

Processo Penal Constitucional: uma análise principiológica

LUIZ A. CYRILO PINHEIRO MACHADO COGAN - Advogado

De início, cumpre salientar que o direito processual penal oferece a todos os indivíduos as garantias e os instrumentos necessários para uma correta defesa de seus direitos, os quais se encontram cravados na Constituição Federal.

Isto se deve ao fato de que as garantias e os meios eficazes para a preservação dos direitos básicos da pessoa humana, em um Estado Democrático de Direito, como a República Federativa do Brasil, são fundamentais para que não haja abusos por parte do Estado, detentor do poder de punir.

Neste sentido, antes da Carta Política de 1988, o direito processual penal era visto de forma inquisitiva e sem muitas garantias contra os abusos do poder estatal.

Alguns direitos e garantias individuais encontravam-se presentes no Texto Constitucional, ainda que de forma tímida e sem apresentar grande efetividade, como é o caso, por exemplo, do artigo 150[1] da Constituição Federal de 1967, com as emendas de 1969.

A Constituição de 1988, em seu artigo 1º, consagrou o Estado Democrático de Direito, de forma expressa, e tendo em vista o contexto democrático que se insurgia contra uma tradição política autoritária e arbitrária, o novo Texto Constitucional vem ao encontro das aspirações sociais contemporâneas, prestigiando uma nítida separação de papéis entre acusador, defensor e julgador, bem como conferindo ao investigado e ao acusado inúmeros direitos e garantias até então desprezados.

Veio o Texto Maior no intuito de consagrar princípios fundamentais, a fim de resguardar a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, os direitos e garantias daqueles que se vêem investigados ou acusados da prática de algum delito.

Constatada a necessidade de se garantir uma aplicação do processo penal de forma mais justa, optou o Legislador Constituinte por incluir certas instituições jurídicas processuais penais na Carta Maior.

Esta opção legislativa é plenamente justificável, tendo-se em vista o momento pós-ditadura em que a Constituição Federal foi promulgada. Os abusos decorrentes do Estado autoritário antecedente geraram a necessidade de que os direitos e garantias fundamentais tivessem status constitucional.

Nesta toada, o Legislador Constituinte optou por elencar em sede constitucional os princípios basilares do processo penal, para que estes não viessem a ser afrontados por leis infraconstitucionais, atribuindo-lhes maior imperatividade.

À guisa de exemplos, podemos enumerar uma série de princípios constitucionais do processo penal, tais como, o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a presunção de inocência e a obrigatoriedade.

É o que constata Marco Antonio Marques da Silva, ao analisar a constitucionalização dos princípios processuais penais, para que tais princípios não sejam desrespeitados por leis infraconstitucionais e, assim, não sejam suscetíveis de eventuais artimanhas legislativas e a possibilidade de se macular ou por em risco a segurança do processo penal contra direitos e garantias pessoais[2].

No início do século passado, João Mendes de Almeida Júnior esclarecia, ao definir o processo criminal, que este tem seus princípios, suas regras, suas leis, cujos princípios se encontram fundamentalmente consagrados nas Constituições Políticas. Conclui, também, que as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais e as formalidades do processo constituem, por seu turno, as atualidades das garantias constitucionais[3].

Nesse sentido, já caminhava a doutrina pátria, cujo respeito aos preceitos constitucionais era visto como requisito indispensável, afastando-se a não observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outros[4].

José Frederico Marques ressaltava que a moldagem do processo penal, como contenda entre partes, implica o integral repúdio da forma inquisitiva de procedimento, e no reconhecer, outrossim, que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar da procedência ou não da pretensão punitiva do Estado[5].

Portanto, nos moldes atuais, verifica-se uma tarefa mais abrangente que incumbe ao Direito Processual Penal, não sendo somente a aplicação pura e simples do Direito Penal.

Primordialmente, pressupõe-se o respeito às garantias e princípios constitucionais, sempre aliados à proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o processo só atende a sua finalidade quando se externa em procedimento adequado à lide que nele se contém, de forma a garantir amplamente os interesses das partes em conflito, sempre respeitando os preceitos estampados no

Texto Constitucional de 1988.

Oportuna é a conclusão de José Frederico Marques: “o que se nos afigura necessário, para que o Direito Processual Penal consiga galgar as altitudes que deve atingir, é que se construam suas categorias jurídicas dentro de postulados estritamente processuais, com a necessária base jurídico-constitucional que lhe dê conteúdo político para ser instrumento eficaz de tutela da ordem jurídica, dentro de preceitos que assegurem à pessoa humana a defesa de seus valores supremos e primaciais”[6].

Vislumbra-se, portanto, um novo rumo no processo penal, sempre aliado à Carta Maior, visando à preservação dos direitos e garantias individuais frente às alterações de um Estado opressor e arbitrário, permitindo a plenitude do exercício de defesa daqueles indivíduos que estão sendo investigados ou acusados, conferindo aos cidadãos maior segurança jurídico-processual, em respeito aos princípios constitucionais do processo penal.

