

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.1.n.4.57468>



Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL: DIÁLOGO NECESSÁRIO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DUE CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL LEGAL PROCESS: NECESSARY DIALOGUE FOR THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Aldo Botana Menezes¹
Luciano Morgado Guarnieri²

RESUMO

A efetividade de um processo devido perante as ações restritivas dos Estados, é um dos grandes temas em discussão na contemporaneidade. Entretanto, na América Latina e, principalmente no Brasil existe uma resistência para a devida efetividade dessas garantias. As democracias mais débeis, possuem uma tradição autoritária conservadora que insiste em sonegar garantias constitucionais e reconhecidas no cenário internacional. O devido processo legal convencional em auxílio ao constitucional é uma alternativa necessária para a mudança de paradigma no Brasil e na América Latina como um todo. Por meio do método analítico indutivo, buscou-se por meio desse ferramental, observar e analisar sua aplicação no contexto sócio-histórico-cultural do mundo ocidental, principalmente, objetivando como paradigma a observação constitucional de direitos fundamentais e de direitos humanos no Brasil.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Devido Processo Legal; Controle de Constitucionalidade; Controle de Convencionalidade; Poder Judiciário.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Ius Gentium Conimbrigae / Centro de Direitos Humanos (IGC). Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Processual (UMC/SP). Graduado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (UMC/SP). Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Cruzeiro do Sul (UNICSUL/SP). Pesquisador em Direito Público e Filosofia do Direito, com ênfase nos seguintes temas: Pós-Positivismo Jurídico, Políticas Públicas, Cidadania, Direitos Humanos, Tecnologias de Poder e Modernidade Líquida. Professor Universitário e Advogado na Empresa V.S.S. - Sociedade de Advogados. Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Escola Superior da Advocacia - Subseção de Mogi das Cruzes - SP. Professor-Doutor na Faculdade de Ciências Aplicadas de Extrema - MG. Professor-Conteudista com experiência na elaboração de material didático exclusivo para Instituições de Ensino à Distância nas áreas de Direitos Humanos, Direito Penal, Direito Administrativo, Filosofia e Sociologia. Atualmente, exerce a Coordenação do Grupo de Pesquisa do Curso de Direito da FACULDADE DE SUZANO - Linha de Pesquisa: Estado Democrático de Direito e a efetivação de Direitos Fundamentais. aldo.botana@faex.edu.br.

² É Mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, especialista em Direitos Humanos e acesso à justiça pela FGVLaw de São Paulo. Atualmente é defensor público com atuação na área criminal, Tribunal do Juri, Juizados Especiais Criminais, atos infracionais na infância e juventude e execução criminal - Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e cidadania. Atualmente, leciona às disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Penal parte Geral e parte especial I, Ações Constitucionais e Prática Penal I, na Faculdade de Direito de Extrema-MG (FAEX). luciano.guarnieri32@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-4206-2288>.

ABSTRACT

The effectiveness of a process due to the restrictive actions of the States is one of the great themes under discussion nowadays. However, in Latin America and, especially in Brazil, there is resistance to the due effectiveness of these guarantees. The weakest democracies have a conservative authoritarian tradition that insists on evading constitutional guarantees recognized on the international stage. Conventional due process in support of the constitutional is a necessary alternative for the paradigm shift in Brazil and in Latin America as a whole. Through the inductive analytical method, this tool was used to observe and analyze its application in the socio-historical and cultural context of the Western world, mainly, aiming at the constitutional observation of fundamental and human rights in Brazil as a paradigm.

Keywords: Democratic state; Due Legal Process; Constitutionality Control; Conventionality Control; Judicial power.

INTRODUÇÃO

A inclusão de uma análise constitucional convencional de nosso sistema jurídico, por parte dos operadores do direito é salutar para a efetividade das garantias e direitos trazidos pela Constituição Federal de 1988. As inovações trazidas pelo texto constitucional, revelam uma mudança de paradigma hermenêutico que deve ser aplicado como um todo ao sistema jurídico brasileiro.

A tradição autoritária brasileira, infelizmente escravocrata até 1888, bem como os períodos autoritários republicanos, são responsáveis por feridas abertas não cicatrizadas até os dias atuais (a República brasileira enfrentou duas ditaduras).

No Brasil se faz necessário, a observação do conteúdo dos tratados de direitos humanos os quais o Brasil assumiu o compromisso de cumpri-los, como regra a ser aplicada no cotidiano do país. As Faculdades de direito formam operadores pouco preocupados com a legislação internacional de garantias, dando ênfase as relações privadas.

Dessa forma, os operadores do direito, em sua atividade profissional, acabam por não observar regras de direitos humanos os quais o Brasil se comprometeu em efetivá-las a contento.

Com a Constituição Federal de 1988, bem como a observação e aplicação do instrumento convencional se faz necessário que seja dado um basta a tradição autoritária brasileira.

