

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

LIMITES E DESAFIOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

LIMITS AND CHALLENGES OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

**Romulo Rhemo Palitot Braga
Bruno Bastos De Oliveira**

Resumo

Serão traçadas neste trabalho as marcas importantes da relação do Direito Penal e Processual Penal com a Constituição Federal promulgada em 1988, dita cidadã pelo exaustivo rol de direitos fundamentais do ser humano em face do poder o Estado. Para tanto este trabalho se apoiará no sentido de demonstrar que o direito penal e o direito processual penal evoluíram no tempo, de acordo com as opções políticas adotadas pelos Estados em cada época histórica. Nessa perspectiva, passou-se a analisar tais ramos do Direito à luz das Constituições Federais. Deste modo, necessária a análise penal e processual penal a partir da política de Estado adotada pela Constituição Federal de 1988, intitulada democrática. Em termos metodológicos, optamos por realizar pesquisa documental, assim como realizar revisão bibliográfica sobre a temática. Ao final da pesquisa, foi confirmada a hipótese de que é necessário o reconhecimento da análise do direito penal e processual penal à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: Penal. processual penal. constituição.

Abstract/Resumen/Résumé

Are drawn in this work the important brands of the relationship of Criminal Law and Criminal Procedure with the Federal Constitution enacted in 1988, said the citizen exhaustive list of fundamental rights of human beings in the face of power the state. Therefore this work will be supported in order to demonstrate that the criminal law and criminal procedural law evolved over time, according to the policy options adopted by the states in each historical period. From this perspective, went to examine such areas of law in light of the Federal Constitutions. Thus, the required criminal analysis and criminal procedure from the State policy adopted by the Federal Constitution of 1988, entitled democratic. In terms of methodology, we decided to conduct documentary research, as well as review the literature on the subject. At the end of the study, we confirmed the hypothesis that it is necessary to recognize the analysis of criminal and criminal procedural law in the light of the Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal. criminal procedure. constitution

1 Introdução

Para compreender melhor a importância e a função que é desempenhada pelo Direito Penal podemos ser remetidos mesmo que em pensamento, a um determinado lugar, em um determinado período onde não exista capacidade de resposta da sociedade frente a possíveis agressores. Aqueles mais fortes, frente aos mais débeis ou menos fortes.

Neste pensamento, que nos dispomos a trasladar, e nas lições do penalista espanhol se não há tutela de nossos interesses, se passamos a ser submetidos à lei dos mais fortes, sem condições de defender nossos interesses maiores e mais básicos como: a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a propriedade, etc., então podemos dizer, que tais bens padeceriam de valor.

Nesse aspecto, o presente trabalho procurou abordar algumas questões avaliadas como sendo importantes quando do estudo do Direito Penal e Processual Penal à luz da Constituição Federal de 1988, passando obrigatoriamente pela análise de alguns princípios constitucionais fundamentais até o estudo da compatibilidade ou não do Estatuto de Roma para com o diploma constitucional.

É possível destacar que a característica fundamental do poder punitivo do Estado é que emana de uma Constituição, própria do Estado social e democrático do Direito, outorgando e limitando sua extensão, submetendo-lhes aos princípios que são inspiradores ao serviço da liberdade, da igualdade, da justiça e do pluralismo político.

Não se pretende aqui exaurir a análise constitucional do direito penal e processual penal à luz da Constituição, mas sim abordar os principais questionamentos que comumente surgem na doutrina e jurisprudência, buscando assim a concretização do projeto constitucional de justiça social e justiça criminal.

Essa análise constitucional do direito material e processual é de fundamental importância e possui aspectos históricos importantes que devem obrigatoriamente ser abordado, de forma que possamos entender sob quais aspectos e quais os reais motivos de buscar na norma constitucional a correta interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais que tratam de matérias penais.

