

# **A NECESSÁRIA - E JÁ TARDIA - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Alexandre Knopfholz**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor de Processo Penal no curso de graduação da Faculdade de Direito de Curitiba e nos cursos de pós-graduação da Universidade Positivo (UP) e da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Advogado. E-mail: alexandre@dotti.adv.br.

**Resumo:** Em um cenário de constitucionalização do direito, a análise constitucional do processo é de extrema importância. Tal relevância é potencializada quando se fala no processo penal, eis que se muda o modelo processual, o qual era visto como mero instrumento de persecução penal e passa a ser entendido como uma garantia do acusado. Contudo, no Brasil, essa mudança é peculiarmente difícil, eis que o Código de Processo Penal foi criado sob a égide de um regime totalitário e, infelizmente, em muitos casos é aplicado à revelia da Constituição Federal de 1988, que deve ser o paradigma a ser adotado na realidade atual.

**Palavras-chave:** Constitucionalização; Processo Penal Constitucional; Sistema Acusatório; Garantismo; Código de Processo Penal; Constituição Federal.

**Sumário:** 1. *Introdução*; 2. *A constitucionalização do direito*; 3. *A tutela constitucional do processo*; 4. *A constitucionalização do processo penal*; 5. *A realidade brasileira*; 6. *Conclusão*; 7. *Referências*.

## 1. Introdução

Ao longo de sua história, o Processo Penal esteve muito mais próximo de sistemas de governo autoritários do que democráticos. O modelo inquisitivo imperava e os interesses sociais sobrepunham os direitos e garantias individuais. Contudo, a constitucionalização do direito, ocorrida sobretudo no final do último século, trouxe à persecução penal a necessidade de uma *revolução copérnica* de valores, eis que sua essência, outrora totalitária, teve de ser alterada para um modelo acusatório e democrático, no qual o próprio processo torna-se uma garantia ao acusado. Tal cenário, contudo, é particularmente complexo no Brasil, eis que a legislação infraconstitucional é tipicamente autoritária, fruto do regime totalitário do Estado Novo de Getúlio Vargas. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, iluminou o Processo Penal com dezenas de garantias individuais, muitas das quais incompatíveis com o disposto no Código de Processo Penal. E, desse embate, surge a problemática analisada no presente artigo.

## 2. A constitucionalização do direito

Na atualidade, as Constituições permitem a “estabilização da variabilidade”<sup>1</sup>, de forma a garantir a segurança jurídica sem abrir mão dos valores histórico-sociais. Com efeito, a aplicação efetiva da Constituição afigura-se, a um só tempo, como o *porto seguro* desejado pela segurança jurídica, e como o *grito de liberdade* contra as amarras do positivismo. A eficácia das normas constitucionais, ainda que abertas, apresenta-se como a alternativa adequada às intempéries da pós-modernidade, sem perder de vista a estrutura formal que deve existir em qualquer Estado de Direito.

De fato, é necessária a irradiação dos valores e interesses insertos na Constituição sobre toda a legislação infraconstitucional. Nunca, em toda a história do Direito, foi tão necessário retornar aos preceitos constitucionais, em um processo de “[...] *incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.*”<sup>2</sup>

Em obra específica sobre o tema, assevera Alfonso de Julios-Campuzano<sup>3</sup>:

---

1 GIORGI, Rafaelle de. **Direito, democracia e risco.** Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 159.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 376.

3 JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

Desse modo, a perda da função primordial da lei como fonte primária de produção normativa, sua “descentralização” como critério diretamente de validade formal e material das diversas “peças” que integram o ordenamento jurídico, provocou a consagração do valor primordial da Constituição, cujo caráter de norma suprema é agora elevado como elemento articulador da totalidade do ordenamento jurídico.

Assim, em uma sociedade maleável e surpreendente, como a pós-moderna, são necessárias as Constituições como mecanismos de estabilização e controle das mudanças sociais, como adverte Dieter Grimm<sup>4</sup>:

En las sociedades modernas casi todo es cambiante, pero sólo un cierto grado resulta suportable en cambios simultáneos o abruptos. Las constituciones estabilizan la relación entre continuidad y cambio a la vez que institucionalizan una mayor continuidad tanto en el plano de los principios y el procedimiento como en de su realización y concreción.

