

Liberdades Constitucionais e Processo Penal

João Bosco Sá Valente

(Procurador de Justiça da 8.^a Procuradoria Criminal, Especialista em Direito Público. Prof. de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia do CIESA e da Escola da Magistratura)

1) A Constituição Federal, no capítulo pertinente aos direitos e garantias individuais, dedica várias normas às garantias constitucionais do processo penal, como forma de proteção ao direito da liberdade. Trata-se, aliás, de uma preocupação universal a de proteger os direitos do homem eventualmente acusado da prática de um fato penalmente relevante.

Essa preocupação de tutelar a liberdade pessoal surge com o processo penal de feição democrática. Por isso mesmo, Gian Domenico Pisapia afirma “que o grau de civilidade de um povo se mede, sobretudo, pelo modo que são salvaguardados os direitos e a liberdade do acusado no processo penal” (*Compêndio di Procedura Penale*, Padova, 1975, p. 23).

O processo penal moderno é entendido como um fenômeno jurídico tendente a garantir a liberdade individual. Numa perspectiva liberal e democrática, fala-se que o interesse prevalente é o *indivíduo*, mesmo quando este for acusado da suposta prática de um ilícito penal. Discorrendo sobre os “fins do processo penal”, Giuseppe Bettiol sustenta que “o processo penal tende, portanto, a proteger a liberdade do cidadão honesto de toda a arbitrária intervenção; do Estado-juiz e a limitar a posição jurídica do delinqüente dentro dos estritos limites expressamente traçados pelo legislador” (*Istituzione di Diritto e Procedura Penale*, Padova, 1973, p. 177).

2) A primeira condição para que se protejam os direitos do homem no processo penal é a *independência do Poder Judiciário*²⁸. Trata-se de garantia inerente ao Estado de Direito. Qualquer restrição às liberdades

28 A Constituição do Império proclamava no seu artigo 179, inciso 12: “Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las, ou fazer reviver os processos findos”.

FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, v. 1.º, p. 304 a seqs., destaca com razão que a independência do Poder Judiciário comporta um significado plural: (a) independência perante os restantes poderes do Estado; (b) independência perante quaisquer grupos da vida pública; (c) independência perante a organização hierárquica da burocracia judicial; (d) independência perante outros tribunais. Em verdade, o juiz só tem o dever de obediência à lei.

asseguradas constitucionalmente deve emanar de ato motivado do Poder Judiciário. Essa independência é condição indispensável ao exercício da jurisdição penal.

Um outro relevante aspecto a ser ressaltado é o *princípio do juiz natural*, hoje consagrado em várias constituições de países democráticos. Assim, a Constituição Italiana, que no seu artigo 25 estabelece: “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale pré-constituído per legge”.

A doutrina mais autorizada entende que esse relevante princípio tem um significado tríplice: a) no plano da fonte, só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) no plano temporal, juiz competente é o da época em que o fato foi praticado; c) o plano de competência, deve se afastar qualquer poder dispositivo das partes na determinação da competência (material, territorial ou funcional). O estudo do juiz natural, sob este prisma, se deve ao insuperável Figueiredo Dias (ob. cit., p. 322/2)²⁹, mas essa lição é válida para o Direito Brasileiro, especialmente porque a Constituição Federal determina que: *Não haverá Juízo ou tribunal de exceção* (art. 5.º, XXXVII).

A doutrina do processo penal brasileiro tem estudado o chamado princípio do *juiz legal* sob aspecto mais restrito, entendendo-o como juiz previsto constitucionalmente. Diz, a propósito, José Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, v. I, 1961, p. 202/3), que tal princípio “impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para o processo e julgamento de causas penais ou civis”, sustentando ainda que não fere o princípio do juiz natural as “modificações de competência” contidas em leis regularmente promulgadas.

29 Entendido o princípio do *juiz natural* sob o enfoque que lhe é dado pelo exímio professor português, conclui-se facilmente que a modificação de competência dos crimes contra a segurança nacional, operada pelo Ato Institucional n.º 2, não deveria ter atingido os fatos anteriores à sua edição. Em verdade, *no plano temporal*, juiz natural era a justiça comum. A doutrina aceita porém a aplicação das normas sobre competência, com aplicação imediata, desde que a lei nova transfira da justiça especializada o julgamento do fato, entregando-o à justiça comum. O artigo 73 do Código de Processo Penal contém norma que não se concilia com o princípio do *juiz natural*, visto este no plano da competência. Essa norma processual dispõe que, nos casos de ação penal privada, o querelante poderá preferir o foro do domicílio ou da residência do réu, ainda quando conhecido o lugar da infração. Trata-se de hipótese em que a competência de foro “pode ser derogada pela vontade do querelante” (HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Forense, 1956, V. I, t. II, p. 171). No processo penal a matéria de competência é ditada no interesse público e o “tribunal do caso concreto” deve vincular-se a princípios rigorosos, excluindo-se qualquer alternativa das partes na determinação do foro competente. Se assim é na ação penal pública, o mesmo princípio deve prevalecer na ação penal privada.

Entendemos que a lei ordinária deve respeitar sempre a *competência material* demarcada constitucionalmente e também a chamada *competência funcional originária* prevista na Constituição Federal. A Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 27) estabelecia claramente a garantia do devido processo legal e o direito ao julgamento por autoridade competente na época em que o fato fora praticado: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior”.

A compreensão do princípio do juiz natural sob uma visão mais ampla é um dado fundamental para a proteção dos direitos do homem no processo penal.