1. Princípio do Devido Processo Legal

Grande parte da doutrina indica como nascedouro do princípio do devido processo legal a Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215, outorgada por João Sem-Terra perante o alto clero e seus barões na Inglaterra.

Em seu artigo 39, em suma, retrata que nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e não se procederá tais medidas, nem mandará proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

O termo utilizado por João Sem-Terra, no artigo 39[7], referia-se a law of the land (per legem terrae) ou “lei da terra”. Marco Antonio Marques da Silva explica que essa expressão importava na vinculação dos direitos às regras comuns por todos aceitas, decorrentes de precedentes fáticos e judiciais[8].

Posteriormente, na Inglaterra, em 1354, surgiu a expressão due process of law, em substituição à expressão anterior.

No Direito Constitucional Americano, inseriu-se, através da Emenda V à Constituição de 1787, a cláusula do due process of law, sendo reconduzida pelas Emendas VI e XIV.

No Brasil, embora parte da doutrina, encabeçada por Ada Pellegrini Grinover[9], considere que o princípio do devido processo legal já se encontrava implícito na Constituição anterior, somente com o Texto Constitucional de 1988 veio explicitamente deduzido dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 consagrou expressamente o princípio do devido processo legal, dispondo em seu artigo 5º, inciso LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Dessa forma, assegurou-se a todos os cidadãos, de forma expressa, a garantia de não ser privado de sua liberdade ou da propriedade de seus bens sem a tramitação de um processo segundo a forma prescrita em lei.

Antonio Magalhães Gomes Filho aponta, dentre as garantias indispensáveis à realização da justiça penal, que a mais ampla e significativa é, indubitavelmente, a contida no inciso LIV do artigo 5º da Lei Maior. Afirma, também, que a presunção de inocência e o devido processo legal são conceitos que se complementam, uma vez que o reconhecimento da culpabilidade não exige apenas a existência de um processo, mas sobretudo de um processo justo.[10]

Marco Antonio Marques da Silva assevera que obedecido o devido processo legal, além de se assegurar a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo. Desse modo, em uma outra instância, é o próprio processo que fica garantido.[11]

Antonio Scarance Fernandes considera as regras do princípio do devido processo legal como garantias, e não direitos das partes e do próprio processo como justo instrumento de prestação jurisdicional.[12]

Semelhante é a posição de Vicente Greco Filho que defende que é por meio do processo que a parte pode, legal e legitimamente, obter o deferimento de sua pretensão, de seu direito garantido.[13]

Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci denomina o devido processo legal como princípio constitucional geral do processo penal, posto que é o aglutinador dos inúmeros princípios

processuais penais e constitui o horizonte a ser perseguido e almejado pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais.[14]

Portanto, o devido processo legal é o conjunto de normas, garantias e princípios que tem por objetivo resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, em especial, a vida, a liberdade e o patrimônio, durante o desenrolar do processo, que deve ser finalizado em prazo razoável (celeridade processual), de modo a permitir uma efetiva e equilibrada realização da Justiça.

Uma vez que o princípio do devido processo legal é extremamente abrangente, pode-se afirmar que ele abarca todas as normas, garantias e princípios que resguardam os direitos fundamentais do indivíduo enquanto ele está sendo processado.

Nesse contexto, deve-se ter um conjunto de normas que dêem tranquilidade ao indivíduo para que ele seja processado de forma justa e não arbitrária.

Ademais, cumpre salientar a existência do que a doutrina chama de devido processo legal substantivo (ou substancial) e o devido processo legal formal (judicial ou procedimental).

No que tange ao devido processo legal substancial significa que deve ter previamente um conjunto normativo hígido, justo e que restrinja, no mínimo possível, direitos fundamentais. Assim, deve haver a restrição mínima de direitos fundamentais, ou seja, ao se elaborar o conjunto normativo deve-se observar o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição do excesso, que constituem garantias contra acusações infundadas do Estado.

Há, ainda, o devido processo legal clássico, que é o instalado pelas normas processuais, pelas regras normatizadas. Processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas e apresentar alegações para demonstrar sua inocência.[15]

Diante da excessiva abrangência do princípio do devido processo legal, pode-se concluir que ele abarca todos os demais direitos, garantias e princípios que regem o processo penal. Assim, vislumbrando-se dar maior efetividade e respeito aos direitos individuais, sempre deve ser observado o princípio do devido processo legal.

Nesse compasso, verifica-se que a persecução penal é regida por padrões normativos estipulados pela Carta Maior que traduzem limitações ao poder do Estado, protegendo o cidadão do arbítrio judicial e da coerção estatal, com intuito de resguardar sua liberdade e afastar eventuais abusos por parte do Estado.