A mudança de paradigma fora determinada pela legislação, devendo, os operadores do direito, aplicá-las de forma efetiva, a fim de concretizar o determinado pelo texto constitucional

e pelos tratados de direitos humanos, pois se trata de uma reivindicação histórica civilizatória contra a barbárie.

Por meio do método analítico indutivo, buscou-se por meio desse ferramental, observar e analisar sua aplicação no contexto sócio-histórico-cultural do mundo ocidental, principalmente, objetivando como paradigma a observação constitucional de direitos fundamentais e de direitos humanos no Brasil.

1. BREVE RELATO DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A INCORPORAÇÃO EM ÂMBITO INTERNO (DOMÉSTICO)

O Devido processo legal, segundo o entendimento majoritário da doutrina, possui sua sustentação histórica, com o advento da *Magna Charta Libertatum*, de 16 de junho de 1215, mais precisamente, em seu artigo 39, o qual descreveu que:

Nenhum homem livre será preso ou mantido em prisão, despojado de seus bens, banido ou desterrado, molestado de alguma maneira; e não dispor deles, nem ser colocado na prisão senão pelo juiz legal (competente) de seus pares ou por determinação da lei do país.

Em sua gênese o devido processo legal visualizado na *Magna Charta Libertatum*, é fruto de um acordo entre o então Rei João Sem-Terra e os Senhores Feudais (Donos da Terra), no sentido de que o poder do Soberano estaria limitado pelo Parlamento através da legislação.

O Jurista Javier Llobet Rodrigues, faz menção ainda, como importante documento histórico para o surgimento da garantia do devido Processo Legal, o Código de Magnus Erikson de Suécia que data de 1350. Esse importante documento determinava que:

O Rei deve jurar(...) ser leal e justo com seus cidadãos, de maneira que não prive ninguém, pobre ou rico, de sua vida ou de sua integridade corporal sem um processo judicial devido, como prescreve o direito e a justiça do país, e, tampouco, prive ninguém de seus bens sem a observância do direito e por um processo legal. (LLOBET RODRIGUEZ, 2019, p. 265.).

A Quinta Emenda da Carta de Direitos dos Estados Unidos da América, de dezembro de 1791, de uma forma mais direta e concisa inovou ao dispor que: “Ninguém poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal”.³

No entanto, cabe ressaltar que a origem do devido processo legal americano, é muito diversa do sistema inglês. A origem se dá em virtude de uma decisão da Suprema Corte

³ CONSTITUTION, Interactive. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution>. Acessado em: 24/04/2021.

Americana, no caso *Murphy vs. Madison*, em 1803, na qual fora declarada a inconstitucionalidade de uma norma em relação a Constituição por violação direta ao *Due process of law substantive*, ou seja, uma decisão com visão substancial do devido processo legal.

Posteriormente, como bem relata João Gualberto Garcez Ramos, ao final da Guerra de Secessão nos Estados Unidos, advieram duas emendas. A décima terceira que acaba com a escravidão e a décima quarta, essa ainda mais importante, pois afirma:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do estado-membro onde residam. Nenhum estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá retirar-lhes a vida, a liberdade, ou a propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis. (GARCEZ RAMOS, 2007, p.107).

A origem norte americana do devido processo legal, possui uma natureza substancial concreta para se referir a quaisquer ofensas ao texto constitucional numa análise de compatibilidade de constitucionalidade das regras, em geral.

Em âmbito interno, a Constituição Federal brasileira de 1988, faz expressa disposição ao Princípio do Devido Processo Legal, no inciso LIV do artigo quinto, *in verbis*: Artigo 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal”.

Todavia, recorda João Gualberto Garcez Ramos, que a Constituição do Império, qual seja a de 1824, dispunha de forma direta que, “seriam inválidas as leis se não atendessem à utilidade pública substancial”. A Constituição Imperial dispunha em seu artigo 179, inciso II, o seguinte teor:

A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte(...). Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. (GARCEZ RAMOS, 2007, p.110.).

Esse dispositivo demonstra uma certa influência do legislador constituinte do Império no então avançado modelo americano do devido processo legal substancial.

1.1. O Devido Processo Legal nos principais Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, em seu inciso I, do artigo 11, elucidou:

Toda pessoa acusada criminalmente tem direito a presunção de inocência enquanto não se provar sua culpabilidade, conforme a lei e ser julgado pelo juiz natural sendo assegurado todas as garantias necessárias para sua defesa.