Um outro princípio fundante da jurisdição penal é o da *imparcialidade do juiz*. O processo penal de feição acusatória, entendido como um processo de partes, exige a presença de um órgão imparcial para o julgamento da causa penal. Aliás, o Código de Processo Penal (artigos 252 a 254) contém normas precisas no sentido de afastar do processo a autoridade jurisdicional que, diante de especial relação com o caso concreto, esteja *impedida* ou *suspeita*.³⁰

Em síntese, como a sanção penal só pode ser aplicada mediante ato do Poder Judiciário, condição irrenunciável de proteção ao direito de liberdade é a garantia do indivíduo ser julgado por um juiz independente e imparcial, competente na época em que o fato delituoso foi praticado.

3) Uma outra garantia constitucional do processo penal, com profundos reflexos na proteção do direito de liberdade, diz respeito ao *princípio da ampla defesa*. Esse princípio constitucional contém duplo significado: a autodefesa e a defesa técnica. A autodefesa assegura ao acusado o *direito de ser ouvido e de comparecer* aos atos do processo (Cf. Figueiredo Dias, *La Protection des Droits de L'homme dans la procédure pénale*. In: *Revue Internationale de Droit Penal*, 1978, n.º 3, p. 269 e seguintes). A autodefesa, como primeiro segmento da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5.º, LV, CF), é, no direito brasileiro, um di-

30 Se a competência (material, territorial e funcional) determina a capacidade específica objetiva, a imparcialidade dá ao juiz a chamada capacidade específica subjetiva. A capacidade específica do juiz (objetiva e subjetiva) é um pressuposto de validade do processo.

reito subjetivo disponível do acusado.³¹ O réu se autodefende se quiser. Atualmente, entendemos que, nem mesmo no julgamento, daí o processo penal brasileiro considerar o julgamento pelo tribunal do júri, o comparecimento do acusado (para os crimes inafiançáveis) é obrigatório. O processo penal brasileiro considera a autodefesa um ônus imposto ao acusado, cujo descumprimento lhe acarreta a revelia.

A defesa técnica, porém, é uma exigência indeclinável, devendo realizar-se em todas as partes do procedimento, em todos os atos da instrução criminal.³² A presença de um defensor técnico, constituído ou nomeado pelo juiz, é um pressuposto de validade ao normal desenvolvimento do processo. Aqui não se leva em consideração o eventual interesse do acusado.

As normas que protegem a defesa técnica são ditadas no interesse público, isto é, de cumprimento obrigatório (artigo 261 do Código de Processo Penal), devendo realizar-se até mesmo contra a vontade do acusado. As normas que regulam o direito do acusado ser ouvido e estar presente a todos os atos do processo são ditadas no seu exclusivo interesse, cujo descumprimento pode lhe acarretar os desdobramentos previstos no artigo 366 do Código de Processo Penal.³³

31 Nesse sentido é a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., v. II, p. 64: "Todavia, se a defesa técnica é exigência legal insuprimível e constante, a autodefesa, no processo penal brasileiro, já não se apresenta com esse caráter. A autodefesa é a defesa particular do acusado, através da participação em vários atos processuais e da presença àqueles que se realizam *coram populo* para a instrução e debates da causa. Ora, na sistemática legal vigente, a regra é a de que essa participação do réu constitui um ônus processual".

32 Como adverte JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit. v. II, p. 63, pode o processo desenvolver-se validamente sem a presença do acusado: "impossível será, no entanto, a sua movimentação sem que funcione e atue, em todos os atos sistemáticos e fases de seu desenvolvimento e transcurso, um defensor técnico do acusado". No direito italiano, entende-se que a defesa técnica tem um caráter de essencialidade, estando intimamente ligada ao próprio exercício da jurisdição penal (Cf. GIAN DOMENICO PISAPIA, ob. cit., p. 34). Aliás, a Constituição Italiana (artigo 24) estabelece de forma contundente que "la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" (Cf. GIOVANNI CONSO, *I Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 1969, p. 116 e segs.; GIROLAMO BELLAVISTA, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 1973, p. 199).

33 O direito de ser ouvido, como um dos momentos da autodefesa, compreende ainda o direito ao silêncio e esse comportamento do acusado não pode ser interpretado em "prejuízo da própria defesa" (*Código de Processo Penal*, artigo 186). ADA PELLEGRINI GRINOVER (*O Processo em sua Unidade*, Saraiva, 1978, p. 95 e segs.), discorrendo sobre o interrogatório do réu e direito ao silêncio, diz com razão que "o único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório".

Tem razão José Frederico Marques (ob. cit., v. I, p. 78): “A privação da liberdade, em consequência do ilícito penal, somente será legítima quando precedida de acusação julgada em procedimento onde a defesa plena não seja comprometida. Se isto não ocorrer, o *status libertatis* estará sendo atingido sem o ‘devido processo legal’, o que torna irrita e contra *ius* a ação punitiva do Estado”.

4) Um outro importante princípio constitucional é o do *contraditório*, entendido este como a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los” (Cf. Canuto Mendes de Almeida, “A Contraditoriedade na Instrução Criminal”, 1937, p. 110). Esse princípio revela que nenhum ato processual pode ser validamente praticado sem a prévia e regular intimação das partes, exigindo-se ainda que a lei ordinária trate de forma rigorosamente igual, na fase da instrução criminal, acusador e acusado. A isonomia processual entre as partes é, assim, inerente ao devido processo legal.³⁴

5) Feitas essas considerações preliminares, iremos enfocar as chamadas *liberdades constitucionais*, com destaque para a liberdade física; a liberdade de correspondência e de comunicação³⁵ e a liberdade de domicílio. Essas liberdades constitucionais, com freqüência, são afetadas quando da instauração de processos criminais. Há outras liberdades constitucionais, como a liberdade de pensamento, de convicção política ou filosófica, que não serão objeto do estudo, porque não pretendemos dar a este ensaio cunho monográfico.

