

# **O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA FUNÇÃO DE CONCRETIZAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELA VIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO NO BRASIL**

## ***EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y SU PAPEL DE CONSUSTANCIAR LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL MÍNIMO EN EL BRASIL***

**Paulo Roberto Fonseca Barbosa<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente estudo tem o objetivo principal de demonstrar a real possibilidade de utilização do devido processo legal (formal e material) como princípio apto a contribuir de maneira decisiva na concretização da dignidade da pessoa humana através do implemento dos postulados do direito penal mínimo no Brasil. Com efeito, mister se faz delimitar a utilização do direito penal, restringindo-o ao seu escopo primordial, qual seja, a exclusiva proteção de bens jurídicos. Destarte, sob tal prisma, ambas as vertentes do devido processo legal mostram-se como instrumentos úteis para tal desiderato, tanto mais por endosso do advento da força normativa dos princípios, respaldada pela nova ordem constitucional. Como consequência, a redução do poder punitivo estatal ensejará reflexos positivos na amplitude da liberdade e dignificação do homem.

**PALAVRAS CHAVES:** Devido processo legal. Dignidade da pessoa humana. Neoconstitucionalismo. Direito penal mínimo.

**RESUMEN:** El presente estudio tiene el objetivo principal de demostrar la posibilidad real de utilizar el debido proceso (formal y material) como en condiciones de contribuir de manera decisiva en la realización de la dignidad humana a través de la práctica de los postulados del derecho penal mínimo en Brasil. Efectivamente, es necesario delimitar el uso del derecho penal, limitándole a su ámbito de aplicación primordial, es decir, la protección exclusiva de bienes jurídicos. Así, bajo de tal prisma, las dos modalidad del debido proceso se muestran como herramientas útiles para este objetivo, con apoyo de la llegada de la fuerza normativa de

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito e Juiz Eleitoral no Estado de Sergipe, Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia (FSBA) e Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/BA).

los principios, respaldada sobre la base del nueva orden constitucional. Como consecuencia, la reducción del poder punitivo del Estado ocasionará efectos positivos sobre la amplitud de la libertad y la dignidad del hombre.

**PALABRAS CLAVES:** Debido proceso legal. Dignidad de la persona humana. Neoconstitucionalismo. Derecho penal mínimo.

## 1. INTRODUÇÃO

É milenar a luta do homem contra a força do Estado, vivendo ambos numa tensão constante, sempre na busca pelo equilíbrio da fórmula delineada pela antítese liberdade do homem vs poder estatal. Por certo, muitos foram os caminhos percorridos até agora no intuito de descortinar um método racional e adequado para harmonizar o convívio social, proporcionando mais liberdade e, concomitantemente, possibilitando o menor nível de desconforto possível, diante das limitações decorrentes do exercício da atividade estatal em prol do bem comum. Nesse contexto, a história da humanidade sinaliza para o devido processo legal como o primeiro princípio a se apresentar na ordem jurídica com a tarefa de concretizar tal intento, desencadeando, por consequência, as bases do constitucionalismo ora vigente.

Com efeito, o nascimento do devido processo legal, veiculado na Magna Carta inglesa de 1215, foi impulsionado, num primeiro momento, pela necessidade de se impor limites aos poderes do rei, por meio do reconhecimento de um procedimento prévio a ser respeitado antes de qualquer ato lesivo aos interesses dos súditos. Ao transcorrer da história, e após receber a influência do direito norte-americano, dito princípio foi ganhando nova roupagem, eis que, além de sua feição processual (*procedural due process*), atrelada à forma, passou-se a reconhecer seu aspecto substancial (*substantive due process*), possibilitando o uso da razoabilidade para fins de verificação de justiça do próprio ato estatal. A consagração do princípio em liça no direito ocidental, em sua dupla dimensão, foi recepcionada positivamente pela doutrina nativa, criando ensanchas para a formação mais específica do devido processo penal.

Esse duplo aspecto do devido processo legal e, respectivamente, do devido processo penal, foi potencializado pelo surgimento do *neoconstitucionalismo*, doutrina disseminada na Europa após a segunda grande guerra, responsável por inaugurar novas diretrizes jurídicas, dentre as quais impende sublinhar a força normativa dos textos constitucionais e dos princípios neles embutidos, incluindo até mesmo as suas normas programáticas, as quais

guardam íntima relação com o propósito de concretizar um princípio de grandeza ímpar, qual seja, a dignidade humana. Sem sombra de dúvidas, nesse novo contexto jurídico-constitucional, os princípios passaram a desempenhar papel de destaque na concretização das garantias e dos direitos fundamentais e, dentre eles, o devido processo legal desponta nitidamente como um potente instrumento na real implementação fática da vontade constitucional de dignificar o homem.

Entretanto, conquanto o nosso corpo jurídico traga como traço característico uma Constituição dirigente, marcada por normatividade e plena aplicabilidade, forçoso constatar que os desejos do poder constituinte originário não vêm ganhando concretude. Deveras, os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) teimam em olvidar alguns princípios constitucionais basilares no desempenho das suas funções. Outrossim, para agravar a situação, o Estado vem lançando mão do direito penal, amiúde e de maneira ilegítima, como instrumento capaz de suprir as suas omissões em efetivar os comandos constitucionais responsáveis por edificar um sonhada igualdade material, minorando a visível disparidade entre os níveis sociais. Para tanto, faz uso de argumentos que não mais se sustentam e que se desmancham ao mais tênue cotejo com a realidade, seja ela jurídica, seja ela fática.

Nessa ordem de idéias e sem ter a pretensão de esgotar o debate, o presente ensaio propõe demonstrar, à luz dos cânones constitucionais nativos, que o devido processo legal é um princípio basilar extremamente necessário na materialização dos anseios do poder constituinte originário, apresentando-se como um norte seguro a guiar a atividade dos poderes constituídos. Além disso, pela mão do princípio em referência, veremos que o direito penal deve ser utilizado com *ultima ratio*, restringindo-se ao seu escopo primordial, qual seja, a exclusiva proteção de bens jurídicos. Diante de tais premissas, chegaremos à conclusão pela qual se mostra salutar promover a conexão entre o devido processo legal e as diretrizes do direito penal mínimo como mais um viés adequado no fortalecimento da dignidade humana, tanto mais por ser essa uma imposição da nossa Carta Magna.

## **2. A EDIFICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

### **2.1 HISTÓRIA**

O nascimento do devido processo legal (*due process of law*) liga-se à *Magna Charta Libertarum*, outorgada pelo Rei João Sem Terra, assinada em 15 de junho de 1215, composta por 63 capítulos e redigida em latim, sendo consolidada em 1225, após ser reduzida para 37 capítulos. Cuidava-se de uma carta feudal, por meio da qual houve o reconhecimento e a garantia da “liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens

livres do reino inglês [deixando] implícito pela primeira vez na histórica política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita” (CUNHA JR. 2012, p. 593). O referenciado documento, como poderá ser observado, albergou em seu art. 39 as garantias processuais da judicialidade e do devido processo legal, alcançado somente os homens livres “C tal fato, porém, é controvertido, como veremos mais adiante. Vale transcrever o citado artigo:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país. (HOLT *apud* CANOTILHO, 2003, p. 492)

Era garantia do julgamento *per legem terrae* (pela lei do país).

A gênese da Carta Magna e, por sua vez, do devido processo legal, é encontrada na Inglaterra feudal do ano de 1066. Àquela época, os reinados não eram justificados pelo poder divino. Fazia-se uma eleição por meio da qual somente alguns Barões feudais podiam votar e, para ser eleito, o candidato ao trono comprometia-se com os seus eleitores. Eleito e coroado em 27 de maio de 1199, João Sem Terra não honrou seus compromissos. Ao revés disso, confiscou imóveis do clero e aumentou os impostos, causando descontentamento geral. Somado a isso, seu reinado enfraqueceu com as mortes de sua mãe, a Rainha Eleanor, em 1204, bem como do seu Arcebispo e Conselheiro, Hubert Walter, em 1205. Rompia-se o elo entre o clero e a realeza, inclusive com a excomunhão do Rei pelo Papa Inocêncio III, no ano de 1209 (LIMA, 1999, p. 21-23).

Enfraquecido e depois de ser advertido de que seria destronado, caso não se submetesse aos ditames eclesiásticos, o Rei acatou a advertência, inclusive acolhendo a nomeação de um dos seus opositores, Stephen Langton, para o cargo de Arcebispo, consoante desejo papal. Contudo, embora absolvido pela Igreja, o Rei ainda era alvo retaliações por parte dos Barões, os quais se organizavam com o intuito de esmaecer o poder real. Tal fato pôde ser percebido nas assembléias de *St. Albans* e *St. Paul*, realizadas no ano de 1213, brotando da primeira reunião inclusive um esboço de constituição. A partir daí, seguiram-se as negociações entre o Rei e os Barões, os quais chegaram ao ponto de recusar lealdade ao àquele. Foi então que o Rei, em junho de 1215, cedeu aos pleitos do baronato, dando azo ao *Article of the Barons*, documento embrionário da Magna Carta (LIMA, 1999, 24-26).

