Poder Judiciário (DANTAS, 2018, p. 58).

Por fim, Rosemiro Pereira Leal sintetiza o devido processo legal ao conceituá-lo como o "conjunto de procedimentos e atos procedimentais legiferativamente criados e regidos pelo devido processo para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso constitucional" (LEAL, 2018, p. 61).

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SUAS CONCEPÇÕES FORMAL E MATERIAL

Uma vez exposto o ideal do *due process of law* e explanada sua origem, insta mencionar que o supracitado princípio é idealizado contemporaneamente como o superprincípio ou o princípio dos princípios, uma vez que abrange intrinsecamente inúmeras garantias ou subprincípios em seu conteúdo, a considerar o direito à prova, a inviolabilidade do domicílio, o dever de motivação dos atos judiciários, dentre diversas outras garantias (DINAMARCO, 2016, p. 76).

Nesta toada corroboram os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, ao reconhecer a função de um superprincípio exercida pelo devido processo legal, eis que atua como coordenador, delimitador e harmonizador dos demais princípios processuais vigentes, além de viabilizar a observância aos parâmetros constitucionais e à concepção do processo justo (THEODORO JR, 2016, p. 48).

Igualmente defende José Miguel Garcia Medina ao identificar que o ideal do devido processo legal é dotado de caráter amplo, a ponto de absorver todos os demais princípios, tais como a inafastabilidade de jurisdição, a ampla defesa e o contraditório, a duração razoável do processo, a motivação das decisões, o princípio da isonomia, dentre outros. Diante disso, ele afirma que "as garantias que decorrem do princípio do devido processo legal são consideradas mínimas, operando em todos os momentos ou fases processuais" (MEDINA, 2017, p. 115-116).

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas também constata a derivação dos direitos e garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da inadmissibilidade das provas ilícitas, dentre inúmeros outros, a partir do princípio macro do devido processo legal (DANTAS, 2018, p. 59).

Acerca do superprincípio do devido processo legal, Paulo José Freire Teotônio, Luan Guilherme Dias, Fernando Augustus Teixeira e Karina Vernilo Ortiz acrescentam que:

Constitui-se, pois, em cláusula aberta, de onde derivam inúmeras outras cláusulas, sendo meio de garantia e resultado na busca de obtenção da verdade Justiça, tendo em vista que evidencia o caminho natural a ser seguido, mas também preconiza o atendimento de padrões éticos e sociais, com vistas à consecução de alcançar o que entende por justo. O devido processo legal não pode ser interpretado restritivamente, em respeito às inúmeras garantias que agrega, comportando extensão máxima quando submetido à análise dos aplicadores do Direito, único e efetivo caminho para se buscar a verdadeira justiça, dentro do conceito de Estado Democrático de Direito (TEOTÔNIO, 2017, p. 27).

Compreendido o caráter amplo do superprincípio do devido processo legal, passa-se a esmiuçar as concepções que dele são extraídas, a iniciar por sua noção processual, formal ou procedimental e a encerrar com sua noção material ou substancial.

Tradicionalmente concebido em seu aspecto formal, também denominado por Humberto Theodoro Júnior como concepção procedimental, o princípio do devido processo legal pode ser compreendido através da imposição de que sejam respeitados os ideais do contraditório e da ampla defesa, advindos do princípio da igualdade (THEODORO JR, 2016, p. 49).

Em outras palavras, pode-se conceber o princípio do devido processo legal em sentido formal como a exigência de que o indivíduo tenha ciência acerca da pretensão deduzida em juízo, que lhe seja concedido um prazo razoável para se defender em amplitude de meios e matérias, valendo-se de todos os meios de prova em Direito admitidos, que o julgador detenha legitimidade e competência para proferir o julgamento, bem como que haja imparcialidade (MEDINA, 2019, p. 79).

Conforme afirma Fredie Didier Júnior:

Há o devido processo legal formal ou procedimental, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais que vimos no item precedente: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. Trata-se da dimensão mais conhecida do devido processo legal (DIDIER JR, 2019, p. 93).

Fábio Victor da Fonte Monnerat, por sua vez, identifica um linear evolutivo do princípio do devido processo legal, segundo o qual, o caráter processual desponta como a fase inicial de sua concepção, caracterizada pelas garantias processuais como a publicidade e a ampla defesa (MONNERAT, 2020, p. 252).

Nelson Ney Júnior explana que "(...) a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível (...)" (NERY JR, 1994, p. 114).