6) A liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável por qualquer Constituição (Cf. Bettiol, ob. cit., p. 184). Qualquer restrição ou sacrifício da liberdade pessoal “va considerato un fatto eccezionale anche nel processo

34 O contraditório é, aliás, “inerente a toda a resolução processual de litígios” (Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., v. I, p. 82).

35 O professor paraense RENÉ ARIEL DOTTI é relator do tema: *Liberdade e Direito à intimidade*. A garantia constitucional do *Habeas Corpus* é objeto de tese a ser apresentada pelo ministro EVANDRO LINS E SILVA. Por isso mesmo, esse remédio constitucional destinado a proteger a liberdade física só incidentalmente será tratado neste trabalho.

Normalmente a doutrina do processo penal se ocupa com o exame da liberdade individual, da liberdade de domicílio, de sigilo da correspondência e das outras formas de comunicação e às restrições que podem ser impostas a essas liberdades no processo criminal (Cf. GIUSEPPE BETTIOL, *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, Padova, 1973, p. 186).

penale” (Mário Valiante, *II Nuovo Processo Penale – Principi Fondamentali*, Giuffrè, 1975, p. 292).

A Constituição Federal traça normas incisivas no sentido de preservar a chamada liberdade física. Inicialmente, estabelece que, fora da prisão em flagrante, ninguém será preso senão “por ordem escrita de autoridade competente”.

Os incisos LXII e LXV, do art. 5.º da CF, consagram ainda o princípio do controle jurisdicional da prisão:

6.1) É tradição do direito processual penal brasileiro o controle jurisdicional da prisão. A única exceção é a prisão em flagrante, mas, nesse caso, a detenção deverá ser imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal. Trata-se do único caso de prisão sem mandado escrito da autoridade competente. Fora disso, a prisão de natureza processual deve emanar de despacho fundamentado da autoridade jurisdicional.

A primeira hipótese de restrição ao direito de liberdade ocorre nos casos de prisão preventiva, cujos pressupostos de admissibilidade são rigorosamente estabelecidos na lei processual penal (artigos 311 a 316). Trata-se de medida de caráter excepcional e que só deve ser baixada em caso de absoluta necessidade, por exigências processuais.

A moderna doutrina do processo penal italiano, secundada pela Corte Constitucional, entende que o instituto exerce uma “função simplesmente instrumental” (Cf. Mário Valiante, ob. cit., p. 295), conexas aos fins do processo, que é a busca da verdade material, procurando-se, com isto, retirar-se na decretação da medida *motivi cautelari o esemplari o afflittivi*. A nossa doutrina, porém, vê na prisão preventiva típica medida cautelar com os mesmos fundamentos das medidas cautelares do processo civil (Cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., v. IV, p. 15). Para o consagrado mestre paulista, um dos pressupostos da “providência cautelar consiste na probabilidade de resultado favorável do processo principal, para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar”.

Esse entendimento de que a decretação da prisão preventiva revela uma probabilidade de condenação não deve ser permitido no processo penal, uma vez que contraria o princípio universal da *presunção de*

inocência, conquista admirável do Estado de Direito. A Constituição Federal, em seu art. 5.º, LVII, consagra-o e o CPP, no art. 326, inciso VI, ao estabelecer o princípio do *in dubio pro reo*, não deixou de, também, consagrá-lo.³⁶

Com efeito, autorizada doutrina confunde a presunção de inocência com o próprio princípio do *in dubio pro reo*. Em tal sentido, é a lição de Figueira Dias: “enquanto se tome como equivalente do princípio *in dubio pro reo*, a presunção de inocência pertence sem dúvida aos princípios fundamentais do processo penal em qualquer Estado de Direito” (ob. cit., p. 214).

Na doutrina do processo penal italiano, o princípio tem íntima ligação com outro relevante aspecto: no curso do processo não é legítima qualquer “presunção de culpa do acusado” (Cf. Bettiol, op. cit., p. 189). Nessa linha de consideração, da presunção de inocência derivam duas conseqüências práticas no processo penal: “a primeira, quanto ao tratamento reservado ao acusado (no curso do processo), a segunda quanto a valorização dos elementos de prova” (Cf. MÁRIO VALIANTE, ob. cit., p. 183).

A adoção do princípio da presunção de inocência do acusado exige, por isso, o máximo respeito ao direito de liberdade, limitando-se a prisão preventiva aos casos de absoluta necessidade.

O direito positivo brasileiro mantém ainda uma injustificável incompatibilidade entre a prisão preventiva e a liberdade vinculada. Nesse aspecto, o assunto era tratado superiormente no Projeto de Código de Processo Penal. Se o réu preso em flagrante tem o direito de se livrar solto, pode recorrer em liberdade, ficando sob liberdade vinculada, não se concebe que, ao acusado preso preventivamente, não se estenda garantia constitucional da fiança (art. 5.º, LXVI, CF).

36 O princípio da *presunção de inocência do acusado* é hoje uma garantia constitucional do processo penal em vários países, mas não tem sido aceito por nossos principais processualistas. Assim JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Estudos de Direito Processual Penal*, Forense 1960, p. 101): “Não poderia obstar a prática de atos coercitivos a famosa e antiga presunção de inocência dos indiciados até que exista declaração judicial da sua culpabilidade. Esse princípio, hoje não mais admitido na justiça penal, não pode tolher as atividades investigatórias dos órgãos policiais”.

Idêntica é a orientação de HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de Processo Penal*, Saraiva, 1978, v. 3.º, p. 186 e segs.): “... a presunção de inocência deve valer muito para os acusados de bons antecedentes e pouco para os outros”.

