

A HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS, GARANTIAS E INSTITUTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

*Não é triste mudar de idéias.
Triste é não ter idéias para mudar.*
(Barão de Itararé)

Isabel Cristina Brettas Duarte

Resumo:

O presente artigo objetiva estimular a reflexão dos juristas acerca da releitura garantista da Constituição Federal, no sentido de conferir efetividade e flexibilidade aos direitos e garantias nela previstos ou dela decorrentes, bem como ressaltar a importância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Dessa forma, busca-se uma abordagem crítica e diferenciada do assunto, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave:

Princípios. Garantias. Direito Penal e Processual Penal.

Abstract:

The present article objectifies stimulate jurists' reflection concerning new reading of the Federal Constitution, in the sense of checking effectiveness and flexibility to the rights and warranties in her foreseen or her current, as well as to stress the importance of if procede to a new constitutional interpretation concerning the application of the principles and fundamental warranties in the scope of the Penal and Penal Processual Right. Thus, it seeks a critical approach and differentiated from the subject, checking dinamic to the Right through the defense of the basic foundations of the Estado Democratic of Right.

Keywords:

Rights. Warranties. Penal and Penal Processual Right.

Sumário:

Introdução. 1 Os Direitos Humanos como Sistema de Garantias do Indivíduo-Cidadão. 2 O Papel do Garantismo da Defesa dos Princípios, Garantias e Institutos Penais e Processuais Penais. 3 Princípios, Garantias e Institutos Penais e Processuais Penais sob a Ótica Constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o processo de democratização dos países que sofreram os horrores das ditaduras, ganha especial atenção a proteção dos direitos humanos. Impulsionado pela Constituição de 1988 – que consagra os princípios da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana – o Brasil passa a se inserir no cenário de proteção internacional dos direitos humanos. O alinhamento do Brasil à essa sistemática internacional é relativamente recente, mas já trouxe grandes avanços no tocante à efetivação do princípio da primazia da pessoa humana.

Os Estados-partes da Convenção Americana têm a obrigação de respeitar estes direitos garantidos nesses documentos, bem como assegurar o livre e pleno exercício destes direitos, adotando as medidas legislativas pertinentes, e as demais que se fizerem necessárias, no sentido de conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados no Pacto de San José da Costa Rica. Apesar dos inegáveis avanços logrados nesse sentido, ainda resta um longo caminho a percorrer, dando continuidade ao trabalho desenvolvido pelos pensadores jurídicos a partir da visão garantista dos direitos humanos, a qual traz uma série de reflexões no âmbito jurídico, principalmente no sentido de que o processo penal é instrumento de proteção do cidadão perante o Estado.

A releitura garantista da Constituição Federal remete a uma cultura jurídica diversa, cuja hermenêutica tem viabilizado várias e profundas transformações da norma, adaptando-a ao viés garantista conferido pela Carta Magna. Assim, a corrente garantista tem arregimentado cada vez mais seguidores, pois, mais do que um Direito Alternativo, trata-se de um direito necessário, uma vez que na hierarquia das normas a Constituição Federal encontra-se no ápice da pirâmide kelseniana.

A Constituição Federal brasileira mostra-se garantista, como se depreende da lição de Cademartori (1999), sendo que qualquer interpretação literal da lei, sem levar em conta os ditames maiores da Carta Constitucional e

dos inclusos direitos fundamentais da pessoa humana, mostra-se francamente infensa ao garantismo e, por corolário, à própria subsistência do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, não há que causar estranheza o fato de terem sido tão férteis os ideais garantistas na seara penal e processual penal. Como assevera Streck, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultará em um mal-entendido” (2004, p. 281).

Mormente, tem-se perseguido justamente essa visão horizontal, pois a justiça que se deseja deve ser expressa na concretude do gesto e na coragem de mudar, de forma desafiadora, para que realmente alcance a justiça social, ainda que desafie o texto legal positivado. O campo do Direito Processual Constitucional tornou-se fecundo, e hoje já se colhe os frutos que decorreram da árdua batalha, ao longo dos anos, de uma minoria que, indiferente às pressões e críticas, sempre procedeu à defesa incansável dos direitos fundamentais do cidadão, os quais, uma vez assegurados pela Constituição Federal, não mais podem ser removidos.

1 OS DIREITOS HUMANOS COMO SISTEMA DE GARANTIAS DO INDIVÍDUO-CIDADÃO

O discurso dos direitos humanos está indissociavelmente atrelado à cidadania, mas não deve restringir-se ao plano formal, mas ser estabelecido substancialmente, criando-se meios capazes de colocá-los em prática. Nessa senda, Corrêa assevera que “os direitos humanos são direitos históricos, surgidos na idade moderna a partir das lutas contra o Estado absoluto, no campo da luta de classes a partir de um sistema de exploração/dominação historicamente datado” (2002, p. 171). O elenco dos direitos individuais, coletivos e sociais consagrados pelo Direito positivado brasileiro é considerado um dos mais avançados do mundo, embora careça de maior efetividade. Ainda que muitos deles sejam sonogados à maioria da população brasileira, isso não retira a pragmatidade dessas normas.