Claramente, se demonstra a importância desse enunciado para a afirmação do que seria o conceito de devido processo legal. O mundo vivia a reconstrução dos estados democráticos de direito, após os escombros deixados pela segunda grande guerra mundial. Apesar de não ter conteúdo normativo, a Declaração da ONU de 1948, serviu e serve de referência aos estados-membros no que tange a elaboração de suas legislações em âmbito interno.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 14, determina que:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exigir, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

Deve-se ressaltar que o Pacto Internacional dos Direitos civis e políticos, no Brasil, fora promulgado pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, faz menção ao devido processo legal em seu artigo sétimo, e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, se refere e descreve em rol, extremamente detalhado, em seu artigo sexto, referindo-se ao direito a um processo equitativo.

No sentido de preservação e dar maior efetividade ao devido processo legal em âmbito europeu, vale destacar a Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09 de março de 2016. Conforme essa mencionada Diretiva, se faz necessário reforçar certos

aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, sendo assegurado o direito de guardar silêncio e de não autoincriminar. O ônus da prova da culpa deve recair, obrigatoriamente, sobre a acusação. (DIRETIVA (UE) 2016)

2. O SENTIDO IMPRESCINDÍVEL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA UM DIÁLOGO CIVILIZATÓRIO

O vocábulo Devido Processo Legal, é utilizado em toda a América Latina inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, localizada na cidade de San José da Costa Rica, na Costa Rica, na América Central. A doutrina alemã, geralmente faz uso do termo *Justo Juízo*.

Na doutrina, de uma forma geral, existe uma discussão a respeito dos aspectos compreendidos pelo termo Devido Processo Legal. Conforme Jorge Vasquez Rossi, estão compreendidos no verbete Devido Processo Legal:

A anterioridade legal, o juiz natural, oportunidade de defesa, cumprimento da formalidade de notificação e audiência, efetividade do contraditório, possibilidade de apresentar provas constitutivas ou negativas, proibições do ‘ne bis in idem’, produzir provas contra si mesmo, ser submetido a coações indevidas, aplicação de todo o processo de padrões de justiça axiológica e objetivamente válidos, garantia genérica de liberdade e segurança, racionalidade e fundamentação das decisões conforme o direito. (ROSSI, 2017, p. 18.).

Dessa forma, pode ser resumido como o conjunto de princípios de uma ordem constitucional fundada na legalidade e na proteção das liberdades. Como bem assevera, J.J. Gomes Canotilho a ideia mais geral é que, “no Estado Democrático de Direito, entre o indivíduo e a coação estatal incidente sobre seus bens e sua liberdade deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juiz”. (CANOTILHO, 2018, p. 123.).

Não obstante a balizada conclusão do profícuo professor português, não se deve olvidar da necessidade do processo ser acusatório garantista e que esse juiz seja, eminentemente imparcial!

Essas garantias se caracterizam por sua amplitude abrangendo outras tantas garantias, sempre no sentido de proteger o cidadão contra a ação arbitrária do Estado. O devido processo legal não se destina tão somente ao intérprete da lei, mas já informa atuação do legislador, impondo-lhe a correta e regular elaboração da lei processual penal.

O juiz está submetido e deve submeter as partes à norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional. O jurista Marco Antônio Marques da Silva esclarece que

obedecido o devido processo legal, além de assegurar-lhe a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo. (SILVA, 2001, p. 17.).

Para Pedro Bertolino o devido processo legal em âmbito penal possui características típicas inescusáveis para a acusação legal sob pena de se tornar inválidas. (BERTOLINO, 1986. p. 32.).

As transformações pós segunda guerra mundial, determinaram uma forma nova de pensar e interpretar o direito inteiramente associado ao Estado Democrático de Direito. A América Latina como um todo, e, principalmente Brasil, Argentina e Chile, passaram num passado recente, pela experiência de ditaduras militares que resistiram a reconhecer direitos fundamentais individuais de seus cidadãos.

Consoante a doutrina propagada por Luigi Ferrajoli, o devido processo legal democrático possui, no mínimo, dez axiomas indeclináveis:

Nulla poena sine crimini; nullum crimem sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; Nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione. (FERRAJOLI, 2012.).

O garantismo proposto por Ferrajoli, propõe que, todas as garantias estão vinculadas, por assim dizer, ao princípio da submissão à jurisdição em sentido lato. O juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais. (FERRAJOLI, 2002, p. 432.).

Como é perceptível nas palavras de Ferrajoli, não há que se falar em devido processo penal sem a aplicação efetiva por parte dos Estados dito democráticos, das garantias provenientes de uma submissão dessas à jurisdição imparcial.

2.1. Os Lineamentos do devido processo legal na Corte Interamericana de Direitos Humanos

O artigo oitavo (primeira parte) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, dispõe:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O aludido artigo, além do trecho mencionado acima, descreve as garantias mais salutares ao devido processo legal, ser o acusado presumidamente inocente, igualdade e paridade entre acusação e defesa, a confissão somente será válida se feita sem coação de nenhuma natureza, dentre outras garantias que, se tornam desdobramento lógico de um efetivo devido processo legal garantista e de procedimento acusatório.