A palavra de ordem é, portanto, *constitucionalização*. É fato que, conforme observa Lênio Streck, há um salto paradigmático, evoluindo-se de um legalismo rasteiro – que reduzia o elemento central do direito a um conceito estrito de lei ou a um conceito abstrato-universalizante de norma – para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade.<sup>5</sup>

---

4 GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 201.

5 STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

Paolo Comanducci<sup>6</sup>, com autoridade, ressalta:

Se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

Para ele, as principais condições para a constitucionalização são a rigidez da Constituição, que deve incorporar os direitos fundamentais; sua garantia jurisdicional e força vinculante, a aplicação direta das normas constitucionais e a interpretação constitucionalizante das leis.<sup>7</sup>

No Brasil, uma das vozes mais atuantes na defesa do *constitucionalismo* como a solução para os tempos contemporâneos é de Luis Roberto Barroso. Segundo ele<sup>8</sup>, o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.”

---

6 COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. *In: \_\_\_\_\_*. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 86-87.

7 COMANDUCCI, loc. cit.

8 BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Ano I, Vol. 1, n.º 6, set. 2001, p. 19.

Vive-se, portanto, a era da força invasora da Constituição<sup>9</sup>, de um resgate da essência dos valores da sociedade e da efetividade dos direitos constitucionais. Neste sentido, o Direito só será válido e legítimo quando estiver em consonância com a Constituição e sua carga principiológica.<sup>10</sup> Assim é que a Carta Magna deve ultrapassar a “[...] mera retórica política ditada pelos fatores reais do poder, de caráter orientador ou meramente programático”<sup>11</sup>, para passar a ter uma efetiva força normativa vinculante. E tal, como é curial, influencia diretamente o trato dos processos judiciais.

### 3. A tutela constitucional do processo

O processo não é apenas um instrumento técnico; é, sobretudo, ético.<sup>12</sup> Daí porque a sua atividade neste generoso cenário de constitucionalização e consagração dos direitos e garantias fundamentais é inconteste. Assim é que, com o passar dos anos, o processo viu-se iluminado pelos

---

9 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

10 COSTA LYRA, Francisco Dias da. Direito Penal, Constituição e Hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, n. 91, jul./ago. 2011, p. 37.

11 CARMO DA SILVA, Edimar. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 56.

12 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79.

progressos constitucionais<sup>13</sup>; e, de forma clara, a ideia de democracia, insculpida na Constituição, atravessa o seu ambiente estrutural, contaminando-o positivamente de diversos modos, em diferentes momentos.<sup>14</sup>

Como um mecanismo de inegável importância em um Estado Democrático de Direito, suas diretrizes foram, naturalmente, erigidas a direitos fundamentais, passando a encontrar guarida constitucional. Assim, cada vez mais, fala-se em constitucionalização do processo. É certo, pois, que a Constituição é o instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do processo e de seus princípios. De fato, “O íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual.”<sup>15</sup> Segundo Nelson Nery Junior<sup>16</sup>, o processo deve ser analisado à luz das tarefas fundamentais da Constituição – integração, organização e direção jurídica – e do caráter dirigente e diretamente aplicável dos direitos fundamentais.

---

13 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 50, set./out. 2004, p. 157.

14 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

15 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

16 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

José Frederico Marques afirma: “Nesse conjunto de normas e preceitos agasalhados no texto constitucional, é que a ciência processual vai haurir a seiva de que se alimentam seus postulados e regras fundamentais.”<sup>17</sup> Com efeito, “As regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se [...]”<sup>18</sup>

Sob este olhar, surge como preceito fundamental – a embasar todos os demais princípios e garantias processuais de primeira dimensão – o *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV), o qual “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.”<sup>19</sup> Assim, entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.<sup>20</sup>

Os principais princípios constitucionais derivados do *due process* são a *isonomia* (CF, art. 5º, *caput* e I), o *juiz e o promotor natural* (CF, art. 5º, XXXVII e LIII), a *inafastabilidade do controle jurisdicional* (CF, art. 5º, XXXV),

---

17 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 80.

18 ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71.

19 NERY JUNIOR, 2010, p. 79.

20 CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 82.



o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5º, LV), a *proibição da prova ilícita* (CF, art. 5º, LVI), a *publicidade dos atos processuais* e a *motivação das decisões* (CF, art. 5º, LX e 93, IX), a *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII) e a *razoável duração do processo* (CF, art. 5º, LXXVIII).

