

RESENHA

Danillo Lima da Silva
Jéssika Maria Holanda Guimarães

RESENHA

TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. **DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. 3^a ED. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2012, 393 P.

Por Danilo Lima da Silva¹

Jéssika Maria Holanda Guimarães²

Ius puniendi é o poder-dever de punir do estado como decorrência de fato penalmente relevante (antijurídico, típico e culpável); trata-se de um meio – que é exclusivo do Estado –, que objetiva restaurar a ordem jurídica, restabelecer a paz social, reprimir a conduta que viola bem juridicamente tutelado, direitos individuais e a harmônica vivência comunitária. Esse monopólio estatal não se vê excepcionado sequer nos casos de legítima defesa ou nas ações penais privadas, uma vez que conta com a limitação da tipificação do “exercício arbitrário das próprias razões”. O *ius puniendi* do Estado não é auto executável, mas de coação indireta, pois necessita do *due process of law*. A persecução penal, por sua vez, trata-se do poder-dever do Estado de promover a perseguição do indigitado autor da infração penal, consistindo, portanto, na atuação de agentes estatais com o intuito de verificar a existência material da infração e da culpabilidade de seu autor. São escopos do processo penal a jurisdicionalização da sanção penal (*ius puniendi* e *ius psequendi*) e afirmação do *ius libertatis* – convergentes para a efetivação do Direito Penal Material.

A lei processual penal é resultante da composição entre a segurança e a justiça, pois é um instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, uma vez que impõe normas que impedem que ele seja entregue ao arbítrio das autoridades processantes. Os objetivos do processo penal são tutela da liberdade jurídica do indivíduo e garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes em detrimento de sua estrutura. Ao processo penal é irrelevante o conceito de lide, uma vez que não há pretensão resistida/insatisfeita, os interesses são impessoais. Para Fernando Luso Soares, no processo penal

¹ Bacharelado em Direito, 10º período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Mossoró/RN.

² Bacharelada em Direito, 10º período, pela Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Mossoró/RN.

não há pretensão, mas sim, uma controvérsia entre o Ministério Público e o imputado.

O autor elenca as características do processo penal, a saber: 1 – Inquisitividade dirigida à apuração da verdade material, ou atingível; 2 – Acusatoriedade especificada ao procedimento da segunda fase da persecução penal; 3 – Contraditoriedade real e indispositiva. Faz-se imprescindível o contraditório efetivo, real, que é um direito indisponível; tal como a plenitude de defesa técnica. O direito à tutela jurisdicional do Estado é conferido indistinta, incondicionada, genérica e abstratamente: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc XXV da Constituição Federal). Já que o Estado tem o monopólio do *ius puniendi*, em contrapartida, deve ser garantido ao membro da comunidade o direito de invocar prestação jurisdicional (direito subjetivo material, público). O processo é uma garantia constitucional à efetivação do direito à jurisdição. O Estado, que tem o dever de prestá-la, ocupa uma posição jurídica passiva; enquanto o autor, que tem a *facultas agendi*, ocupa uma posição jurídica ativa, desde que exercite o seu direito de ação.

O **devido processo penal** é especificado nas seguintes garantias: a) de acesso à justiça penal; b) do juiz natural; c) de tratamento paritário; d) da plenitude de defesa; e) da publicidade dos atos; f) da motivação dos atos decisórios; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo; h) da legalidade da execução penal. Três postulados básicos orientam o processo penal: inadmissibilidade de sujeição à persecução criminal sem que tenha ocorrido fato típico, antijurídico e culpável e haja, correlatamente, indício de autoria; a jurisdicionalização da imposição de pena ou de medida de segurança; e a vedação de realização satisfativa do *ius puniendi*, provisória ou definitivamente, antes de transitada em julgada sentença condenatória.

Com fulcro no artigo 5º da Carta Magna, Tucci passa a discorrer a respeito das garantias e direitos constitucionais assegurados ao indivíduo no campo processual penal.

No que tange à garantia de **acesso à justiça criminal** (art. 5º, LXXIV e LXXVII, CF/88), mencione-se assistência jurídica gratuita aos necessitados. A gratuidade abrange todos os atos do procedimento (em todas as instâncias), desde a iniciação da *persecutio criminis* até o trânsito em julgado. Em alguns casos, a jurisprudência contemplou a pessoa jurídica no conceito de necessitado. Impossibilitada a Defensoria Pública, o advogado indicado deve patrocinar a causa ou atuar defensivamente em favor de pessoa necessitada, com direito aos honorários, consistindo a recusa injustificada numa infração disciplinar.