Por isso, mostra-se de grande relevância o papel dos direitos humanos no tocante à conquista da cidadania, dando efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Também Suannes faz uma observação quanto a esse que é um dos mais importantes temas atuais atinentes ao Direito:

Ouçõ a pergunta com freqüência: o que leva alguém a preocupar-se com os chamados “direitos humanos”? Confesso que não saberia responder. Quanto a mim, por mais que o desejasse, não consigo ficar indiferente ao sofrimento humano. Anos e fortuna aplicados em psicoterapia só me levaram a uma conclusão quanto a isso: os abrutalhados jamais se sentarão naquele sofá (2004, p. 33-34).

Os pobres, analfabetos e miseráveis da população brasileira não têm os seus direitos assegurados, em razão da concentração da renda em poder de uma minoria, o que aumenta o fosso da desigualdade e da exclusão social. Ainda consoante Corrêa – para quem a cidadania é um pressuposto dos direitos humanos, como espaço de construção do espaço público –, só tem sentido falar em direitos humanos e cidadania se atuarem como produtores de sentido no embate político pela ocupação do espaço público estatal, pois

A universalidade tanto dos direitos humanos quanto da cidadania depende da superação das contradições fundamentais do sistema. [...] Os direitos humanos vistos na ótica dos excluídos serão concretos à medida que as forças da mudança se interpuserem sobre os agentes da manutenção da forma capitalista das relações sociais (2002, p. 231-232).

Para que haja a construção de uma cidadania que oportunize a todos o acesso ao espaço público, é imperioso conhecer as reais necessidades sociais, de modo a trazer à baila o debate crítico acerca do cerne da cidadania, que é, segundo Specht, “a efetividade dos direitos e garantias fundamentais já positivadas e integrantes do arcabouço jurídico” (2005, p. 28). Mas o amplo conceito de cidadania só vem adquirir os contornos que hoje conhecemos a partir do estabelecimento de um novo paradigma: a idéia de que há um ele-

mento social inserido nesse conceito, e seguindo a idéia de Rocha, “não há cidadania em amplo sentido sem que exista um conjunto de mecanismos democráticos, amparados num sólido ordenamento jurídico, que permita ao indivíduo, ou sujeito, ser incluído em todas as esferas da vida social” (2005, p. 68).

2 O PAPEL DO GARANTISMO DA DEFESA DOS PRINCÍPIOS, GARANTIAS E INSTITUTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Nos dias atuais, vem ocorrendo um forte movimento de reavaliação dos princípios constitucionais na hermenêutica do Direito Penal. Assim, foi dado um importante passo no tocante à evolução das garantias asseguradas na Constituição Federal, a partir do chamado garantismo penal, que nada mais é do que a instrumentalização de direitos e a busca da efetivação do princípio da dignidade humana, o qual abarca todos os direitos e as garantias inerentes aos cidadãos, possibilitando a efetivação da cidadania além do plano meramente formal.

Nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho, “as correntes críticas do Direito apontam para a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do sistema jurídico, para que fique contaminado pelo ‘vírus’ constitucional” (2003, p. 21). A releitura garantista da Constituição Federal remete a uma cultura jurídica diversa, cuja hermenêutica tem viabilizado profundas transformações da norma, adaptando-a ao viés garantista conferido pela Carta Magna.

Nesse sentido, também Weinmann destaca que “hoje, principalmente como efeito da Constituição de 1988, busca-se entender o garantismo enquanto princípio geral do Direito; no caso específico do Direito Penal, como extensão de direitos inclusive aos infratores das leis penais” (2005, p. 124). Mas muito mais além do que o agravamento das sanções legais, é preciso pensar em políticas públicas inclusivas, pois é ilusão pensar que penas mais rigorosas serão capazes de frear os altos índices de criminalidade. Conforme Franco:

O Direito Penal, entrando na velocidade trazida pela urgência, traz consigo um novo tipo de risco: o da insegurança jurídica, ou seja, um recuo da liberdade [...]. O que se deve fazer é, ao invés do caminho simplório, discriminatório e equivocado da persecução penal, assumir a tarefa da promoção de uma política de cunho social, visando à inclusão dos excluídos e não a sua efetiva marginalização (1991, p. 14).

O Direito está sendo chamado a resolver questões advindas de novas necessidades, para as quais não pode dar resposta empregando apenas os meios tradicionais do Direito Penal clássico. Conforme Habermas, “no Estado Democrático de Direito, deve-se adotar uma compreensão da Constituição que proteja um processo de criação democrática do Direito e zele para que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução” (1997, p. 50). No tocante ao assunto, assevera Streck que a importância do garantismo

reside na democracia constitucional, fruto de uma mudança radical de paradigmas do Direito. [...] Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, mas também) jurídica de sua afirmação (realização/aplicação). O como elaborar isso juridicamente é obra para uma nova dogmática Constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral (2004, p. 48-50).