#### 4. A constitucionalização do Processo Penal

A relação entre processo penal e Constituição é umbilical. Por isso, em consagrada passagem, Claus Roxin<sup>21</sup> afirma que “*El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado.*” É indubitável que o Direito Processual Penal é o Direito Constitucional em movimento.<sup>22</sup> A Constituição é “*fonte delle fonti*” do processo penal.<sup>23</sup> De fato, se é certo que todo o processo deve ser constitucionalizado, com muito mais razão o processo penal. É cediço que a Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo.<sup>24</sup> Contudo, na seara processual penal o contato é ainda mais simbiótico. Assim, na persecução penal, deve-se sempre ter em conta o *telos* dos direitos fundamentais, o que Pablo Lucas Verdu<sup>25</sup> chamou de “*sentimiento constitu-*

---

21 ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003, p. 10.

22 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

23 SIRACUSANO, Delfino *et alii*. **Elementi di diritto processuale penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 5.

24 BARACHO, José Alfredo de. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 122.

25 VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional** (aproximacion

*cional.*” É obrigatória, pois, uma “harmonia conteudística” entre o Código de Processo Penal e a Lei Fundamental.<sup>26</sup>

A íntima relação entre a Constituição e o processo penal decorre da constatação de que, em essência, ambas lidam com a proteção de direitos fundamentais<sup>27</sup>, os quais existem, dentre outros motivos, pela própria natureza política do processo.<sup>28</sup> Logo, a análise constitucional do processo penal – o qual pode ser comparado a uma “*sensibilíssima bandeira ao vento das mudanças sociais*”<sup>29</sup> – é uma exigência não só metodológica e jurídica, mas igualmente político-institucional.<sup>30</sup> No processo penal constitucional, “as normas são enfocadas a partir da matriz contida no texto magno, acabando o processo por adquirir uma feição para além da técnica, muito mais politizada e sem dúvida com outro compromisso ético.”<sup>31</sup>

---

al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica). Madrid: Reus S.A., 1985, p. 179.

26 ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 157.

27 PRADO, 2006, p. 41.

28 PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 13.

29 LOUREIRO, Flávia Noversa. A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI. In: MONTE, Mário Ferreira *et alii*. (coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 269.

30 PRADO, 2006, p. 43.

31 CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1994, p. 57.

É possível afirmar, portanto, que o Direito Processual Penal é verdadeiramente um *Direito Constitucional aplicado*, numa dupla dimensão: os seus fundamentos são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado e conformam a regulamentação processual penal de natureza infraconstitucional.<sup>32</sup>

Os direitos e garantias constitucionais são o alicerce para equilibrar – ou tentar equilibrar – a confrontação entre Estado e indivíduo. Ocorre que os personagens do processo penal são desiguais. Tal qual o confronto entre *Davi* e *Golias* é a batalha entre réu e Estado. De um lado, o Estado-acusador, um *Golias* possuidor de um aparato de poder, que detém – ainda que por órgãos distintos – as funções de investigar, acusar, decidir e executar penas. De outro, um réu – *Davi* – pessoa física que se defende das investidas de um gigante. Eis a importância da Constituição como garantidora de um processo capaz de tornar justa essa luta.

Conforme a lição de Luiz Antônio Câmara<sup>33</sup>:

[...] talvez em nenhum outro ramo do Direito se vejam tantos reflexos da Constituição quanto no processo penal. A ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há ou-

---

32 ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal – “Direito Constitucional aplicado”. In: MONTE, Mário Ferreira *et alii.*(coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 746.

33 CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

tro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado.

A relevância da Constituição para o processo penal já era anunciada, no Brasil, há mais de cinquenta anos, conforme se extrai das palavras de João Mendes de Almeida Júnior<sup>34</sup>:

*O processo criminal* tem seus princípios, suas regras, suas leis: princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das coisas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. [...] As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais.

A Constituição é, pois, o ponto de partida e de chegada do processo penal. E tal caminho não é fácil. A história do Direito Processual Penal sempre foi caracterizada por um binômio de difícil conciliação: de um lado, os direitos e liberdades individuais; de outro, o interesse público de efetividade e eficiência na intervenção penal. Busca-se, portanto, “[...] *la síntesis entre la eficacia de la intervención punitiva y la salvaguardia en grado máximo de las libertades del ciudadano.*”<sup>35</sup> Deve-se conciliar “[...] as garantias

---

34 ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 13.