Impende consignar, por oportuno, que o termo *dues processo of law* apenas teria sido mencionado durante o reinado de Eduardo III, depois de ter sido provocado via petição. Diz a história que o tal pedido direcionado ao Rei teria desencadeado a tradução do latim para o

idioma inglês, com a troca das expressões *per legem terra* por *dues processo of law*, troca essa estampada na formulação do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, o qual veiculava o seguinte: ‘Nenhum homem de qualquer estado ou condição será expulso de suas terras ou propriedades, nem preso, deserdado ou condenado à morte sem haver respondido ao processo legal regular’ (FERREIRA, 2004, p. 15). Todas as limitações individuais decorrentes da vontade real em detrimento da vida, liberdade e patrimônio dos indivíduos passaram assim a submeter-se a um rito de garantias processuais.

Após o relato histórico narrado, podemos perceber que o nascimento do devido processo legal tinha realmente o nítido intento de impor limitações àquele poder até então ilimitado, eis que o Rei seria, segundo o pensamento religioso, a representação de Deus na Terra. Mas tais limites beneficiariam a quem? Apenas os Barões ou também o povo em geral? Lima (1999, p. 28) traz divergências de pensamentos nesse ponto: segundo M. Petit-Dutaillis, apenas a nobreza seria beneficiada, pois naquele momento não se tinha a mínima intenção de ampliar direitos e garantias de forma genérica; em situação oposta, Orlando Bitar admoesta que art. 60 era expresso em estender ao povo os mesmos benefícios angariados pelos Barões e, indo mais além, diz que as limitações aos poderes reais não se implementariam sem o maciço apoio popular.

Aos nossos olhos, a classe popular obteve (e até hoje obtém) benefícios imediatos. Isto porque o advento da Magna Carta inaugurou, sem sombra de dúvidas, um período no qual a força descontrolada do rei passou a ser regradada pela força da lei, direcionada pelos costumes. As condenações à pena de morte, as privações ilegítimas da liberdade, o aumento exacerbado dos impostos tinham, a partir daquela carta selada, um obstáculo formal, verdadeira garantia individual, a ser superado, para, só então, as tais limitações ganharem implementação fática ou não em cada caso. Só por isso, e sem partir para a análise substancial de cada ato parlamentar, os benefícios já seriam visíveis. Assim, com a primazia do Parlamento, e na esteira da *common law* inglesa, a justificação divina do absoluto poder real perde força. O Rei deixa de ser a lei, submetendo-se a ela.

Depois disso, o processo de solidificação e fortalecimento do devido processo legal foi notório e recebeu forte contribuição em solo norte-americano através da colonização inglesa, no despertar do século XVII. Com efeito, a garantia dos ingleses era restrita ao direito de citação prévia e defesa, aliada ao direito de não ser preso sem a evidência de uma justa causa (*procedural dues process*). Outrossim, não havia a possibilidade de questionamento de ser ou não uma lei injusta, pois o Parlamento inglês era dotado de supremacia e seus atos eram inquestionáveis. Entretanto, uma vez embutido o devido processo legal no ordenamento

jurídico norte-americano, marcado por características próprias, onde se permitia o controle da legalidade à luz da Constituição, podendo os excessos do legislador, aflorou-se a vertente substancial (*substantive due process*) do princípio em referência (LIMA, 1999, p. 40-45), com nítido destaque após a segunda grande guerra e presença notável nos ordenamentos jurídicos esclarecidos.

## 2.2 ACEPÇÃO FORMAL

A vertente processual do *dues process* foi fruto da manifesta intenção de delimitar os poderes do Rei João Sem Terra, consoante já narrado linhas atrás. Dita delimitação foi caracterizada pela imposição de um procedimento formal mínimo antes de qualquer ato real restritivo da vida, liberdade e propriedade dos súditos. Surgia a necessidade de se seguir os trâmites da lei para agredir qualquer dos bens tutelados pela cláusula principiológica em comento, sob pena de ser invalidado o ato de agressão. Inicialmente, buscava-se, por meio do Direito, impedir a prática de atos arbitrários e imotivados por parte do Rei/Estado, fonte de patente injustiça e descontentamento social. Entretanto, num segundo instante, o objetivo ia mais além, pois o processo passava a ser visto como um mecanismo de veiculação de pretensões legítimas não somente contra o Estado, mas também contra terceiros, mediante um rito previamente estabelecido.

E o futuro veio para comprovar a grande utilidade das práticas metodológicas (e o processo é um método) racionais no Direito, mormente no resguardo dos direitos e garantias fundamentais. A evolução social passou cada vez mais a clamar por um processo dotado de legitimidade e razoabilidade. Um processo democrático que possibilitasse à sociedade a concretização expedita de suas pretensões. Assim, o direito a um processo justo transformou-se num típico direito fundamental<sup>2</sup>. Foi imperioso notar que as garantias procedimentais embrionárias do sistema inglês, consistentes na citação prévia e defesa, conjugadas à impossibilidade de prisão sem justa causa evidente, foram ganhando mais corpo, agregando paulatinamente em si novas medidas restritivas na imposição de uma penalidade de caráter penal ou no amparo de direitos de outra natureza, consubstanciando aquilo que hoje conhecemos como o devido processo legal formal (*procedural dues process*).

Nesse ponto, foi decisiva a contribuição norte-americana. Embora nem sempre com posicionamentos favoráveis ao *due process of law*, a Suprema Corte dos Estados Unidos

---

2 Sobre essa afirmação, conferir Alexy (2011, p. 489): “É certo que os direitos fundamentais, de um lado, garantem direta e indiretamente a participação no processo democrático. Nessa medida, eles são procedimentais. Mas, de outro lado, na medida em que estabelecem limites materiais a esse processo, eles são não procedimentais.”

veio ditando o ritmo da construção do princípio em testilha através da formação paradigmática de alguns de seus julgados, alargando o conteúdo mínimo das garantias procedimentais do devido processo legal, em sua acepção formal, bem como tem atribuído-lhe um tom de mutabilidade, adaptando-o ao caso em concreto, sempre na busca de uma tutela jurisdicional mais justa e efetiva, levando-se em conta a natureza do direito material requestado e suas peculiaridades. Tal assertiva é comprovada *ad exemplum* por meio de dois casos emblemáticos.

No primeiro deles (*Mapp vs Ohio* 1961), *Dollree Mapp* não permitiu a entrada de policiais sem mandado de busca em sua residência, travando luta corporal com os agentes estatais, fato esse que motivou a sua prisão. Os policiais terminaram encontrando material pornográfico na residência de *Mapp*, a qual foi condenada pela Corte estadual. Todavia, a Suprema Corte americana anulou o julgamento, inocentando-a, por entender que a busca e apreensão era medida restritiva da liberdade, devendo respeitar o devido processo legal. No segundo feito (*Gideon vs Wainwright* 1963), *Clarence Earl Gideon*, foi processado e condenado pela prática de furto, sem assistência de advogado, pois não possuía recursos suficientes para constituir um defensor particular. Mais uma vez em ação, a Suprema Corte anulou a decisão, realçando a necessidade de defesa técnica, edificando mais um importante precedente (LIMA, 1999, p. 76-82).

Foi assim, de julgado em julgado, que os pilares do devido processo legal foram erigidos, ponto a ponto, um a um. Contudo, é bom frisar, não existe uma fórmula estática no direito norte-americano referendando mencionado princípio. De fato, o que existem são precedentes que podem ser argüidos e devem ser utilizados dentro de condições específicas, a ser analisadas pelo órgão julgador, de maneira a identificar ou não a necessidade de usar determinada regra procedimental. Porém, Nery Junior (1997, p. 38) acena para algumas regras estruturais do sistema processual americano, a saber:

a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar as testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.

Aliado às regras estruturais acima transcritas, o próprio Nery Júnior (1997, p. 38) indica ainda conseqüências necessárias decorrentes da adoção do devido processo legal naquele referido sistema processual, as quais merecem transcrição pelo seu relevo e pertinência:

a) o direito a processo com a necessidade de haver provas; b) o direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; c) o direito a uma audiência pública; d) o direito à transcrição dos atos processuais; e) julgamento pelo tribunal do júri (civil); f) o ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual.