Essa situação de inefetividade dos direitos fundamentais inerentes à cidadania precisa ser revertida, pois, como assevera Streck, “a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito” (2004, p. 39). Nesse ínterim, os juristas devem agir e produzir não somente à luz das leis, mas principalmente pelo viés do pensamento e de acordo com a matriz constitucional, ou seja, à luz da hermenêutica constitucional, pela qual deve-se guiar todo o ordenamento jurídico. Com isso, a atividade jurídica estará contribuindo para solucionar – ou amenizar – as grandes questões que afligem a humanidade à luz do Direito.

3 PRINCÍPIOS, GARANTIAS E INSTITUTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Visando a uma atuação fiel à Carta Magna, voltada à maximização dos direitos, o operador do Direito deve proceder a uma interpretação conforme a Constituição, ou seja, em consonância com a Lei Maior, de modo a salvaguardar os princípios e garantias fundamentais nela insculpidos e conferir elasticidade e renovação ao pensamento jurídico, fazendo a subsunção da norma à realidade social. Isso porque não há como proceder a sua interpretação divorciando-a do caso concreto; não se pode compreender os institutos processuais sem que estejam em consonância com a Lei Maior. Qualquer interpretação literal da lei, que não leve em conta os ditames da Carta Magna e os inclusos direitos fundamentais da pessoa humana, mostra-se francamente infensa ao garantismo e, por corolário, à própria subsistência do Estado Democrático de Direito.

Por isso, a Constituição não deve ser entendida apenas como um texto jurídico fundamental, em que estão positivados direitos e garantias, mas como um “núcleo de princípios”, cujas normas englobam o texto aplicado e concretizado. Como muito bem assinala Streck, “a compreensão do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito implica a construção de possibilidades para a sua interpretação. Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!” (2004, p. 181). Afinal, há uma grande diferença entre a lei codificada e a lei analisada, ativada pelo julgador. Só então se pode evidenciar as suas imprecisões, fazer emergir as incongruências e, dessa forma, torná-la humanizada.

Uma Constituição democrática como a brasileira pressupõe que uma norma só será válida se estiver em consonância com a Lei Maior, sendo que, para tanto, é necessário que haja uma pré-compreensão da Constituição no momento de interpretar um texto legal, ao invés de este ser analisado apenas por si próprio. Exemplo disso é o posicionamento do eminente jurista Streck, para quem:

A “baixa constitucionalidade” no Brasil decorre de uma “baixa pré-compreensão”, que acarreta uma ‘baixa compreensão’, que, por conseguinte, redundará em uma “baixa interpretação”. Forjou-se, assim, uma espécie de “teto hermenêutico”, estabelecido exatamente a partir de uma tradição no interior da qual o direito constitucional nunca teve a devida importância. [...] A chave da crise do Direito e dessa “baixa efetividade da Constituição” talvez se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece, depois interpreta, para só então aplicar (2004, p. 323).

Nesse contexto, faz-se necessário trazer a lume alguns dos mais importantes princípios e garantias nela consagrados, de modo a ressaltar sua importância na aplicação das normas e resguardar a sua função constitucional sob a ótica do Estado Democrático de Direito, confluindo para seu núcleo valores, bens e interesses constitucionais, dos quais alguns mais relevantes serão abordados, de acordo com a principiologia democrática agasalhada na Carta Magna.

3.1 A presunção de inocência

Jamais se pode deixar de considerar a presunção de inocência que milita em favor dos acusados, também ovacionada na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, em 22.11.1969, que, conforme Junior (2000), foi consubstanciado pelo ordenamento jurídico atual de ordem mundial, prelecionando sobre as garantias do cidadão, inserindo também os princípios do devido processo legal, do contraditório, e, principalmente, da ampla defesa.

Esta Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26.05.1992, ratificado pela Carta de Adesão de 25.09.1992 e incorporada no direito pátrio pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992, que determinou seu integral cumprimento, e vem fortalecer o princípio constitucionalmente consagrado do *in dubio pro reo*, ou princípio do *Favor Rei*, pregando que, diante da dúvida, por mínima que seja, deve-se absolver o acusado.

