

O DEVIDO PROCESSO LEGAL À LUZ DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PROSPECTIVA

Leonardo Costa de Paula*

RESUMO

O trabalho destaca a necessidade de aplicação efetiva no processo penal da hermenêutica constitucional prospectiva do livro de Rubens Casara¹, em detrimento da hermenêutica constitucional retrospectiva, principalmente no tratamento do princípio do devido processo legal, partindo do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito é o patamar mínimo para que haja a possibilidade de discussão do tema. Incidentalmente se tratou da Teoria do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli², juntamente com a idéia do tratamento do menor mal pelo Direito Penal mínimo o que possibilita o equilíbrio desses institutos que fundamentam a idéia de um devido processo penal efetivo. Nessa perspectiva de análise, defende-se, então, que não se dê mais valor às normas inferiores (hermenêutica retrospectiva) que, por força da teoria da recepção não podem valer no sistema processual penal pátrio, sendo possível que somente seja utilizada a interpretação prospectiva, que tende a adequar a legislação aos ditames constitucionais para haver a efetivação do devido processo penal constitucional, não havendo soluções pré-concebidas com mero suporte na jurisprudência majoritária. Nesse sentido, analisou-se o princípio chave, à luz dos princípios da legalidade, ampla defesa, presunção de inocência e por fim o da igualdade, apesar do princípio foco se vincular a diversos outros, que por força da pontualidade do tema não tiveram o devido tratamento.

PALAVRAS CHAVES: DEVIDO PROCESSO LEGAL; HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PROSPECTIVA; GARANTISMO PENAL.

* Mestrando em Direito Público e Evolução Social, linha de pesquisa Acesso a Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA-RJ, pós-graduado em Direito e Processo Penal, pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela UCAM-RJ e advogado.

¹ CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 6ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

RESUMEN

El estudio destaca la necesidad de la aplicación efectiva, en el proceso penal, de la hermenéutica constitucional prospectiva del libro de Rubens Casara³ en detrimento de la hermenéutica constitucional retrospectiva, principalmente al tratar con el principio del debido proceso legal y a partir del presupuesto que el Estado Democrático de Derecho es el patamar mínimo para que exista la posibilidad de discusión sobre este tema. Incidentalmente tratar de la teoría del Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli⁴, en conjunto con la idea del tratamiento menos aflictivo de que habla el Derecho Penal mínimo, posibilita el equilibrio de estos institutos que fundamentan la idea de un debido proceso penal efectivo. En esa perspectiva de análisis, se defiende, entonces, que no se da más valor a las normas inferiores (hermenéutica retrospectiva) que, debido a la teoría de la recepción, no pueden tener validez en el sistema procesal patrio, siendo posible que solamente sea utilizada la interpretación prospectiva, que tiende a adecuar la legislación a los mandamientos constitucionales para que ocurra la efectivación del debido proceso penal constitucional sin soluciones preconcebidas con mero soporte en la jurisprudencia mayoritaria. En ese sentido, se analizó el principio clave en conformidad a los principios de la amplia defensa, legalidad, presunción de inocencia y, por fin, el de la igualdad, aún que el principio clave se vincule a diversos otros que, en razón de la puntualidad del tema, no tuvieron el debido tratamiento.

PALAVRAS CLAVE: DEBIDO PROCESO LEGAL; HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PROSPECTIVA; GARANTISMO PENAL.

INTRODUÇÃO

O devido processo legal se insere na malha principiológica constitucional, sendo reconhecido como meta-regra do Estado Democrático de Direito, uma vez que impõe ao Estado, ao longo da prestação jurisdicional, o dever de cumprir as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico, sendo um limite ao exercício do próprio poder punitivo.

³ CASARA, op. cit.

⁴ FERRAJOLI, op. cit.

No entanto, este princípio necessita de toda uma estrutura principiológica capaz de lhe assegurar eficácia, sendo certo que a ampla defesa seria identificada como princípio assegurador da mencionada eficácia.