Todavia, há que se reconhecer que o devido processo legal não se esgota em sua concepção meramente formal ou procedimental. Além dela, é oportuno compreender o *due process of law* em seu sentido material ou substancial, a caminhar para o alargamento do tradicional entendimento. Culmina-se, assim, na segunda e na terceira fase do desenvolvimento do supramencionado princípio, conforme defende Fábio Victor da Fonte Monnerat (MONNERAT, 2020, p. 251).

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilhos Lopes:

A essa cláusula atribui-se uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal substancial que, em essência, constitui um vínculo auto limitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*) (DINAMARCO, 2016, p. 75).

Humberto Theodoro Júnior identifica o caráter material ou substancial da garantia e princípio do devido processo legal ao reconhecer sua finalidade de efetivação do direito material no caso concreto e de comprometimento com o processo justo, ultrapassando os aspectos meramente formais (THEODORO JR, 2016, p. 48).

De acordo com Fredie Didier Júnior:

Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas.

A experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do devido processo legal de um modo bem peculiar; considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade) e da razoabilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade (...) (DIDIER JR, 2019, p. 93).

Segundo José Eduardo Carreira Alvim, "o devido processo legal, no plano substancial, é a existência de razoabilidade das decisões judiciais; sendo razoável aquilo que não é disparate, fora do bom senso comum, que é racional (...)" (ALVIM, 2016, p. 151).

Nelson Ney Júnior corrobora ao pontuar que o princípio do devido processo em sentido material, por ele chamado de *substantive due process*, implica em promover no processo o respeito ao direito material, além de conferir a tutela dos direitos materiais no caso concreto. Ele, ainda, pontua que:

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário (NERY JR, 1995, p. 110-111).

Destarte, no que concerne ao princípio do devido processo legal em sentido material ou substancial, inserido no ideal do processo justo e no Estado Democrático de Direito, tem-se que ele visa proporcionar a efetividade da tutela àquele a quem corresponda à situação jurídica amparada pelo direito, com especial observância às garantias e princípios constitucionais. Em outros termos, trata-se do processo como instrumento de efetivação e de concretização da ordem constitucional, como instrumento de justiça, bem como da existência de uma carga ética no processo, que se materializa através da equidade.

Assim, Paulo José Freire Teotônio, Luan Guilherme Dias, Fernando Augustus Teixeira e Karina Vernilo Ortiz identificam o desenvolvimento evolutivo do princípio do devido processo legal, que foi sendo alargado ao longo do tempo, afastando-se de um caráter instrumental para um viés substancial, a fim de incorporar as contemporâneas noções da evolução humana e científica (TEOTÔNIO, 2017, p. 26).

Fábio Victor da Fonte Monnerat sintetiza apropriadamente:

Certo é que, o princípio do devido processo legal, de maneira amplíssima, pode ser entendido como a norma constitucional que, em primeiro lugar, representa a garantia constitucional de que todas as normas processuais na Constituição e na lei devem ser observadas, sob pena de nulidade do processo e, além disso, funciona como uma cláusula de encerramento supletiva e integrativa dos demais princípios e regras constitucionais e legais (...) (MONNERAT, 2020, p. 252-253).

Constata-se, portanto, o duplo caráter do devido processo legal, revelando-se possível concebê-lo formalmente enquanto a regularidade formal dos atos processuais e garantias processuais, bem como materialmente enquanto a realização do melhor resultado concreto, em respeito aos parâmetros constitucionais.

Todavia, insta ressalvar que tal classificação doutrinária não consiste na segregação concreta das concepções, mas sim, e tão somente, no esmiuçamento de um único princípio oriundo da intersecção entre o direito processual e a Constituição Federal (THEODORO JR, 2016, p. 49).

4 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE A PARTIR DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Fala-se, na concepção de José Miguel Garcia Medina, no surgimento de um novo sentimento constitucional a partir dos séculos XX e XXI, através do qual o poder normativo supremo da Constituição passa a ser efetivamente concebido, de modo a irradiar sobre todo o ordenamento jurídico, a incluir as esferas pública e privada. Trata-se do fenômeno da constitucionalização do direito ou, melhor dizendo, do direito do estado constitucional democrático (MEDINA, 2017, p. 71).