Na prática a Corte Interamericana têm acenado de como seria a aplicação e preservação de um devido processo legal efetivo. A Corte no caso Cantos Vs. Argentina pontuou que:

O devido processo legal está intimamente ligado com a noção de justiça, e deve refletir:

- a. Um acesso à justiça não apenas formal, mas reconhece e resolve os fatores de desigualdade real dos réus;
- b. O desenvolvimento de um julgamento justo;
- c. A resolução de litígios de forma a que a decisão adotada se aproxime ao mais alto nível de correção da lei, ou seja, garantir, na medida do possível, sua justa solução.⁴

E, ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, durante o julgamento do caso Barbani Duarte e Outros Vs. Uruguay, estabeleceu que a exigência de que uma pessoa seja ouvida com justiça, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial.

No âmbito formal e processual, que seja assegurado o acesso do indivíduo ao órgão competente para que determine o respeito e o cumprimento das garantias processuais que lhe são asseguradas (como a apresentação de argumentos e o fornecimento de provas).

No âmbito da proteção material, o Estado deve garantir que a decisão produzida através do procedimento satisfaça o fim para o qual foi concebido.

A Corte Interamericana, ainda destacou o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que, por sua vez, desenvolveu o critério segundo o qual um procedimento justo pressupõe que o órgão encarregado de administrar a justiça efetue um exame apropriado das alegações e argumentos e provas aduzidas pelas partes, sem prejuízo de vir a valorar em suas decisões se tais alegações são ou não relevantes.

Não obstante ao entendimento da Corte Interamericana no sentido do que seria um devido processo legal justo (formal e material), em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 31667, que teve como relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma em 11/09/2018, desobrigou o juiz de se manifestar sobre todos

⁴ CORTEIDH. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/>. Acessado em: 24/04/2021.

os fundamentos apresentados pela parte. Em apertada síntese, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “O julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos do autor, mas a fundamentar o julgado com as razões suficientes à exposição de seu convencimento”⁵.

O enfrentamento por parte do magistrado, de todos os pontos alegados pela defesa, se relaciona ao critério de permitir a livre alegação, pois o ônus da prova sempre será do Estado. Não há como atribuir a defesa o ônus da prova pois, no processo penal o acusado sempre estará em posição de vulnerabilidade frente ao aparato estatal. Essa posição, como bem mencionado anteriormente, é posição consolidada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. A INTERPRETAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM ÂMBITO INTERNO

A despeito do devido processo legal, ser reconhecido como princípio fundamental na doutrina brasileira e também pela jurisprudência pátria, a questão prática de seu reconhecimento e, principalmente em identificá-lo no caso concreto é que causa maiores discussões no que consiste sua aplicabilidade.

Em patente desencontro com o teor das decisões das Cortes internacionais, principalmente, da Corte Interamericana de Direitos humanos os tribunais superiores brasileiros, não vêm reconhecendo questões basilares no que tange a aplicabilidade do devido processo legal. Deve-se ressaltar também, a inadequada legislação infraconstitucional brasileira para uma real efetividade do devido processo legal. Senão vejamos o teor do parágrafo primeiro do artigo 400 do Código de Processo Penal reza que: “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

Nesse sentido, realizando uma interpretação literal/gramatical, ou simplesmente o método de aplicação do direito denominado subsunção jurídica, do artigo supramencionado, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, assim se manifestou:

Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. (PROCESSO ELETRÔNICO: STJ, 2019).

⁵ MS 31667 AgR, Relator: Dias Tóffoli, Segunda Turma, julgado em 11/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 22-11-2018 PUBLIC 23-11-2018.

A alteração da legislação, realmente deve ser reformada para se adequar ao novo paradigma interpretativo de todo o sistema jurídico brasileiro que nada mais é que a Constituição Federal de 1988. Entretanto, numa interpretação conforme com o texto constitucional e numa análise convencional com os diplomas internacionais de direitos humanos, os quais o Brasil é signatário, são mais que suficientes para que o artigo em análise, contido no código de processo penal, fosse suprimido de sua eficácia, pois em discordância com a Constituição e os documentos internacionais de direitos humanos.

A não aplicação por parte dos juízes brasileiros das efetivas garantias trazidas pelo texto constitucional e a ausência de um juízo convencional em relação aos tratados de direitos humanos, revela uma conduta conservadora do judiciário brasileiro.

Provavelmente, alguns elementos históricos de nossa formação processual penal possam de alguma forma, justificar esse conservadorismo. O direito processual brasileiro, possui a tradição de uma teoria geral aplicada tanto ao processo como ao processo penal. A influência dessa dinâmica vem da Escola processualista de São Paulo, que possui grandes nomes da ciência processual nacional, todos influenciados por Alfredo Buzaid e, principalmente, pelo professor italiano, Enrico Tullio Liebmann.

