

ROQUE DE BRITO ALVES

(Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da Faculdade Maurício de Nassau (Recife) e do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Membro da Academia Pernambucana de Letras. Advogado)

CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

RECIFE
2011

ROQUE DE BRITO ALVES

(Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da Faculdade Maurício de Nassau (Recife) e do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Membro da Academia Pernambucana de Letras. Advogado)

CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

RECIFE
2011

SUMÁRIO

1. EM SINTESE
2. INTRODUÇÃO
3. PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS
4. “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL E NÃO
“PENALIZAÇÃO” DA CONSTITUIÇÃO
5. ALGUNS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

SUMÁRIO

1. EM SINTESE
2. INTRODUÇÃO
3. PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS
4. “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL E NÃO
“PENALIZAÇÃO” DA CONSTITUIÇÃO
5. ALGUNS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

1 EM SÍNTESE:

I: A – O Estado Democrático de Direito é o Estado Constitucional;

B – A Constituição de um Estado Democrático de Direito é uma Constituição mais de Direitos do Cidadão que de Poderes do Estado;

C – A Constituição legitima e limita os poderes do Direito Penal;

D – Sendo a missão do Direito Penal a tutela ou proteção dos bens jurídicos fundamentais do homem e da sociedade, os mesmos estão anteriormente garantidos por princípios constitucionais;

E – O Princípio da Legalidade dos Crimes e das Penas fixado na Constituição garante a liberdade do cidadão (“jus libertatis”) perante o poder ou Direito de punir (“jus puniendi”) do Estado e no campo do Direito Penal tanto vale em seu aspecto material como em seu significado formal.

2 INTRODUÇÃO

1 – Infelizmente, no Brasil, a Constituição existe mais para ser violada e não aplicada, o que ocorreu, historicamente, desde a Constituição Imperial de 1824 (imposta pelo Imperador D. Pedro I), inventando-se, assim, em nosso país, uma nova espécie de estupro: o estupro constitucional... Ainda, como fato inédito nas nações civilizadas, tivemos três Constituições em um período de doze anos: a de 1934, a de 1937 e a de 1946!... quando, por sua própria natureza e finalidade, são promulgadas para um longo período de tempo como a norte-americana de 1776 e a lei maior inglesa, que data de 1215.

Afinal, logo depois de iniciada a sua vigência passa a ser objeto de várias emendas, o que vem ocorrendo com a atual de 1988.

2 – A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, sem dúvida alguma, consagrou princípios universais que existem agora como princípios ou garantias constitucionais de direitos individuais em diversos países (Constituições

1 EM SÍNTESE:

I: A – O Estado Democrático de Direito é o Estado Constitucional;

B – A Constituição de um Estado Democrático de Direito é uma Constituição mais de Direitos do Cidadão que de Poderes do Estado;

C – A Constituição legitima e limita os poderes do Direito Penal;

D – Sendo a missão do Direito Penal a tutela ou proteção dos bens jurídicos fundamentais do homem e da sociedade, os mesmos estão anteriormente garantidos por princípios constitucionais;

E – O Princípio da Legalidade dos Crimes e das Penas fixado na Constituição garante a liberdade do cidadão (“jus libertatis”) perante o poder ou Direito de punir (“jus puniendi”) do Estado e no campo do Direito Penal tanto vale em seu aspecto material como em seu significado formal.

2 INTRODUÇÃO

1 – Infelizmente, no Brasil, a Constituição existe mais para ser violada e não aplicada, o que ocorreu, historicamente, desde a Constituição Imperial de 1824 (imposta pelo Imperador D. Pedro I), inventando-se, assim, em nosso país, uma nova espécie de estupro: o estupro constitucional... Ainda, como fato inédito nas nações civilizadas, tivemos três Constituições em um período de doze anos: a de 1934, a de 1937 e a de 1946!... quando, por sua própria natureza e finalidade, são promulgadas para um longo período de tempo como a norte-americana de 1776 e a lei maior inglesa, que data de 1215.

Afinal, logo depois de iniciada a sua vigência passa a ser objeto de várias emendas, o que vem ocorrendo com a atual de 1988.