Somam-se a isso os dizeres de Fernando Navarro Vince e Renato José dos Santos Mota, no sentido de que, tomando a Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico em forma e conteúdo, todas as searas jurídicas que dela derivam devem buscar amparo constitucional, além de resguardar os direitos, garantias e valores ou princípios previstos na Constituição:

Aqui nos referimos, não a apenas em pensar em um ordenamento jurídico regido por uma Constituição dotada de supremacia – aspecto formal da constitucionalização do direito, pois isso já acontece, no Brasil e em todos os outros sistemas constitucionalistas do mundo, em especial os democratas, mas na efetiva e concreta observância dos preceitos constitucionais nos diversos seguimentos de atuação dos Estados (nos poderes executivo, legislativo e judiciário) e nas relações entre particulares trazidas a apreciação jurisdicional – aspecto material da constitucionalização do direito (BARROSO, 2007). Em suma, a ideia central da Constitucionalização do Direito é a atribuição de força normativa à Constituição, há muito tratada apenas como orientação interpretativa da legislação (BARROSO, 2007). A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada será associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a

condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (PITTA, 2020, p. 64).

Neste sentido, Zulmar Fachin discorre sobre o posto supremo que o Direito Constitucional assume no ordenamento jurídico ao compará-lo a um tronco, a partir do qual as demais matérias jurídicas são disseminadas. Fachin, também, identifica a íntima relação interdisciplinar que a seara constitucional apresenta com os demais ramos jurídicos, a detalhar sua associação com o Direito Processual, por ele reconhecida como o direito constitucional processual ou o direito processual constitucional (FACHIN, 2015, p. 21-22).

Concebe-se, desse modo, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco e de Bruno Vasconcelos Carrilhos Lopes, o Direito processual constitucional:

Direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. Não é mais um entre os diversos ramos do direito processual, como o direito processual civil, o trabalhista, o penal etc. O método constitucionalista inclui o estudo das recíprocas influências existentes entre a Constituição e processo – relações que se expressam na tutela constitucional do processo, representada pelos princípios e garantias que, vindo da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele (DINAMARCO, 2016, p. 53).

Segundo Humberto Theodoro Júnior, este Direito processual constitucional, inserido no atual contexto do Estado democrático de Direito, ora estudado e materializado através do princípio do devido processo legal, exerce a atribuição de "(...) atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e garantia de efetividade dos direitos fundamentais" (THEODORO JR, 2016. p. 49).

Corrobora a isso o entendimento de Georges Abboud, no sentido de reconhecer a relevante atribuição do Direito processual constitucional na atualidade contemporânea, sobretudo no que tange ao aprimoramento do regime democrático e à prevenção da exacerbada ampliação do Estado e de seu poder face o indivíduo, como ocorre nos Estados totalitários (ABBOUD, 2018, p. 14).

Hermes Zanetti Júnior acrescenta ao afirmar acertadamente que:

Todo processo é público. Todo processo é constitucional. Se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pellegrini-Rossi, da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore, não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Democrático Constitucional os conforma e justifica (ZANETI, 2014, p. 162).

Igualmente, explana Fredie Diddier Júnior ao defender adequadamente que "assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)" (DIDIER JR, 2019, p. 64), o que significa dizer que, além da tutela adequada dos direitos fundamentais, deve o processo e seus atos respeitarem os direitos fundamentais no decorrer do procedimento.

Tem-se, dessa forma, um formalismo constitucional, ou seja, o estabelecimento de atos processuais com vistas a proporcionar a concretude das garantias asseguradas ao indivíduo, de modo a viabilizar a constituição democrática do provimento jurisdicional. Tanto é que, em caso de eventual inobservância ao devido processo, são previstas hipóteses legais de nulidade dos atos (MEDINA, 2017, p. 419).

Nelson Nery Júnior reitera a finalidade de concretização dos direitos fundamentais e personalíssimos insculpidas no princípio do devido processo legal ao identificar que a sua compreensão, especialmente associada ao seu caráter material ou substancial, foi sendo alargada no decorrer do tempo, a fim de viabilizar uma interpretação ampla que seja condizente com os direitos fundamentais do cidadão (NERY JR, 1995, p. 110).

Nos dizeres de Eduardo Rodrigues dos Santos:

(...) Assim, pode-se afirmar que o devido processo legal possui uma alta abrangência axiológica, englobando os demais princípios processuais constantes na Carta maior, implícitos ou expressos, tais como o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, a motivação, o juiz natural, a inadmissibilidade das provas ilícitas, a duração razoável do processo, a eficiência processual, dentre vários outros, fazendo-se guiar pela razoabilidade e pela proporcionalidade, buscando decisões pautadas na justiça e na equidade, respeitando e fazendo respeitar os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela própria Constituição e vinculando os magistrados à lei processual e, assim, coibindo os abusos e ativismos inconcebíveis em um Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2016, p. 132).