Como bem esclarece Auri Lopes Junior, o processo penal não possui *Lide*. Se trata de uma relação desigual com o Estado de um lado e o réu vulnerável do outro. Não há princípio da instrumentalidade do processo. No processo penal a forma é garantia e limite de poder. O formalismo no processo penal visa frear a voracidade estatal em punir a qualquer preço. Não há que se falar em nulidade relativa, a invocação do adágio francês, *Pas de nulittè sans grief*, não faz sentido no processo penal.

Em relação as condições da ação a impertinência se repetem. Como bem assevera o destacado professor da PUC-RS:

dizer que as condições da ação no processo penal são interesse e possibilidade jurídica do pedido é um erro, repetido sem maior reflexão por grande parte da doutrina. Como falar em “interesse” se aqui a regra é a necessidade? Discutir “interesse de agir” e outros civilismos é desconhecer o que é processo penal. Pior é tentar salvar o “interesse” por meio do entulhamento conceitual, atribuindo um conteúdo a essa categoria que ela não comporta (...). (LOPES JR, 2019. p. 67-68).

Quando se fala em possibilidade jurídica do pedido, o absurdo é maior ainda pois, no processo penal, o pedido feito pela acusação na exordial acusatória só pode ser um, a de condenação! Em meio a toda essa influência do processo civil no processo penal e, a importação

de conceitos e institutos que possuem sentido apenas no âmbito privatista, nossa legislação processual penal, no que tange ao estatuto principal, o código de processo penal, data de 1941, fruto de um decreto presidencial de um período ditatorial.

O código de processo penal brasileiro fora elaborado pelo então Ministro da Justiça do Governo de Getúlio Vargas, o jurista Francisco Campos. Nosso código, é inspirado no chamado *Códice Rocco*. O personagem Alfredo Rocco foi Ministro do Regime Fascista italiano de Benito Mussolini. A ideia de Rocco era traduzir através da lei processual penal e penal a essência de proteção do Estado em relação aos abusos daqueles que viessem a desafiá-lo. O interesse público ganha destaque desmedido a ponto de colocar os interesses do estado sempre a frente dos interesses dos cidadãos. É o nascedouro da supremacia da defesa social nas ciências penais.

Como bem assevera Ricardo Gloeckner,

o ministro Francisco Campos foi capaz de sintetizar uma forma centrípeta, onde o direito possui um papel que deve cumprir em relação à repressão da criminalidade, assim como era no governo de Mussolini”. (GLOECKNER, 2018. P.118.).

O autoritarismo processual brasileiro está intimamente legado aos fenômenos históricos do século XX, não se pode olvidar que após esse período, pós segunda guerra mundial, o Brasil e outros países do cone sul passaram por períodos longos de ditaduras militares. O Brasil fora governado por uma ditadura militar de 1964 a 1985, houve a instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte em 1986, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 é um marco paradigmático de alteração da interpretação sistemática jurídica nacional. As garantias constitucionais demonstram a alteração de todo o conteúdo que não se coaduna com o novo texto constitucional e vincula a produção de textos legislativos futuros. A resistência conservadora em não aceitar a alteração *copernicana* promovida pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, não se fundamenta no direito. Apenas ideologias relacionadas a política e ao poder, para a manutenção de um status quo, a justificam.

3.1. O conservadorismo e o senso comum teórico dos operadores do direito e a necessidade da formação dos operadores do direito em direitos humanos e direitos fundamentais das garantias

O professor Lenio Streck, ao apresentar as teorias do denominado *sensu comum teórico*, proposta pelo jurista argentino, Luis Alberto Warat, esclarece que

o senso comum teórico dos juristas é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme. Também pode ser representado pela expressão *habitus*, que significa o conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam a sua atividade refém da quotidianidade (algo que podemos denominar de concretude ôntica), d’onde falará do e sobre o Direito. É o desde-já-sempre e o como-sempre-o-Direito-tem-sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos, propiciando a eles, em linguagem heideggeriana, uma tranquilidade tentadora. Veja-se, como exemplo, a resistência da comunidade jurídica em abandonar a noção de “livre convencimento”, arraigada no imaginário dos juristas e que, mesmo com alteração do Código de Processo Civil de 2015, continuam a agir como se não tivesse ocorrido uma alteração legislativa. (STRECK, 2018, p. 408).

O raciocínio *supra* é salutar para a compreensão de determinadas condutas dos profissionais do direito enquanto a interpretação das garantias em nosso país e, principalmente, em relação a conduta do Poder Judiciário no que tange a efetividade dessas garantias.

Como mencionado anteriormente nesse artigo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em decisões recentes que datam de 2018 e 2019 respectivamente, decidiram no sentido de isentar o juiz de enfrentar todos os argumentos da defesa, podendo inclusive, dentro de seu poder discricionário, indeferir os requerimentos de produção de provas que entender impertinentes, protelatórias ou irrelevantes.