A assistência gratuita também deve ser prestada por profissional devidamente habilitado, capaz de reequilibrar o contraditório e tutelar o interesse (paridade de armas). A defesa técnica não pode dispensar a autodefesa (aquela é obrigatória e esta, facultativa, consistindo na participação do acusado em vários atos processuais e na presença àqueles que se realizam *coram populo*). Somente no caso de impetração de *habeas corpus*, é que outra pessoa, mesmo não habilitada, porém apta, poderá peticionar em favor de outrem.

A efetividade da garantia de assistência de advogado ao preso – nela também compreendida a consultoria técnica preventiva – deve ocorrer desde a fase pré-processual (investigatória), pois a assistência deve ser dada não só ao preso, mas ao acusado em geral, como ao indiciado, durante o desenrolar da *informatio delicti*, concedendo (ao advogado) meios para impugnar qualquer ato arbitrário da autoridade policial.

A garantia do **juiz natural** (art. 5º, XXXVII, XXXVIII e LIII, CF/88) vem assegurar o julgamento por um órgão jurisdicional competente pré-constituído, dito autêntico, porque foi legítima e regularmente investido no exercício da jurisdição penal, gozando das garantias inerentes ao seu cargo (vitaliciedade, independência política e jurídica, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos). Deve prevalecer a máxima *tempus criminis regit iudicem*: a competência é determinada pela organização judiciária preexistente à prática da infração penal. O juiz natural se contrapõe não a juízo especial (ex.: eleitorais), mas a juízos de exceção, não se incluindo a prorrogação de competência e as modificações imediatamente aplicáveis, os desaforamentos e as substituições previstas em lei.

O autor comenta, ainda, acerca da garantia de **tratamento paritário** dos sujeitos parciais do processo penal (art. 5º, *caput* e I, CF/88). A Igualdade repousa na identidade de situação jurídica em que todos se postam, tendo de se considerar as diversidades existentes entre os homens, pois o tratamento da lei é igual para os homens nas mesmas condições. A Isonomia processual reclama que aos sujeitos parciais sejam concedidas as mesmas armas, a fim de que tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito em questão. Nesse sentido, impõe-se ao intérprete a possibilidade do estabelecimento, no plano fático, de alguma distinção entre os integrantes da comunidade, para objetivar a concretização do tratamento diferenciado entre as partes processuais. Primeiro, deve-se verificar se as partes estão em situações desequilibradas; e, considerada a desigualdade, estabelecer meios e instrumentos apropriados à determinação do indispensável equilíbrio.

A paridade de armas se manifesta com a defesa técnica, que, além de formal, deve ser efetiva e é constituída a partir da instauração de inquérito. São três as realidades

procedimentais da concepção moderna de **ampla defesa** (art. 5º, LV e LVI, CF/88): I- o direito à informação, considerado desde o início da *persecutio criminis* e implica no direito à citação válida – mencione-se que a defesa do acusado se constitui em defesa técnica (pressuposto processual penal de validade) e autodefesa (facultativa); II- a bilateralidade da audiência, necessária à concretude da ampla defesa e do contraditório, implicando na necessidade de que todo acusado tenha o seu defensor e que tenha conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam (veda o processo secreto); bem como para que as provas sejam debatidas, permitindo que outras sejam apresentadas; e III- o direito à prova legitimamente produzida ou obtida, segundo o qual o acusado não pode sofrer limitação em sua atividade probatória.

Saliente-se que as limitações à produção de provas consideradas ilícitas devem ser necessariamente taxativas e expresas. Todavia, se o acusado não participou na produção ilícita da prova, poderá dela fazer uso, ainda mais se o direito de defesa for, proporcional e constitucionalmente falando, superior ao direito violado para tal produção probatória.

É uma determinante da validade dos atos processuais a sua **publicidade** (art. 5º, LX, CF/88), importante não só para o acusado ter a segurança de um iter procedimental escorreito de qualquer vício, mas também para que a sociedade possa formar sua opinião sobre a retidão dos órgãos judiciais. Nesse sentido, é uma garantia para o acusado e também para o juiz (diminuição de erros judiciários). A publicidade encontra regulamentação constitucional e legal, nos arts. 5º, LX e 93, IX da CF e art. 792 do Código de Processo Penal. Cabe ressaltar que a publicidade restrita só pode ocorrer mediante lei e em apenas três situações, a saber, a) exigência do interesse público, para evitar escândalo, inconveniente grave, ou perigo de perturbação da ordem; b) exigência do interesse social, visando à proteção da eficácia da jurisdição, em prol segurança e bem-estar da coletividade; e c) defesa da intimidade, para proteger a intimidade das pessoas, de qualquer modo envolvidas numa persecução criminal.