No Brasil, o princípio em voga apenas foi positivado pela Carta Fundamental de 1988. Antes disso, reconhecia-se, em regra<sup>3</sup>, tão-somente, e de forma tímida, uma feição formal ao devido processo legal, limitando-se sua incidência aos lindes do processo penal, como uma mera garantia procedimental implícita. Dita garantia procedimental, com o decorrer do tempo e o advento da Constituição Cidadã, foi expandida também ao processo civil, por endosso da doutrina e jurisprudência intestinas. Atualmente, “A norma positiva tem despertado também um maior interesse do Judiciário e da doutrina nacionais acerca de sua densificação. Não se discute mais a sua presencialidade normativa, mas a sua significação no contexto jurídico brasileiro.” (LIMA, 1999, p. 176).

### **2.3 ACEPÇÃO MATERIAL**

O princípio do devido processo legal não se liga apenas ao seu aspecto mais conhecido, consistente na concatenação preordenada de atos colimando um fim respaldado pelo Direito. Certamente, não seria como um simples procedimento na esfera do processo penal que se esgotaria o princípio em comento. Com efeito, uma vez transportado pelos colonos ingleses para solo americano, o devido processo legal evoluiu no desempenho do seu papel de limitar poderes e servir como escudo contra atos arbitrários do Estado. A bem da verdade, a sua idéia conceitual “foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.” (NERY JR., 1997, p. 35). A evolução foi deveras substancial, haja vista que uma nova guinada interpretativa terminou por constituir um princípio jurídico com roupagem processual e material.

E essa nova vertente do devido processo legal (*substantive due process of law*) teve sua gênese no caso *Calder vs Bull* “C 1798, por meio do qual o voto do *Justice Chase* albergou o entendimento no sentido de que o Judiciário teria o poder de nulificar os atos normativos (*rectius*: leis) contrários aos direitos fundamentais. Embora o resultado do julgamento fosse pela constitucionalidade do ato normativo questionado, iniciou-se a

---

<sup>3</sup> Veremos, na seqüência, que se reconheceu, embora de maneira implícita, a versão substantiva do princípio em comento num julgamento do STF, mesmo antes do nascimento da Constituição Federal de 1988.

discussão sobre a possibilidade de se interpretar materialmente o princípio em questão, dotando-lhe de capacidade de fiscalizar o conteúdo das leis. Contudo, algum tempo depois se colocou uma pá de cal na discussão aludida com o julgamento do processo *Mugler vs Kansas* 7C 1887, onde a Suprema Corte fincou pé no sentido de reconhecer seu poder de fulminar os atos legislativos despidos de razoabilidade, lançando-se, assim, a idéia em destaque como um parâmetro de controle entre a lei e suas finalidades, ficando a cargo do Judiciário dizer sobre aquilo que seria ou não razoável (LIMA, 1999, 107-113).

Mas a consagração do *substantive due process of law* pelo Judiciário americano não foi tão simples assim. Isso porque, entre a segunda metade do século XIX e década de trinta de século XX, o controle de constitucionalidade das leis levado a efeito pela Suprema Corte tinha por alvo, em grande parte, os atos normativos que regulavam a atividade econômica 7C falava-se inclusive num *devido processo substantivo econômico*. O referenciado controle terminava por criar uma zona de tensão que colocava de um lado o liberalismo econômico, marcado pela política do *laissez faire*, embalado pela ascensão do capitalismo e, de outro, o surgimento de leis de cunho social, tendo por escopo proteger o bem-estar dos cidadãos. Entretanto, nem sempre prevaleciam os direitos fundamentais. Tal afirmação comprova-se no julgamento *Lochner vs New York* 7C 1905, onde se declarou inconstitucional uma lei que impunha limites de horário à jornada de trabalho de um padeiro, favorecendo a liberdade contratual entre empregado e empregador (LIMA, 1999, 115-122).

Entretanto, foi nítido perceber o novo direcionamento adotado pela Suprema Corte Americana, tomando por norte e sublinhando os direitos fundamentais em detrimento do individualismo econômico. E não poderia deixar de ser diferente. Imperioso verificar a nova modelagem do ordenamento jurídico vigente no mundo ocidental. O ocaso da segunda grande guerra desencadeou um movimento de valorização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, içando o princípio da dignidade da pessoa humana a um local de destaque no campo do Direito. Tal acontecimento histórico-jurídico veio a fortalecer e ampliar o papel do devido processo legal, mormente em sua acepção substantiva, na concretização de direitos garantidos pela seara constitucional. Essa ligação entre a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal é retratada com maestria por Soares (2008, p. 68):

O exame do sentido e alcance da cláusula do *due process of law*, em suas acepções procedimental e substantiva, não pode ser apartada da investigação sobre o significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque o devido processo legal se afigura como uma das projeções principiológicas da cláusula mais genérica da dignidade da pessoa humana, despontando como um instrumento capaz de materializar e tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais do cidadão.

Em solo brasileiro, conquanto despido de amparo normativo, o devido processo legal substantivo foi aplicado pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal, em 1968, no *Habeas Corpus* n. 45.232-GB, cujo Relator foi o Ministro Themístocles Cavalcanti. Não houve menção expressa ao princípio na decisão, mas sua incidência foi presumidamente visível. Isto porque foi declarada inconstitucional uma norma que respaldava a suspensão cautelar do exercício da profissão ou atividades privadas de um acusado no curso de um feito criminal, impedindo-o de prover sua própria existência. E o Supremo seguiu aplicando o referido princípio em outras decisões, ao argumento pelo qual seria despicienda a previsão legal. Previsão legal que veio então pela via da Cártula Constitucional de 1988. Assim, contando também com o endosso da doutrina, firmou-se a vertente substancial *sub ocellis* (LIMA, 1999, p. 202-208).

### **3. O RECONHECIMENTO DO DEVIDO PROCESSO PENAL**

Vimos linhas atrás que o nascimento do devido processo legal foi motivado pela premente necessidade de se achatar os poderes da realeza, submetendo-os ao princípio da legalidade. O achatamento se deu por meio de um feixe de limitações embrionariamente de natureza processual penal, com a imposição de garantias procedimentais materializadas na citação prévia e oportunidade de defesa, adligadas à necessidade de justa causa evidente para viabilidade de qualquer prisão. Depois disso, o princípio em voga expandiu-se, alcançando os demais ramos do direito, passando a permear todo ordenamento jurídico, bem como também acrescentou à sua feição procedimental uma nova indumentária material, sendo esta última característica potencializada pelas novas Constituições ocidentais, as quais endossaram a normatividade dos princípios e a textura aberta das normas, ensejando o implemento de novas técnicas hermenêuticas e o enaltecimento da jurisdição constitucional, consoante veremos mais adiante.

Nessa ordem intelectual e delimitando propositadamente a órbita de incidência do devido processo legal ao direito penal e processual penal, podemos conceituar o devido processo penal desde logo como o conjunto de garantias imprescindíveis atreladas tanto ao procedimento quanto à justiça da norma penal processual ou material a ser utilizada na restrição dos bens ou da liberdade humana. Dita imprescindibilidade é inclusive qualificada, pois que sua ordenação emana do inciso LIX, embutido no art. 5<sup>ª</sup>, da nossa Constituição Federal, assim vazado: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ora, tratando de uma cláusula pétrea, a interpretação deve ser feita *cum*

*grano salis*, de modo a conferir-lhe máxima efetividade, tanto mais quando a questão subjacente referir-se à tutela penal das liberdades.

Pode-se verificar, assim, que o devido processo penal então veio constituindo-se em realidade nos países esclarecidos e a jurisdição constitucional americana foi vanguardista em apresentar decisões que terminaram por servir como um norte seguro na positivação de garantias constitucionais em prol daqueles que figurassem na condição de réu numa contenda criminal. Embora já mencionados neste estudo, vale relembrar pela importância os casos *Mapp vs Ohio* "C 1961 e *Gideon vs Wainwright* "C 1963, onde se assentou a exigência da busca e apreensão respeitar o devido processo legal e a necessidade de defesa técnica aos acusados de crime, respectivamente. Desse modo, pelo primeiro julgado, passou-se a não mais admitir as provas obtidas ilicitamente<sup>4</sup>, rendendo homenagens à vulgarmente conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*). Já o segundo *decisum* cristalizou a essencialidade de advogado no processo, a intenção aqui foi resguardar a paridade de armas, concretizando a ampla defesa e promovendo a igualdade substancial.