Ocorre que tais decisões apesar de estarem em harmonia com a redação do parágrafo primeiro do artigo 440 do código de processo penal, estão completamente em desconformidade com a Constituição Federal e com tratados internacionais de direitos humanos. A própria redação do parágrafo primeiro do artigo 400 do CPP, deveria ter sido declarado não recepcionado pela Constituição e, em desconformidade numa análise convencional com os tratados internacionais.

A reforma da legislação infraconstitucional é necessária, entretanto, não restará suficiente se não houver uma mudança de postura dos integrantes do Poder Judiciário no que tange ao reconhecimento da Constituição Federal como novo paradigma do sistema jurídico interno nacional e da necessidade de um maior controle de convencionalidade no que tange a interpretação e aplicação das garantias como o devido processo legal.

O estudo do direito, o conteúdo dos cursos jurídicos, a formação dos acadêmicos de direito e do operador do direito são discussões que sempre estão em pauta. Na contemporaneidade, onde as informações são compartilhadas em tempo real, as ferramentas a disposição através da informática, da internet, dentre outros modificaram a sociedade como um todo.

O processo educacional como um todo, torna-se um desafio e, acena para outras formas de aprendizado. Toda essa discussão foi acelerada, sobremaneira, devido a pandemia de nível global dos últimos dois anos. Entretanto, no que tange ao conhecimento e estudo das questões dos direitos e garantias constitucionais e de direitos humanos, não se trata de conteúdo tão recente. A Constituição federal fora promulgada em 1988 e a maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, foram incorporados ao direito nacional nos anos de 1990, e, mesmo assim, não se é dada por parte dos operadores do direito, a devida atenção a esses temas de tamanha importância para a construção de um Estado Democrático de Direito.

Os cursos de direito possuem uma tradição privatista e, somado ao caráter seletivo das ciências penais no que tange a sua aplicação prática, faz com que as garantias sejam vistas com uma desnaturalização de seus conteúdos essenciais e uma encampação de um senso comum midiático, inclusive dentre os operadores do direito.

As garantias e os direitos humanos são discutidos em programas sensacionalistas vespertinos na televisão aberta como fossem um óbice para a aplicação da justiça. Os defensores dos direitos humanos são vistos como inimigos da sociedade que não possuem senso comunitário e familiar. A importância das garantias e dos direitos humanos, são apenas discutidos, compreendidos e apreendidos em sede de pós-graduação. A importância do tema é notada em uma esfera estritamente acadêmica, longe do acesso da população em geral, haja vista que aqueles que poderiam contribuir para uma mudança paradigmática (mídia em geral), não têm interesse para tal desígnio.

Como bem menciona Edgar Morin, uma educação para os valores se faz necessário para uma formação cidadã, para o despertar do sentimento da empatia e para o caminho em busca de uma democracia real através da inclusão dos valores. (MORIN, 2008, p. 83).

Os direitos fundamentais, as garantias constitucionais e direitos humanos, precisam fazer parte da formação humanística de todos. Essas questões são essenciais para a compreensão da sociedade e de que são verdadeiros valores essenciais normatizados para a proteção do ser humano contra os abusos do Estado e, não garantias para criminosos.

3.2. O Controle de Convencionalidade e o Devido Processo Legal

Como bem esclarece Mazzuoli, o controle jurisdicional de convencionalidade é o exercício de compatibilidade das leis internas com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. (MAZZUOLI, 2011, p. 29).

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343, determinou que os tratados de direitos humanos possuem status de norma supralegal, estando abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei. A decisão do Supremo recebe críticas merecidas em relação a recepção dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno, e, acaba por afrontar entendimento solidificado na esfera internacional de que, na possível aparência de conflito entre a aplicação das leis fundamentais garantistas previstas no texto constitucional e dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, aplica-se a cláusula *pro persona*, ou seja, a que for mais benéfica ao indivíduo. Não devendo prevalecer hierarquia entre as normas.

Como bem destaca Giacomolli:

a leitura convencional e constitucional do processo penal constitui um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. No processo penal, bem como na interpretação dos princípios fundamentais, não se pode abrir mão de uma tutela jurisdicional efetiva que se revele em uma efetiva proteção do ser humano. O processo penal predominantemente humanitário se eleva a condição de devido processo penal constitucional e convencional. (GIACOMOLLI, 2014, p. 03).