Pode-se, assim, inferir que o direito processual penal é o ramo do direito que mais de perto está preso à Constituição, que lhe impõe obediência rígida aos seus princípios fundamentais, sempre prestando obediência ao devido processo legal.

Nesse sentido, ressalta José Frederico Marques que a moldagem do processo penal, como contenda entre partes, implica o integral repúdio da forma inquisitiva de procedimento, e no reconhecer, outrossim, que o acusado não é apenas objeto de investigações, mas também sujeito de direitos, ônus, deveres e obrigações dentro do procedimento destinado a apurar da procedência ou não da pretensão punitiva do Estado.[16]

A atividade jurisdicional, no intuito de estabelecer ao caso concreto a solução mais justa, é exercida equilibradamente no processo, com as devidas garantias constitucionais das partes, visando possibilitar uma defesa ampla e proibir as arbitrariedades do Estado, que deverá seguir o devido processo legal.

Nesse contexto, tem-se que o processo é o instrumento pelo qual a prestação jurisdicional é exercida pelo Estado, consoante os imperativos da ordem constitucional que envolvem o respeito ao princípio do devido processo legal, do qual decorrem a garantia ao contraditório e ao amplo direito de defesa, bem como o princípio do juiz natural, da publicidade, entre outros.

2. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório, apontado como consequência lógica do devido processo legal, está umbilicalmente ligado ao princípio da ampla defesa, uma vez que garante tratamento equânime e equilibrado entre as partes no processo. Caso não seja observado, prejudicado estará o devido processo legal.

Dessa forma, o princípio do contraditório consolida o princípio da igualdade, posto que busca garantir-se tratamento igualitário entre acusação e defesa no processo penal.

Impõe-se, portanto, uma relação jurídica equilibrada, com idênticas oportunidades de manifestações processuais pelas partes, sem que haja privilégios a nenhum dos envolvidos no processo,

interagindo sempre em igualdade de condições.

Decorre, assim, que se uma parte for ouvida no processo, conseqüentemente a outra também deverá ser (audiatur et altera pars), mantendo-se a igualdade de condições entre elas.

Nesta linha, aponta Jorge de Figueiredo Dias que, cabendo ao juiz penal cuidar em último termo do conseguimento das bases necessárias à sua decisão, não deve ele, todavia, levar a cabo a sua atividade solitariamente, mas deve para tanto ouvir quer a acusação quer a defesa. É este, prima facie, o sentido e o conteúdo do princípio do contraditório, tradução moderna das velhas máximas audiatur et altera pars e nemo potest inauditum damnari.[17]

Disso advém que, aos acusados que não disponham de condições econômicas para contratar um advogado, deve o Estado oferecer-lhe um defensor, visando uma defesa digna e o equilíbrio na relação processual.

Vale ressaltar, neste momento, o relevante papel da Defensoria Pública, que é uma instituição cuja função é oferecer serviços jurídicos gratuitos aos cidadãos que não possuem recursos financeiros para contratar advogados, atuando em diversas áreas, inclusive na penal.

A Constituição Federal, em seu artigo 134[18], a prevê como órgão de função essencial à Justiça e no Estado de São Paulo foi criada pela Lei Complementar Estadual nº 988 de 2006, objetivando uma maior paridade de condições aos indivíduos hipossuficientes envolvidos em processos.

Ademais, o princípio do contraditório não impede uma atuação do juiz na busca da verdade, visando dirimir eventuais dúvidas.

Marco Antonio Marques da Silva entende que o princípio do contraditório não significa que, posto o acusado no mesmo nível do Ministério Público, tenha o juiz que se limitar passivamente a escutar o debate, mas que toda a investigação processual deve se realizar de modo que possam resultar provadas as alegações da acusação e da defesa. O contraditório não impede, portanto, as iniciativas processuais do juiz, mas a elas se une. Conclui como sendo o melhor sistema, pois de outra forma obrigar-se-á o juiz a decidir unicamente iuxta allegata et probata, com manifesto perigo para a declaração de certeza da verdade real.[19]

Prossegue o autor elencando as seguintes características do contraditório: (i) que as partes sejam avisadas, com a necessária antecedência da data e lugar da diligência; (ii) que sejam reveladas a

natureza e a finalidade da prova; (iii) que seja admitida a presença do acusador e do acusado, que se lhe faculte provoquem a atenção do juiz para certos aspectos ou particularidades da prova. Isto se deve, pois, no crime, não há provas de defesa e provas de acusação. Devem elas ser, sempre, provas da verdade.[20]

Assim, constata-se que o contraditório só é pleno, quando observado em todos os atos processuais possíveis, buscando uma paridade de condições aos envolvidos; caso contrário, se não obedecido o contraditório, verificar-se-á a nulidade do feito, com a conseqüente inobservância do princípio constitucional do devido processo legal.