2 – A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, sem dúvida alguma, consagrou princípios universais que existem agora como princípios ou garantias constitucionais de direitos individuais em diversos países (Constituições

da Itália, Alemanha, Espanha, Portugal), como seus pressupostos evidentes, inegáveis.

3 – Entendemos que uma Constituição é mais uma Carta de Direitos, jurídica e politicamente, que uma Carta de Poderes, como sustentam alguns constitucionalistas.

Em verdade, lógica, jurídica e politicamente, a Constituição de um Estado Democrático de Direito somente pode ser uma Carta (ou Constituição) mais consagradora de direitos individuais e sociais, jamais legitimadora somente de poderes, os quais, por si mesmos, são limitados pela Lei Maior, que basicamente significa ou traduz uma restrição ou contenção dos mesmos em favor do cidadão.

4 – Ainda em análise doutrinária, sob síntese, destacamos:

a – O Direito Penal é potencialmente criado ou oriundo da Constituição pois a Lei Maior determina os seus fundamentos assim como fixa os seus limites, portanto é inegável a necessidade de elaboração e exposição de princípios penais constitucionais em função de suas bases constitucionais. Em consequência, o jus puniendi do Estado – mais “um poder de punir” do que “um direito de punir” estatal, em nossa compreensão – é limitado pelo próprio limite que a Constituição estabelece para o Estado.

Esta necessidade é imposta, em primeiro lugar, por tratar-se do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, sob a premissa maior que no mesmo a Constituição é mais uma “Carta de Direitos” que “Carta de Poderes”, conforme já salientamos. Em segundo lugar, pela íntima relação entre os valores ou bens jurídicos que a norma penal tutela (vida, liberdade, honra, patrimônio, etc.) e os valores fundamentais do homem e da sociedade que estão garantidos pela Constituição, em relações bem evidentes nas lições de penalistas e constitucionalistas contemporâneos.

Incontestável, assim, que a legitimidade e o conteúdo das normas penais originam-se diretamente dos princípios ou normas constitucionais e tanto a Constituição como o Direito Penal tutelam ou protegem, antes que tudo, os direitos humanos fundamentais e os valores sociais mais legítimos ou necessários, com a Constituição sendo sempre a fonte e o próprio limite do Direito Penal.

da Itália, Alemanha, Espanha, Portugal), como seus pressupostos evidentes, inegáveis.

3 – Entendemos que uma Constituição é mais uma Carta de Direitos, jurídica e politicamente, que uma Carta de Poderes, como sustentam alguns constitucionalistas.

Em verdade, lógica, jurídica e politicamente, a Constituição de um Estado Democrático de Direito somente pode ser uma Carta (ou Constituição) mais consagradora de direitos individuais e sociais, jamais legitimadora somente de poderes, os quais, por si mesmos, são limitados pela Lei Maior, que basicamente significa ou traduz uma restrição ou contenção dos mesmos em favor do cidadão.

4 – Ainda em análise doutrinária, sob síntese, destacamos:

a – O Direito Penal é potencialmente criado ou oriundo da Constituição pois a Lei Maior determina os seus fundamentos assim como fixa os seus limites, portanto é inegável a necessidade de elaboração e exposição de princípios penais constitucionais em função de suas bases constitucionais. Em consequência, o jus puniendi do Estado – mais “um poder de punir” do que “um direito de punir” estatal, em nossa compreensão – é limitado pelo próprio limite que a Constituição estabelece para o Estado.

Esta necessidade é imposta, em primeiro lugar, por tratar-se do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, sob a premissa maior que no mesmo a Constituição é mais uma “Carta de Direitos” que “Carta de Poderes”, conforme já salientamos. Em segundo lugar, pela íntima relação entre os valores ou bens jurídicos que a norma penal tutela (vida, liberdade, honra, patrimônio, etc.) e os valores fundamentais do homem e da sociedade que estão garantidos pela Constituição, em relações bem evidentes nas lições de penalistas e constitucionalistas contemporâneos.

Incontestável, assim, que a legitimidade e o conteúdo das normas penais originam-se diretamente dos princípios ou normas constitucionais e tanto a Constituição como o Direito Penal tutelam ou protegem, antes que tudo, os direitos humanos fundamentais e os valores sociais mais legítimos ou necessários, com a Constituição sendo sempre a fonte e o próprio limite do Direito Penal.