2 A análise do direito penal e processo penal sobre o prisma constitucional

A denominação “Direito penal” não é contemplada de maneira unânime entre os juristas que se ocupam de seu estudo. Para referir-se a ciência dos delitos e das penas a denominação “Direito criminal” é igualmente utilizada, pois esta última se aplica com certa frequência todas as vezes que permite incluir ao lado da pena outras consequências jurídicas, a exemplo das medidas de segurança.

Historicamente outras denominações foram apresentadas, sem que nenhuma delas tivesse o mesmo respaldo concedido à denominação “Direito penal”. Apesar disto, a questão é praticamente carente de relevância, pois tanto a pena como as medidas participam de uma característica comum, ou seja, a de serem consequências jurídicas dentro da infração à lei penal.

A pena como consequência de maior relevância dentro do Direito penal perdeu o lugar que teve em tempos anteriores, ao considerar na atualidade como mais eficaz um adequado sistema de medidas de segurança para combater uma série de sujeitos aos quais a pena não intimida. Para Cobo del Rosal e Vives Antón (1999, p. 33), as medidas de segurança tem o mesmo caráter aflitivo que constitui a nota essencial da pena. Estes autores definem o Direito penal como o conjunto de normas jurídico-positivas, reguladoras do poder punitivo do Estado que definem como delitos ou estados perigosos determinados pressupostos aos que assinam certas consequências jurídicas denominadas penas ou medidas de segurança.

Em sentido objetivo, Direito penal faz parte do ordenamento jurídico, formando um conjunto de normas jurídicas editadas pelo Estado, dotando-se assim de caráter obrigatório. É perfeitamente possível diferenciar das demais normas, pois enquanto emanadas da vontade geral se impõe a todos os cidadãos, estando incluídos igualmente aqueles que não compartilham, sob ameaça de sanção ou medidas de segurança. Num Estado democrático, estas se manifestam a vontade da maioria que se converte na expressão da geral. E quando entram em vigor passam a vincular a todos os cidadãos e a todos os poderes do Estado, impondo-se coativamente, dando lugar em caso de não cumprimento às consequências jurídicas pertinentes. A definição do Direito penal em sentido objetivo não se preocupa na abordagem de outros aspectos transcendentais do mesmo, excluindo da sua análise toda consideração da reparação do dano causado pelo infrator da norma penal. Esta omissão é vista por alguns autores como incorreta, pois uma definição do Direito penal desde a perspectiva objetiva deve

incluir a questão da responsabilidade civil derivada do delito, sendo este um dos principais pontos de debate na atualidade. O que diferencia o Direito penal é a formalização do controle, liberando-lhe, dentro do possível, da espontaneidade, da surpresa, do conjunturismo e da subjetividade próprios de outros sistemas de controle social.

O Direito penal em sentido subjetivo indaga a respeito da faculdade do Estado em estabelecer as penas ou medidas de segurança como consequência do não cumprimento da ordem ou da realização da proibição prevista com antecipação pela lei penal. Cabe ao Estado estabelecer a *potestad* punitiva, ao mesmo tempo em que estabelece os limites deste poder, pois em nenhum episódio deve ser ilimitada, caso contrário pode surgir a nefasta tirania. Em outras palavras, o Estado não pode usar o *ius puniendi* de maneira indiscriminada, pois não está dotado de legitimidade para criminalizar todo comportamento humano, assim como lhe carece legitimidade para impor qualquer forma de reação penal.

Para Hozmazábal Malaré é correto afirmar o *ius puniendi* ou Direito penal subjetivo como a *potestad* penal do Estado em declarar puníveis determinados feitos aos que impõem penas ou medidas de segurança, porém, em todo caso dentro de um contexto, como se deduz quando se realiza referência aos limites ao *ius puniendi*, que deixa devidamente claro que dita *potestad* refere-se a produção de normas, ou seja, à criminalização primária.

Por fim, o Direito penal é a *última ratio* do ordenamento jurídico de um Estado, constituindo-se no instrumento detentor de maior poder para realizar os objetivos postos e exigidos pela comunidade política. Em efeito, a função do Direito penal tanto para o Estado liberal como para o Estado social é a tutela ou proteção dos bens e interesses cujo pacífico desfrute de garantir o Direito em virtude de sua própria natureza de ordem de coexistência entre os cidadãos.