Vicente Greco Filho considera que a ligação do contraditório com o princípio da ampla defesa é tão íntima que o conceitua como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: (i) poder contrariar a acusação; (ii) poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; (iii) acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; (iv) falar sempre depois da acusação; (v) manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; (vi) recorrer quando inconformado.[21]

Nesse contexto, o contraditório pode, também, ser exercido de maneira diferida, a posteriori. Pode-se, então, falar em contraditório real (imediato ou direto), que é o exercitado no exato momento da produção da prova (como por exemplo, a prova testemunhal em juízo). De outro lado, pode-se ter o contraditório diferido (mediato), que é aquele postergado para momento futuro (como por exemplo, a prova pericial no inquérito, cujo contraditório é exercido em momento posterior).

Há quem suscite, excepcionalmente, a possibilidade de contraditório na fase inquisitiva. Aqueles que defendem esta linha entendem que deveria haver contraditório daquilo que não pode ser renovado em juízo, que é o caso das provas não renováveis.

Vale consignar o Texto Maior, em que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa estão expressamente previstos no artigo 5º, inciso LV, que prevê: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Desse modo, a Carta Política concede o contraditório aos litigantes em processo e acusados em geral, não se referindo à fase inquisitiva. Ter-se-ia, portanto, na fase inquisitiva, o contraditório diferido, de modo que ele será exercido em momento posterior.

Também decorrente do devido processo legal, o princípio da ampla defesa, encravado no mesmo

dispositivo constitucional mencionado, determina que ninguém será privado de seus bens ou de seu status libertatis sem uma ampla possibilidade de defesa. Rogério Lauria Tucci afirma que este princípio é considerado, universalmente, como um postulado eterno.[22]

Para se ter ampla defesa, segundo Rogério Lauria Tucci, deve-se garantir ao ser humano enredado numa persecutio criminis todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa e marcada pela contraditoriedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o fim do processo de conhecimento ou do de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida no caso.[23]

Concluem Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci que, para se garantir a ampla defesa, seja qual for a natureza do objeto do processo, deve-se observar: (i) o direito de ser informado; (ii) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); (iii) o direito à prova legitimamente obtida e produzida.[24]

Vicente Greco Filho afirma que a ampla defesa é constituída a partir dos seguintes fundamentos: (i) ter conhecimento claro da imputação; (ii) poder apresentar alegações contra a acusação; (iii) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; (iv) ter defesa técnica por advogado, cuja função é essencial à Administração da Justiça; (v) poder recorrer da decisão desfavorável.[25]

Nestes termos, a ampla defesa é elo essencial ao redor do qual se desenvolve o processo penal. Não se trata de simples direito, mas de uma dupla garantia. Primeiramente para o acusado, e conseqüentemente para o justo prosseguimento do processo.

Assim, o direito de defesa é garantia para a própria realização da justiça em condições paritárias, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, dessa forma, a defesa técnica torna-se imprescindível e indeclinável, sem a qual não seria possível se atingir uma solução justa.

Portanto, é dever do Estado proporcionar e garantir a todo e qualquer acusado condições adequadas para o digno e pleno exercício de seu direito de defesa.

Consoante o princípio mencionado, a defesa deve ser completa, abrangendo não apenas a defesa pessoal (autodefesa) e a defesa técnica (efetuada pelo representante legal habilitado), mas também a facilitação do acesso à justiça àqueles que carecem de condições econômicas e sociais para a contratação de um advogado. Neste caso, como já mencionado, em busca de uma defesa ampla e prestigiando o devido processo legal, verifica-se a importância da criação da Defensoria Pública nos Estados e União.

3. Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural está consagrado na Carta Maior, junto aos direitos e garantias fundamentais. O Legislador Constituinte, no extenso rol de cláusulas pétreas constantes do artigo 5º, por mais de uma vez fez questão de ressaltar o mencionado princípio.

Isto se verifica ao dispor no inciso LIII do artigo 5º que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, bem como no inciso XXXVII, que “não haverá júízo ou tribunal de exceção”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, um dos documentos básicos das Nações Unidas, que foi assinada em 1948, trazia em seu artigo X que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”.

Também, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, estabelece em seu artigo 8º, item 1, como garantias judiciais, que “toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Patente, portanto, a relevância e a preocupação, tanto no direito pátrio, quanto no cenário internacional, da necessidade de um juiz ou Tribunal imparcial e independente, previamente estabelecidos por lei.

Esta preocupação se deve pela responsabilidade do Estado, no curso do processo penal, de garantir às partes, no momento do julgamento, que se tenha um juiz ou Tribunal previamente definido por lei e sempre em consonância com as normas constitucionais.

Dessa forma, com a verificação de um juiz ou Tribunal previamente definido por lei, evitar-se-á o

juízo ou Tribunal de exceção, caso este repudiado pela Lei Maior, e seu artigo 5º, inciso XXXVII.