A liberdade do juiz no seu julgar não é ilimitada, pois encontra na necessidade de fundamentação o seu preço. O **dever de motivar** (art. 93, IX, CF/88) é uma garantia política, por meio do qual o juiz presta conta de sua atuação, pois os destinatários não se limitam às partes envolvidas no processo, mas se estendem à opinião pública. Nesse sentido, é nula a sentença que não contém todas as indicações do art. 381 do CPP, entre os quais, constam: a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e; a indicação dos artigos de lei aplicados. Por outro lado, os despachos prescindem de motivação.

A primeira e natural exigência é que haja prazo fixado em lei para a prática dos atos processuais de todos os envolvidos, e, não havendo determinação específica, deve a lei prever um prazo genérico, aplicável aos casos omissos, o qual deve ser um prazo condizente com a necessidade da atividade a ser realizada. A **duração razoável do processo** (art. 5º, LXXVIII, CF/88) é pressuposto da tutela judicial efetiva e deve ser proporcional à sua complexidade. No processo penal, a duração razoável visa à minimização das consequências psicológicas, sociais, processuais e pecuniárias causadas ao indivíduo nele envolvido.

A partir do Iluminismo, o ditame da **legalidade** adquiriu foros de real expressão política, traduzindo-se em um instrumento de garantia dos direitos do homem. No Direito Penal material, pressupõe a exigência de lei penal escrita, anterior, certa e estrita; no processo penal, decorre da necessidade da contenção do arbítrio judicial, tal como um instrumento de garantia ao cidadão. O sistema penal é um sistema fechado, tendo como fonte exclusiva a lei. O Ditame da legalidade incide sobre quaisquer sanções, e exige, além da prévia definição, a sua prévia duração (art. 5º, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, XL e LXXV, CF/88).

A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (**irretroatividade da lei penal** – art. 5º, XL, CF). Nesse sentido, pode-se dizer que há leis inofensivamente retroativas, leis legitimamente retroativas, e até necessariamente retroativas. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior não defina como crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. A lei posterior que favorecer o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

A **personalização da sanção penal** (art. 5º, XLV, CF/88) consiste em a pena ou medida de segurança estabelecida na sentença condenatória ser infligida exclusivamente ao condenado, sem qualquer extensão subjetiva; de modo que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Podem, contudo, a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores até o limite do patrimônio transferido. A individualização da apenação, por sua vez, trata-se da regulamentação da adaptação da pena ao condenado, consideradas as características da infração praticada e de sua personalidade.

No tocante às medidas cautelares penais alusivas à situação processual do imputado – a prisão provisória e a liberdade provisória, com ou sem fiança –, o indivíduo somente poderá ser preso quando estiver cometendo crime ou contravenção, ou em decorrência de

ordem escrita e devidamente fundamentada de autoridade judiciária competente; e, ainda assim, só será efetivamente levado à prisão, ou nela mantido, quando não tiver direito à liberdade provisória, com ou sem prestação de fiança.

Prisão provisória é aquela efetuada no transcorrer da persecução penal, precedentemente ao proferimento de sentença definitiva, ou até que ela se torne irrecorrível. Trata-se, por isso, de uma providência cautelar, fundada na necessidade de chegar a uma solução correta e justificada como exigência do bem comum. A liberdade provisória trata-se de um estado de liberdade limitada pelos escopos do processo penal. Trata-se de medida preventiva, de natureza cautelar (denominada, equivocadamente, de contracautelar) e caráter revogável, sujeita a variadas condições resolutórias.

Preceituações constitucionais e infraconstitucionais atinentes à reafirmação do *status dignitatis* do indivíduo: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. A Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execuções Penais asseguram a **integridade física e moral do preso** (III e LXIV, art. 5º, CF/88), independentemente da gravidade do crime cometido.

O **direito à identificação do responsável pela prisão** ou pelo interrogatório policial é decorrência óbvia da garantia de preservação à integridade física e moral. Embora o preceito se refira a preso, estende-se ao indiciado e ao investigado; o intuito é coibir os excessos das autoridades policiais e seus agentes, possibilitando a responsabilização por abuso de poder na efetuação da prisão ou no interrogatório.