O Direito penal não é simplesmente um conjunto de normas estáticas ordenadas esteticamente, mas sim faz parte de um sistema complexo e dinâmico ao cumprir funções concretas dentro da relação social.

Como bem observa Borja Jiménez (2003), até a chegada do iluminismo a lei penal foi utilizada brutalmente como mecanismo de opressão e submissão de seus vassallos por parte do senhor feudal. Por outro lado, os interesses políticos e religiosos da igreja utilizaram o Direito Penal como instrumento apto de realização de certos

fins até certo ponto em que grande parte da conotação pejorativa da ciência criminal procedesse deste período turvo e cinzento.

Esta mesma ideia que inspirava ao Direito Penal medieval pode ser trasladada, com as devidas proporções, a períodos históricos mais próximos quando a norma sancionadora constituía a alma política mais poderosa para vilipendiar os direitos e liberdades fundamentais de uma imensa maioria da população. Basta lembrar as tristes páginas escritas com o vermelho do sangue derramado no decorrer da Segunda Guerra Mundial, com o poderio da Alemanha nacional-socialista, ou mais recentemente em certos países que são governados por grupos religiosos fundamentalistas.

Por outro lado, é imprescindível que naqueles locais onde, todavia, não chegaram o pluralismo político, ou ainda existam pensamentos equivocados e sem sintonia com a nova realidade, deverão produzir mudanças necessárias com a finalidade de poder implantar-se a democracia e o respeito ao Estado Democrático de Direito, em que a intervenção repressiva e limitadora da liberdade se dê estritamente nos casos estabelecidos pela lei e de maneira fundamentada, segundo os parâmetros constitucionais.

Vários defensores, durante o período iluminista, se levantaram contra a crueldade do Direito Penal, podendo-se destacar as de Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel, Beccaria, enfim, foram vários os pensadores que, na Europa, participaram de um movimento que tinha por finalidade proporcionar mudanças radicais nesse ramo do ordenamento jurídico (Greco e Braga, 2011). Conforme Ferrajoli, a principal característica do movimento iluminista na esfera penal foi “a mitigação e minimização das penas (Ferrajoli, 2002).

Conforme enfatiza ROXIN (2000), um Estado de Direito deve proteger ao indivíduo não somente mediante o Direito Penal, mas também do Direito Penal. Isto significa dizer, que o ordenamento jurídico não somente tem de dispor de métodos e meios adequados para a prevenção do delito, mas também de impor limites ao emprego da *potestad* punitiva, para que o cidadão não fique desprotegido e a mercê de uma intervenção arbitrária ou excessiva.

Antes de adentrarmos especificamente na análise das questões penais e processuais que permeiam a Carta Magna, em especial o estudo de alguns princípios constitucionais ligados à questão penal, necessário que se faça uma análise global de como se dá e qual o contexto que se insere o denominado processo constitucional.

Historicamente é tensa a relação entre indivíduo e Estado, passando pelas mais variadas formas sob o as quais este último se materializa. Assim, dependendo da opção político-social, o Estado pode se caracterizar como democrático, autoritário ou mesmo social, interferindo diretamente na forma como se dá a relação com o indivíduo.

Independente de sua forma, o Estado possui um poder absurdamente maior do que o indivíduo, denominado de poder estatal intervencionista, gerando assim um claro descompasso de forças nessa relação. De um lado o Estado, gigante e com alto poder de intervenção na esfera privada, e do outro o indivíduo, totalmente a mercê do poder estatal.

É justamente para tentar equilibrar essa relação que surgem as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais mínimos, que nem o Estado pode afastar.