Assim sendo, toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, posto que a cláusula “enquanto não se comprove legalmente a culpabilidade” não se refere unicamente ao aspecto procedimental, ou seja, observando-se todas as garantias, mas também aos meios probatórios, que devem ser rigorosamente previstos em lei, pois a lei processual deve tipificar tanto as condições de aplicação quanto o conteúdo das intromissões dos poderes públicos no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Durante o processo toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, nos termos do artigo 8º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – “Pacto de San José de Costa Rica”. Assim, o Direito brasileiro foi signatário na Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, adotando a presunção da inocência como princípio basilar, tanto que Gomes e Piovesan afirmam que ela

[...] subsiste até o momento da condenação em definitivo. E não existe condenação sem um mínimo de atividade probatória, logo, é de se concluir que a única forma de se destruir a presunção consiste na realização de uma atividade probatória suficiente, da qual deve se encarregar quem fez a acusação, pois o ônus de comprovar os fatos e a atribuição e a atribuição culpável deles ao acusado, por força do artigo 156 do CPP, é de quem formula a acusação, impondo-se observar que jamais pode-se atribuir ao acusado a responsabilidade ou o dever de provar a sua inocência (2000, p. 226).

Assim, infere-se que a inocência não precisa ser provada, em razão da presunção relativa de inocência: o que deve ser provado é a culpabilidade, para derrubar essa presunção, pois conforme afirma o desembargador Amilton Bueno de Carvalho:

Garantisticamente, a inocência se presume e a culpa se comprova objetivamente, o que é um ônus do Estado-acusador. Em linha oposta à do civil, não há, no direito processual penal, ônus quanto à matéria não contestada ou silenciada. Já no século XVII, Hobbes havia constatado, em seu *Leviatã*, que, ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não ao de defender a si mesmo. Ainda, que cada um se obriga a ajudar o soberano da punição de outrem, mas não na sua própria (2003, p. 110).

Dessa forma, o princípio da presunção da inocência é inerente à própria democracia, pois diz respeito à liberdade do cidadão em oposição à força do Estado, daí decorrendo muitas das demais garantias constitucionais derivadas do respeito à dignidade do cidadão.

3.2 A verdade real

É salutar que se reconheça o processo como estrutura artificial – criada pelo homem e sujeito a sua falibilidade – que objetiva, da forma mais justa possível, compor um jogo de interesses em questão, no qual a eleição de um posicionamento jamais pode significar a descoberta da única e incontroversa verdade real, mas, sim, a valoração das demais versões como não-verdades, o que não as extingue. A lógica inquisitorial estabelecida como caminho à solução do caso traz à tona a busca do mito da “verdade real”, porém, os direitos fundamentais devem ser respeitados no processo e a verdade material não pode ir além do respeito aos direitos primordiais. Isso deve ser encarado como grandes conquistas decorrentes de um processo histórico. Nessa linha de consideração, Bacila ressalta que:

As conquistas milenares dos direitos humanos, em especial as auferidas, nos últimos duzentos anos, devem ser consolidadas e não ceder diante de um discurso vazio de busca da “verdade material a qualquer custo”, pois a verdade material nem sempre apareceu por intermédio dos métodos que não são democráticos, e a verdade no processo penal está arraigada com o respeito à dignidade humana, fundamento de um Estado de Direito (2002, p. 78).

Também nesse sentido é a afirmação de Carnelutti de que “a razão se decompõe em razões, a luz em cores, e o silêncio, em sons. Assim como não podemos afrontar toda a luz, nem desfrutar todo o silêncio, tampouco podemos nos apoderar de toda a razão, pois as razões são aquela fração de verdade que cada um de nós julga haver alcançado” (2002, p. 38). Por isso, conclui ele que “em síntese, a verdade está no todo, e o todo é demais para nós” (2002, p. 105). Desse modo, deve-se perceber que o princípio da verdade real como norteador do processo penal é um conceito ultrapassado, pois o que o Processo Penal tem buscado, nas linhas modernas do Direito, é proporcionar um julgamento justo ao acusado. Como assevera Ferrajoli (1995), trata-se de “una ingenuidad epistemológica”, pois a verdade deve ser encarada como sendo provisória e relativa, na medida em que apenas o que pode ocorrer é uma aproximação da verdade.

3.3 A livre convicção

O princípio da livre convicção, também conhecido como princípio da persuasão racional, é o critério mais equilibrado na averiguação das provas, dado que o juiz não é escravo de provas tarifadas, porém deve decidir com base nas provas colhidas nos autos e de maneira lógica e coerente. O Brasil adota preponderantemente o critério da livre convicção, como se infere dos dispositivos do Código de Processo Penal, mais precisamente nos artigos 157 e 381, III. Além disso, cabe mencionar também que as convicções dos magistrados nesse sentido são de suma importância para que se dê a realização plena dos valores constitucionais, pois cabe a eles zelar pelos direitos fundamentais e garantir a sua aplicação, fazendo a interpretação mais justa de acordo com o caso concreto. Assim, reitera-se as palavras do eminente jurista Alberto Franco:

O juiz atual deve perder a sua incontaminada inocência, imiscuindo-se nas impurezas do social, e deve tomar consciência de que o apego literal à norma pode, não poucas vezes, torná-lo mero instrumento de interes-

ses menos legítimos; mas o papel do juiz criminal não se resume apenas em infundir, em relação a determinadas normas de incriminação, o sopro do social. É sua incumbência ainda posicionar-se na relação de tensão “indivíduo-Estado”, para assegurar sempre uma esfera individual frente à onipotência do Estado. E, no exercício deste mister, não pode validar nenhum agravo aos princípios constitucionais, que velam pela área da liberdade e de segurança jurídica que cada cidadão possui frente ao Estado (1991, p. 14).