Nessa perspectiva analítica, cumpre trazer a lume um conjunto de garantias processuais, que coligadas a idéia de Estado Democrático Social de direitos funda a Teoria do Garantismo Penal, incidentalmente aqui tratado, tal como formulada por Luigi Ferrajoli⁵, que poderão proteger o indivíduo do abuso estatal.

Por conta da hermenêutica constitucional prospectiva, que nos remete para além da Teoria Pura do Direito de Kelsen⁶, efetiva-se a Constituição frente a todas as demais normas, impondo os imperativos constitucionais como base das fundamentações judiciais.

A hermenêutica, por si só não permitiria que esses abusos fossem impedidos, tendo sido destacada a contribuição do ilustre professor Rubens Casara⁷ com a interpretação prospectiva da Constituição. Tal entendimento é a base conceitual do presente estudo.

Analisa-se, ainda, o princípio em tela com o escopo dos princípios da legalidade, princípio da ampla defesa, do princípio da inocência e igualdade, trazendo em seguida as conclusões finais do estudo.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO

De acordo com J. Gomes Canotilho⁸ Estado Constitucional moderno não se limita tão somente a um Estado de direitos, “Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”. E conclui “A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se a se exercer em termos democráticos”.

Com tais formulações, as concepções tradicionais de Estado, apoiadas anteriormente no princípio da autoridade, passam a sofrer mudança. Estado

⁵ FERRAJOLI, op. cit., p. 28-29.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷ CASARA, Rubens op. cit, p. 100.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 98.

democrático de direito implica, pois, a limitação da autoridade pela liberdade da sociedade, sendo este equilíbrio definido pela lei⁹.

Cabe à lei, portanto, o equilíbrio entre o cidadão e os possíveis abusos estatais, entre o Estado soberano e o súdito, que até então era apenas objeto estatal, deve agora ser tratado como cidadão e portador de direitos e garantias.

Acerca do equilíbrio se preocupa a teoria do Garantismo Penal, criada por Luigi Ferrajoli¹⁰, esta traz em seu bojo a idéia de assegurar proteção àquele que se encontre em situação de debilidade. Nesse sentido, todo aquele que se encontrar em situação de inferioridade deverá ter assegurada a máxima garantia, prevista em sede constitucional.

O Garantismo penal não se preocupa com o mero legalismo, formalismo ou processualismo; antes disso, cuida de tutelar os direitos fundamentais da vida, liberdades pessoais, civis e políticas, na senda dos direitos individuais e coletivos. Mas, principalmente na tutela dos direitos fundamentais.¹¹

Dessa forma, no processo penal deve estar presente a idéia de racionalidade, de modo que o processo possibilite ao debilitado o mínimo sofrimento possível, seja a vítima de um delito, seja o acusado no curso do processo penal. Com base nessa premissa, criam-se leis, orientadas à máxima tutela dos direitos e, na falibilidade do juízo e da legislação, tem a intenção de tolher o poder punitivo, evitando qualquer tipo de violência arbitrária¹².

Observa-se que, para a tutela do cidadão, em conformidade com a própria finalidade da existência do Estado, é de imensurável obrigatoriedade a adoção do garantismo penal para um adequado tratamento penal.

Não se pode confundir o Direito Penal mínimo com a mínima punição ou aplicação mínima da pena, eis que se trata de forma de atuar do magistrado que não poderá atentar à dignidade da pessoa humana: o réu. Aceitar o contrário implica colocar o Estado em relação ao réu na mesma posição do agente delitivo, quando da prática do delito.

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 22-24.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit.,

¹¹ *idem, ibidem*, p. 28-29.

¹² CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 84.

A pena, dentro desse escopo garantista, é tida como o mal menor, sendo menos aviltante e menos arbitrária, já que a vítima, realizando essa resposta penal, o faria de modo desproporcional.