Assim, à medida que os ideais constitucionais passam a ser concebidos como valores irradiadores sobre todo o ordenamento jurídico, tem-se que as normas constitucionais processuais devem ser reconhecidas como concretas garantidoras dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, promovendo, inclusive, o controle de constitucionalidade acerca de eventual infringência à Constituição (DIDIER JR, 2019, p. 64).

5 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA SEARA PROCESSUAL PENAL

A presença do princípio do devido processo legal se faz necessária quando da constrição de direitos. Isso porque, em suma, tal princípio detém o condão de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade para aquele sujeito que se encontra em situação de privação – seja da vida, da liberdade e/ou da propriedade – protegendo-o dos ataques estatais (MARTEL, 2005, p. 298-300).

Dessa forma, como aduz Marco Aurélio Ferreira, o devido processo legal na esfera processual penal encontra-se atrelado a uma malha principiológica complementar, sem a qual o superprincípio não se sustenta. A citada malha principiológica é composta, basicamente, pelas garantias: de acesso à justiça penal, juiz natural, em matéria penal, tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, plenitude de defesa do indiciado, réu, ou condenado, publicidade dos atos processuais, motivação dos atos decisórios penais, fixação de prazo razoável de duração de processo e legalidade da execução penal (FERREIRA, 2004, p. 60-61).

Ademais, o princípio do devido processo legal encontra-se intrinsecamente ligado ao sistema acusatório. Dessa forma, além de analisá-lo com base no inciso LIV do artigo 5°, da Constituição, também deve-se voltar os olhos para o artigo 129, I, definindo o princípio acusatório como regra (JARDIM, 2005, p. 318).

No entanto, grande desafio a ser enfrentado pelos defensores do devido processo legal no sistema penal é o que chama Ana Paula Barcellos de "conceito não ontológico de dignidade da pessoa humana". Ou seja, uma boa parcela da sociedade considera que, ao praticar ilícitos, os sujeitos perderiam de maneira quase que automática sua dignidade humana, se tornando assim não-detentores de direitos e garantias fundamentais, mesmo sendo elas inerentes à sua qualidade de pessoa humana. Nesses casos, a dignidade da pessoa humana passaria de característica inerente à pessoa humana pelo fato de ser pessoa a condição de amparo de pessoas que detém condutas socialmente aceitáveis (BARCELLOS, 2011, p. 15).

Cabe, portanto, à legislação balancear o contexto social de modo a possibilitar aos sujeitos participantes de uma lide igualdade de posições, equilibrando a relação entre o cidadão e o estado. Nesta vertente encontra-se a preocupação do garantismo penal, como leciona Luigi Ferrajoli, como forma de proteger o sujeito que se encontra em situação de debilidade, preconizando garantias fundamentais (FERRAJOLI, 2005, p. 28-29).

Nesta toada, é o que aduz Santiago Neto, sobre a conformidade do devido processo legal aos princípios democráticos basilares:

Busca-se, dessa forma, demonstrar que o processo penal somente poderá estar em conformidade com as bases democráticas se possibilitar a efetiva participação das partes na construção do provimento jurisdicional adotando, para tanto um modelo

acusatório com a completa separação entre as tarefas de julgar, acusar e defender (SANTIAGO NETO, 2015, p. 11).

Além disso, para construir-se um processo justo, outras garantias são necessárias às partes, asseverando iguais condições de participação na elaboração do provimento, tais como: espaço e tempo necessários para a participação conjunta na construção da decisão; direito a defesa técnica; atenção ao princípio da inocência; ciência ao sujeito de todo o contido na acusação; garantia de recurso; direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo fato, entre outros (SANTIAGO NETO, 2015, p. 11).

Nesse sentido, são os ensinamentos de Hugo Rogério Grokskreutz e Gustavo Noronha de Ávila :

Os Direitos da personalidade entre outros pontos, individualizam cada pessoa humana por meio da tutela de sua integridade física, moral e intelectual, o que abarca uma gama de outros Direitos específicos, como é o caso da liberdade, presunção de inocência, e as garantias que lhe são inerentes, com é o caso do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, pois, caso contrário, ao invés de ser um sujeito do processo, a pessoa seria apenas um objeto do processo (GROKSKREUTZ e ÁVILA, 2020, pg. 81).