Como bem salienta Antonio Scarance Fernandes (2007), essas normas de cunho eminentemente garantista surgem como forma de proteger os direitos fundamentais dos seres individuais contra o imenso e poderoso poder estatal. É nesse contexto que com o passar do tempo e a concretização do modelo democrático as Constituições Federais passaram a ter em seu texto normas de cunho garantista.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (1990) afirma o pioneirismo da Constituição Imperial, de 1824, na previsão de normas garantistas, ainda que a doutrina majoritária dê tal crédito à Constituição da Bélgica, de 1831. O fato é que, no Brasil, desde 1824, a Constituição Federal traz em seu bojo normas que protegem o indivíduo da força gigante do Estado.

Essa tendência, como já dito, não se fixou somente no âmbito do direito nacional, sendo integrada no âmbito internacional de forma plena e crescente, a partir da criação de diversos instrumentos legais que foram criados com o objetivo precípua de defesa e proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, tais como a Declaração dos Direitos Universais do Homem de 1948, a Convenção dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1992, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, dentre inúmeros outros instrumentos.

Observamos assim que essa preocupação de defesa e garantia dos direitos fundamentais do ser humano frente ao Estado e aos particulares vem sendo inserida

nas normas constitucionais e também nos instrumentos legais de âmbito internacional, principalmente no pós-guerra.

Ainda utilizando-se do professor Antonio Scarance (2007) é possível afirmar que, no âmbito processual penal, há a influência inquestionável das orientações políticas historicamente afirmadas por determinado Estado, ou seja, o processo penal de um Estado se desenvolve a partir de orientações e opções políticas adotadas. Assim, o processo penal assume diferentes características dependendo da concepção política de determinado Estado.

Nesse sentido, é possível afirmar que em um Estado de concepção autoritária o processo penal serve exclusivamente aos interesses estatais, sendo o réu visto não como parte integrante do processo, sujeito de direitos, mas sim como um mero objeto de inquisição.

Já em um Estado de concepção liberal o ser humano individualmente considerado é posto como sujeito de direitos originários e inalienáveis, havendo que ser considerada a existência de uma lide processual, onde atuam duas partes – Estado e réu – com interesses opostos.

Por fim, em um Estado de concepção social o processo penal é responsável primordialmente pelo desempenho de uma função comunitária, refletindo valores políticos e ideológicos de uma nação.

Amparado pela Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro deve ser uma mistura ponderada entre as concepções liberal e social, vez que não se pode de forma alguma se distanciar a função social do processo penal, visto como instrumento de concretização do projeto constitucional de desenvolvimento.

Assim, surge o que é denominado de processo penal constitucional, que nada mais é do que a análise de tal área sob a égide constitucional.

Feitas essas observações iniciais, e fundamentais, sobre o processo penal constitucional iniciaremos a partir daqui uma análise detida sobre alguns princípios constitucionais ligados ao processo penal.

3 Análise principiológica

Marcello Ciotola (1988, p. 46), apontando a polêmica confusão que se faz entre norma e princípio ou, ainda, entre regra e princípio, preleciona, citando Robert Alexy:

Robert Alexy observa que, embora a distinção entre regras e princípios não seja nova, impera a respeito confusão e polêmica. Além do mais, a contraposição que freqüentemente se faz é entre norma e princípio, e não entre regra e princípio. Questionando esta postura, afirma que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica:

‘Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas’.

Paulo Bonavides enfatiza que na fase jusnaturalista,

os princípios habitam ainda a esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça

Diante destas considerações preliminares, passaremos a analisar alguns princípios que a nosso entender são fundamentais para uma compreensão do processo penal à luz da Constituição Federal, ressaltando que existem inúmeros outros que deixaram de aqui serem abordados, porém possuem também grande importância.

3.1 Princípio do Contraditório (art. 5º, LV, CF)

O primeiro princípio que será aqui estudado é o do contraditório, um dos que fazem parte do devido processo penal, responsável por analisar as garantias processuais do devido processo legal em face do processo penal.

Como já mencionado, o princípio do contraditório vem inserido na Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV. A doutrina aponta que o princípio do contraditório abrange dois elementos essenciais, quais sejam a necessidade de informação e a possibilidade de reação.