Em outras palavras, a pena é definida como o menor dos males, uma vez que a permissão ao tratamento arbitrário para a persecução daquele que delinqüiu poderia culminar em uma anarquia punitiva. Por esta razão, a persecução penal deve ser regrada dentro dos ditames constitucionais.¹³

O modelo garantista sozinho não poderia se fazer suficiente, eis que demanda “uma reestruturação do sistema penal, de forma que a legalidade processual não mais potencialize a seletividade ou propicie o surgimento das cifras ocultas”.¹⁴

Cumprе ressaltar que o processo penal é uma resposta à exigência de racionalidade para efetivar o direito material, “portanto, só se justifica enquanto garantia da razão”, conforme esclarece Casara¹⁵.

Note-se que a garantia maximizada e o do direito penal em sua menor amplitude, será efetivado através do magistrado, que deverá aplicar todas as garantias previstas no rol do artigo 5º da Carta Magna e as demais garantias individuais erigidas ao status de norma constitucional, tal qual o Pacto de San Jose da Costa Rica e, ainda, os que se encontram presentes na legislação infraconstitucional.

2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A idéia de termos um processo que seja determinado previamente em lei, vem junto com a idéia de constituição, com isso, a primeira positivação nesse sentido foi a *Magna Charta Libertatum*, assinada por João Sem Terra em 1215.¹⁶

Nela, se fez presente a conhecida cláusula *law of the land*, ou seja, para que houvesse uma limitação dos meios de vida, liberdades, banimento ou até o exílio seria necessário que a própria lei da terra assim o definisse.¹⁷

¹³ FERRAJOLI, op. cit., p. 335-336.

¹⁴ CASARA, Rubens op.cit., p. 100.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 100.

¹⁶ MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 6.

¹⁷ SUANNES, Adalto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 101.

Inicialmente o devido processo legal procedimental não dizia respeito à preocupação com o ato em si, mas simplesmente cuidava de verificar se ele se adequava à situação fática.

Em seguida, verifica-se a evolução para o devido processo legal substancial, que passou a preocupar-se com muito mais do que somente com o procedimento.

O devido processo legal tornou-se então uma condição a ser preenchida nas privações dos direitos de vida, liberdade e propriedade, aplicável em caso de privação, condicionando essas restrições. Onde houver constrição de direitos, ali estará presente o aludido princípio, de maneira que o mesmo proteja o cidadão contra ataques estatais.¹⁸

Além de depender intrinsecamente do princípio da ampla defesa, o princípio do devido processo legal, está indiscutivelmente atrelado ao sistema acusatório. Dessa forma, ele não está só presente no inciso LIV do artigo 5º, da Constituição, mas também deve ser analisado sob o aspecto do artigo 129, I, o qual define o princípio acusatório como regra, de acordo com Afrânio Silva Jardim¹⁹.

Complementando a malha principiológica em que está inserido o devido processo legal, Marco Aurélio Ferreira²⁰ complementa que o vínculo do devido processo legal se dá nas seguintes garantias: de acesso à justiça penal, juiz natural, em matéria penal, tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, plenitude de defesa do indiciado, réu, ou condenado, publicidade dos atos processuais, motivação dos atos decisórios penais, fixação de prazo razoável de duração de processo e legalidade da execução penal.

Dessa forma, o devido processo legal faz conexão com o sistema acusatório e sua principiológica básica e, ainda, com o Estado Democrático de Direitos.

Sem essa base imprescindível de princípios, não se pode vislumbrar um Estado Democrático de Direitos efetivo, mitigado em relação ao cidadão, em relação à pessoa humana.

¹⁸ MARTEL, op.cit., p. 298-300.

¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 318.

²⁰ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *Devido processo legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 60-61.

Não se pode ignorar que o Estado soberano, aquele que detém o poder de polícia, poderá, por uma linha muito tênue, deixar de ser uma democracia, para se tornar um Estado Ditatorial.

3 A EFETIVIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Apesar de imaginarmos as arbitrariedades que sofreram os acusados antes da cláusula do devido processo legal, através das ordálias, podemos nos recorrer a exemplos bem próximos de nossa história da força cruel e desumana que o Estado pode manifestar na esfera penal.

Para entender esse movimento social e cultural, cumpre recordar que, inicialmente, a origem do Código de Processo Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, criado em pleno governo do Estado Novo, de Getúlio Vargas, o ditador que em 1937 deu o golpe outorgando uma Constituição que lhe conferia poderes totais dentro do Brasil.