Essa incompatibilidade entre a prisão preventiva e o instituto da liberdade provisória, mediante prestação de fiança, se tornava mais evidente na medida em que a jurisprudência prevalente no Supremo Tribunal Federal até pouco tempo está orientada no sentido de não permitir ao réu preso provisoriamente, mesmo primário e de bons antecedentes, o benefício da Lei n.º 5.941/73 (Cf. Damásio E. de Jesus, *Decisões Anotadas do STF em Matéria Criminal*, Saraiva, 1978, p. 260 a segs.).

Essa orientação da lei processual contrariava uma tendência generalizada no processo penal, no sentido de que as medidas coercitivas devem ser graduais, aplicando-se as mais graves só em casos de absoluta necessidade. Fora isso, a lei impõe uma série de ônus ao acusado que é beneficiado pela liberdade vinculada, inclusive compelindo-o a comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício legal (Código de Processo Penal, artigos 310 e parágrafo único, 327, 328, e outros).

6.2) A prisão em flagrante, até recentemente, era no direito brasileiro típica prisão de caráter obrigatório, não se admitindo sua revogação fora das hipóteses do artigo 310 do Código de Processo Penal, ou de nulidade do ato processual, desde que o crime fosse punido com pena de reclusão.

Sob este aspecto, a Lei n.º 6.416/77 representou um poderoso avanço na proteção da liberdade individual, permitindo ao juiz a concessão do benefício da liberdade provisória, impondo-se ao réu o ônus de comparecer a todos os atos do processo (parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal), mesmo nos crimes punidos com pena de reclusão, desde que primário e de bons antecedentes.

6.3) O artigo 594 do Código de Processo Penal, ao permitir ao réu primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, o direito de apelar em liberdade, representa indiscutível respeito ao direito de liberdade assegurado constitucionalmente. Apesar de sua origem (Lei n.º 5.941/73, a chamada Lei Fleury), essa norma processual revela que a lei ordinária procura preservar ao máximo a liberdade física da pessoa ainda não julgada definitivamente.

A simples comunicação da prisão (que geralmente era feita mediante ofício, onde se comunicava a prisão com base no artigo 53) não possibilitava ao Poder Judiciário Militar o exame da legalidade do ato da Polícia Judiciária.

Como é comum, as medidas de restrição ao direito de liberdade são baixadas mediante *ato processual de forma vinculada*, isto é, todos os seus requisitos são enumerados de forma exaustiva e de cumprimento obrigatório. O descumprimento do aspecto formal do ato processual induz a existência de vícios da medida (é o que ocorre no caso de auto de flagrante, lavrado sem as formalidades legais). Na prisão para averiguações, de que trata o procedimento dos crimes contra a segurança nacional, não se exigia qualquer requisito (fundada suspeita, indícios de autoria) para a legalidade formal do ato de natureza excepcional. Não se estabelece a lei, o que é comum nos casos de prisão antecipada, a qualquer pressuposto da necessidade da medida.

A prisão para averiguações, tal como consagrada na lei de segurança nacional, transformava-se em *ato de arbítrio* do encarregado do inquérito policial. A lei não outorgava qualquer proteção ao direito de liberdade do indiciado, assim mantido sob custódia pelo prazo prolongado de trinta dias.

Nem se pense que o controle jurisdicional imediato dessa forma draconiana de prisão, nos moldes enunciados pelo artigo 153, § 12, da Constituição Federal de 69, podia ser realizado pela Justiça Militar. A lei ordinária impedia esse controle, pois ao juiz militar era impossível o relaxamento da prisão, uma vez que ela é baixada sem qualquer motivação, mediante ato despido de qualquer conteúdo.

Por isso mesmo, era indiscutível a inconstitucionalidade do artigo 53 da Lei n.º 6.620/78.

Esse tipo de restrição intolerável ao direito de liberdade tornava-se extremamente grave, quando se sabe que o § 2.º do artigo 52 permitia a prorrogação da prisão para averiguações por mais trinta dias “mediante solicitação do encarregado do inquérito à autoridade judiciária competente”.

Não se tratava, portanto, de pedido de prisão preventiva do indiciado, mas de mera prorrogação da prisão, sem que a lei ordinária fixasse

A sugestão, no que tange a reforma do Código Processo Penal em andamento, é de que a autoridade policial possa decretar a medida restritiva da liberdade, em certos crimes patrimoniais, contra os costumes e no tráfico de entorpecentes. Curiosamente, exclui-se da prisão de polícia o homicídio simples e qualificado. Essa prisão cautelar será baixada quando houver indícios suficientes de autoria “e o interesse público exigir a detenção”.

Efetuada a detenção cautelar, será imediatamente comunicada ao juiz competente. A autoridade jurisdicional “decidirá, de plano, sobre a legalidade da detenção cautelar, podendo revogá-la, mantê-la por até cinco dias, prorrogáveis por igual prazo e determinar a apresentação do acautelado, a qualquer tempo e dentro do prazo fixado. Caso verifique o juiz teria ocorrido abuso de poder, abrirá vista dos autos ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

Sustenta-se, ainda, que tal tipo de prisão, sob forma até mais rigorosa, é permitida em países de formação liberal, como os Estados Unidos, França, Suíça e recebeu dignidade constitucional na Espanha e em Portugal.³⁷

É da tradição de nosso processo comum que, fora da prisão em flagrante, qualquer restrição ao direito de liberdade deva ser submetida ao prévio controle jurisdicional. A prisão de natureza processual, seja provisória ou definitiva, é sempre baixada por ato motivado da autoridade jurisdicional competente.