Por outra parte, entendemos que em verdade a expressão “Estado Democrático de Direito” atualmente não se reveste de um aspecto somente formal – como “Estado Formal de Direito” – e sim em termos de um Estado Protetor dos Direitos Fundamentais, com a sua Constituição como uma “Carta de Direitos” - a partir do princípio básico da dignidade humana -, com o Direito Penal tendo como missão verdadeira a proteção dos bens jurídicos e dos valores ético-sociais, e assim o crime é a conduta violadora do que é fundamental para a sociedade em termos de bens jurídicos ou de valores.

Em síntese entendemos o Estado Democrático de Direito como um Estado Constitucional de Direito.

b – Também, em síntese, na problemática, como idéia importante, argumentamos que todas às vezes em que tanto os princípios constitucionais como as normas penais tutelam ou amparam as liberdades ou garantias individuais ocorrerá, como seu efeito imediato, em sentido inverso, uma restrição ao poder de punir do Estado. Igualmente, como outro corolário ou efeito uma tutela de um maior número de valores ou de bens jurídicos, uma ampliação a tal respeito desde que o poder de punir estatal não incidirá sobre os mesmos.

Em conseqüência, mais uma vez a tutela penal condicionada à tutela constitucional, a princípios constitucionais que assim são propriamente, especificamente penais e caso ocorra o contrário isto é, norma penal sem origem ou conteúdo constitucional o efeito natural, comum inegável será a inconstitucionalidade de norma penal que foi elaborada.

3 PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Com fundamento nesta nossa argumentação, podemos citar como princípios penais constitucionais o da legalidade dos crimes e das penas (“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”) o da culpabilidade, o de humanidade, os de personalidade e individualização da pena, o da retroatividade de lei penal mais benigna (como exceção pois o princípio geral é o da irretroatividade da lei penal), intervenção mínima, o da adequação social, o da insignificância, etc. todos em nossa compreensão como características ou em razão da própria estrutura ou natureza de um Estado Democrático de Direito.

Por outra parte, entendemos que em verdade a expressão “Estado Democrático de Direito” atualmente não se reveste de um aspecto somente formal – como “Estado Formal de Direito” – e sim em termos de um Estado Protetor dos Direitos Fundamentais, com a sua Constituição como uma “Carta de Direitos” - a partir do princípio básico da dignidade humana -, com o Direito Penal tendo como missão verdadeira a proteção dos bens jurídicos e dos valores ético-sociais, e assim o crime é a conduta violadora do que é fundamental para a sociedade em termos de bens jurídicos ou de valores.

Em síntese entendemos o Estado Democrático de Direito como um Estado Constitucional de Direito.

b – Também, em síntese, na problemática, como idéia importante, argumentamos que todas às vezes em que tanto os princípios constitucionais como as normas penais tutelam ou amparam as liberdades ou garantias individuais ocorrerá, como seu efeito imediato, em sentido inverso, uma restrição ao poder de punir do Estado. Igualmente, como outro corolário ou efeito uma tutela de um maior número de valores ou de bens jurídicos, uma ampliação a tal respeito desde que o poder de punir estatal não incidirá sobre os mesmos.

Em conseqüência, mais uma vez a tutela penal condicionada à tutela constitucional, a princípios constitucionais que assim são propriamente, especificamente penais e caso ocorra o contrário isto é, norma penal sem origem ou conteúdo constitucional o efeito natural, comum inegável será a inconstitucionalidade de norma penal que foi elaborada.

3 PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Com fundamento nesta nossa argumentação, podemos citar como princípios penais constitucionais o da legalidade dos crimes e das penas (“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”) o da culpabilidade, o de humanidade, os de personalidade e individualização da pena, o da retroatividade de lei penal mais benigna (como exceção pois o princípio geral é o da irretroatividade da lei penal), intervenção mínima, o da adequação social, o da insignificância, etc. todos em nossa compreensão como características ou em razão da própria estrutura ou natureza de um Estado Democrático de Direito.