Note-se que o Código de Processo Penal que acabara de entrar em vigor, e está até hoje em vigência, teve origem em um Estado totalitário, o qual ignorava qualquer possibilidade de o cidadão ser tratado como sujeito de direitos.

A origem desse Código de Processo Penal, como se pode notar da simples leitura de sua Exposição de Motivos, é ainda do Código de Rocco, em vigor na Itália fascista.

Esse código “foi elaborado por uma comissão majoritariamente formada por juristas afeitos ao direito material, o que explica, em grande parte, os casuísmos e o enfoque teórico desassociado da (então) moderna dogmática processual”, de acordo com Rubens Casara²¹.

Dado o apanhado histórico e teórico, verifica-se a estrutura processual em vigor no Brasil e parte-se para a análise da fonte de interpretação legal e sua adequação ao Estado Democrático de Direito, o que permite abarcar a questão da efetividade do princípio do devido processo legal.

²¹ CASARA, op. cit., p. 52.

3.1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL RETROSPECTIVA

O Direito não se vincula somente a leis, mas é efetivamente ditado pela sua interpretação, pela hermenêutica realizada pelos magistrados mais especificamente quando do dizer o direito.

A hermenêutica retrospectiva tem sua base em momentos e modelos ultrapassados, quando o intérprete vincula-se a contexto histórico anterior, admitindo-se apenas interpretações conservadoras, na esteira da jurisprudência dominante. A quebra deste modelo faz surgir uma jurisprudência reacionária “constatável em qualquer repertório jurisprudencial”²².

Dessa forma, como analisado, quando se fundamenta uma interpretação que remonta ao momento da criação da lei ou tão-somente à vontade do legislador, no nosso caso, o Código de Processo Penal será visto com o pensamento e a ideologia carregados quando da sua edição em 1941. Ora, vive-se outro momento histórico, a antítese daquele em que se fundam os princípios do Estado Novo de Getúlio.

Permitindo uma interpretação retrospectiva em toda a esfera processual penal, que é o ramo que instrumentaliza e efetiva o controle social do Direito Penal, tem-se decisões e arbítrios oriundas do Código de Rocco.

Fica claro que esse tipo de interpretação legal deve ser rechaçado da esfera judicial, pois que o Direito está em profunda evolução. Assim como a sociedade, as relações sociais mudam conforme o passar do tempo e, apesar de o direito já demonstrar atraso nessa evolução e adequação, permitir a interpretação retrospectiva é agravar a defasagem existente entre a realidade na qual se encontra a sociedade e a adequação que o direito deve fazer.

3.2 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PROSPECTIVA

Pensar em utilizar-se da interpretação retrospectiva para decidir é reproduzir as mazelas que existiam em outro contexto histórico, com outro tipo de Estado vigente, e, no caso do Código de Processo Penal, remonta a uma série de arbitrariedades trazidas em um Estado arbitrário e autocrático.

Não se pode permitir que aconteça tal inversão jurídica, uma vez que estamos agora inseridos em um Estado Democrático de Direito, com uma Constituição

²² CASARA, op. cit., p. 110-111.

Cidadã que enumera um extenso e mínimo rol de garantias que não podem ser ignoradas, quando da aplicação da lei ao caso concreto.

Inclusive, o processo penal em si, não pode ser visto somente como aplicação da lei ao caso concreto, tal como acontece no processo civil. Por conta dos mesmos princípios, como o da presunção de inocência tratado acima, entende-se que o processo penal, na verdade, deverá ser o *locus* ideal para aplicação de direitos e garantias ao acusado que se incluir no pólo passivo da relação jurídico-processual.

Não se pode nem pensar em analisar o processo penal sem a análise integral de toda a Carta Magna, que determina quais os ditames mínimos para aquele Estado.