A prova indiciária, nos dias atuais, se revela importantíssimo elemento de prova, especialmente com as denominadas provas científicas (Cf. José Frederico Marques, ob. cit., v. II, p. 379), isto é, as provas periciais “de caráter técnico que a ciência põe ao alcance da Justiça Penal”. O indício (antecedente, concomitante ou subsequente) é sempre um *fato*

37 O argumento de que a prisão de polícia é permitida em países democráticos não impressiona quando se sabe que a Polícia Judiciária no Brasil é órgão intimamente ligado ao Poder Executivo. Nos países referidos, geralmente a autoridade policial é subordinada ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público. Em tais países, a força da opinião pública obriga a uma imediata e rigorosa punição nos casos de abusos de poder contra a liberdade individual.

Daí por que o Projeto de Código de Processo Penal que chegou a ser aprovado na Câmara Federal, elaborado por juristas do tomo de JOSÉ FREDERICO MARQUES, HÉLIO TORNAGHI E BENJAMIN DE MORAES FILHO, mesmo introduzindo a prisão provisória – como substitutivo legal da prisão para averiguações – submetia a medida ao prévio controle jurisdicional.

provado. Geralmente, onde há indícios suficientes da autoria, também existirá a *prova material do crime*.

Logo, os casos de detenção cautelar poderão ser revolidos pela decretação da prisão preventiva. Aliás, nem sempre é possível a qualificação jurídica do ato sem a presença do chamado *corpo de delito*, sem que se colham os elementos sensíveis da atividade criminosa.

Tudo recomenda que se perfilhe a solução tradicional do direito processual penal comum, entregando ao *prévio controle jurisdicional* qualquer restrição ao direito de liberdade. Saliente-se que o artigo 319 do Código de Processo Penal, ao regular prisão baixada por autoridade não judicial, se ocupava com problema de Direito Administrativo. A simples posição topográfica da norma não indica que se trata de prisão processual, pertinente ao exercício da jurisdição penal.

Aliás, essa foi a orientação do Projeto de Código de Processo Penal, de autoria do prof. José Frederico Marques, o qual introduzia a prisão provisória como substitutivo da prisão para averiguações, mas mediante prévio controle do juiz penal (artigos 492 a 494).³⁸

6.5) A Lei n.º 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional), em seu artigo 53, consagrava uma espécie de prisão para averiguações, sem qualquer controle jurisdicional de sua legalidade. Tratava-se de norma que feria a garantia constitucional do controle da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário. A malsinada norma continha a seguinte redação: “Durante as investigações, a autoridade responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia por até trinta dias, fazendo comunicação reservada à autoridade judiciária competente”.

38 O Projeto de lei n.º 633/75 estabelecia no seu artigo 492: “a prisão temporária será pedida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público a fim de assegurar a captura do indiciado, ou compeli-lo ao cumprimento de ônus e obrigações a que está sujeito no inquérito policial”.

A legislação então proposta permitia a prisão temporária nos crimes inafiançáveis ou nos afiançáveis com pena cominada abstratamente no seu máximo igual ou superior a cinco anos. Ainda se admitia a prisão quando o indiciado estivesse perturbando o andamento da investigação criminal ou se furtasse a comparecer perante a autoridade policial.

HÉLIO TORNAGHI, ob. cit., v. 1.º, p. 27, discorrendo sobre o futuro do Direito Processual Penal Brasileiro, critica o atual sistema em não permitir a prisão para averiguações: “Há casos em que a Polícia precisa deter suspeitos, ainda que submetida a sistema qualquer de contraste posterior. Negar-lhe esse poder é obrigá-la a cruzar os braços ou a agir fora da lei”.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, In: *Estudos*, citado, p. 99 e segs. sustenta que a lei processual em vigor outorga amplos poderes discricionários à autoridade policial no sentido de *conduzir coercitivamente* o indiciado.

Pelas mesmas razões, permite-se, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida, ao acusado já pronunciado que aguarde em liberdade o julgamento pelo tribunal do júri. É a seguinte a redação do artigo 408, § 2.º, ao tratar da sentença de pronúncia: “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”.

Antes da reforma de 1973, a decisão de pronúncia (nos crimes punidos com pena de reclusão) tornava obrigatória a prisão do réu.

Essas leis modificativas, algumas editadas sob o regime dos Atos Institucionais, demonstram que, do código autoritário de 1941 (prisão preventiva obrigatória; prisão obrigatória em caso de pronúncia; impossibilidade de revogação da prisão em flagrante como regra geral; proibição do réu condenado de apelar em liberdade; inafiançabilidade dos crimes punidos com pena de reclusão), percorreu-se um lento e penoso caminho no sentido de tutelar a liberdade individual da pessoa acusada da prática de uma infração penal.

Admitindo o processo legal brasileiro, especialmente para o réu primário e de bons antecedentes, o direito de acompanhar em liberdade o julgamento da acusação, inclusive depois de condenado em primeira instância, passou a consagrar em toda a sua plenitude a presunção de inocência, princípio admirável do processo penal democrático. Como regra geral, a instauração do processo não representa prejuízo irreparável para o direito penal de liberdade. A prisão provisória, sendo facultativa, tem caráter excepcional e só se justifica em casos de absoluta necessidade.

No estágio atual de nosso processo penal comum, a *liberdade da pessoa humana é o ponto de referência de todo o processo*. Nota-se claramente que o processo penal é visto, num estágio de involução histórica, como instrumento de *segurança coletiva*. Esta concepção dos fins do processo demonstra uma grave distonia com a moderna doutrina processual, que vê no homem o centro do fenômeno processual.