No entanto, o Código de Processo Penal brasileiro (CPP) data de 1941. Ao analisar a história, tem-se que na construção do seu código criminal, o Brasil se encontrava no Estado Novo, ditadura governada por Getúlio Vargas (1937-1945) o que, por certo, teve interferência na legislação. Segundo Flaviane Barros, o CPP brasileiro foi construído sob forte influência do *Codice di procedura penale* da Itália de 1930, elaborado por Rocco no auge do regime fascista italiano de Mussolini, trazendo ao Brasil um caráter inquisitório no seu processualismo penal (SANTIAGO NETO, 2015, p. 11).

Sobre o tema, assevera Frederico Marques, aduzindo que o Código não foi construído à altura das necessidades da Justiça Criminal brasileira:

O golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições jurídicas; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal (...). continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito (...) O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. (...) A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica (MARQUES, 1998, p. 104).

Ademais, a respeito do sistema inquisitório, assevera Ferrajoli ser caracterizado por una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y em su capacidade de alcanzar

la verdade. Confia no sólo la verdade sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga (FERRAJOLI, 1998, p. 604).

Perceptível, portanto, a influência política especialmente nas legislações penais. Diante deste cenário inquisitório, incapaz de garantir o devido processo legal, mudanças eram necessárias. A respeito dos motivos elencados para a alteração do processualismo penal, ressalta Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira:

Em nossos países, geralmente, a justiça penal tem funcionado como uma 'caixa-preta', afastada do controle popular e da transparência democrática. O apego aos rituais antigos; As fórmulas inquisitivas, que na cultura universal já constituem curiosidades históricas; a falta de respeito à dignidade humana; a delegação das funções judiciais; o segredo; a falta de imediação; enfim, um atraso político e cultural já insuportável, tornam imperioso começar um profundo movimento de reforma em todo o continente (GRINOVER e MOREIRA, 2017, p. 11).

O que se infere, de acordo com Guilherme Nucci, é que enquanto o Código de Processo Penal não logra êxito, muitas vezes, em garantir a eficácia do princípio do devido processo penal, a Constituição brasileira baliza as relações, de modo a favorecer o garantismo penal e, com ele, os direitos fundamentais e personalíssimos, com seus princípios basilares. Nucci destaca, ainda, que existem princípios que se encontram previstos expressamente na lei e outros que estão implícitos e devem ser preconizados da mesma forma (NUCCI, 2010, p. 96).

Ainda, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, o princípio do devido processo legal em âmbito penal deve ser analisado sob dois vieses: material e processual. Em se tratando do aspecto material, encontra-se ligado ao Direito Penal. Já sob a ótica processual, está previsto em uma gama de possibilidades legais a fim de garantir ao réu a possibilidade de demonstrar sua inocência (NUCCI, 2010, p. 96).

Demais disso, como forma de aplicação do princípio do devido processo legal na esfera criminal, faz-se necessário a aplicação dos princípios processuais penais constitucionais, quais sejam, princípio da presunção de inocência, da ampla defesa, da plenitude de defesa, do contraditório, do juiz natural, da vedação das provas ilícitas – todos previstos no artigo 5º da Constituição de 1988.

Pois bem, o processo penal não fica isento do princípio do devido processo legal. Muito ao contrário, atores processuais têm garantidos seus direitos e garantias fundamentais ao redor do país todo devido aos princípios constitucionais que embasam o devido processo legal penal, mediando assim a relação entre estado e indivíduo, impedindo abusos e sustentando o necessário andamento processual justo.

6 CONCLUSÃO

Afastada a pretensão de exaurir a temática, o trabalho em questão discorreu sobre o princípio do devido processo legal, também conhecido pela expressão *due process of law*, enquanto instrumento de efetivação e concretização dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade dos indivíduos.

Para tanto, em linhas gerais, abordou-se sucintamente a noção geral de princípio e especificamente a concepção do princípio do devido processo legal, bem como, discorreu-se sobre sua origem e esmiuçou-se o seu duplo caráter, qual seja, formal ou procedimental e material ou substancial. Além disso, aludiu-se ao fenômeno da constitucionalização do direito e, em detrimento disso, identificou-se a consagração do Direito processual constitucional, a partir do qual o princípio do devido processo legal pode ser concebido como um meio de atribuir concretude aos direitos fundamentais e aos direitos da personalidade.