Deve-se procurar a verdade material para satisfazer o interesse de realização da Justiça, porém sem preterição dos direitos humanos, pois estes foram conquistados e consolidados arduamente pelos diversos povos e abandoná-los configuraria um retrocesso inadmissível. Afinal, pode-se concluir que a ordem jurídica das sociedades modernas está preparada para proteger os direitos fundamentais clássicos dos indivíduos perante o Estado, que é uma das maiores preocupações do Estado Democrático de Direito. A livre convicção encontra, portanto, é a barreira dos princípios e garantias norteadores do Estado Democrático de Direito, de modo a prevalecer a dignidade humana, pois o equilíbrio deverá preponderar acima de tudo.

3.4 A consideração da reincidência

A reincidência vem sendo objeto de debates acirrados, mormente no caso de sua utilização na aplicação da pena, a título de agravante, mas não se deve ter dúvidas de que sua aplicação configura afronta ao *non bis in idem*. Conforme Salo de Carvalho, “quando o juiz agrava a pena na sentença posterior ou a utiliza como fundamento para obstar benefícios da execução penal, está, sim, aumentando o *quantum* da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime (2001, p. 131). Embora a Constituição Federal não tenha consagrado expressamente o princípio do *non bis in idem* processual, mas fê-lo de outra forma, ao estabelecer que ninguém pode ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado.

O vicejo da consideração inapagável da reincidência e dos antecedentes no espírito do julgador se sedimenta como algumas das maiores máculas ao modelo penal de garantias proposto pela CF/88. Ao se confrontar a reincidência com o modelo garantista, infere-se a incompatibilidade com os princípios reitores do Direito Penal democrático e humanitário, pois como afirma Carvalho (2001), uma vez que a mesma, na forma de agravante criminal ou óbice para conquista de benefício ao apenado, configura um *plus* para a condenação anterior já transitada em julgado.

A pena tem como objetivo a recuperação do agente. O cumprimento da sanção, para realizar seu conteúdo teleológico, deveria, por exemplo, resultar em preparação profissional, ensinar a fazer uso do ócio de uma forma construtiva, educar, melhorar as relações pessoais e despertar a consciência socioaxiológica. A pena é um mal necessário, mas se a sanção não pode cumprir sua função, não há razão de ser do acréscimo pela reincidência. Não é a rigorosidade dos textos legais que irá diminuir ou impedir o crescimento da violência, pois embora a sociedade ponha sobre os ombros da Justiça essa responsabilidade, a solução passa pela adoção de políticas sociais eficazes no combate à pobreza, função esta que não cabe ao Direito Penal, como assevera o jurista português Dias ao referir que:

Ao Direito Penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito – que historicamente sempre terá sido – de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade. Uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas modernas. Pelo contrário, uma tal função conduziria inexoravelmente, de forma imediata ou a prazo, a converter o direito penal em instrumento de ideologia política-social, em fator de uma qualquer taumaturgia social; conduziria, isto é, à renovação, sob uma veste nova, do velho integralismo penalístico e se reduziria, deste modo, a um “novo” processo palingênético (1999, p. 73).

Ainda que a sociedade clame por justiça, deve-se considerar que não tem conhecimento jurídico suficiente para sopesar as implicações do que é efetivamente justo ou não. Cabe, então, aos pensadores jurídicos, informar à sociedade que a solução para o problema da criminalidade não está no agravamento das sanções legais, pois cominar penas mais severas não inibe a criminalidade, apenas mascara a realidade social de extrema pobreza da maioria, a qual, poderíamos assim dizer, sofre a força que o Direito produz, mas desconhece a força que produz o Direito, parafraseando Carnelutti (2003, p. 95). Também nesse sentido é o posicionamento de Franco, ao preconizar que:

Buscar nas proibições penais a solução do problema do crime é uma ingenuidade. Supor que o Direito Penal deva considerar-se a resposta natural, primeira e mais eficaz, em princípio, é uma absurda crueldade própria do despotismo não ilustrado. Tanto como confundir os primeiros socorros ou o tratamento clínico com a cirurgia! (...) Do ponto de vista de política criminal, o controle racional da delinquência reclama o prévio desenvolvimento de uma justa e eficaz política social que incida a tempo nos fatores que favorecem ou configuram o crime e busque a instauração de uma sociedade mais sã. Mais na razão do que na paixão, na liberdade do que na pena. Uma atitude liberta da dupla moral da sociedade de consumo, que, com sua mão, impõe um elevado padrão de vida e, com a outra, criminaliza as frustrações do cidadão que não pode alcançar aquele padrão, precisamente porque essa mesma sociedade lhe fecha a passagem com suas injustas estruturas (1991, p. 39).