O juízo ou o Tribunal de exceção nada mais é do que uma específica escolha do julgador para a apreciação de um fato determinado. Evidentemente, tal situação não se coaduna com os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, mormente por aviltar a dignidade humana daquele que se encontra como acusado, como rompe, também, com o devido processo legal e a imparcialidade.

De acordo com a Carta Política, é imperioso prévia indicação legal do juiz ou Tribunal competente para processar e julgar a causa, sendo vedada a criação após o acontecimento do fato, tendo em vista o respeito ao princípio do juiz natural.

Antonio Scarance Fernandes, ao tratar do princípio do juiz natural, coloca que a expressão ampla do princípio mencionado revela-se por tríplice garantia: (i) só podem exercer jurisdição órgãos instituídos pela Constituição; (ii) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato; (iii) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.[26]

Este desdobramento de garantias enfatizado por Antonio Scarance Fernandes advém da dúpla garantia manifestada com a proibição de tribunais extraordinários e com o impedimento à subtração da causa ao tribunal competente[27].

Nesse sentido, insere-se a garantia do juiz natural no Estado Democrático de Direito como garantia necessária aos direitos fundamentais das pessoas, cujo objetivo reflete-se em julgamentos imparciais e independentes, reforçando a confiança da sociedade no próprio Poder Judiciário.

Jorge de Figueiredo Dias conclui que o princípio do juiz natural (termo usado na legislação francesa e italiana) ou do juiz legal (legislação alemã-ocidental) procura sancionar, de forma expressa, o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um Tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente.[28]

Portanto, é de suma importância a concreta aplicação do princípio do juiz natural como lúdima busca de justiça, vez que garante ao cidadão o direito de não ser subtraído de um juízo isento e independente, o qual foi pré-constituído por lei para exercer validamente a função jurisdicional.

Verifica-se, pois, que os postulados constitucionais vislumbram repelir que pessoas estranhas ao organismo judiciário exerçam funções que lhe são específicas, exceto quando a própria Constituição Federal assim o determinar, como por exemplo o artigo 52, incisos I e II.[29]

Posto isto, nenhum órgão em um Estado Democrático de Direito, se não tiver o poder de julgar assentado na Constituição Federal, não poderá exercer a jurisdição. Tem-se, portanto, a mais alta expressão dos princípios fundamentais relacionados à administração da justiça.

Nessa toada, incumbe o julgamento da causa ao juiz natural. Além disso, é necessário que perante este também seja instaurado e desenvolvido o processo, não sendo possível o aproveitamento dos atos instrutórios realizados por juiz incompetente.

Ademais, os Tribunais ou juízos de exceção, assim considerados aqueles criados após o fato a ser julgado, a proibição dos mesmos não abrange o impedimento da criação de justiça ou vara especializada, pois, nestes casos, não há criação de órgãos, mas simples atribuição de órgãos já inseridos na estrutura judiciária, fixada na Constituição Federal, para julgamento de matérias específicas, objetivando a melhoria na aplicação da norma substancial. Neste caso, permanece a imparcialidade e independência do juiz ou Tribunal.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, já se manifestou sobre a existência do princípio do promotor natural no julgamento do habeas corpus nº 67.759[30] do Rio de Janeiro, em 1º de julho de 1993, concluindo, por maioria, que este princípio também tem índole constitucional, estampado no artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será processado senão pela autoridade competente, bem como no artigo 127, parágrafo 1º, também da Lei Maior.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, embora já tenha reconhecido a existência do princípio do promotor natural, não se manifestou novamente sobre o tema pelo Pleno do Tribunal com a atual composição.

Rogério Lauria Tucci acolhe posicionamento favorável a existência do princípio do promotor natural, posto que a pessoa física envolvida na persecutio criminis deve ser não só julgada, mas também acusada por órgão independente do Estado, previamente indicado em lei, na qual estão estabelecidas atribuições correspondentes a cargos fixos, em consonância com critérios anteriormente estabelecidos.[31]

Portanto, visando coibir a figura do juiz e do órgão ministerial de exceção, postulados esses que afrontam veementemente o Estado Democrático de Direito, que requer um julgamento e uma acusação imparcial e independente, faz-se mister a verificação do princípio do juiz natural e do promotor natural.

4. Princípio da Proporcionalidade

Não é de hoje que a doutrina tem-se debruçado sobre o princípio da proporcionalidade, muito embora não exista nenhum dispositivo explícito na Carta Política de 1988.

Carolina Alves de Souza Lima lembra que “a noção de proporcionalidade encontra-se presente nos sistemas jurídicos desde a Antiguidade, devido à sua relação com a noção de justiça. Para Aristóteles, a proporcionalidade fazia parte do conceito de justiça. (...) O justo é uma das espécies do gênero proporcional”.^[32]

Mariângela Gama de Magalhães Gomes esclarece que diversos diplomas relacionados aos direitos humanos já traziam a idéia de proporcionalidade.