A aplicação do controle de convencionalidade por parte do judiciário brasileiro é muito tímido, entretanto, merece destaque uma decisão proferida por Alexandre Moraes da Rosa, juiz do estado de Santa Catarina, no processo 0067370-64.2012.8.24.0023. Em apertada síntese dos fundamentos utilizados dessa decisão, merece destacar:

É certo que, paulatinamente o entendimento emanado pela Comissão Interamericana de Direitos humanos deverá repercutir na jurisprudência interna dos Estados americanos signatários do Pacto de São José da Costa Rica – sobretudo em Estados que, como o Brasil, são também signatários da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, cujo artigo 27 prescreve que: “Uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. A título de exemplo, destaco que, precisamente pelos fundamentos alinhavados pela Comissão, a Suprema Corte de Justiça do Estado de Honduras, em 19 de maio de 2005, e a Corte de Constitucionalidade da República de Guatemala, em primeiro de fevereiro de 2006, julgaram inconstitucionais os tipos penais dos respectivos ordenamentos jurídicos correlatos ao crime de desacato previsto na legislação brasileira. (EMPÓRIO DO DIREITO, 2015).

Não obstante, a lúcida e atualizada decisão supramencionada, em conformidade com o paradigma constitucional e convencional no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal em recentíssima decisão de 25 de junho de 2020, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 496, que teve como relator o Ministro Barroso, por maioria de votos, decidiu que a conduta descrita no artigo 331 do Código Penal (Desacato), é constitucional.

Entretanto, o voto divergente-vencido, proferido pelo Ministro Edson Fachin, o qual fora acompanhado pela Ministra Rosa Weber, destaca pontos relevantes a respeito da necessidade do controle de convencionalidade por parte do judiciário nacional. O Ministro Fachin destacou que a manutenção da eficácia do artigo 331 do código Penal, afronta dispositivos constitucionais e de tratados internacionais de direitos humanos.

Conforme o Ministro Fachin o artigo 331 ofende de forma direta, os dispositivos previstos no artigo quinto da Constituição Federal, *caput*, como os incisos IV, V, X, XIII, XIV, o artigo 220 e incisos. No que tange ao controle convencional há ofensa direta por parte do artigo 331 do código penal ao disposto no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica e ao artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A razão do voto está fundada na ofensa ao princípio da igualdade e da liberdade de expressão de um modo geral. A decisão do Ministro Fachin alimenta uma esperança de que o exercício de aplicação da análise da convencionalidade seja realizada com maior frequência por parte do judiciário, apesar de restar vencido, pois as razões da divergência estão solidamente de acordo com o disposto na Constituição Federal dos Tratados internacionais de direitos humanos e, com a doutrina majoritária nacional.

Em âmbito internacional europeu, vale destacar decisão do Tribunal Constitucional português no Acórdão 284/2020, no exercício de convencionalidade. O Tribunal ao analisar a normativa portuguesa pertinente à privação de liberdade contra o disposto na constituição e na lei impõe ao Estado o dever de indenizar o lesado nos termos que a lei estabelecer - artigo 225, número 1, alínea c, do código de processo penal português.

O Tribunal reputou inconstitucional, por violação dos artigos 13, número 1 e artigo 32, número 2, da Constituição portuguesa - que asseguram a mesma dignidade e a igualdade perante a lei e a presunção de inocência, o artigo 225, número 1, alínea c, do código de processo penal, interpretado no sentido de se não considerar que não foi o agente do crime ou que tenha atuado de forma justificada o arguido, ou seja, considerando indevida a indenização a quem foi

aplicada a medida de coação de prisão preventiva e que, ao final do processo, veio a ser absolvido com fundamento no princípio do *in dubio pro reo*.

O Tribunal português ainda pontuou que:

a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, deve ser considerada pelo Tribunal Constitucional na suas decisões como critério coadjuvante na interpretação das normas constitucionais, atendendo, nomeadamente, aos juízos de ponderação nas normas constitucionais, atendendo, nomeadamente, aos juízos de ponderação no contexto da aplicação do princípio da proporcionalidade e a densificação do conteúdo dos direitos fundamentais, sobretudo quando estão em causa novos direitos ou novas dimensões de direitos preexistentes. E o Tribunal asseverou que, por força da cláusula aberta no domínio dos direitos fundamentais consagrada no artigo 16 da Constituição, este Tribunal não pode, na verdade, deixar de considerar os direitos fundamentais consagrados na referida Convenção, devendo igualmente ter em conta a interpretação que dos mesmos tem vindo a ser feita pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2017)

O judiciário brasileiro, ainda está muito centrado nas questões de soberania, não interpretando que as questões de direitos humanos, previstos em tratados internacionais as quais o Brasil for signatário, possuem força normativa equipada aos direitos fundamentais contidos na Constituição federal. Desse modo, o exercício de análise de convencionalidade deve ser uma constante no cotidiano judicial.

CONCLUSÃO

O Devido processo legal contemporâneo possui como objetivo salutar, preservar as garantias constitucionais e os direitos humanos internacionais e, permitir sua fiel e ampla aplicabilidade prática. Como é sabido o Brasil e a América Latina possuem uma tradição autoritária provenientes de uma história colonial e escravocrata que persiste em sobreviver mesmo frente aos movimentos constitucionais liberais democráticos.