O processo visto como instrumento da segurança coletiva pode imprimir maior eficiência na repressão penal, mas certamente irá comprometer a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto e inviolável.

um único pressuposto de sua admissibilidade. A prisão inicialmente decretada era fruto de mero arbítrio, e sua prorrogação podia ser deferida também sem qualquer fundamentação.

A lei de segurança nacional tinha, por conseguinte, uma linha nitidamente autoritária, absolutamente incompatível com um processo penal de feição democrática. A prisão para averiguações, aliás, podia ser determinada em qualquer tipo de infração penal, fosse qual fosse a pena cominada abstratamente.

Num Estado de Direito que preserve a liberdade individual em sua plenitude, esse tipo de prisão não é admissível, inclusive por sua indiscutível inconstitucionalidade. É que a lei veda o controle jurisdicional da legalidade da prisão.

6.6) O direito processual penal comum permitia que se decretasse, na fase do inquérito policial, a incomunicabilidade do indiciado (artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Penal). A medida deveria ser baixada *por despacho fundamentado do juiz*. Dizia a norma processual que a incomunicabilidade não se estendia ao defensor do preso. Havia, assim, perfeita compatibilidade entre a norma de processo e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 4.215/63) que, em seu artigo 89, inciso III, estabelecia ser direito do advogado comunicar-se, pessoal e reservadamente, com os seus clientes, ainda quando estes se achem presos ou detidos em estabelecimento civil ou militar, mesmo incomunicáveis.

Helena Cláudio Fragoso (*Jurisprudência Criminal*, 3.^a ed. v. 2., p. 605/6), discorrendo sobre a matéria, diz que “não há incomunicabilidade para o advogado, que é órgão da administração da justiça, que pleiteia pelo acusado, mas também no exercício do interesse público”, referindo inclusive excelente voto do ministro Xavier de Albuquerque sobre esse problema. Vale referir: “No estado atual do Direito Brasileiro, a ampla defesa do acusado no processo penal constitui garantia constitucional e deve exercitar-se, salvo hipóteses excepcionais, por intermédio do advogado. Por isso mesmo, goza este de prerrogativas especiais que a lei estima serem indispensáveis ao seu livre desempenho profissional”.

Ao depois, ainda pelo voto do ministro Xavier de Albuquerque, se destaca que o direito do advogado em comunicar-se, pessoal e reservada-

mente, com o cliente preso (mesmo incomunicável) “não sofre exceção na lei processual penal militar aplicável aos casos de crimes contra a segurança nacional” (RTJ 69/388).

Se o direito à assistência de um defensor, mesmo estando preso e incomunicável o indiciado, é elemento inseparável da garantia constitucional da ampla defesa, isto é, um direito subjetivo do indiciado, tem ele o direito de se comunicar com seu advogado.

Esse direito de comunicação com o seu defensor tornava-se ilusório nos casos de prisão para averiguações do indiciado, com base na lei de segurança nacional, em face do que dispunha o § 1.º do artigo 53 da Lei n.º 6.620/78, cuja redação é a seguinte: *O responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado incomunicável por até oito dias, observado o disposto neste artigo, se necessário à investigação.*

Como o texto legal não ressaltava que a incomunicabilidade não se estendia ao advogado do indiciado, invariavelmente, o prazo de oito dias se esgotava sem qualquer comunicação entre o defensor e o seu cliente.³⁹

O remédio jurídico para obstar a ilegalidade era o *habeas corpus*, mas, como na Justiça Militar o remédio constitucional só podia ser impetrado perante o Superior Tribunal Militar, ao ser julgado o pedido, este se tornava irremediavelmente prejudicado pela consumação do constrangimento legal.

Em síntese, num confronto entre as liberdades constitucionais e o processo penal dos crimes políticos, constata-se que a legislação pertinente não respeita a liberdade física do cidadão. De nada valia a garantia constitucional, se a liberdade individual podia ser cerceada mediante ato de puro arbítrio e despido de qualquer motivação. Nem mesmo era possível o uso do remédio constitucional do *habeas corpus* na prisão para averiguações da lei de segurança nacional, uma vez que a lei ordinária não permitia o controle da legalidade do ato pelo Poder Judiciário. Sob vários ângulos, a legislação especial contrariava as garantias constitucionais do processo penal.

39 HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lei de Segurança Nacional – uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre, 1980, p. 49) destaca que é no prazo da incomunicabilidade que ocorre a tortura.

7) A Constituição Federal de 69 assegurava a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 153, § 9.º).

A liberdade e o sigilo de correspondência e das outras formas de comunicação sofriam limitações no interesse da repressão à criminalidade, em quase todos os Estados Democráticos. A moderna Constituição Espanhola (artigo 18.3) estabelece que essas relevantes garantias constitucionais são invioláveis, salvo decisão judicial. A Constituição Italiana expressamente assegura o prévio controle jurisdicional no artigo 15: *A liberdade e o sigilo de correspondência e de outras formas de comunicação são invioláveis. Qualquer limitação só é possível mediante ato motivado da autoridade jurisdicional e com as garantias estabelecidas na lei.*

Criava-se, por isso mesmo, um campo extremamente sensível entre as liberdades constitucionais e o processo penal, às vezes servindo este como instrumento perigoso aos direitos do homem assegurados na Constituição Federal.

No direito italiano, segundo o magistério de Giuseppe Bettiol, (ob. cit., p. 186): *Outras limitações ao direito da pessoa humana são constitucionalmente garantias, como a liberdade de domicílio (art. 14), a liberdade e o sigilo de correspondência e de todas as outras formas de comunicação (art. 15). Buscas, apreensões e outras limitações só podem ter lugar mediante ato motivado da autoridade judiciária e nos casos e termos previstos na lei.*

Trata-se, aliás, de uma tendência generalizada entre os sistemas constitucionais a de submeter ao controle do juiz qualquer restrição a essas liberdades inerentes à pessoa humana. Não é, porém, o que acontecia no direito brasileiro, daí a urgência de reforma do CPP.