A menção exemplificativa dos julgamentos acima referenciados tem ainda a intenção de demonstrar as peculiaridades do devido processo penal resultantes da magnitude dos bens por si tutelados, corporificada pelo apanágio da indisponibilidade. É justamente por cuidar de bens indisponíveis por regra que o processo penal ganha um tom diferenciador que o especializa em relação aos demais braços do direito. Disso resulta que o direito subjetivo de carácter individualista incrustado às garantias processuais de outros tempos cedeu espaço, ao longo da maturação das idéias constitucionais, à própria noção de ser o processo penal (ele mesmo e por si só) uma garantia de ordem pública formada pela impossibilidade de rejeição a certos atos estruturais, estritamente necessários à imposição de uma sanção penal.

Almeja-se, portanto, a construção de um processo penal devido (*rectius*: justo), num sentido abrangente, o qual tenha aptidão de traduzir as garantias constitucionais associadas tanto ao direito penal quanto ao direito processual penal, embalando a formação de um cenário harmônico, no qual restem dum só arremate açambarcados os dois problemas que atormentam a consubstanciação do devido processo penal, quais sejam: eficiência e garantia. Em outras palavras: procura-se legitimar o uso do direito penal, quando se fizer necessário,

---

4 A doutrina promove a diferenciação das provas ilícitas e ilegítimas a partir da natureza da norma agredida. Violada uma norma de carácter processual, a prova torna-se ilegítima e a sanção é indicada pelo próprio regime processual (art. 207, do CPP). Por outro lado, se a transgressão molestar normas de cunho material, a prova reveste-se de ilicitude e a penalidade emana do direito material (art. 5, inc. LVI da CF). Outro aspecto diferenciador reside no momento da inobservância da norma. A ilegitimidade da prova é detectada na ocasião de sua formação dentro do processo, ao passo em que a ilicitude é resultante de sua colheita externa ao processo, ocorrida antes ou durante a tramitação processual (AVOLIO, 2003, p. 43).

através de um instrumento normativo procedimental que seja eficiente em punir os infratores, portando, ao mesmo tempo, a sutileza de lhes acarretar o menor sofrimento possível. Segundo o escólio de Binder (2003, p. 32), esse seria o ponto de equilíbrio e perfeição, consistente numa “máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana.”

E essa busca pelo ponto de equilíbrio e perfeição do devido processo penal antes mencionada tem variado, a depender do local de sua aplicação. O modelo processual norte-americano, aqui sempre adotado como bússola, sinaliza para a inexistência de uma seqüência rígida de atos até a ulatimação do processo. É dizer-se, não há imutabilidade do rito, de modo a ser configurada uma espécie de devido processo penal unidirecional. Tudo vai depender da questão que subjaza à lide. Como resultado, temos que a eleição “de procedimentos, caso a caso, tem como consequência a existência de distintas vias procedimentais aptas a alcançar o *due process*” (LIMA,1999, p. 101).

No Brasil, permitimo-nos lançar mão das idéias de Tucci (2011, p. 66), um dos componentes da doutrina incentivadora do reconhecimento do devido processo penal brasileiro. Segundo o autor, existiriam três postulados básicos a endossar aquele reconhecimento, a saber: i) a exigência de a persecução penal judicial ser desencadeada somente pela existência de um fato típico, ilícito e culpável, aliada aos indícios de autoria, de sorte a impedir a prática de constrangimentos indevidos; ii) a penalização *lato sensu* por meio da jurisdicionalização; e iii) o trânsito em julgado da sentença condenatória como *conditio sine qua non* para a imposição do *ius puniendi*. Ademais disso, o devido processo penal ainda seria verificado pela existência das seguintes garantias:

- a) acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e h) da legalidade da execução penal (TUCCI, 2011, p. 66)

Imperioso, portanto, correlacionar o devido processo penal à dignidade humana.

## **4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA FORÇA NORMATIVA COMO VETOR CONSTITUCIONAL**

### **4.1 A DIGNIDADE E SUA ESCALADA JURÍDICA**

O conceito de dignidade da pessoa humana vem sendo lapidado ao longo dos séculos. O romano Cícero asseverava na antiguidade que o homem gozava da dignidade, por

conta de ser o único ser dotado de racionalidade na natureza. D'outro lado, o cristianismo pregava a dignidade dos homens, calcando-se no pensamento bíblico, que preconizava a feitura do homem à imagem e semelhança de Deus. Tomás de Aquino acresceu ao pensamento bíblico a capacidade de autodeterminação como elemento intrínseco à natureza humana (SARLET, 2010, p. 33/34). Por sua vez, dentro do contexto humanista do renascimento e marcando a transição do mundo medieval para o mundo moderno, Mirandola (2010, p. 59), numa ode ao antropocentrismo, mas sem rejeitar os fundamentos do catolicismo, ressalta a capacidade racional e multiforme do homem, com potencial de se transformar e alcançar os seus objetivos, comparando-o a um camaleão: “Quem não admirará este nosso camaleão?”.

E prossegue afirmando:

Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível. Desdenhemos das coisas da terra, desprezemos as astrais e, abandonando tudo o que é terreno, voemos para a sede supra mundana, próximo da sumidade da divindade. Ali, como narram os sagrados mistérios, Serafins, Querubins, e Tronos ocupam os primeiros lugares; deles também nós emulemos a dignidade e a glória, incapazes agora de recuar e não suportando o segundo lugar. E se quisermos, não seremos em nada inferiores a eles. (MIRANDOLA, 2010, p. 61-63).

O itinerário de desenvolvimento evolutivo da dignidade do homem também foi abraçado e alavancado pela ideologia propulsora das revoluções burguesas, segundo a qual os homens são iguais perante si. Via de consequência, podemos verificar aqui o toque preciso dos processos de racionalização e laicização a servirem como instrumentos de definição e delimitação conceitual. Sobre o tema em testilha, são preciosos os ensinamentos de Immanuel Kant, quando pontifica que a noção de dignidade humana se afastou dos dogmas religiosos, finalizando seu ciclo de secularização, a partir do momento em que o homem revestiu-se de autonomia ética, sem deixar de considerar, entretanto, as contribuições sacrais. Kant, então, rejeita o utilitarismo e a instrumentalização do homem, realçando sua racionalidade e sua autonomia, estabelecendo as bases para formulação jurídica da dignidade humana (SARLET, 2010, p. 37).

A noção jurídica do termo, todavia, só vai ganhar relevo com o fim da Segunda Guerra Mundial, após o mundo acompanhar os horrores praticados pelo regime nacional-socialista, quando se espezinhou o mais mezinheiro conceito de dignidade. A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 52), em feliz passagem sobre a ascensão jurídica da dignidade, asseverou que, “tendo o homem produzido o

holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao Poder”. Complementando, Sua Excelência pondera que o pós-guerra “trouxe a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico”.

A bem da verdade, o certo é que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser uma realidade enraizada nos textos constitucionais contemporâneos, ostentando energia suficiente para servir de vetor interpretativo, guiando o operador do direito por mares seguros. Constitui-se, ao nosso pensar, em cristal a ser incondicionalmente preservado, mesmo diante da vontade contrária das maiorias, sendo primordial para tanto a atuação imparcial do Poder Judiciário. A nossa Carta Republicana de Outubro, nesse contexto, veio à lume içando como um de seus fundamentos justamente a dignidade da pessoa humana<sup>5</sup> (art. 1, inc. III), objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, incs. I e III).

#### **4.2 A DIGNIDADE E AS NORMAS PROGRAMÁTICAS**

Nessa trilha intelectual, podemos afirmar que a concretização da dignidade no texto constitucional brasileiro perpassa certamente pela implementação fática das chamadas normas programáticas<sup>6</sup>, as quais foram alojadas no seio constitucional pelo poder constituinte originário com a nítida intenção de equilibrar o liberalismo econômico e os princípios da livre iniciativa, protegendo as bases do socialismo, com o respectivo amparo ao cidadão trabalhador, no afã de fomentar a justiça social. A Constituição Cidadã constituía, assim, as raízes do seu chamado conteúdo social, ao mesmo tempo em que retratava um momento nebuloso da história mundial, marcado pela Guerra Fria travada entre capitalismo e socialismo.

---

5 Adotamos a conceituação de Sarlet (2010, p. 70), para quem dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

6 Para Miranda (2007, p. 282), normas programáticas são “(...) aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam uma concretização, incidível dessa realidade (...)”

Pensamos que os objetivos profetizados no texto constitucional, condizentes à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a necessária erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais trata-se “de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (DA SILVA, 2009, p. 141). Portanto, efetivado na práxis tais programas, ganha amplitude a dignidade humana, evidenciando o seu elo junto àquelas espécies de normas constitucionais. Bem por isso, resta evidente “a importância de se interpretarem os princípios contidos no art. 3.º, da Constituição da República brasileira acoplados àqueles do art. 1º, inclusive ao da dignidade humana, de que eles são emanção e complementação” (ROCHA, 2001, p. 55). Daí então poder-se-ia vislumbrar o “problema” da aplicabilidade das normas programáticas.