São princípios ou valores penalmente tutelados que estão relacionados intimamente com os princípios ou valores constitucionais como a liberdade, igualdade, dignidade da pessoa, humanidade, justiça, proporcionalidade, etc. como informadores e norteadores das normas ou princípios penais.

4 “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL E NÃO “PENALIZAÇÃO” DA CONSTITUIÇÃO

Particularmente, tendo-se em vista tal limitação e tais relações entre normas ou princípios penais e normas ou princípios constitucionais, argumenta-se até que existe uma “Penalização da Constituição” vigente devido às várias cláusulas penais que apresenta em diversos incisos do seu art. 5º, como, por exemplo, a punição dos atentados aos direitos ou liberdades fundamentais, o racismo como delito inafiançável (ao lado de outros crimes), a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a repressão ao abuso do poder econômico, a imprescritibilidade de certos crimes, a abolição de certas penas, as espécies de penas, a indenização pelo Estado de condenado por erro judiciário, etc. Temas penais, alias, sempre existiram em nossas constituições desde a Imperial de 1824 que foi a primeira em nosso país.

Entendemos ao contrário que mais propriamente pode falar-se ou tratar-se de uma “constitucionalização” do Direito Penal e não de uma “penalização” da Constituição, tendo-se em vista o que já foi exposto no presente trabalho e porque representaria uma inversão total de nosso sistema jurídico.

5 ALGUNS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

a) É incontestável que existe uma verdadeira Carta Penal dentro da Constituição de 5 de Outubro de 1988, pela extensa matéria penal e processual penal que se encontra no seu art. 5º, em um texto imenso com 77 incisos, o que é também inédito perante as outras constituições contemporâneas, parecendo até uma outra Constituição em tal artigo.

Em conseqüência, existe uma verdadeira lei penal constitucional superior ou eliminadora, de plano, de qualquer lei penal ordinária comum que a contrarie, que lhe seja diversa.

A citada matéria constitucional, com as suas inúmeras garantias materiais – e não somente formais, processuais – consagra uma clara e categórica limitação de criminalização (tipificação) tendo como seus pressupostos os princípios universais da Declaração da ONU de 1948, a partir do seu princípio da legalidade dos crimes e das penas.

Formalmente, sob outro aspecto, limitado constitucionalmente fica o denominado “jus puniendi” do Estado, em uma tal contenção que fica reduzido, assim, a um Poder de Punir (“potentia puniendi”) e não a um verdadeiro “Direito de Punir (“jus puniendi”) do Estado como Sujeito de um direito subjetivo de punir, cujo titular seria o Estado, o que, portanto, fica negado, segundo doutrina penal contemporânea atenta a tal limitação constitucional.

Aliás, dita matéria penal e processual penal em textos constitucionais sempre existiu historicamente. As suas raízes históricas são encontradas na Magna Carta da Inglaterra de 1215, na Constituição dos Estados Unidos de 1776, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França (Revolução Francesa) de 1789 e, atualmente, nas principais constituições, elevando-se à categoria de princípio constitucional o que seria simples matéria de legislação penal ou processual ordinária, comum, para uma maior garantia do cidadão e limitação do poder estatal, sobretudo na aplicação da Justiça Criminal.

b) Consideramos que são cinco (5) os princípios mais importantes da Constituição de 1988 em matéria penal e processual penal: 1. O da Legalidade dos Crimes e das Penas; 2. O do Devido Processo Legal (“Due Process of Law”); 3. O de Presunção de Inocência; 4. O do Contraditório Penal; 5. O da Amplitude de Defesa.

1. O da Legalidade dos Crimes e das Penas foi enunciado em sua fórmula latina (sempre citada) por Feuebach, na ed. de 1847 de seu “Tratado”: “Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale”, tendo a sua origem histórica no art. 39 da Magna Carta da Inglaterra de 1215 (Magna Charta Libertatum – o seu texto definitivo é de 1297):

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu

status de qualquer outra forma, nem procederemos, nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pela lei da terra (“nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”, no texto final em latim)”. No texto final em inglês (muito citado, porém a Magna Carta foi redigida em latim): “...except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”

A Magna Carta de 1215 foi o resultado da revolta dos nobres ingleses contra o Rei

João Sem Terra (King John Lackland), obrigado a assiná-la, protegendo, porém, todos os cidadãos (“No free man shall be...”). Na Inglaterra, para a maior proteção dos direitos individuais, foram obtidos do Rei (como que complementando os direitos adquiridos com a Magna Carta de 1215), posteriormente, outros textos fundamentais de declaração de direitos, como sejam: “The Petition of Rights”, 1689, em um grande conjunto normativo de proteção do cidadão, ainda em vigor, tudo isso mais de 100 anos antes da Revolução Francesa de 1789, que é considerada, em geral, a consagradora da liberdade do cidadão perante a opressão do Estado.