Sobre o tema, Rômulo de Andrade Moreira (2009) afirma que impossível se falar em devido processo legal sem contraditório, sendo esta a garantia da reação por parte daquele que sofre contra si uma ação, garantindo a igualdade plena no que tange às oportunidades processuais, sem privilégios a qualquer das partes.

O princípio do contraditório é tratado por Willis Santiago Guerra Filho (1999) como sendo um concreto e claro direito fundamental processual, além de ser também um princípio de organização do processo, garantindo a plenitude do acesso ao Judiciário.

Há aqui de ser feita uma diferenciação básica entre o princípio do contraditório aplicado ao processo civil e aquele aplicado ao processo penal. No processo penal exige-se a observância de um contraditório pleno e efetivo, ao contrário do que prevê o processo civil, onde o contraditório formal é suficiente.

Esclarecedor os ensinamentos de Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 132):

De fato, muito embora o contraditório também deva ser observado nos processos civis (extrapenais), é de se destacar que, para tanto, bastará que se oportunize a reação proporcionada por meio da citação válida, garantindo ao réu o direito de – se quiser – comparecer ao processo e se defender em face das argumentações da parte contrária.

Assim, é possível destacar que no processo civil, a ausência de defesa gera os conhecidos efeitos da revelia, o que não se dá no processo penal.

Os mesmo autores complementam:

Porém, sem sede de processo penal, além de se proporcionar ao réu o conhecimento da imputação que paira contra sua pessoa, oportunizando sua defesa, essa será indispensável quando se tratar de defesa técnica, vez que inadmissível acusação sem defesa como não deixa dúvida o art. 261 do CPP, regra que está em plena harmonia com a Constituição Federal.

Portanto, diz-se que no processo penal o princípio do contraditório deve ser real e não meramente formal como acontece no processo civil, isso em virtude de que no campo penal há a discussão sobre a restrição ou mesmo privação do maior bem de uma pessoa humana, a liberdade.

Dessa noção de princípio do contraditório aplicada ao direito processual penal é possível pensar a diferença dos efeitos da revelia em comparação ao processo civil, onde o réu revel não será mais intimado a participar de nenhuma fase processual.

No processo penal, em razão dessa necessidade de respeito ao contraditório real, há uma mitigação aos efeitos da revelia, vez que o réu continua possuindo o direito ao contraditório durante todo o processo, possibilitando assim que se restabeleça o equilíbrio entre a acusação e a defesa.

Ainda na temática do contraditório, podemos destacar a discussão acerca da possibilidade ou não de aplicação de tal princípio na fase investigativa, de inquérito policial. Tal discussão surgiu a partir da interpretação do art. 5º, LVI, da CF, e do art. 7º do Estatuto da OAB, defendendo parte da doutrina que tais dispositivos davam ensejo a possibilidade de aplicação do contraditório na fase de inquérito policial e também nas diversas hipóteses de investigação pré-processual.

Essa tese doutrinária encontrou sérias barreiras, especialmente na doutrina clássica de Frederico Marques (1997), que sustentava a impossibilidade de relativizar o caráter inquisitivo da fase pré-processual.

De fato, a majoritária corrente doutrinária, entende que realmente é impossível se falar em princípio do contraditório na fase investigativa, até mesmo pelo fato de que, por se tratar o inquérito policial de um mero procedimento administrativo informativo, não existe a aplicação ampla do princípio da publicidade também previsto em sede constitucional.

Ademais, conforme lecionam Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009), na fase de inquérito policial não existe lide, ou seja, não há acusação, prevalecendo a marcante característica da inquisitorialidade, a partir da simples interpretação do art. 14 do Código de Processo Penal.

Mesmo que não seja possível se falar em aplicação do princípio do contraditório à fase pré-processual, importante destacar que existe sim a necessidade de ser admitida a atuação da defesa, ainda que de forma mais amena do que àquela processual. Tal entendimento pode ser extraído a partir da interpretação do art. 360 do CPP, que dispõe sobre o encaminhamento do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública em caso de o réu não indicar defensor.