A própria Magna Charta Libertatum, de 1215, dispunha em seu artigo 20^[33] que “não se poderá multar um homem livre por pequena transgressão, exceto de acordo com o grau da transgressão”.^[34]

Oswaldo Henrique Duek Marques esclarece que a obra de Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, certamente influenciou o artigo 8º^[35] da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que prevê que a legislação deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias. “Esse critério de necessidade das penas passou a constituir um dos alicerces do Direito Penal contemporâneo”.^[36]

Nesse contexto, com o intuito de coibir eventuais excessos por parte do Estado, detentor do jus puniendi, revela-se a importância do princípio da proporcionalidade, visando controlar e proibir excessos.

Ao analisar o Estado Democrático de Direito, Claudio José Langroiva Pereira constata que “o princípio da proporcionalidade surge como instrumento capaz de captar a sensibilidade popular às violações de normas, bem como a valorização social racional do próprio sentido das penas”.^[37]

Relevante salientar, neste ponto, que incumbe ao operador do direito o dever de se basear nos

critérios prescritos no próprio ordenamento jurídico, durante a interpretação de normas jurídicas

Dentre os critérios existentes, destacam-se a hierarquia, a ordem cronológica, a especialização e a ponderação de valores, critérios que são utilizados pautados pela razoabilidade.

Norberto Bobbio, ao afirmar que cada ordenamento jurídico constitui-se em um sistema, explica que os conflitos de normas (antinomias) tendem a ser eliminados pelo intérprete.

Para tanto, o autor sugere três regras fundamentais para a solução de antinomias: (i) critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*; (ii) o critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*; (iii) o terceiro critério, dito *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*.^[38]

Dessa forma, ao analisar as normas constitucionais e infra-constitucionais, o operador do direito deve-se pautar em uma interpretação sistemática, levando em conta todo o ordenamento jurídico.

Ao realizar a interpretação de forma sistemática, verificar-se-á uma coerente aplicação da norma geral abstrata, tornando-a norma individual no caso concreto.

No entanto, há casos em que, mesmo dentro de uma interpretação sistemática, há colisão de normas constitucionais. Urge, nesta via, a necessidade do operador do direito solucionar este conflito.

Paulo Bonavides, ao tratar do princípio da proporcionalidade, esclarece que “a lesão ao princípio assume maior gravidade nos sistemas hermenêuticos oriundos da teoria material da Constituição. Aí prevalece o entendimento incontestável de que um sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais”.^[39]

Por sua vez, Willis Santiago Guerra Filho afirma que para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, no Estado Democrático de Direito, em face de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ocuparem mesma posição na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando completamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu

“núcleo essencial”, onde abriga o valor da dignidade humana.[40]

Portanto, a dignidade da pessoa humana, fundamento básico do Estado Democrático de Direito pátrio, jamais poderá ser aviltada, uma vez que se trata de valor supremo e núcleo essencial a ser respeitado e protegido.

Conclui-se, assim, que sequer através do princípio da proporcionalidade, acima denominado de “princípio dos princípios”, justificar-se-ia um afrontamento à dignidade da pessoa humana, que é valor fundamental a ser observado na colisão entre princípios em um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, indiscutível é a função do princípio da proporcionalidade na busca de uma solução mais equilibrada no conflito entre normas constitucionais, assegurando-se sempre a preservação da dignidade da pessoa humana.

Miguel Reale Júnior, ao tratar do tema, defende que “o princípio da proporcionalidade deflui do conjunto de princípios e direitos fundamentais explícitos na Constituição, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Emanada, portanto, da proibição de penas cruéis, da determinação da individualização da pena que importa, no primeiro momento, em uma individualização legislativa de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado e depois, quando da sentença, na busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente”. [41]

A Constituição da República Portuguesa revela, em dois momentos, a previsão expressa do princípio da proporcionalidade. São eles:

“Artigo 19.º - (suspensão do exercício de direitos) - 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, notadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Artigo 266.º - princípios fundamentais – 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé” [42].

Verifica-se, assim, que o Legislador Constituinte português elencou, entre os princípios fundamentais da Administração Pública, o princípio da proporcionalidade, ao qual devem-se pautar

sempre os órgãos e agentes públicos, na interpretação das normas e no exercício de suas funções.

Paulo Bonavides lembra que foi na Alemanha onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência, adquirindo natureza de princípio constitucional na segunda metade do século XX, com função de salvaguardar direitos fundamentais. [43]

No Brasil, embora não esteja expresso na Carta Política, a doutrina tem se manifestado favoravelmente à existência do princípio da proporcionalidade, ainda que de forma implícita ao Texto Constitucional.

Destaca-se, nesta linha, a existência do princípio da proporcionalidade, cuja função primordial será orientar o operador do direito em casos onde houver colisões entre princípios consagrados na Lei Fundamental, com intuito evidente de salvaguardar o Estado Democrático de Direito.