Sem dúvida, o verdadeiro espírito ou significado da Magna Carta é o de que ninguém por mais poderoso que seja, por mais privilégios que tenha pode estar acima da Lei, pode ser superior a Lei.

Especificamente, em relação ao princípio da legalidade dos crimes e das penas, entendemos que o mesmo é de legalidade penal como garantia de legalidade da incriminação (tipificação) e, igualmente, sob outro aspecto, tal legalidade significa formalmente que a lei penal é somente a oriunda (única fonte) do poder constitucionalmente competente para formulá-la, para a sua elaboração, isto é, o Poder Legislativo. Assim sendo, a lei penal somente pode ter um significado formal (o mais puro, em nossa compreensão), excluindo, por si mesma, ou proibindo qualquer outra fonte no âmbito do Direito Penal, sobretudo geradora de crime ou de pena, a começar pela analogia “in malam partem”.

Portanto, de qualquer modo, sob qualquer aspecto, material ou formal, é nossa tese ser o princípio da legalidade dos crimes e das penas um princípio de garantia e, sendo uma garantia de legalidade constitucional, por sua própria natureza, juridicamente está incluindo matéria penal e processual penal.

Por outra parte, a nossa tese é de que o citado princípio, como garantia (tese de garantivismo, ou tese de garantia), apresenta um aspecto político e um aspecto jurídico como se fosse uma moeda de duas faces. Ou seja: politicamente, o princípio

status de qualquer outra forma, nem procederemos, nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pela lei da terra (“nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”, no texto final em latim)”. No texto final em inglês (muito citado, porém a Magna Carta foi redigida em latim): “...except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”

A Magna Carta de 1215 foi o resultado da revolta dos nobres ingleses contra o Rei

João Sem Terra (King John Lackland), obrigado a assiná-la, protegendo, porém, todos os cidadãos (“No free man shall be...”). Na Inglaterra, para a maior proteção dos direitos individuais, foram obtidos do Rei (como que complementando os direitos adquiridos com a Magna Carta de 1215), posteriormente, outros textos fundamentais de declaração de direitos, como sejam: “The Petition of Rights”, 1689, em um grande conjunto normativo de proteção do cidadão, ainda em vigor, tudo isso mais de 100 anos antes da Revolução Francesa de 1789, que é considerada, em geral, a consagradora da liberdade do cidadão perante a opressão do Estado.

Sem dúvida, o verdadeiro espírito ou significado da Magna Carta é o de que ninguém por mais poderoso que seja, por mais privilégios que tenha pode estar acima da Lei, pode ser superior a Lei.

Especificamente, em relação ao princípio da legalidade dos crimes e das penas, entendemos que o mesmo é de legalidade penal como garantia de legalidade da incriminação (tipificação) e, igualmente, sob outro aspecto, tal legalidade significa formalmente que a lei penal é somente a oriunda (única fonte) do poder constitucionalmente competente para formulá-la, para a sua elaboração, isto é, o Poder Legislativo. Assim sendo, a lei penal somente pode ter um significado formal (o mais puro, em nossa compreensão), excluindo, por si mesma, ou proibindo qualquer outra fonte no âmbito do Direito Penal, sobretudo geradora de crime ou de pena, a começar pela analogia “in malam partem”.

Portanto, de qualquer modo, sob qualquer aspecto, material ou formal, é nossa tese ser o princípio da legalidade dos crimes e das penas um princípio de garantia e, sendo uma garantia de legalidade constitucional, por sua própria natureza, juridicamente está incluindo matéria penal e processual penal.