Considerar a reincidência para fins de obstaculizar a conquista de benefício, ou tornar mais difícil a sua obtenção, acaba por descortinar o critério da duplicidade do julgamento. É o passado, é a conduta pretérita do apenado, vindo à tona para prejudicá-lo, vestindo-se de um sentimento antigarantista de vingança contra o delinquente, o que é inadmissível diante de todo o aparato de proteção dos cidadãos conferido pelo avanço dos ordenamentos jurídicos.

3.5 A consideração dos antecedentes

No que respeita aos antecedentes, tal valoração é inconstitucional. Ainda que se os considere apenas no caso de condenação definitiva anterior que não configure reincidência, tal critério, vigente na legislação brasileira, representa o injusto modelo penal de periculosidade, paradigma que legitimou a atuação dos Estados totalitários, nos quais vigorava o repulsivo e antidemocrático Direito Penal do autor.

Esta estrutura, na qual o sujeito é estigmatizado como um ser perigoso, é, na lição de Zaffaroni, uma corrupção do Direito Penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção “não se condena tanto o furto como o ‘ser ladrão’, não se condena tanto o homicídio como o “ser homicida”, não se condena tanto o estupro como o “ser delinqüente sexual” (1999, p. 118), e tal idéia deve ser desprezada pelos operadores de Direito que almejam aplicar a lei no caso concreto, de modo a interpretá-la de forma justa e de acordo com a realidade social vigente.

A valoração negativa da personalidade é inadmissível em um sistema penal democrático fundado no Princípio da Secularização. O cidadão não pode ser sancionado por sua personalidade – cada um a tem como entende. Outrossim, o gravame pela valoração dos antecedentes é resquício do injusto modelo penal da periculosidade e representa *bis in idem* inadmissível em um processo penal garantista e democrático, pois condena-se novamente o cidadão-réu em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas.

3.6 O direito ao silêncio no interrogatório

Anteriormente, o interrogatório era tanto considerado como meio de prova quanto como meio de defesa: meio de prova, pois seu conteúdo contribui para o deslinde do processo, e meio de defesa porquanto constitui oportu-

nidade para o acusado produzir elementos de defesa. Com o advento da Lei nº. 10.792/2003, consagrou-se expressamente o interrogatório como meio de defesa, sendo que o silêncio do acusado não significa reconhecimento de culpa nem pode gerar qualquer presunção contra o mesmo. Cumpre frisar, nessa senda, que Suannes afirma que “entre os direitos fundamentais do ser humano sobrepõe aquele que é o direito de estar só. Ou seja, o Estado não pode, eticamente, violentar a intimidade de quem quer que seja” (2004, p. 333).

Assim sendo, a não produção de interrogatório jamais poderá significar qualquer indício de culpa; não era permitido antes e menos ainda agora, com a referida lei, em que ficou expressamente consignado que o silêncio do acusado não implica reconhecimento de culpa. Trata-se este de um grande avanço na norma processual vigente, que, finalmente, abraçou a presunção da inocência e o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, pois o privilégio contra a auto-incriminação é um direito público subjetivo constitucionalmente consagrado.

O direito ao silêncio assegura a liberdade de consciência do acusado, e o exercício desse direito deve ocorrer de forma plena. A faculdade de calar, sob a ótica constitucional, reveste-se de um sentimento garantista, na medida em que reconhece um direito efetivamente justo, e, ademais, o Juiz jamais poderá interpretar o silêncio em desfavor da defesa. Dessa forma, resta completamente superado o entendimento de que o interrogatório é instrumento de obtenção de confissão do réu. O juiz já não pode mais interpretar o silêncio em desfavor da defesa, como se fosse um indício de culpa, uma vez que, finalmente, o silêncio foi reconhecido como um direito natural, atributo da personalidade, pois faz parte da subjetividade de cada um, e, portanto, da sua intimidade.

Ainda conforme Suannes com relação ao assunto, “odo ser humano, pelo simples fato de ser tal, é digno de respeito, qualquer seja a imputação que se lhe faça ou mesmo qualquer seja a punição que lhe seja imposta (2004, p. 333). Dessa forma, o direito ao silêncio decorre do respeito à personalidade humana e, portanto, às liberdades públicas, pois é permitido ao ser humano

fechar-se em si mesmo, sem que isso venha em seu prejuízo, ao menos no âmbito legal. Trata-se simplesmente de uma inexistência de produção de elementos probatórios por conveniência da defesa, como estratégia da defesa técnica, algo perfeitamente cabível e que não representa nenhum tipo de conduta antiética.