O processo penal brasileiro permanece fiel às suas origens autoritárias, uma vez que o Código em vigor defere à autoridade policial o poder discricionário de violar o sigilo de correspondência (artigo 240, § 1.º, letra “f”): *Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: f) – apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.*

Como é sabido, o código em vigor editado na vigência da Constituição de 1937, a qual permitia ao legislador ordinário regular os casos de violação do sigilo de correspondência (Cf. Tourinho Filho, ob. cit., v. 3, p. 315).

A partir da Constituição de 1946, a liberdade de correspondência passou a constituir-se um direito constitucional absoluto, isto é, imperativo, mas a violação dessa garantia constitucional tem sido freqüente, especialmente pelos órgãos de informação do Poder Público.

Por isso mesmo, Tourinho Filho (ob. cit., p. 315) sustenta que essa norma processual *conflita com o texto da Constituição*.

A busca e apreensão, como medida cautelar, em nosso direito constituído, podem ser deferida pela autoridade policial ou pelo juiz da causa penal. Quando muito, poder-se-ia admitir – em casos excepcionais – a incidência da norma do artigo 240, § 1.º, letra “f”, do Código de Processo Penal, mediante despacho motivado da autoridade jurisdicional.

Essa interpretação restritiva da garantia constitucional da liberdade de correspondência e das comunicações, submetida a medida cautelar e rigoroso controle jurisdicional, tem apoio na lei especial que permite a interceptação telefônica mediante decisão jurisdicional.

Em todo o caso, ninguém desconhece que o telefone é um poderoso instrumento para a prática de infrações penais, especialmente dos *crimes de extorsão, ameaça, calúnia, injúria e difamação*.⁴⁰

Porém, somente em situações excepcionalíssimas, deve-se admitir a interceptação como meio de prova, uma vez que deve prevalecer no processo penal *a compreensão de que são vedados todos os meios de interrogatório e de obtenção de declarações que importem em perturbação da autonomia da vontade e da decisão da pessoa. Como ilegítima*

40 Diz a propósito RENÉ ARIEL DOTTI (A Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação, 1980, p. 235: “O telefone, hoje em dia, é poderoso instrumento que serve não apenas aos fins pacíficos e sociais, como também se presta ao auxílio na prática de crimes e outros fatos que também agridem a vida privada. Ele pode ser o traço de união material no concurso de agentes; ou instrumento para favorecer o delinqüente após o delito e assegurar o produto deste; pode ser meio para intranqüilizar e irritar as pessoas; pode ser usado em qualquer das fases do ilícito penal, desde a sua cogitação; serve para o recado ou a comunicação direta da ameaça e das ofensas à honra; presta-se, enfim, para a paz e para a guerra”. Se essa é a triste realidade de nossos dias, a única solução racional é permitir a interceptação telefônica, mas sob o controle do juiz penal.

deve ser tida a utilização de gravadores escondidos, mesmo que a gravação não se destine a ser a princípio utilizada como prova mas apenas a forçar a produção de outras declarações... o mesmo se diria das escutas telefônicas sem autorização do atingido (René Ariel Dotti, *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, 1980, p. 240/1).

Esse entendimento realista colocaria a interceptação de correspondência e das comunicações telefônicas sob o controle jurisdicional, retirando-se do Poder Público (Policia Judiciária e, especialmente, dos órgãos de informação do Poder Executivo) a praxe generalizada da violação dessas garantias constitucionais.

A adoção dessas medidas cautelares mediante ato do Poder Judiciário serve como instrumento valioso nas investigações criminais, especialmente quando o delinqüente se utiliza do sigilo constitucional para a realização de crimes ou para a perturbação das pessoas. Tal solução, sustentável no direito brasileiro, deve levar à punição rigorosa os agentes do Poder Público que, sistematicamente, violam essas garantias constitucionais.

Essa é a atual orientação do moderno direito italiano (Lei n.º 98/74) onde se admite a interceptação telefônica com a garantia do controle jurisdicional e em determinados casos (Cf. René Ariel Dotti, *ob. cit.*, p. 241).

8) A inviolabilidade do domicílio sempre foi entre nós um direito assegurado constitucionalmente. Esse princípio tem dignidade constitucional desde a Constituição do Império (artigo 179, inciso 7.º): *Todo o cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueado nos casos, e pela maneira que a lei determinar.*

A atual Constituição Federal (art. 5.º, XI, CF) mantém praticamente a mesma redação.⁴¹ Nota-se, por isso mesmo, que a contrário do que ocorre com a liberdade de correspondência e de comunicação, a norma constitucional expressamente permitiu ao legislador ordinário a edição de normas em que, excepcionalmente, seja possível as buscas domiciliares.

41 "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

O Código de Processo Penal (artigos 240 a 249) regula de forma minuciosa as buscas domiciliares ou pessoais, estabelecendo, de forma exhaustiva os casos de buscas domiciliares (§ 1.º do artigo 240). A busca e apreensão é medida cautelar importantíssima para a formação do chamado corpo de delito, uma vez que, logo após a realização do fato punível, os chamados elementos sensíveis do crime podem rapidamente desaparecer, desde que não haja pronta e eficiente intervenção policial. Os sinais da atividade delituosa (impressões digitais ou a descoberta de objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu – armas e instrumento utilizados na prática do crime) devem ser colhidos imediatamente, daí por que a lei processual penal outorga ao poder discricionário da autoridade a realização da providência acauteladora.