Por outra parte, a nossa tese é de que o citado princípio, como garantia (tese de garantivismo, ou tese de garantia), apresenta um aspecto político e um aspecto jurídico como se fosse uma moeda de duas faces. Ou seja: politicamente, o princípio

representa uma manifestação do direito de liberdade (“jus libertatis”) do cidadão contra ou perante o direito de punir do Estado (“jus puniendi”) - o qual, em verdade, conforme já esclareceremos, é mais um “poder”, “potentia puniendi” que um “direito de punir” -, que fica limitado, não sendo absoluto, despótico, arbitrário, tem e deve ser dentro da lei. Por sua vez, juridicamente, o princípio delimita a área do ilícito penal e da respectiva cominação, dando a certeza jurídica do crime e da pena, particularmente ao repelir, de plano, a analogia “in malam partem”, assim como qualquer outra fonte criadora de delito ou de sanção.

Aliás, compreensão ou tese nossa citada por Jescheck – o maior penalista contemporâneo -, em seu já clássico “Lehrbuch Des Strafrechts Allgemeiner Teil”, 5ª ed., 1996, pág. 133, quando analisa “Die Garantiefunktion” da matéria.

Apresentava-se, portanto, o princípio como exigência insubstituível tanto de certeza ou de segurança jurídica em matéria penal como de certeza de liberdade, de garantia de liberdade do cidadão, proibindo, logo, como seus efeitos maiores a analogia no campo penal, a retroatividade da lei penal (com a exceção constitucional de se for para beneficiar o acusado), o costume como fonte de Direito Penal. Ainda, estabelecendo, por outra parte, sob aspecto importante, que os tipos penais em sua definição, que a incriminação seja certa, determinada do fato punível, impedindo os abusos, o puro arbítrio judicial.

Pode, então, o princípio ser considerado como a determinação, substantiva, material e também formal de auto-limitação do Estado Democrático em matéria penal, vinculado-se ou submetendo-se o poder incriminador e punitivo estatal às rígidas imposições legais, punindo-se sempre dentro da Lei. Somente os regime totalitários de direita ou de esquerda – como ocorreu ao tempo de Hitler ou logo após a vitória da Revolução Comunista de 1917 – rejeitam o princípio da legalidade dos crimes e das penas.

2. O do Devido Processo Legal (“Due Process of Law”) não é originário (como se pensa ou se afirma muito) da Constituição dos Estados Unidos de 1787 (antes a Declaração da Independência de 1776, formulada ou redigida por Thomas Jefferson, e a do Estado de Virgínia de 1776), porém de lei inglesa, de Ato do Parlamento de 1354, que introduziu pela primeira vez a expressão “due process of law”, estendendo as garantias da Magna Carta além da nobreza, a todas as pessoas” do

Reino ao determinar que “No man” -, isto é, “ninguém”, “nenhuma pessoa” – seria processado ou sofreria restrição em seus direitos a não ser “by due process of law”.

Discute-se na doutrina constitucional e na jurisprudência criminal (e também na interpretação da Constituição) se o princípio refere-se a um direito de natureza, de legalidade penal ou de legalidade processual, sendo inegável que na Inglaterra e nos Estados Unidos tem sido considerado como de garantia processual e não material (“substantive law”), verdadeiramente como uma garantia perante o Juízo, como se fosse um “procedural due process of law” e não um “substantive due process of law” isto é, para tutelar o direito material, uma legalidade penal constitucional e não formal.

Em verdade, pode ser sustentado que no princípio do devido processo legal estão implícitas (contidas, incluídas) a garantia da amplitude de defesa e também, a garantia do contraditório penal como, ainda, a garantia de igualdade das partes perante o juiz natural e, afinal, a garantia de imparcialidade do juiz processante, o que tem sido acolhido inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Acrescentaríamos, em tal sentido, a presunção de inocência como outra garantia.

Admissível, assim, a nossa tese de redução dos cinco princípios fundamentais em favor do cidadão – e particularmente de acusado no âmbito criminal - a dois somente:

- a) O princípio da legalidade dos crimes e das penas
- b) O princípio do devido processo legal.