Compreendida a noção de princípio enquanto mandamento nuclear, de caráter amplo, que irradia sua valoração por todo o sistema jurídico, seja de modo interpretativo ou integrativo, conferiu-se destaque ao princípio do devido processo legal, compreendido sinteticamente como o estabelecimento de autolimitações ao poder estatal e a exigência de um procedimento legal prévio, que assegure o direito de ação e de defesa do indivíduo. Demais disso, identificou-se a herança que o princípio do devido processo legal carrega do ideal do *due process of law* e expôsse sua origem inglesa, que, segundo o consenso de grande parte dos pensadores, remonta, ainda que não expressamente, à Magna Carta do rei João Sem-Terra, do ano de 1215.

Na sequência, reconhecido o seu caráter amplo, exaltou-se o ideal do devido processo legal enquanto um superprincípio do ordenamento jurídico, que abrange e incorpora inúmeras outras garantias e direitos, também chamados de subprincípios ou princípios, a mencionar os ideais da legalidade, da publicidade, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões, da legalidade, dentre outras. Então, em detrimento desta concepção abrangente, diferenciou-se o seu duplo caráter, a incluir um sentido formal ou procedimental, segundo o qual deve ser assegurada a regularidade formal dos atos processuais e das garantias processuais, bem como um sentido material ou substancial, segundo o qual deve ser promovido a melhor realização do Direito no caso concreto, promovendo um processo justo e consonante aos valores insculpidos na Constituição.

Por fim, verificado o fenômeno da constitucionalização do Direito, constatou-se o valor supremo e central assumido pela Constituição no atual ordenamento jurídico, a irradiar sobre todas as searas jurídicas, inclusive a penal, bem como, legitimou-se o surgimento de um Direito

processual constitucional, que concebe o Direito processual, a englobar o princípio do devido processo legal, à luz da Constituição e busca conferir maior concretude aos seus mandamentos, notadamente aos direitos fundamentais e personalíssimos.

Depreendeu-se, assim, que o princípio do devido processo legal e que o Direito processual passam, portanto, a serem concebidos enquanto instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Isso significa dizer que, superada a noção puramente procedimental, cientificista e autônoma do Direito processual, tradicionalmente apartado do direito substancial, passou-se a concebê-lo contemporaneamente, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito, enquanto irradiação do mandamento constitucional e do Estado democrático de Direito, que necessariamente deve, não somente, respeitar os direitos e garantias fundamentais, mas, também, conferir concretude a eles. Concebe-se, dessa forma, o princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e personalíssimos dos indivíduos, bem como, como garantidor de um processo justo e democrático.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. In: **Revista de Direito Administrativo**. 2011. Disponível em:http://www.bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 18 set.2021.

BARROS, Flaviane de Magalhães. (**Re)forma do Processo Penal.** 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DIDIERJ JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilhos. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 6ª ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 28-29

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **Devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60-61.

GRINOVER, Ada Pellegrini. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exposição de Motivos do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América. in **Revista de Processo**, nº. 61, p. 111.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Da correlação entre os direitos da personalidade e o processo penal: um estudo introdutório. In: CARVALHO, Gisele Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; MOREIRA, Camila Virissimo Rodrigues da Silva. **Violência e direitos da personalidade** [livro eletrônico]. Birigui: Editora Boreal, 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 318.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 104.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 298-300.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6.ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 96

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PITTA, Rafael Gomiero; FACHIN, Jéssica; VINCE, Fernando Navarro. Direito, processo e jurisdição: o poder judiciário em perspectiva. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIA JURÍDICA. 2017, 2018, 2019. Londrina. **Anais**. Londrina: Editora Thoth, 2020.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.11.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador: Juspodium, 2016.

SANTOS, Paulo Junior Trindade. A verdade no novo Código de Processo Civil: por uma construção hermenêutica. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. v. 43, p. 81-118. jan. 2016. Disponível em: https://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=a6cc6e79-878e-4a77-a51c-af131e236083%40sessionmgr102.

SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. A Importância do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal para o Efetivo Acesso à Justiça no Brasil. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. v. 9, p. 435-465. agos. 2014. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/44535.

SOARES, Marcelo Negri; CARABELLI, Thaís Andressa. **Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Blucher, 2019.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire, *et al.* A dupla faceta do devido processo legal e as novas demandas sociais. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, Ribeirão Preto, v. 5, n. 1, p. 17-46, jan./dez. 2017. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1063/pdf.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional de justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.