Parte da doutrina clássica não conferia juridicidade às normas programáticas. A premissa chave para aqueles que negavam dito caráter jurídico, se devia ao fato de tais normas não solucionarem casos concretos, não possuindo, assim, imperatividade, mas apenas cunho moral. Entretanto, a moderna hermenêutica de vertente neoconstitucional, como já analisado mais atrás, tem repudiado a negação de eficácia jurídica às normas com recinto constitucional, tanto mais por conta do princípio da unidade da constituição, segundo o qual não deve haver hierarquia entre as normas constitucionais<sup>7</sup>. Canotilho (2003, p. 1176) é contundente ao pregar a isonomia jurídica de todas as normas constitucionais, falando inclusive na “morte” das normas programáticas.

Nesse cenário, onde se almeja justiça social, por meio de equânime distribuição econômica, visando a equiparação material de oportunidades, torna-se premente a contenção da política criminal expansionista, pois diametralmente oposta aos objetivos constitucionais, apresentando-se o devido processo legal como um instrumento apto para tanto. Desse modo, entendemos ser perfeitamente possível e necessário extrair a força normativa constitucional, tendo em mira os anseios nela derramados pelo legislador, importando os seus comandos para

---

7 Para Bachof (2009, p. 51) é possível a existência de normas constitucionais e inconstitucionais: “Se uma Constituição, em tudo o resto, se tornou juridicamente eficaz, mas uma das suas normas, isoladamente, não corresponde aos requisitos de eficácia por aquela mesma estabelecida, pode bem falar-se de uma norma constitucional inconstitucional (...)”. Por oportuno, Mendes (2008, p. 146) avisa que “(...) o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal constitucional indiano (...)”, pelo que sabe, “(...) são os únicos tribunais do mundo a terem declarado a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional (...)”. Todavia, Barroso (1996, p. 196) advoga o contrário, destacando a unidade da Carta de Outubro, admoestando que “(...) o fundamento subjacente a toda a idéia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, *ipso facto*, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela exclusão da incidência de algumas delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido”. Canotilho (2003, p. 1223) segue o mesmo sentido, afirmando que “(...) o princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”.

campo social, mesmo diante das chamadas normas programáticas, precipuamente orientando aqueles que militam na seara penal, onde se lida com bem tão caro, qual seja: a liberdade humana. Em socorro ao nosso pensamento, úteis as palavras de Hesse (1991, p. 19), para quem:

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral "C particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional "C, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).

## **5. DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

### **5.1. HISTÓRIA**

É preciso voltar os olhos ao passado para compreender melhor a evolução e a magnitude dos textos constitucionais ora vigentes no direito ocidental<sup>8</sup>. A necessária história de conquistas da humanidade na efetivação normativa de direitos e garantias fundamentais coincidiu com a racionalidade e o advento das Constituições. Com efeito, antes do surgimento do Estado Moderno, a razão era posta num plano medíocre e toda explicação fenomenológica era adligada aos dogmas religiosos e explicações divinas. Por sua vez, o homem ocupava um espaço secundário e até mesmo sua mobilidade social era inaceitável, proibida. Nascia-se e morria-se sem perspectivas gerais de mudanças. O homem não era senhor do seu destino. Todavia, o fortalecimento da classe burguesa e o impulso ao uso da razão "C em todos os setores "C modificaram o curso da história, inaugurando uma nova era.

A bem da verdade, os obstáculos impostos pelo regime absolutista iam de encontro aos ideais da burguesia, classe econômica em início de ascensão. A impossibilidade de reconhecimento político e escalada social atormentava a classe que sustentava economicamente um modelo justificado por um direito natural oriundo da vontade divina, mas sem respaldo da vontade popular. Surgia, sob tal prisma, a necessidade de se criarem novas doutrinas e mecanismos hábeis a justificar a derrocada de um quadro social aparentemente estável por muitos séculos. Nesse contexto, tudo passou a ser questionado, fato antes até então inimaginável, ensejando um cenário sombrio, intensificado pela Inquisição,

---

<sup>8</sup> A importância da análise histórica é incentivada por Hesse (2009, p. 2), para quem "Parte do reconhecimento de que a constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas não de ser compreendidos de uma perspectiva histórica. Só a consciência dessa historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado das questões jurídico-político-constitucionais."

quando um rosário de atrocidades foi praticado em nome de Deus e no afã de manutenção brutal do *status quo*.

Por meio de um direito natural, agora alimentado pela razão, o homem passou não somente a questionar, mas também rejeitou os dogmas do teocentrismo, inaugurando um período de *renascimento*, passando ele “o homem” a ocupar o centro do universo. Outrossim, a doutrina do iluminismo, estendendo a bandeira da racionalidade, teve papel fundamental na distinção entre ciência e religião, abrindo o caminho para a evolução do pensamento intelectual. Por fim, o princípio da legalidade, edificado pela mente dos *contratualistas*<sup>9</sup>, também se apresentou como mais um instrumento de limitação ao absolutismo. Desse modo, a mescla entre o direito natural e o iluminismo conduziu o homem “às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado” (BARROSO, 2012, p. 259).

Diante tal perspectiva, as revoluções dos séculos XVII e XIX tiveram como pano de fundo sócio-político uma marcante atuação do liberalismo, com o nítido propósito de implementar a livre concorrência, impossibilitando a ingerência estatal, então mitigada pelo princípio da legalidade e pelo fenômeno das *codificações*. De início, como visto, as bases filosóficas eram extraídas do jusnaturalismo divino, e, num segundo momento, o combustível a impulsionar os ideais burgueses era o jusnaturalismo racional. Todavia, o avanço burguês urgia por mais previsibilidade e segurança normativa, de modo que era vedada a interpretação legal “era a vez do positivismo jurídico, da busca pela neutralidade e cientificidade do direito, além da perigosa junção entre direito e normatividade estatal (*rectius*, lei).

Nesse contexto histórico, já inservível, saía de cena o direito natural.

Ao mesmo tempo, ante um capitalismo seminal, aliado à busca pela efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, bem como mirando a formalização da separação de Poderes, seguiam-se as limitações dos poderes do Estado, com o advento das constituições escritas. Iniciavam-se aqui as bases para o denominado constitucionalismo moderno. A partir daí, os textos constitucionais evoluíram gradativamente. De simples *pedaço de papel*, subjugado aos fatores reais de poder, consoante defendia Lassalle<sup>10</sup>, as Constituições

---

9 As teorias sobre o contrato social se espalharam entre os séculos XVI e XVIII, possuindo como intento justificar e requerer a formação dos governos. Dentre seus principais nomes, podemos citar: Thomas Hobbes (1588), Jhon Locke (1632), Charles de Montesquieu (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1712). Confira-se, a propósito, Soares (2011, p. 47-72).

10 Em 16 de abril de 1862, Lassalle (2003, p. 35) advogou sua tese fundamental sobre a essência da Constituição, pontuando que “juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra lei, e por conseguinte é punido.”

passaram a ocupar posto de Lei Fundamental, constituindo-se em pedra angular de todo sistema normativo vigente, sob os auspícios do positivismo. Lançando mão do escólio de Kelsen, densificados em 1934, em sua obra mais famosa, Teoria Pura do Direito<sup>11</sup>, denota-se que a Constituição é fincada no topo da pirâmide jurídica, fornecendo (in)validade às demais disposições legais.

Entretanto, o positivismo subjacente ao constitucionalismo moderno, repudiando os princípios jurídicos e dissociando-se dos valores éticos e humanitários, foi alvo de severas e fundamentadas críticas advindas da comunidade jurídica mundial. Com efeito, o Estado Nacional Socialista (eufemismo para Estado Nazista) mostrou para o mundo a falência do princípio da legalidade como único mecanismo de legitimação do poder. Na referida modalidade de Estado, a lei obtinha validade pela sua forma de nascimento, sem guardar nenhuma obediência ao conceito material de justiça. Assim, amparado pela lei, o governo nacional socialista alemão cometeu o extermínio de milhões de pessoas politicamente indesejadas<sup>12</sup>, sob argumentos pífios e jamais aceitados.

Era preciso, então, traçar sustentáculos para uma nova teoria jurídica, após o transcurso das duas grandes guerras mundiais. O Estado Legislativo de Direito deveria ceder espaço ao Estado Constitucional de Direito, por meio do qual a legalidade ocuparia um plano secundário diante das disposições constitucionais, as quais passariam a ser dotadas de supremacia material<sup>13</sup>, tendo como bússola a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Dessa maneira, seria possível uma lei ser formalmente válida e não encontrar morada no ambiente constitucional, ante eventual desrespeito aos preceitos substanciais positivados pelo constituinte originário. Para tanto, o direito muda a sua roupagem, passando doravante a destilar a robustez do seu caráter axiológico “C é a era da força normativa dos princípios (CUNHA Jr., 2012, p. 39/40).