Segundo Casara²³, “em apertada síntese, a Constituição da República deve ser a pré-compreensão valorativa que aproxima “dever ser” e o estado de coisas (o ser). Necessita-se, portanto, de um normativismo realista e crítico”

Temos a presença, diversas vezes, de um Direito Penal Máximo, em que o Estado repressor e autoritário não ajusta o Código de Processo Penal à Constituição Federal, mitigando os direitos e garantias fundamentais, fulcro do presente Estado democrático de direitos no qual vivemos. Ignora-se o preceito fundamental, que permitiria a pré-compreensão do sistema jurídico.

Para tanto, é necessário que se deixe de utilizar a lei na sua densidade atual e se passe a aplicá-las de acordo com os princípios, matrizes determinados na norma fundamental que indicarão a opção a ser tomada, a decisão. Nesse sentido, toda decisão que não se amparar nas diretrizes determinadas pela Carta Fundamental padecerá do vício de inconstitucionalidade.

Não haverá premissas absolutas, soluções pré-existentes, prontas e acabadas (diferentemente das decisões oriundas de hermenêutica retrospectiva) e o seguimento de decisões anteriores não mais poderá ser aceito, tal qual decisões de órgãos de instância superior.

3.3 EFETIVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS DECISÕES JUDICIAIS

Com o advento da Constituição da República Federativa de 1988, todo o ordenamento jurídico é modificado e seu pressuposto de validade parte da nova Carta

²³ CASARA, op. cit., p. 115-116.

Política, o que requer a adequação das normas existentes ao novo sistema jurídico, que ao serem incompatíveis, não são recepcionadas pela nova Constituição da República, sendo, portanto, revogadas.

Nesse sentido, todas as normas que antes carregavam em seu bojo o caráter autoritário são plenamente imprestáveis e não podem, em qualquer hipótese, ser recepcionadas pela novel ordem jurídica.

É essa idéia que deve preconizar o processo penal brasileiro. Não se pode deixar imperar as arbitrariedades decorrentes de momentos em que o governo era autoritário.

O Devido Processo Legal, princípio indispensável ao Estado Democrático de Direito, é norma fundamental e de seguimento obrigatório. Somente se pode permitir um processo democrático, se o mesmo tiver como fulcro o princípio em tela. No artigo 5º. Inciso LVI da norma fundamental se tem a imperatividade do aludido princípio e, sem ele, o processo é plenamente nulo, e se quer é tido como existente no direito pátrio.

Analisando ainda a lógica constitucional, não se pode ignorar o artigo 129, I CRFB que define o sistema processual presente no nosso ordenamento jurídico, que é o sistema acusatório em seu viés puro. Nesse sentido, o próprio devido processo legal está inserido na idéia do sistema acusatório, não só sendo efetivado o princípio do devido processo legal tão-somente com a fundamentação de uma cláusula pétrea, mas também com a própria adoção do sistema acusatório realizado pelos legisladores quando da promulgação da atual constituição.

O devido processo legal é a possibilidade de se efetivar o princípio da igualdade, verdadeira equiparação processual para um processo penal justo e digno. Ademais existe um rol extenso de princípios que tem a correlação imediata com o princípio analisado, já que este é a garantia de que haverá uma procedimentalização regulada por lei que será seguida e, ainda, que o Estado se prontifique a ir além da procedimentalização, já que, no Brasil, a utilização desse princípio se dá na forma substancial.

Assim, na substância deste princípio, temos a proteção irrefutável de todos os princípios e garantias ao indiciado, acusado ou condenado. Destarte, não se

admite em um Estado Democrático a agressão a qualquer princípio sem que haja a violação ao próprio devido processo legal.

Há intrínseca relação entre o Estado Democrático de Direito e a Constituição Cidadã, não se podendo, em qualquer hipótese, deixar de assegurar legítimo estado de direitos.

3.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Princípio da legalidade carrega em seu bojo dois vieses principais: o primeiro, material, pressupõe que a existência do crime pressupõe que o mesmo esteja definido em lei anterior; o segundo é processual, que traz o entendimento de procedimentalização para o *ius persequendi*.