Ou seja: processo criminal, ação penal que tenha como fundamento acusação por fato típico (fato punível legalmente previsto) e que formalmente atenda a todas as exigências legais, o que implica em eliminação de presunção de culpabilidade, possibilitando igualdade das partes do processo, sobretudo na apresentação ou produção de provas.

3. O Princípio de presunção de inocência significa, essencialmente, que a culpabilidade de acusado só pode ser reconhecida se devidamente comprovada; é princípio de não-culpabilidade.

Com efeito, tecnicamente, alguém somente pode ser considerado “culpado” depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra a sua pessoa.

Este princípio constitucional de não culpabilidade faz com que o suspeito, o indiciado, o denunciado, o preso por prisão preventiva, o simplesmente pronunciado não possa ser considerado como “culpado”, seja qual for o crime que se lhe impute, atribua. Somente em seu significado técnico-processual com a certeza de culpabilidade (evidenciada por prova estreme de dúvida a respeito) exposta na sentença condenatória (que formalmente irá transitar em julgado, tornar-se definitiva), pois indícios (leves, vagos ou veementes, suficientes) de culpabilidade, de autoria criminal podem legitimar uma denúncia, pronúncia ou prisão preventiva, o que juridicamente não é admissível em uma sentença condenatória que só pode ter como base uma prova de culpabilidade como sinônima de certeza a respeito. É uma argumentação técnico-processual que fundamenta ainda mais o princípio constitucional, atualmente universal pela Declaração da ONU, já citada.

Infelizmente, em nossos dias, no Brasil, a presunção tem sido mais de “culpabilidade” que de “inocência” de acusado, pois basta alguém ser indiciado ou denunciado para, sobretudo na opinião pública, ser julgado apressadamente como “culpado”, por pressão ou influência da mídia, da imprensa ou da televisão em seu noticiário sobre o fato, muitas vezes ocorrendo um verdadeiro “linchamento moral” do acusado, antes mesmo de qualquer processo ou ação penal ou decisão do Poder Judiciário a respeito.

Ainda, infelizmente, não são poucas as decisões de tribunais em que o princípio é desprezado ou interpretado diversamente, não se lhe concedendo o devido valor de garantia constitucional, de princípio universal previsto na Declaração do Direitos Humanos da ONU de 1948, essencial em um Estado Democrático de Direito e para uma isenta ou imparcial Justiça Criminal.

4. Os princípios de amplitude de defesa e do contraditório penal estão intimamente relacionados, sobretudo em termos de apresentação ou produção de prova e de uso de todo e qualquer recurso ou medida legal em favor do acusado, possibilitando-se que as partes do processo tenham direitos iguais, ampliando-se até os que são concedidos à defesa.

Qualquer restrição ou cerceamento de defesa em tal sentido irá anular a ação penal, o que é admissível inclusive pelo uso do remédio heróico do habeas corpus, mesmo após sentença condenatória, como nulidade absoluta, que pode ser

argüida a qualquer tempo, até em revisão criminal, pois não existe – em teoria predominante – a denominada preclusão em matéria constitucional.

Em nosso entendimento, o princípio da amplitude de defesa mais do que em seu aspecto jurídico, é, em seu significado político, que é bem relevante ou bem consagrador do direito de liberdade do cidadão perante o poder de punir do Estado, em uma acusação perante Justiça Criminal, pois lhe faculta uma maior possibilidade de ação (ou reação) de defesa que a do próprio órgão acusador (o Ministério Público, em geral), sem restrição alguma em tal sentido, a não ser – como é óbvio – os recursos ou meios moralmente e legalmente inadmissíveis, ilícitos.

argüida a qualquer tempo, até em revisão criminal, pois não existe – em teoria predominante – a denominada preclusão em matéria constitucional.

Em nosso entendimento, o princípio da amplitude de defesa mais do que em seu aspecto jurídico, é, em seu significado político, que é bem relevante ou bem consagrador do direito de liberdade do cidadão perante o poder de punir do Estado, em uma acusação perante Justiça Criminal, pois lhe faculta uma maior possibilidade de ação (ou reação) de defesa que a do próprio órgão acusador (o Ministério Público, em geral), sem restrição alguma em tal sentido, a não ser – como é óbvio – os recursos ou meios moralmente e legalmente inadmissíveis, ilícitos.