Em breves linhas, eis o surgimento do neoconstitucionalismo.

---

11 Kelsen (1999, p. 247) asseverou que “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental “C pressuposta. A norma fundamental “C hipotética, nestes termos “C é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”

12 Sobre o tema, Conde (2005, p. 226-227), quando comenta Dachau, um dos campos de concentração mais temidos durante o nazismo.

13 Ganha relevo aqui a idéia de filtragem constitucional, a qual acena para a “(...) preeminência normativa da Constituição, pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-lingüística e também material” (SCHIER, 2007, p. 252).

## 5.2 CARACTERÍSTICAS

O neoconstitucionalismo, aos nossos olhos, consubstancia uma nova fase do direito constitucional ocidental, com traços próprios marcantes e bem delineados, sem precedentes na história, desencadeando um enquadramento diverso ao positivismo antes reinante<sup>14</sup>. Por certo, os textos constitucionais de outrora não possuíam normatividade suficiente ao ponto de se tornarem exequíveis, gerando direitos subjetivos. Ao revés, traziam em si normas de organização políticas sem força de aplicação e princípios com baixa densidade normativa e alto grau de abstração, ficando relegados ao segundo plano.<sup>15</sup> A primazia era da lei de efeito concreto, a qual criava direitos subjetivos, decidindo litígios, ao passo em que os princípios eram desacreditados. O positivismo, então, sem obter êxito em “explicar a realidade a normativa dos princípios, negava-se a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico” (SCHIER, 2007, p. 257).

Entretanto, o ocaso da segunda guerra mundial desencadeou verdadeira “revolução copernicana do Direito Público” (MIRANDA, 2007, p. 29). As constituições, até então esquecidas, por conta de sua natureza principiológica e com hierarquia usual de inferioridade em cotejo às leis vigentes, foram içadas ao posto de protagonistas desse mais novo capítulo sobre o filme da história da humanidade. Essa evolução dos textos constitucionais contemporâneos passou a evidenciar características peculiares, quais sejam: a) a sua natureza de norma jurídica imperativa e exigível; b) a supremacia material das disposições constitucionais ante o ordenamento em geral; c) o encaixe das constituições em local de destaque no plano do direito, servindo como farol a iluminar todos os demais segmentos jurídicos, que passam doravante a ter leitura cancelada pela sua correlata constituição (BARCELLOS, 2011, p. 3).

Por sua vez, essa nova teoria geral do direito constitucional vai necessitar de instrumentos para concretização prática de suas premissas, fazendo valer sua imperatividade, agora qualificada pelo selo de superioridade material. O controle de constitucionalidade<sup>16</sup>, por meio da criação de Cortes Constitucionais, é o instrumento para tanto. Nesse passo, instituído o sistema do *judicial review*, perde força o Parlamento, ao mesmo tempo em que o Poder

---

14 Entretanto, alguns autores não constataam diferenças entre o neoconstitucionalismo e o positivismo. Por todos, Comanducci (2002, p. 102), quando afirma que “(...) la teoria del derecho noeconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.”

15 Canotilho (2003, p. 121) complementa, afirmando que, nessa época, “(...) os códigos civis convertem-se na principal fonte de direito. São eles e não as constituições que fixam os princípios gerais do direito remetendo o texto constitucional para a categoria de uma simples ‘lei orgânica dos poderes políticos’.”

16 Tal modalidade de controle deita raízes na notória decisão do Juiz John Marshall, no caso *Marbury vs Madison*, em 1803, quando declarou inconstitucional uma lei americana à luz da Constituição Federal.

Judiciário passa a ter destaque, sendo o novo guardião dos direitos e garantias fundamentais, portando a última palavra sobre as eventuais celeumas normativas. Cria-se, por conseguinte, um cenário inovador, onde a aplicação *in concreto* das normas constitucionais vai desencadear o advento da jurisdição constitucional, mudando por completo a face das novas constituições, fornecendo-lhes características antes inexistentes “C é o neoconstitucionalismo.

Além disso, o reconhecimento da força normativa constitucional e do seu eixo axiológico de sustentação, somado ao constante exercício dessa inovadora modalidade de jurisdição, vai trazer à reboque a necessidade de novas técnicas de interpretação, dotando o Poder Judiciário<sup>17</sup> com novas ferramentas para o bom exercício do seu mister, de molde a garantir maior eficácia e justiça nas decisões, superando velhos paradigmas. É bem de ver que o pós-positivismo, formado pela união do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, terminou por subsidiar a estréia de técnicas de hermenêutica, responsáveis por atribuir um olhar criativo “(...) às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão (...)” (BARROSO, 2012, p. 268/269 e s.).

Em terras brasileiras, conquanto a nova conformação constitucional antes descrita tenha se concretizado tardiamente (1988), é forçoso constatar a exitosa missão levada a efeito pela atual Constituição vigente em promover a transição de um período nebuloso da nossa história, marcado por um regime autoritário, onde os atos de arbitrariedade e o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais eram praticados em larga escala, para um regime lastreado na democracia e no respeito à dignidade humana. Outrossim, o novo texto constitucional mostrou capaz de construir os símbolos de suas vitórias pela via da normatividade, possibilitando novas conquistas, incutindo na mente dos brasileiros a gênese da necessidade de se cultivar um sentimento constitucional, de modo a rejeitar a indiferença reinante outrora (BARROSO, 2006, p. 28-29).

## **6. O DEVIDO PROCESSO LEGAL, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS POSTULADOS DO DIREITO PENAL MÍNIMO: UMA TRÍADE CONSTITUCIONAL NECESSÁRIA**

Lançadas as premissas do nosso estudo, passamos agora ao nosso objetivo primordial, referente à promessa de demonstrar, ao lume dos preceitos constitucionais

---

17 Miranda pontua que a força da jurisdição está atrelada ao ordenamento anglo-saxônico, judicialista por excelência, e aqueles outros ordenamentos centrados em constituições “com dispositivos muito amplos e elásticos” (2007, p. 299).

intestinos, a missão do devido processo legal na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana através dos postulados do direito penal mínimo<sup>18</sup>. Frisamos que o termo devido processo legal será doravante utilizado num sentido mais amplo e genérico, ao passo em que o termo devido processo penal será sempre chamado mirando especificamente os contornos do direito penal processual e material, como já vínhamos fazendo até aqui. Por sua vez, o direito penal mínimo ao qual nos referimos refere-se ao minimalismo moderado, diferente do minimalismo radical. Daí a conclusão no sentido de não pregarmos aqui o abolicionismo penal.<sup>19</sup>

Tudo explicado, vamos ao cerne do problema.

Infelizmente, a atual conjuntura social brasileira faz coro às demais conjunturas dos países subdesenvolvidos, sendo caracterizada pela cultura de uso exacerbado do direito penal como instrumento de contenção no aumento da criminalidade latente. Parte-se de um silogismo social com premissas inverídicas, alcançando-se, como não poderia deixar de ser, um resultado também inverídico. A base do tal silogismo seria acreditar que a inflação legislativa penal (primeira premissa) provocaria o temor necessário à população ao ponto de não mais praticar crimes (segunda premissa) e, como resultado, teríamos uma redução da criminalidade. Ledo engano. O homem ainda não aprendeu com o passado e também não tem feito uma boa leitura das estatísticas criminais do presente. Beccaria já nos alertava que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade” (1999, p. 87).

E é justamente esse o problema. A criminalização desordenada de novas condutas ou mesmo o agravamento das penas daqueles delitos já existentes não terão efeito prático benéfico para a sociedade. Com lucidez, Queiroz denuncia que “pouco ou nada se pode esperar de semelhante intervenção, pois, mais leis, mais policiais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos” (2013, p. 437). A expansão do sistema punitivo é o combustível que agiganta os tentáculos do direito penal, contribuindo para um quadro de marginalização e aumento das desigualdades sociais, indo de encontro aos

---

18 “O raciocínio do Direito Penal Mínimo implica a adoção de vários princípios que servirão de orientação ao legislador tanto na criação quanto na revogação dos tipos penais, devendo servir de norte, ainda, aos aplicadores da lei penal, a fim de que se produza uma correta interpretação. Dentre os princípios indispensáveis ao raciocínio do Direito Penal Mínimo, podemos destacar os da: a) dignidade da pessoa humana; b) intervenção mínima; c) lesividade; d) adequação social; e) insignificância; f) individualização da pena; g) proporcionalidade; h) responsabilidade pessoal; i) limitação das penas; j) culpabilidade; e k) legalidade.” (GRECO, 2010, p. 25)

19 Com idêntica aplicação ao nosso estudo, Bianchini (2002, p. 26) explica que “a linha de raciocínio que embasa a presente pesquisa não se filia ao abolicionismo penal, mas à corrente de pensamento denominada minimalismo penal, que “C em expressão simples “C apregoa que o sistema repressivo, por, intrinsecamente produzir violência, deve ficar reservado aos episódios em que sua atuação torna-se indispensável “C lógica do mal necessário.”

fundamentos e objetivos republicanos, incluindo aqui a dignidade da pessoa humana. Consignamos, assim, que o contato de qualquer indivíduo com o direito penal deve ser evitado até o último instante possível, dado aos seus efeitos indelévels.