Prossegue Paulo Bonavides constatando que no Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. É na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, com aptidão de acautelar o cidadão e toda sociedade do arbítrio do poder, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado no Direito Constitucional. A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades.[44]

Consequentemente, ao se atentar contra um princípio fundamental, há uma ofensa severa a todo Estado Democrático de Direito, uma vez que a própria Lei Fundamental e seus princípios orientadores deixam de ser observados com o rigor que os distingue.

Nesta esteira, o princípio constitucional da proporcionalidade adquire indispensável função no ordenamento jurídico como um todo, pois trará, em sua essência, o equilíbrio necessário para a solução de conflitos entre direitos protegidos pela Constituição da República.

Deve, portanto, o Estado seguir rigorosamente o princípio da justa medida, tomando por base a Carta Política e as necessárias medidas para alcançar o objetivo do Estado Democrático, sem ofender a dignidade da pessoa humana.

Noutras palavras, o Estado deve agir sempre que normas forem violadas, assegurando o interesse público e, sobretudo, preservando ao máximo direitos e garantias individuais, tendo como

instrumento indispensável o princípio da proporcionalidade, que deverá balancear eventuais colisões de direitos, sempre em busca de valores maiores, como a Justiça e a paz social.

Luiz Alberto David Araujo e Vida Serrano Nunes Júnior entendem que o princípio da proporcionalidade orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Tem por objetivo a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, sendo que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários significados possíveis da norma. Em suma, deve-se ter uma aplicação razoável da norma, razão pela qual tal princípio pode ser utilizado em sinonímia com o princípio da razoabilidade.[45]

Em sentido semelhante, os Estados Unidos da América do Norte também se preocuparam com a utilização do princípio da proporcionalidade, tomando como diretriz a noção do comportamento razoável de acordo com as circunstâncias, para fins de elaborar e tomar suas decisões.[46]

Na ordem constitucional dos Estados Unidos da América, a idéia de proporcionalidade se encontra assentada na oitava emenda constitucional, ou seja, no artigo 8º. da Emenda de 15 de dezembro de 1791, in verbis: “Não se exigirá fianças excessivas, nem se imporá multas excessivas, ou se infligirá penas cruéis e inusuais”.[47]

No ordenamento jurídico brasileiro, como frisado, mesmo de forma implícita, revela-se a proporcionalidade como um princípio norteador, que decorre do conjunto de princípios e direitos fundamentais explícitos na Lei Fundamental, tendo como base a dignidade da pessoa humana.

Raquel Denise Stumm defende que o princípio da proporcionalidade decorre do princípio expresso do devido processo legal (o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal). Para esta autora a fundamentação do princípio em comento, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional do devido processo legal, importando a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados. O princípio da proporcionalidade tem um papel importantíssimo para a racionalidade do Estado de Direito: a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.[48]

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes pronunciou-se sobre uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal: “Essa decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua sedes materiae na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido)”.[49]

Portanto, como corolário constitucional, o princípio da proporcionalidade tem o condão de proteger os cidadãos e toda a sociedade contra o arbítrio do poder, determinando que o Poder Judiciário, ao analisar casos concretos em que haja conflitos entre princípios constitucionais, busque uma solução pautada no princípio da proporcionalidade.

Para tanto, deve-se fazer o sopesamento entre os direitos em conflito, com a ponderação razoável acerca daquele que deve prevalecer, sem, contudo, afetar o princípio vetor do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Em síntese, sobre este princípio, Paulo Bonavides revela que atropelar um princípio, de grau hierárquico superior, significa atentar contra o fundamento de toda ordem jurídica.[50]

Conclusão

Por todo o exposto, pode-se inferir que o processo penal deve sempre buscar e respeitar os direitos e garantias constitucionais, sendo guiado pelos princípios de nossa Carta Política, em especial pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio confere validade e efetividade aos demais princípios, localizando acima de qualquer norma em nosso ordenamento jurídico.

No Estado Democrático de Direito pressupõe-se o respeito às garantias e princípios constitucionais, sempre aliados à proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o processo só atende a sua finalidade quando se externa em procedimento adequado à lide que nele se contém, de forma a garantir amplamente os interesses das partes em conflito, sempre respeitando os preceitos estampados no Texto Constitucional de 1988.

Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado Cogan é mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, professor assistente do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Penal e Processo Penal da PUC-SP (Cogeae) e advogado em São Paulo.

Referências Bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10ª. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23ª. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Primeiro volume. Coimbra: Coimbra, 1974.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: Marco Antonio Marques da Silva e José de Faria Costa (coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. Acesso em: 02.12.2008. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>.