A busca e apreensão pode ser feita sem mandado, quando a diligência for realizada pelo juiz ou pela autoridade policial (Cf. Tourinho Filho, *ob. cit.*, p. 316), mas só é possível quando houver fundadas razões à sua concretização. Esse poder discricionário, porém, não é sinônimo de arbítrio policial (no direito brasileiro, como regra geral, essa diligência é feita unicamente na fase policial). Por isso mesmo, o artigo 241 do Código de Processo Penal determina a expedição do competente mandado de busca e apreensão “quando a própria autoridade judiciária ou policial não a realizar pessoalmente”.

Seja a busca realizada com mandado ou não, entende a doutrina do processo penal que os casos enumerados na lei ordinária são exaustivos, não se admitindo qualquer interpretação extensiva ou analógica (Cf. Tourinho Filho, *ob. cit.*, p. 316).

A realidade é que a autoridade policial dificilmente cumpre a lei processual penal na realização de busca e apreensão domiciliar. A diligência, em tais casos, nem sempre é comandada pelo Delegado de Polícia e é cumprida sem a exibição de qualquer mandado. Esse tipo de diligência policial pode sujeitar o agente do Poder Público às penas do artigo 150 do Código Penal.⁴²

42 Dispõe o artigo 150, § 3.º, do Código Penal: “Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência; II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser”.

Continuamos a não ter, efetivamente, um pensamento jurídico-político brasileiro marcado pelo tom da originalidade e guardando pertinência com a nossa maneira própria de ser. A história das idéias políticas no Brasil, diz com acerto Héglio Trindade, não passa de um processo de imitação, sem nenhuma originalidade, das doutrinas ou ideologias políticas produzidas nos países centrais (é dizer, Itália, França, Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra).

As idéias políticas no Brasil, não passam de palavras soltas a exigir um árduo trabalho profético para juntá-las e criar um capítulo denso de um livro perdido. Não gosto dos termos *reengenharia*, *redimensionamento*, *reestruturação* etc., por terem se tornado lugares-comuns, clichês, mas cá entre nós delinea-se uma necessidade de uma nova moral para redirecionar os caminhos da política. E quando falo de política, incluo todas as suas ciências afins, como o Direito, a Sociologia etc. Todos esses ramos carecem ser repensados dentro do fim humanístico a que se destinam.

2. A incapacidade produtiva do intelectual (jurista) brasileiro: causas

Pensar originalmente no Brasil é um atrevimento, face à alienação arreigada e de uma postura conservadora que obriga a todos a se comportarem dentro de um padrão pré-estabelecido, bem como obra de abnegação e sacrifício, diante da cultura histriônica que se compraz em importar modelos europeus desavergonhadamente. O pensamento aqui, para ser aceito e respeitado precisa vir alavancado em notas de rodapé em número maior que as páginas produzidas, em citações infundas e cansativas (*quem mais cita, mais sabe*). Se vierem vertidas em algum idioma estrangeiro, melhor ainda, é demonstração de erudição. Aqui, uma obra jurídica é tanto mais perfeita, quanto maior o número de citações traduzidas de Goldschmidt, Carnelutti, Calamandrei, Fritz Baur, Ernst Beling, Welzel, Ross, Kelsen etc. Quanto à verdade em si, ao sentimento histórico nacional, ninguém se preocupa.

Muitos escritores e doutrinadores desfilam páginas e mais páginas expondo inúmeras posições: *Fuão pensa assim, beltrano pensa assado, sicrano é contrário...!* Esgotam o livro com enfadonhas citações de um pensamento eclético, sem, entretanto, apresentar um pensamento próprio, crítico, a respeito da matéria. Não conseguem sequer sintetizar, a partir do ecletismo reproduzido, uma opinião pessoal. Para ler tais livros, não se-riam necessários apenas dois olhos, mas quatro: dois para correr o texto e dois para passar as notas de pé de página! Além de uma dose cavalariça de paciência!

Sabemos ainda, quão perigoso é fazer citações, principalmente as *abonatórias*. Quando se cita um autor, facilmente se perde o seu pensamento, pois a citação jaz num contexto, que, ao fim, pode complementá-la, reduzi-la ou confirmá-la. O pensamento de um autor, às vezes, para ser entendido requer o cotejo com outras obras e trabalhos. A cópia através de citações descontextualizadas não traduz o pensamento, deforma-o, muitas das vezes.

Obras “brasileiras” existem em que boa parte é escrita em italiano ou alemão, onde os autores nem se dão ao trabalho de traduzir, alguns por serem emproados, outros por puro desconhecimento do idioma (se irremediável moral não reprovasse o gáudio, fácil seria referir alguns nomes). Alguns “consideram coisa maravilhosa inserir nos seus discursos, de cambulhada, mesmo fora de propósito, palavrinhas gregas, a fim de formarem belíssimos mosaicos. E, quando acontece de um desses oradores não conhecer as línguas estrangeiras, desentranha ele de rançosos papéis quatro ou cinco vocábulos, com os quais lança poeira aos olhos do leitor, de forma que os que o entendem se orgulhem do próprio saber e os que não o compreendem o admirem na proporção da própria ignorância”⁴⁴. Há, na verdade, uma fãunula de truões e impostores posando de ideólogos ou politólogos. Não se pode exigir, portanto, que, em tal meio, as idéias sejam sérias e com a marca da responsabilidade científica.

O decalque intelectual é um sonífero potente, perigoso, que provoca nos homens uma lassidão criativa e moral, habituando-os a um parasitismo e convencendo-os, diante da inóipia e inautenticidade de seu tra-

44 Erasmu de Rotterdam, *Elogio da Loucura*, p. 30-31.