É realidade: o sistema penal atua de forma a incentivar o aumento dos crimes.<sup>20</sup>

Isso implica que a própria pena de prisão deve ser reavaliada, sendo essa uma tendência já adotada pelos países com idéias mais avançadas no estudo do direito penal. Na Alemanha, por exemplo, Roxin (2012, p. 17-18) reconhece que a complexidade e a diversidade social levarão à prática de mais delitos, entretanto, com penas mais suaves. Argumenta o citado autor que o aumento da criminalidade, motivado pelo surgimento de novos bens jurídicos, tornará economicamente inviável toda política criminal pautada na penalização dos infratores por meio da privação da liberdade. Outrossim, segue profetizando que o avanço das estatística delitivas será provocado pela preponderância de infrações de pequena e média gravidade, não se justificando por isso a restrição da liberdade por meio da prisão. Por fim, enuncia que “Não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade”, ressaltando os efeitos maléficos da perda do posto de trabalho e da separação da família advindos da segregação.

Portanto, entendemos que o recrudescimento das normas penais incriminadoras, com a conseqüente amplitude do sistema punitivo não trará segurança social desejada. O caminho para contenção da criminalidade não é esse. A tendência vivenciada pelos países mais bem sucedidos nessa difícil arte de ponderação entre eficiência e garantia no uso racional do direito penal vem demonstrando a necessidade de um direito penal minimalizado atrelado às políticas estatais voltadas para a educação e geração de postos de trabalho, de modo a criar um cenário propício ao nascimento de uma igualdade substancial, permitindo a formação de uma sociedade mais esclarecida e instrumentalizada economicamente para o exercício de uma vida digna e não mais à margem da lei, mas sim em conformidade com os preceitos normativos.

Por sua vez, é fato notório a ligação entre a pobreza e a criminalidade<sup>21</sup>. As estatísticas são gritantes e traduzem a seletividade do sistema penal<sup>22</sup>. A maioria dos delitos

---

20 Tratando das idéias deslegitimadoras do direito penal, Queiróz (2013, p. 437-438) aponta para a contravenção do jogo do bicho e para o crime de tráfico ilícito de drogas, afirmando que a proibição de tais condutas contribui para um quadro de clandestinidade, donde brotam uma série de outros delitos correlatos, quais sejam: lavagem de capitais e evasão de divisas, extermínio de grupos rivais, corrupção policial etc. Concluindo que “o direito penal não evita a criminalidade; ao contrário, fomenta-a, tornando-se criminógeno.”

21 Nesse sentido, Greco (2013, p. 333) observa “ser possível reduzir, e não eliminar, a criminalidade, tida como aparente, a partir do momento que o Estado assumir a sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais.”

praticados tem como alvo o patrimônio. O efeito provocado pela falta de qualificação profissional, tendo como causa a omissão inconstitucional do Estado em cumprir sua promessa de proporcionar uma educação de qualidade, desencadeia um quadro nebuloso de poucas oportunidades para o indivíduo se alocar no mercado de trabalho. Isso se agrava numa típica sociedade capitalista como a brasileira. Daí, a obsessão pelo consumo implica numa busca ilícita por acréscimo patrimonial, materializando o passaporte para muitos brasileiros ingressarem nos presídios. Em socorro às nossas idéias, trazemos o escólio do Professor de sociologia do direito da Universidade de Oslo, Mathiesen (1997, p. 276):

Eu procuro recursos para o transgressor na forma de uma série de medidas. Em termos gerais, a guerra contra o crime deveria tornar-se uma guerra contra a pobreza. Mais uma vez, eu apenas estou lhes dando uma pequena lista; muitos detalhes deveriam ser definidos: moradias decentes, programas de trabalho, de educação e tratamento e “C mais importante “C uma mudança em nossa política sobre drogas. Legalizando as drogas e tornando-as assim, como a metadona, disponíveis sob condições sanitárias e supervisionadas, neutralizaria o mercado ilegal e reduziria drasticamente a quantidade de crimes relacionados às drogas.

É preciso construir um diálogo de cooperação entre os Poderes constituídos<sup>23</sup>.

É aqui que entra em cena o devido processo legal.

O desempenho das três funções básicas do Estado Democrático de Direito deve ser concatenado de forma harmoniosa, de modo que não ocorra um desencontro das políticas públicas no âmbito prático da sociedade. E a pedra de toque a guiar os processos de legislação, execução e julgamento é a Constituição Federal, donde se extrai o devido processo legal e se denota a elevação da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. Assim, a conclusão não pode ser outra: Legislativo, Executivo e Judiciário submetem-se ao devido processo legal na restrição e na promoção dos direitos e garantias, tanto mais porque “os princípios da política processual de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estatal geral” (CARVALHO, 1992, p. 76).

Dentro desse cipoal argumentativo, toda proposta de implementação fática de uma teoria do direito penal mínimo, traz à reboque a necessidade de uma pauta de atividades a ser desenvolvida de maneira afinada e concomitante entre os poderes constituídos. Referimo-nos a uma criação legislativa racional, avessa aos simbolismos e preocupada com o avanço

---

22 A seletividade é tão flagrante que a sua quebra provoca intensa repercussão social. Foi o que presenciamos com o julgamento da AP 470 (caso vulgarmente conhecido como o “mensalão”) pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da qual foram levados à prisão indivíduos componentes de um segmento social até então inatingíveis pelo sistema penal.

23 Por oportuno, Ramos (2013, p. 92) sinaliza que o princípio da separação de poderes, “que veio a ser adotado pelo Estado constitucional como vetor da estrutura organizatória do Estado e como mecanismo de controle, passa a ser hoje encarado como cooperação e não separação absoluta entre poderes, de modo a abarcar a multifuncionalidade e complexidade do Estado contemporâneo.”

qualitativo dos indicadores sociais; uma execução de políticas públicas atreladas ao fomento educacional e geração de empregos dignos, viabilizando a concretização dos direitos fundamentais prometidos constitucionalmente; e uma atuação jurisdicional voltada ao engrandecimento das aspirações constitucionais originárias, pondo em destaque, a cada julgado, a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Portanto, o Judiciário precisa de uma gama de atividades do Legislativo e do Executivo para por em prática a minimização do direito penal.

E o devido processo legal (*substantive due process of law*) deve ser sempre observado neste trabalho cooperativo entre os Poderes como um princípio a guiar as atividades estatais. Com efeito, por meio de sua acepção substantiva, “a lei, o regulamento, o ato administrativo, a decisão judicial são interpretados e aplicados, de molde a otimizar a busca de uma opção hermenêutica e efetiva, com base nos resultados obtidos pela ponderação principiológica” (SOARES, 2008, p. 81), bem como pelo uso dos subprincípios da razoabilidade<sup>24</sup>, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade. Não sendo assim, abre-se espaço para o Judiciário invalidar o ato desnudo de razoabilidade. Vejamos a posição aclaradora de Barroso (2012, p. 348) sobre o tema:

(...) o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Ante a doutrina acima transcrita, imperioso associar os referenciados subprincípios da razoabilidade aos postulados do direito penal mínimo, viabilizando o surgimento do devido processo penal substantivo como mais um instrumento na luta contra eventuais arbitrariedades do Estado na criminalização de condutas. Nesse contexto, a intervenção penal deve ser eficaz na proteção do bem jurídico, traduzindo-se numa relação razoável entre meio empregado e fim perseguido (adequação); a proteção do bem jurídico só deverá ser realizada pelo direito penal em caso de inexistir outro instrumento menos agressivo à dignidade humana e mais efetivo nessa missão (necessidade ou vedação do excesso); a restrição a um direito individual

---

24 Não vislumbramos efeitos práticos em distinguir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse mesmo tom, com estudo detalhado sobre o assunto, conferir Lima (1999, 280-287).

deve ser justificada pela manutenção de um direito de maior envergadura (proporcionalidade em sentido estrito)<sup>25</sup>.