3.7 O contraditório

O contraditório é a ciência bilateral dos atos processuais, e o direito ao silêncio conecta-se ao princípio do contraditório na medida em que não basta a vontade de se contrapor à acusação: é preciso ter absoluta ciência, e somente pode ser contraditado o que é conhecido. Nesse ponto, o sucesso da defesa depende da harmonia entre a autodefesa do acusado e a defesa técnica do Advogado. Importante lembrar, ainda, que Grinover, Fernandes e Gomes Filho consideram “a garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida como oposição, mas sim como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo” (1999, p. 143).

Assim, o contraditório está inserido no contexto do devido processo legal, pois sua correta observância significa a aplicação plena da função jurisdicional, de modo a garantir a justiça e a legalidade dos atos processuais praticados. Modernamente, não mais se pode reduzir a abrangência do contraditório à contraposição de alegações e provas, pois diz respeito à própria essência do processo, que não se esgota na ciência bilateral dos atos processuais. Refere-se especialmente ao propósito processual de se apurar a verdade tida como aproximada, e também de se fazer o melhor possível na busca pela realização da justiça.

O efetivo contraditório deve permear todo o processo, incluindo-se, desse modo, em todas as instâncias, como sendo uma garantia de ambas as partes no sentido de que se estabeleça a dialética processual. Não se pode olvidar que o contraditório está inexoravelmente atrelado ao princípio da

presunção da inocência, cujas considerações foram feitas anteriormente, porquanto a violação deste último importa na assunção, ao réu, do ônus de provar, instaurando a dialética processual em seu desfavor.

3.8 O tratamento paritário

A garantia do tratamento paritário ou da igualdade de armas é a concessão de oportunidades iguais que permite o contraditório dialético, mas não é possível analisar a questão apenas do ponto de vista formal. O processo deve ser encarado como sendo a expressão democrática de um determinado modelo de Estado, o que redundará na certeza de que é preciso que se proporcione condições reais para que haja uma defesa efetiva, sob pena de prejuízo da defesa, o que é causa de nulidade absoluta se influenciar na decisão da causa por ter provocado irrefutável dano à parte.

O processo penal tenta se aproximar do utópico entendimento de que há igualdade processual entre as partes, para haver um “equilíbrio de armas” entre os litigantes, mas esse equilíbrio processual entre as partes, na verdade, não existe em nenhuma ação penal pública, tendo em vista que o Ministério Público possui todo um aparato jurisdicional que sempre sobreporá ao acusado, com normas constitucionais garantidoras desta desigualdade. Em contrapartida, na maioria das vezes o acusado é pessoa sem instrução, pobre, que não possui condições de contratar um bom advogado, sendo levado à defesa dativa, que também possui uma condição de trabalho restrita, tendo em vista a falta de elementos para sua defesa, ou então à Defensoria Pública, cuja estrutura de funcionamento não conta com um número de profissionais suficiente para atender a toda a demanda.

Nesse sentido, o contraditório e a ampla defesa abrangem também a possibilidade de haver uma defesa plena, e, nessa linha de pensamento, também a situação de inferioridade jurídica, devido à falta de condições financeiras, configura uma grave violação do direito ao exercício do contraditório, entendido em seu sentido mais amplo. Assim, não basta a instauração do

contraditório apenas formalmente; é preciso também proporcionar condições para diminuir a desigualdade entre as partes, posto que há uma grande desproporção entre a acusação e a defesa.

Dessa forma, deve-se recordar que nos domínios da ciência penal e processual penal se concretizam muitos dos valores constitucionais, e o maior desafio da atualidade é buscar o equilíbrio entre tais valores, cujas linhas fundamentais são traçadas pelo Direito Constitucional. Como se depreende do ensinamento de Pinski e Pinski (2005), as grandes conquistas históricas da humanidade são fruto de muitas lutas das gerações passadas, e há muito ainda a ser conquistado para que ocorra a transposição do discurso na dimensão simbólica para a prática do efetivo processo de universalização da cidadania. O grande desafio da sociedade atual, portanto, é garantir a todos os cidadãos o exercício dos seus direitos na perspectiva da cidadania, que reclama efetividade, mais do que discursos políticos, por meio da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas – patrimônio inalienável do Iluminismo penal.

3.9 A desconsideração da prova inquisitorial

A prova somente é válida se for produzida perante o órgão jurisdicional competente. Dessa forma, a prova produzida durante a fase policial não tem nenhum valor jurídico-processual penal, haja vista que não é abrangida pelo manto do contraditório e da ampla defesa, sob pena de assumir caráter persecutório inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Assim, a prova inquisitorial serve apenas para a formação da *opinio delicti*, e, portanto, de base para a propositura da ação penal, mas somente a prova judicializada tem fôlego condenatório, pois esta vem acompanhada de todos os direitos e garantias do acusado, principalmente no que se refere ao devido processo legal.