Neste caso, onde é lavrado o auto de prisão em flagrante, nota-se a clara intenção do legislador em garantir o mínimo de defesa técnica ao investigado, ainda que não se possa falar em atenção ao princípio do contraditório.

3.2 Princípio da Ampla Defesa

Passamos agora a analisar alguns aspectos que envolvem o princípio da ampla defesa no âmbito do processo penal. Porém, antes se faz necessário tecer alguns comentários sobre os aspectos gerais desse princípio.

Podemos caracterizar a ampla defesa como sendo o direito do acusado de apresentar suas alegações, produzir as provas que entender necessárias, enfim, realizar todos os atos que entenda necessário para a perfeita e ampla resistência ao direito de punir do Estado.

Assim, adentrando ao processo penal, parece óbvio que a ampla defesa engloba tanto a defesa técnica realizada por profissional habilitado com capacidade postulatória e conhecimento técnico, como também a autodefesa, que fica bem evidente na fase do interrogatório do réu.

Rômulo de Andrade Moreira (2009, p. 321) menciona em sua obra:

É evidente que todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do Direito, a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa, sendo imperioso destacar que o direito de defesa no Processo Penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade.

Do trecho acima transcrito é possível ter a noção exata da importância do princípio da ampla defesa para o processo penal, vez que sua inobservância é causa de nulidade.

Inúmeros são os reflexos deste princípio no processo penal e analisar todos eles exigiria a confecção de uma obra própria, o que não é o objetivo do presente artigo. Assim, trazemos à baila duas questões interessantes: as modificações introduzidas ao procedimento penal no que tange ao interrogatório do acusado e a possibilidade de realização desse interrogatório através de videoconferência.

Com a edição da Lei 11.719/2008, alterou-se substancialmente o rito ordinário e a sistemática processual penal no que tange ao interrogatório do réu, vez que este importante ato passou a ser praticado ao final da instrução processual, após a oitiva de todas as testemunhas.

Interrogar o acusado na fase final da instrução consolida o que a Constituição elevou à ordem de cláusula pétrea e princípio de direito, como sendo o respeito à ampla defesa, permitindo ao juízo *buscar a verdade real* com maior amplitude de apuração dos fatos com os depoimentos existentes.

O fato é que o interrogatório do acusado é um dos principais meios de defesa em um processo que se busca a verdade real. É, sem sombra de dúvidas, a maneira mais cristalina do magistrado tentar buscar a verdade dos fatos que ensejarão ou não uma condenação criminal, de imensurável repercussão social.

De fato houve uma clara evolução do interrogatório, passando de ato exclusivo de prova, característico do sistema inquisitório, para um misto de defesa e prova, do sistema acusatório, onde o réu passa a ser sujeito da relação processual e detentor de direitos fundamentais como a ampla defesa.

Assim, a mudança do interrogatório para uma audiência concentrada, ao final da instrução probatória, fez com que mais uma vez fosse consagrado plenamente o princípio da ampla defesa, já que deu a oportunidade do réu exercer de forma eficaz sua autodefesa.

3.3 Princípio do *Nemo Tenetur Se Detegere*

Passemos agora a analisar um dos princípios que mais discussões geraram na doutrina e jurisprudência, podendo ser conceituado como o princípio que garante ao acusado (ou investigado) o direito de não produzir prova contra si mesmo. Tal princípio é tratado como sendo um gênero da espécie direito ao silêncio, positivado no Pacto de San José da Costa Rica e na própria Constituição Federal de 1988, onde é tratado como um direito fundamental.

Fugindo um pouco da mera análise teórica, o princípio aqui estudado tem grande repercussão prática, podendo ser destacado os testes de DNA e a realização do teste de bafômetro como instrumentos de instrução probatória.

A grande questão posta pela doutrina e jurisprudência reside na obrigatoriedade ou não de submissão ao teste do bafômetro ou DNA e as consequências decorrentes da não realização destes testes. Para tal questionamento, como bem leciona Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009), existe duas correntes doutrinárias facilmente identificáveis.