O devido processo penal substantivo pode ser encarado então como mais é um mecanismo na solidificação de uma teoria do direito penal mínimo, auxiliando no empoderamento da dignidade humana. É mais um instrumento a agregar subsídios na negação de leis penais ineficazes, desnecessárias e desproporcionais. Diante de tais premissas, o legislador pátrio deve estar atento ao uso do direito penal como *ultima ratio*, o qual não pode se erigir em instrumento imediato de contenção aos anseios populistas de criminalização, através de respostas simbólicas ou mesmo expandindo-se para alcançar condutas que poderiam receber tratamento adequado em outras searas jurídicas. A criminalização restringe direitos fundamentais e, por isso, deve ser dosada de forma racional, mínima.

Bem por isso, deve ser rechaçado o fenômeno conhecido como a administrativização do direito penal<sup>26</sup>, o qual se caracteriza pela antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; pela relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e por sancionar com penas criminais condutas lesivas ou potencialmente lesivas a bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa<sup>27</sup>. Tudo isso provoca uma quebra da esperada racionalidade, incentivando o surgimento de um direito penal inadequado, desnecessário e desproporcional, portanto, ilegítimo. A atividade legislativa criminal, sob tal prisma, deve respeito ao devido processo penal substantivo.

D'outra vereda, o Executivo deve dirigir sua atividade administrativa pela estrada da razoabilidade, atendendo aos comandos do devido processo legal substantivo. Imaginemos a seguinte situação. Em determinada cidade do Brasil, as vagas escolares não são suficientes para a educação infantil. Por isso, algumas crianças não estudam, ao passo em que outros infantes precisam sair do município para serem alfabetizados numa outra cidade vizinha. Com verba disponível, o administrador, dentro de sua zona de discricionariedade, decide construir uma quadra poliesportiva. Pergunta-se: a escolha foi razoável? Entendemos que não, pois o bem de maior utilidade para o desenvolvimento social é a educação. Ademais, ao crivo da Constituição, a escolha mostra-se inadequada, haja vista que o objetivo é construir uma

---

25 Sobre o tema, conferir a doutrina espanhola de Ripollés (2005, p. 135-139).

26 Segundo Dias (2001, p. 140), o fenômeno em tela teve sua origem no momento em que “o legislador foi-se deixando seduzir, um pouco por toda parte, pela idéia, pernicioso mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais, ao serviço dos mais diversos fins da política social”, renascendo agora por conta dos novos problemas decorrentes da “sociedade do risco.”

27 Para uma visão geral sobre a administrativização no direito penal, ver Sanches (2011, p. 145-176).

sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3.º, incs. I e III) “C a educação, portanto, é prioridade.

Ao Poder Judiciário coube o papel principal de ser o maestro a reger essa empreitada constitucional pela sedimentação dos postulados do minimalismo penal, tanto mais porque, como já visto alhures, passou a gozar de mais destaque no seio dessa nova conformação pós-positivista. Justamente por isso entendemos ser equivocado o nascimento daquilo que denominamos de princípio da confiança no devido processo legal via algumas r. decisões justamente do Supremo Tribunal Federal (STF). Com efeito, pensamos ser temerário falar em “confiar no devido processo legal, com o trâmite natural da ação penal”, bem como dizer que “deve-se dar ao processo uma chance, sem o seu prematuro encerramento”<sup>28</sup>. Com todo o respeito, e no exercício da crítica construtiva, essa tal confiança é tão inconstitucional quanto o desejo de dar uma chance ao processo, pois vão de encontro à presunção constitucional de inocência. Interpretações equivocadas desse novo princípio podem ensejar a instauração de processos, ferindo a dignidade humana<sup>29</sup>.

No que toca ao devido processo legal formal (*procedural due process*), o Poder judiciário ainda tem o encargo constitucional de atuar de forma a impedir resquícios inquisitoriais, revelados por eventuais confusões existentes entre as funções de julgar e acusar. Como exemplo, citamos o artigo 188, do Código de Processo Penal pátrio. No dispositivo citado, a interpretação mais garantista é no sentido de que as perguntas do julgador devem ser formuladas ao final do ato, de forma complementar, sob pena de violação do sistema acusatório. Essa é a vontade da nossa Constituição Cidadã, eis que elenca um rol de direitos e garantias fundamentais, direcionando toda interpretação para o reconhecimento de

---

28 EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO EXISTENTE. 1. Não se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 2. Pode-se confiar no devido processo legal, com o trâmite natural da ação penal, para prevenir de forma suficiente eventuais ilegalidades, abusos ou injustiças no processo penal, não se justificando o trancamento da ação, salvo diante situações excepcionalíssimas. Deve-se dar ao processo uma chance, sem o seu prematuro encerramento. 3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 119608, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-11-2013)

29 Outro exemplo de recente posicionamento jurisprudencial equivocado, em ofensa ao quanto aqui propomos, pode ser visto na edição do verbete 502, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim grafado: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”. Certamente, a efetiva fiscalização administrativa, corroborada pela aplicação de sanções com a mesma natureza, já seria suficiente e mais eficaz no papel de proteger o bem jurídico tutelado.

sua natureza acusatória, donde se observa que “o sistema acusatório é o que melhor encontra respaldo em uma democracia, pois distingue perfeitamente as três funções precípua em uma ação penal: o julgador, o acusado e a defesa” (MOREIRA, p. 15).

Aliado a isso, o rito processual penal deve também ser concretizado de um jeito que sobreleve as garantias do acusado, fornecendo ao procedimento em questão uma linha garantista, robustecendo o caráter de *ultima ratio* da intervenção penal, sepultando as mínimas possibilidades da instauração de uma contenda criminal sem justa causa, desproporcional. Com didática ímpar, ensina Lopes Jr. (2011, p. 358) como identificar (ou não) a justa causa no feito criminal:

Quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa.

O devido processo legal, por tudo até aqui exposto, mostra-se como um legítimo e potente instrumento a serviço da construção de uma justiça penal materialmente mais justa, ao passo em que os postulados do direito penal mínimo apresentam-se como elementos vitais no desempenho da atividade interpretativa.

## 7. CONCLUSÕES

Após todo o itinerário de argumentação embutido no bojo do presente estudo, podemos concluir que o devido processo legal é um instrumento apto a contribuir de forma decisiva na concretização do princípio constitucional da dignidade humana, tendo por norte os postulados do direito penal mínimo. Verificamos que a vertente processual do devido processo legal (*procedural dues process*) deve ser encarada como uma garantia de todo e qualquer acusado contra as investidas do Estado, de modo a limitar imposição de uma penalidade sem a observância de um rito previamente estabelecido. Por sua vez, o devido processo legal substancial (*substantive due process*) restou caracterizado como um mecanismo eficaz no encontro de interpretações mais benéficas em sublinhar a necessidade de concretizar uma teoria do direito penal mínimo, pois mais afinada aos preceitos constitucionais.

Tais conclusões, como restou explicitado, são consubstanciadas por um novo momento vivenciado pelo ordenamento constitucional ocidental, resultante do fim da segunda grande guerra, por meio do qual os princípios passaram a revestir-se de imperatividade, guiando toda a atividade interpretativa dos operadores jurídicos. Nesse novo cenário, vimos

que foi potencializado o princípio da dignidade humana, o qual se assenta como um dos fundamentos de nossa ordem constitucional e que merece especial atenção dos poderes constituídos. Por conta disso, à luz das imposições talhadas no texto magno, demonstramos que o devido processo penal, aliado à mínima utilização do direito penal, o qual deve restringir-se à necessária proteção de bens jurídicos, traduz-se no caminho mais legítimo na tentativa contínua de dignificar o homem.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

BACHOF, Otto, **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Editora Almedina, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: **Isonomia**, nº<sup>a</sup> 16, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz; **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal do equilíbrio**. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. São Paulo: Minelli, 2003.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume I 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI "C abolição um sonho impossível? In: PASSETTI, Edson e DA SILVA, Roberto Baptista (org). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, Tomo II**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MIRANDOLA, Picco Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.
- MORREIRA, Rômulo Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares**. Porto Alegre: Magister, 2011.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.
- RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva**. Curitiba: Juruá, 2013
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**. Teoria e prática. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.
- ROCHA, C. L. A. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Fortaleza. **Revista do Instituto Brasileiro dos Direitos Humanos**, Ano 2, Vol. 2. Num. 2, 2001,p.49-67. Disponível em:  
<[http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/ibdh/revista\\_do\\_ibdh\\_numero\\_2.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/ibdh/revista_do_ibdh_numero_2.pdf)>. Acesso em 07/04/2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIER, P. R. Novos desafios de filtragem constitucional no momento do Neocostitucionalismo. In: SOUZA NETO, C. P. e SARMENTO, D. (coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.