No que se refere ao **direito à assistência da família** (LXIII, art. 5º, CF/88), são dois objetivos: certificar familiares e/ou amigos acerca do paradeiro do detido; e permitir que este obtenha deles a assistência e o apoio necessários. Em regra, tal direito refere-se à da prisão em flagrante. No mesmo dispositivo, tem-se o **direito à assistência de advogado**, trata-se de: a) extensão da garantia constitucional ao investigado e ao indiciado; b) contraditoriedade na investigação criminal (atuação do defensor do indiciado no inquérito policial). Há doutrinadores que defendem que na investigação criminal não há lugar para contraditório, mas somente para a ampla defesa. Todavia, a ampla defesa reclama a contraditoriedade. Há obrigatoriedade de informar ao preso/acusado/indiciado sobre os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (**direito a não autoincriminação e ao silêncio** – LXIII, art. 5º, CF). Em sede penal, o silêncio deve ser entendido como prova negativa da imputação.

A consagração constitucional do regramento consiste na assegução, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então, a coisa julgada de autoridade relativa, nos termos do inciso LVII, art. 5º da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se, também, de uma imposição ao juiz para que só condene o imputado, quando houver certeza de sua prática delituosa.

O **princípio da não-culpabilidade** deve ser aplicado independentemente do imputado ser primário ou não, possua ele ou não bons antecedentes, cujo critério norteador – pode-se dizer, o único –, reside no fenômeno processual denominado trânsito em julgado.

É inadmissível a determinação de inscrição do nome do pronunciado ou provisoriamente condenado no rol dos culpados. Discorre o CPP, no art. 6º, III: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”. Tal medida é vexatória ao cidadão indiciado, presumidamente inocente, não se justificando no caso em que já se acha ele identificado no lugar do fato. A discussão culminou na Súmula 568 do STF: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido civilmente identificado”. O princípio da necessidade norteará a aplicação desta súmula, somente cabível quando houver dúvida à identidade física do indiciado. Frise-se que enquanto não houver lei que defina as ressalvas previstas pelo próprio preceito constitucional, deve prevalecer a não identificação criminal do civilmente identificado (**insubmissão à identificação criminal** – LVIII).

A súmula nº 9 do STJ diz: “a exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. É importante destacar que a regra é pelo direito de recorrer em liberdade (**inadmissibilidade de prisão e direito à liberdade provisória** – LXI e LXVI), sendo exceções os casos em que a prisão se faz necessária.

O autor se debruça, ainda, sobre as atuações judiciais integrantes da jurisdição penal constitucional das liberdades, a saber, habeas corpus e mandado de segurança. Conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (Art. 5º, LXVIII). Trata-se de um instituto de Direito Processual Constitucional, cuja finalidade é proteger a liberdade de locomoção. Nesses termos, reconhece-se que o *habeas corpus*

tem natureza jurídica de ação determinante da formação de processo, exteriorizado em procedimento sumaríssimo, bem como pela prestação jurisdicional pleiteada pelo impetrante. O **mandado de segurança**, por sua vez, tem como objetivo tutelar a liberdade civil, com exceção da de locomoção, visando, especificamente, à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abuso de agente do Poder Público, ou a ele equiparado, responsável pela sua efetuação. Afigura-se indiscutível o cabimento do mandado de segurança em sede penal. Conforme o teor do art. 5º, LXIX, da CF, a sua natureza jurídica é de ação – ação de mandado de segurança, de conhecimento, predominantemente constitutiva, e determinante da formação de processo de cognição, materializado, também, em procedimento sumaríssimo.

Por derradeiro, Tucci explana sobre as **atuações judiciais de caráter reparatório**, cuja previsão constitucional se encontra no art. 5º, LXXV, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Daí decorrem duas previsões: a determinante de verificação de julgamento penal errado ou injusto; e a concernente à responsabilidade civil do Estado, não só por erro, mas também por excesso temporal da prisão. O erro judiciário é verificado mediante revisão criminal da sentença condenatória formalmente transitada em julgado, limitada a situações de julgamentos desfavoráveis ao réu. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, tendo este o direito de regresso contra o servidor que, tendo descuidado de suas obrigações, ocasionou o alongamento da prisão (art. 37, § 6º, CF/88). Não somente o erro é indenizável, mas o injusto também. A previsão é extensiva aos casos de prisão cautelar injusta, a exemplo de quando o preso provisoriamente vier a ser absolvido.