_____. (org.) Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia – direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Primeiro volume. 2ª. ed. 2ª. tiragem. Campinas: Millennium, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. O processo criminal brasileiro. Primeiro volume. 4ª. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel, parecer ofertado a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 12, In. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira. Obra coletiva coordenada por Marco Antonio Marques da Silva e José de Faria Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à justiça penal e estado democrático de direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. (coordenador). Tratado temático de processo penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 1997.

STUMN, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. Constituição de 1988 e processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

[1] Artigo 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, (...).

[2] Marco Antonio Marques da Silva (coordenador). Tratado temático de processo penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 247.

[3] João Mendes de Almeida Júnior. O processo criminal brasileiro. Primeiro volume. 4ª. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1959, p. 13.

[4] Importante salientar que inúmeros princípios constitucionais circundam a Justiça Penal. Isto não significa que a não abordagem de todos os princípios constitucionais neste trabalho caracterize uma menor importância de alguns princípios. José Frederico Marques, por exemplo, entende que “três são, portanto, os princípios fundamentais que dimanam da vigente Constituição Federal no tocante à Justiça Penal: a) o princípio da tutela jurisdicional; b) o princípio do devido processo legal; c) o princípio do juiz natural”. (José Frederico Marques. Elementos de direito processual penal. Primeiro volume. 2ª. ed. 2ª. tiragem. Campinas: Millennium, 2003, p. 86).

[5] Ibid., p. 77.

[6] José Frederico Marques. Elementos de direito processual penal. Primeiro volume. 2ª. ed. 2ª. tiragem. Campinas: Millennium, 2003, p. 78.

[7] 39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land (grifos nossos).

[8] Marco Antonio Marques da Silva. Acesso à justiça penal e estado democrático de direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.16.

[9] Ada Pellegrini Grinover. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 132.

[10] Antonio Magalhães Gomes Filho. Significados da presunção de inocência. In: Marco Antonio Marques da Silva e José de Faria Costa (coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 323.

[11] Marco Antonio Marques da Silva. Acesso à justiça penal e estado democrático de direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 17.

[12] Antonio Scarance Fernandes. Processo penal constitucional. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

[13] Vicente Greco Filho. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

[14] Guilherme de Souza Nucci. Manual de processo e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

[15] Ibid., p. 85.

[16] José Frederico Marques. Elementos de direito processual penal. Primeiro volume. 2ª. ed. 2ª. tiragem. Campinas: Millennium, 2003, p. 82.

[17] Jorge de Figueiredo Dias. Direito processual penal. Primeiro volume. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 149.

[18] Artigo 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

[19] Marco Antonio Marques da Silva. Juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47-48.

[20]Id. Ibid. mesma página.

[21] Vicente Greco Filho. Manual de processo penal. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 65.

[22] Rogério Lauria Tucci. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p. 203.

[23] Op. Cit., p. 205.

[24] Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. Constituição de 1988 e processo. São

Paulo: Saraiva, 1989, p. 61.

[25] Vicente Greco Filho. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 62.

[26] Antonio Scarance Fernandes. Processo penal constitucional. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

[27] Ibid.. mesma página.

[28] Jorge de Figueiredo Dias. Direito processual penal. Primeiro volume. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 322.

[29] Artigo 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

[30] "HABEAS CORPUS" - MINISTÉRIO PÚBLICO - SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR - INOCORRENCIA - CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES." (grifos nossos).

[31] Rogério Lauria Tucci. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p. 154.

[32] Carolina Alves de Souza Lima. Aborto e anencefalia – direitos fundamentais em colisão.

Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 150.

[33] 20. A freeman shall not be amerced for a slight offense, except in accordance with the degree of the offense (...).

[34] Mariângela Gama de Magalhães Gomes. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 60.

[35] Artigo 8º - A Lei deve estabelecer somente penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma Lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime, legalmente aplicada.

[36] Oswaldo Henrique Duek Marques. Fundamentos da pena. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 83.

[37] Claudio José Langroiva Pereira. Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 163.

[38] Norberto Bobbio. Teoria do ordenamento jurídico. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10ª. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 92/96.

[39] Paulo Bonavides. Curso de direito constitucional. 23ª. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 402.

[40] Willis Santiago Guerra Filho. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 269.

[41] Miguel Reale Júnior, parecer ofertado a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 12, apud Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – visão luso-brasileira. Obra coletiva coordenada por Marco Antonio Marques da Silva e José de Faria Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 598.

[42] Constituição da República Portuguesa. Acesso em 18 de novembro de 2008. Disponível em http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/

[43] Paulo Bonavides. Curso de direito constitucional. 23ª. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 407.

[44] Ibid., p. 434-435.

[45] Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior. Curso de direito constitucional. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.89-90.

[46] Willis Santiago Guerra Filho. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. Acesso em: 02 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>.

[47] Willis Santiago Guerra Filho. (org.) Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 e ss.

[48] Raquel Denize Stumm. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 173.

[49] Gilmar Ferreira Mendes. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 94

[50] Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 23^a. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 435.