A primeira entende pela impossibilidade de submissão do réu ou investigado, contra a vontade dos mesmos, a qualquer perícia que possa de alguma forma produzir resultados danosos a título de prova. Para esta corrente doutrinária, a recusa em participar da perícia não pode ser interpretada como confissão.

A segunda corrente entende pela total possibilidade de submissão do réu, contra sua própria vontade, a exames periciais como DNA e bafômetro.

Parece-nos falacioso o argumento utilizado pelos defensores da primeira corrente e nos utilizamos aqui dos ensinamentos de Sérgio Moro que diz:

Deve ser afastada como óbice a velha máxima latina de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio.

Observa-se que de fato inexistente a previsão legal ou mesmo constitucional que garanta a não produção de prova contra si mesmo, sendo resguardado tão somente o direito ao silêncio.

4 Considerações finais

O Direito penal não é simplesmente um conjunto de normas estáticas ordenadas esteticamente, mas sim faz parte de um sistema complexo e dinâmico ao cumprir funções concretas dentro da relação social.

Diante de tudo que fora abordado nas linhas acima, concluímos que a análise do direito penal e processual penal à luz da Constituição Federal é de extrema importância e possuidora de uma dificuldade de posicionamento entre o garantismo supremo e a efetividade da sanção imposta pelo Estado, isso se analisarmos no âmbito interno ou mesmo no internacional.

O Direito Penal possui uma repercussão assustadora na vida das pessoas, devendo ser encarado como a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos, ou seja, a última alternativa, já que se torna flagrante a possibilidade de restrição do direito fundamental à liberdade.

Assim, como já mencionado, a Constituição Federal impõe limites à atuação do poder do Estado, permitindo que este puna as ilicitudes, porém sempre respeitando os direitos fundamentais individuais de cada ser humano.

O grande ponto é não se deixar levar pelo que a doutrina denomina de “Garantismo Supremo”, não se permitindo ter uma obediência irrestrita em relação a

alguns princípios constitucionais, sob pena de ser concretizada uma verdadeira injustiça criminal.

A análise constitucional do direito penal e do processo penal deve ser feita a partir dos ditames de concretização de uma justiça criminal comprometida com os direitos sociais da coletividade e não somente com a irrestrita proteção dos direitos individuais.

O garantismo supremo certamente poderá levar a uma verdadeira crise de justiça criminal e conseqüentemente a uma verdadeira onda de impunidade, com a certa ameaça ao Estado Democrático de Direito consagrado pelo ordenamento constitucional vigente em nosso país.

Logo, podemos finalizar afirmando que os princípios constitucionais são de extrema importância para o direito penal e o processo penal, desde que aplicados com proporcionalidade e através de uma análise profunda dos direitos fundamentais da coletividade.

Referências

BEDÊ JÚNIOR, Américo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; GRECO, Rogério, *Da principiologia penal ao direito á intimidade como garantia constitucional*, In: Revista Direito e Desenvolvimento, v. 4, 2011.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CIOTOLA, Marcello, *Princípios gerais de direito e princípios constitucionais – Os princípios da constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COBO DEL ROSAL, M. e VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal – parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES CANOTILHO, J.J., e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. São Paulo: Síntese, 1999.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán, *El derecho penal y sus limites*, In: Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, vol. II, Institut de Criminologia, Valencia: Universitat de València, 1997.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal – parte general*, Barcelona: Reppertor, 1996.
- MIRA JAVIER. Javier, *Función del derecho penal y forma de Estado*. In: Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, vol. II, Institut de Criminologia, Valencia: Universitat de València, 1997.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Curso temático de direito processual penal*. 2ª ed. Slavador: JusPodivm, 2009.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1998.
- ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- _____, *Derecho penal – parte general*. Título original em alemão: *Strafrecht. allgemeiner*. (1994). Traduzido para o espanhol por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