Nota-se que o inquérito policial, por ser mero procedimento administrativo que visa à coleta de provas para embasar uma acusação judicial, é uma fase na qual não existe acusação, que se dará apenas após a denúncia do Minis-

tério Público, a qual, se recebida, constituirá a gênese do processo, e somente neste espaço estará legitimado o poder jurisdicional, pois há o necessário controle dos atos judiciais. Na fase inquisitorial não há publicidade, não havendo, por conseguinte, qualquer tipo de controle em relação à provas produzidas.

CONCLUSÃO

Diante das considerações expostas, percebe-se que, atualmente, vem ocorrendo um forte movimento de reavaliação e revitalização dos princípios constitucionais na hermenêutica do processo penal, de forma a consolidá-los no plano processual, conferindo aos acusados a plena efetivação dos seus direitos e garantias. Assim, historicamente, foi dado um importante passo, no plano prático, no tocante à evolução dos princípios e garantias assegurados na Constituição, a partir do chamado garantismo penal, que nada mais é do que a instrumentalização de direitos e a efetivação do princípio da dignidade humana, o qual abarca todos os direitos e as garantias inerentes aos cidadãos.

Dessa forma, deve-se recordar que nos domínios da ciência processual penal realizam-se muitos dos valores constitucionais, e o maior desafio da atualidade é justamente buscar o equilíbrio entre tais valores, pois todo Direito Processual, como ramo do Direito Público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, cujos direitos têm força vinculativa em relação aos poderes estatais e em relação à coletividade. Como muito bem assevera Streck (2004), a Constituição no seu sentido de “força normativa” somente se concretizará na medida em que consigamos superar dualismos metafísicos. Se alguém pensar que pode primeiro interpretar a Constituição para depois aplicá-la, é porque ainda está preso às amarras da hermenêutica clássica. Interpretar é aplicar, é concretizar, e isto se dá no interior do círculo hermenêutico, onde já há sempre um sentido antecipado.

É mister, portanto, que se denuncie a postura ideológica de defesa intransigente da legalidade, que representa um movimento regressivo, quer no Direito Penal, quer no Direito Processual Penal, quer ainda na própria execu-

ção penal. Por isso, é preciso manter a todo custo o princípio da defesa da liberdade, mesmo perante aqueles que mais veementemente a negam; e manter, conseqüentemente, a função do processo penal de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido se posiciona Nassif ao referir que:

Mantida a tradição cartesiana e a lógica formal, decorre a idéia de que a principal fonte do Direito é a lei e, conseqüentemente, os operadores jurídicos não a interpretam: aplicam-na. (...) Assim, são de forte presença nos enunciados defendidos nesta sede teórica palavras como justiça, segurança, legalidade resultando que decisão justa é aquela que é legal, porque deriva da norma legal. Afastam as soluções extralegais, baseadas na realidade social. (...) Enfim, as teorias formalistas vêem a lei acima da sociedade, da realidade e dos conflitos sociais – que são resolvidos através do raciocínio lógico-dedutivo – ficando implícito o objetivo de dar sustentação ao poder politicamente dominante e, dogmatizadas nos Códigos, esconder a verdadeira dinâmica do Direito (2002, p. 14).

Finalmente, no entanto, o pensamento crítico e renovador tem conquistado espaço, e embora por vezes provoque reações fortes, alcançou grande repercussão jurídica, na medida em que incute a idéia de que os juristas devem agir e produzir não somente à luz das leis, mas principalmente à luz do pensamento e de acordo com a matriz constitucional. Isso não implica criar um Direito novo, e sim um novo Direito, à luz da hermenêutica constitucional, pela qual deve-se guiar todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Davi Teixeira de. *Atualidades no Direito e Processo Penal*. São Paulo: Método, 2001.

BACILA, Carlos Roberto. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Tradução de Luís Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.

_____. *A arte do Direito*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 1, p. 109-119, 2001.

CORREIA, Darcísio. *A construção da cidadania – reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madri: Trotta, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coords.) et al. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Guimarães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JUNIOR, Dênis Andrade de Sampaio. *Suspensão do processo e da prescrição penal*. São Paulo: Forense, 2000.

NASSIF, Aramis. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PINSKI, Jaime; PINSKI, Carla. *História da Cidadania – memória histórico-milenar*. São Paulo: Contexto, 2005.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. Reforma do Judiciário: cidadania e novos direitos. In: BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.) et al. *Direito e justiça* – reflexões sócio-jurídicas, Santo Ângelo: Ediuri, ano VI, v. 1, n. 9, nov. 2006.

SPETCH, Cláudio. O Direito e o Processo na Perspectiva da Cidadania. In: MARTINS, Janete; BRITTES, Hed Orozimbo Soares (Orgs.) et al. *Direito e Justiça* – o processo no século XXI, Santo Ângelo: Ediuri, ano IV, v. 1, set. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WEINMMANN, Amadeu de Almeida. Direito Penal, cidadania e garantismo: uma abordagem crítico-analítica em uma sociedade de capitalismo emergente. In: *Direito em debate*, ano XIII, Ijuí: Ed. Unijuí, n. 23, jan./jun. 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.