Acerca da questão material do princípio da legalidade, o que se deve acrescentar é que a lei anterior só pode ser aplicada quando beneficiar o réu, logo após ao momento da publicação, indo mais além, chegando a retroagir ao réu beneficiando-o, se inclusive tiver sido condenado.²⁴

Acerca do viés processual do princípio da legalidade, que é o foco do presente trabalho, afirma-se que o *ius persequendi* deve realizar-se através dos atos ordenados pela lei, ou seja, pela procedimentalização do processo definido em lei.

Nesse passo, é indispensável ao Estado seguir os ditames procedimentais determinados por ele próprio, quando da efetivação do processo, uma vez que quem define o procedimento, está imediatamente obrigado a segui-lo. Nesse caso, não interessa se esse não seguimento da procedimentalização trouxe ou não prejuízo ao réu, até porque, dependendo da inversão de atos processuais, de oitiva, ordem de reperguntas, ou qualquer outra possível inversão, não há o que se falar em possível prejuízo ou não, a não ser que o réu tenha sido absolvido.

Assim, pensando-se em condenação e havendo alguma espécie de não seguimento à procedimentalização definida em lei, estamos diante de agressão direta ao devido processo legal, fato que deve ser rechaçado pelo processo penal com bases democráticas, em um Estado de Direito.

²⁴ GRECCO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006, p. 143 a 144.

3.5 DEVIDO PROCESSO LEGAL E A AMPLA DEFESA

A ampla defesa pressupõe diversas garantias e princípios, com uma relação de reciprocidade imensa, pois a legalidade de um procedimento de cunho persecutório penal estatal depende da mais ampla defesa possível.

Ademais, não se pode ignorar que sua participação na persecução penal, por um viés, atua ao lado de todas as demais garantias e, no outro, atua acima deles permitindo que essas garantias tenham vigência efetiva²⁵:

Dessa forma, observa-se que é a garantia do direito da plenitude de defesa que sustenta o cidadão frente ao possível arbítrio estatal. Este princípio suprime e mitiga o poder do Estado, pois, dentro da persecução penal, deve permitir que o réu possa resistir ao *ius puniendi* de maneira suficiente; daí decorre a inviolabilidade da defesa.

O sentido e o alcance do devido processo legal devem ser defendidos pelo Estado na sua forma substancial. A Constituição não taxou as garantias que lhe são inerentes, justamente para que os exegetas o façam, sendo o papel do julgador reavaliado, uma vez que a sociedade não mais precisa de “um Judiciário envolvido em mistérios, em corporativismos, em opacidade e ineficiência. (...) Ou o Judiciário se capacita disso ou não terá razão alguma para existir como Poder.”²⁶

É necessário, portanto, a releitura de ambos os princípios, para que, nos incluamos em uma instrumentalidade garantista e, quando isso ocorrer, poder-se-á dizer que estamos efetivamente em um Estado Democrático social de direitos.

3.6 DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA

Dentro da instrumentalidade garantista e de uma hermenêutica prospectiva, um dos princípios derivados e conexos ao do Devido Processo Legal, sem dúvida alguma, é o da presunção de inocência.

Tal princípio encontra-se positivado em nossa norma fundamental no artigo 5º, inciso LVII. O mesmo carrega diversos sentidos, seja na limitação do poder de legislar do legislador, não permitindo a edição de normas que tratem o cidadão como se culpado fosse, ou seja, na questão do efetivo tratamento realizado pelo magistrado

²⁵ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 161.

²⁶ *idem, ibidem*, p. 176.

que tendesse a tratá-lo como culpado, antes de sentença penal condenatória transitada em julgado.

O último denota que, ao réu, não cabe prova de sua inocência, mas, ao contrário, é preciso que o membro ministerial consiga trazer ao processo a suposta verdade processual de que aquele réu é o culpado.

Toda a malha principiológica existente na teoria garantista se interconecta. Mas, mais importante que isso, não se pode permitir qualquer tipo de tratamento aviltante ao réu, haja vista que se deve vislumbrá-lo como inocente.