O conservadorismo influencia o legislador, o judiciário, as políticas públicas e os operadores do direito. Ocorre um verdadeiro consenso sem qualquer justificativa científica, de que a defesa social deve prevalecer em relação às garantias individuais fundamentais e direitos humanos fundamentais.

O advento da Constituição Federal é uma mudança de paradigma, que representa o fim de um período autoritário, aliás como é sabido, o Brasil passou por duas ditaduras que somadas, perfazem mais de 35 anos. A Constituição além das garantias, determinou que os tratados de

direitos humanos teriam força normativa constitucional, entendimento esse, que fora interpretado de uma forma enigmática pelo Supremo Tribunal Federal.

A legislação processual penal, que possui como documento mais importante, o código de processo penal, fruto de um decreto presidencial do então Presidente Getúlio Vargas, datado de 1941. As reformas desse diploma, desde então, foram pontuais e não ofereceram grandes evoluções normativas para o sistema como um todo. As origens do código não são baseadas na valorização do ser humano, motivo pelo qual, muitos dispositivos, não coadunam com a Constituição cidadã e aos direitos humanos internacionais.

Entretanto, apesar da mudança da legislação ser mais que necessária, a ação dos operadores do direito deve ser atualizada também. O meio jurídico é conservador, a interpretação do direito, na maioria das vezes, é proferida por pessoas conservadoras, motivo pelo qual não se pode esperar um movimento de vanguarda em pouco tempo, para as modificações que devem ser realizadas.

A Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos são instrumentos para a efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A busca de uma sociedade mais justa, menos desigual, com fundamento na preservação da dignidade da pessoa humana de todos, sem distinção, sem seletividade, é a realização de efetividade de uma sociedade madura.

A Constituição e os tratados internacionais do cone sul buscam uma integração e aproximação cultural e, como bem assevera o professor da PUC/SP Luiz Guilherme Arcaro Conci, “tal objetivo só poderá se efetivar desde que a democracia seja respeitada e melhorada” (CONCI, 2015, p. 132).

Não há como imaginar um Estado Democrático de Direito, sem efetividade das garantias fundamentais e dos direitos humanos internacionais, traduzidos no devido processo legal que se trata de uma reivindicação liberal iluminista. No século XXI, não se pode conceber que narrativas autoritárias, cheias de ideologias conservadoras e sem conteúdo científico, possam sobressair às questões civilizatórias de obrigação estatal.

REFERÊNCIAS

BERTOLINO, Pedro. **El Debido Proceso Penal**. Editora La Plata. 1986.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina .2018. Lisboa, página 123.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Mercorur, Integration Regional Y Derechos Humanos en un Proceso Multinivel**, Estudios constitucionales [on-line]. 2015, vol.13, n.2, pp.125-152. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200005>.

DIRETIVA (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho – disponível www.europa.eu. Acesso em 21/04/2021.

EMPÓRIO DO DIREITO. Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade. 2015. Disponível em <https://emporiiododireito.com.br/leitura/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>. Acessado em 10/11/2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo :uma discussão sobre direito e democracia**. Editora Lumen Juris, 2012.

GARCEZ RAMOS, João Gualberto. Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal, In **Revista da UFPR**, Curitiba, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Legal**. Editora Atlas. São Paulo. 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Editora Tirant Lo Blanch, 2018.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías Penales**, Editora Ulpiano, 2019.

LOPES JR, Auri. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução crítica**, Saraiva Jur. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. **Revista dos Tribunais**; São Paulo, 2011.

MORIN, Edgar. **Ensinando a Transgredir – A educação como prática da liberdade**. Editora bell Hooks. 2008.

PARLAMENTO EUROPEU. DIRETIVA (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho – 09 de março de 2016 – **relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal** (europa.eu). Acesso em 21/04/2021.

PROCESSO ELETRÔNICO: MS 31667 AgR, Relator: Dias Tóffoli, Segunda Turma, **julgado** em 11/09/2018, processo eletrônico DJE-250 DIVULG 22-11-2018 PUBLIC 23-11-2018.

PROCESSO ELETRÔNICO: STJ. AgRg no AREsp 1373849/PR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, **julgado** em 19/11/2019, DJe 28/11/2019, disponível em <https://scon.stj.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numregistro=201802579429&dtpublicação=28/11/2019>. Acesso 31/01/2021.

ROSSI, Jorge Vasquez. **El debido Proceso em la Jurisprudencia de la Corte Intareamericana de Derechos Humanos**, 2017

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. Editora Juarez de Oliveira, 2001.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. Editora Casa do Direito. Belo Horizonte. 2018.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Disponível em: Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200284.html>. Acesso em 27/03/2021.