Produzir a prova, não compete ao réu do processo penal, o ônus será sempre da acusação, assim como qualquer determinação ou medida que recaia no réu um reconhecimento de culpabilidade, antes de trânsito em julgado de sentença penal condenatória²⁷.

O vínculo indiscutível com o devido processo legal ocorre na medida em que qualquer tratamento, legislação ou medida que viole o devido processo legal no sentido de tratar o réu diferentemente do que a condição de inocência é plenamente inconstitucional.

3.7 DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Não é adequado tratar do Devido Processo Legal, ou processo penal democrático, sem vislumbrar o processo um *locus* ideal, no qual não só há a possibilidade de contraditar alegação da parte contrária, mas também que essas partes disputem com o mesmo poder de argumentação.

Quando se quebra o princípio da igualdade, essa deve ser verificada na prática; mesmo que a lei regule igualdade das partes, nunca teremos igualdade real. As condições sócio-econômicas e culturais dos diferentes acusados podem repercutir de um modo muito relevante na posição real, mas nunca teremos todos em condições de igualdade.²⁸

Não basta a mera possibilidade de contraditar e que seja dada relevância ao que foi contraditado, mas é efetivamente necessário que seja permitida ao acusado ter uma defesa capacitada para tanto. A igualdade que se perquire às partes se traduz nas

²⁷ BONATO, op. cit., p. 127.

²⁸ AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal – una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant to blanch, 1997, p. 147.

possibilidades que as mesmas necessitam para que seus direitos sejam manifestados, mesmo que não idênticos, já que a prática da acusação e da defesa são completamente distintas, mas cabendo ao legislador a preconização deste princípio quando da edição das normas²⁹.

Dessa forma, como explanado no Capítulo 1, tem-se que a teoria garantista impõe que o Estado, na função de perseguir o mais fraco, o débil, por força, deverá fazê-lo quando estritamente necessário, possibilitando as garantias processuais máximas.

Nessa esteira, verifica-se que o débil, depois do cometimento do delito, é o acusado, e este, por força do princípio do *favor rei*, deverá ser tratado com a máxima possibilidade de se defender para poder equiparar-se à acusação, ficando claro que, apesar da insignificância do réu frente ao poder estatal no *ius puniendi*, primeiramente a Constituição e, em seguida, a legislação infraconstitucional deverão colocar o réu em situação de paridade de armas, já que o mesmo é o hipossuficiente nesta relação.

Destarte, apesar da existência de ampla malha principiológica a tratar, entrelaçada com o próprio devido processo legal, por força do objetivo do estudo, o presente trabalho se ateve aos princípios abordados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um Estado Constitucional que privilegia direitos e garantias do cidadão denomina-se Estado Democrático de Direito; entretanto, caso tais direitos não estejam incluídos na efetiva atuação dos poderes do Estado, este Estado poderá ser considerado autoritário.

Depois da derrocada dos governos autoritários e da crescente conscientização a respeito dos direitos do homem e do cidadão, não se pode deixar de evitar os arbítrios estatais. A interpretação admissível no ordenamento jurídico pátrio somente pode ser a hermenêutica constitucional prospectiva, na qual verifica-se que não se pode deixar de efetivar o devido processo legal.

À luz dessa hermenêutica constitucional, não há processo justo, sem o devido processo legal, imprescindível para que haja uma real limitação do poder de

²⁹ BONATO, op. cit., p. 153.

persecução penal, embasado nos princípios aludidos, entre diversos outros que por força da pontualidade do tema não nos coube tratar.

Assim, afirma-se a hipótese inicial, que defende que, para a existência de um efetivo e justo processo, não se pode deixar de vislumbrá-lo dentro de um processo penal democrático, que respeita o cidadão, protegendo-o em face do possível arbítrio estatal.

Só é possível uma condenação válida, quando houver um processo que respeite o devido processo legal (penal), nos moldes de uma Hermenêutica Constitucional Prospectiva, indispensável à manutenção do tratamento digno do réu.

REFERÊNCIAS

AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal – una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant to blanch, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/beccaria.html>> Acesso em 02 de abril de 2008.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 6ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

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

GRECCO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.