35 ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal**

necessárias à conservação da ordem na sociedade com as garantias ao mesmo tempo reclamadas pela liberdade individual.”<sup>36</sup> É indiscutível, portanto, que *“El Derecho, como sistema de garantías individuales y sociales, debe procurar armonizarlas de forma tal que persona y comunidad, como polos dialécticos de la estructura social, se co-determinen sin anularse [...]”*<sup>37</sup>

Esse é o entendimento de Américo Bedê Júnior<sup>38</sup>:

Verifica-se, então, o dilema existencial do processo penal: efetividade da coerção penal x direitos fundamentais, sendo que, para se obter uma maior efetividade daquela, é necessária a limitação destes. Ao revés, ampliá-los importa inviabilizar a efetividade da coerção. Procura-se, assim, desesperadamente, um ponto de equilíbrio, pois em um Estado Democrático e de Direito, como o nosso, os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a eficácia da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais.

Eis, portanto, o conflito intrínseco do processo penal, *“que se revela en su doble finalidad, inevitablemente con-*

---

**penal.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 200.

36 ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 12.

37 SEGUÍ, Ernesto. **Limites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado.** Rosario: Juris, 1993, p. 64.

38 BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal.** Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

*flitiva, de realizar el derecho penal sin menosprecio de los derechos fundamentales del imputado.”*<sup>39</sup>

Não se trata de tarefa fácil. A integral harmonia entre eficiência penal e direitos e garantias individuais beira o impossível.<sup>40</sup> Contudo, não se pode afirmar que são paradigmas incompatíveis.<sup>41</sup> Com efeito, é possível um direito que assegure *eficiência com garantismo*.<sup>42</sup>

Neste sentido:

O pressuposto básico para que se busque a construção de um modelo processual encontra-se na possibilidade de conciliar as necessidades de garantia do cidadão com as não menos necessárias funcionalidade e eficiência do sistema jurídico-penal.<sup>43</sup>

*A pedra de toque* do processo penal ideal é a preservação dos direitos e garantias individuais. A eficiên-

---

39 PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005, p. 205.

40 MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, mar./abr. 2006, p. 249.

41 GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 1, jan./mar. 1993, p. 62.

42 FERNANDES, Antônio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, jan./fev. 2008, p. 232.

43 SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade.” **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005, p. 268.

cia da persecução penal, por todos almejada, encontra limites nos direitos fundamentais do acusado. É possível, sim, um processo penal eficiente, desde que o seja igualmente garantista.

Conforme Antônio Scarance Fernandes<sup>44</sup>:

Será eficiente o processo que, em tempo razoável, permitir atingir-se um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo, seja assegurando ao acusado as garantias do devido processo legal.

Neste cenário de preservação incondicional dos direitos fundamentais e constitucionalização do processo penal, a palavra de ordem é *garantismo*. Com efeito, “O garantismo no processo penal representa a efetivação das garantias do devido processo legal, nos prismas subjetivo e objetivo: como garantias das partes, essencialmente ao acusado, e como garantias do justo processo.”<sup>45</sup> Não há dúvidas que “*La democracia demanda un sistema penal y un tipo de proceso – o unos tipos de proceso, - que la expresen y correspondan: el garantismo sería su signo característico.*”<sup>46</sup>

Segundo o pensamento garantista, os direitos fundamentais são intangíveis e ficam na esfera do não-decidível. A visão garantista deslegitima qualquer modelo que colo-

---

44 FERNANDES, op. cit., p. 234.

45 FERNANDES, loc. cit.

46 GARCIA RAMÍREZ, 2004, p. 153.

ca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais.<sup>47</sup> Por isso é que “[...] *el garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara, por decir así, del constitucionalismo.*”<sup>48</sup> Entende-se, pois, que o exercício legítimo do poder punitivo deve ser implementado de acordo com os princípios éticos adotados expressa ou implicitamente na Carta Constitucional.<sup>49</sup>

Surgida na cultura jurídica italiana no final da década de 1970, a doutrina do *garantismo* originou-se como resposta teórica à legislação de emergência que, à época, reduziu, de diferentes formas, o sistema de garantias processuais.<sup>50</sup> Seu maior expoente, Luigi Ferrajoli, sustenta tratar-se de um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.<sup>51</sup> Em uma primeira acepção, é um modelo normativo de Direito; pode ser entendido, igualmente, como uma teoria jurídica de validade e eficácia das normas; finalmente, compreende-se como uma verdadeira filosofia política imposta ao Direito.<sup>52</sup>

A teoria do *garantismo* tem campo fértil tanto no Direito Penal quanto no Direito Processual Penal. Naque-

---

47 BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

48 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 65.

49 PRADO, 2006, p. 1.

50 FERRAJOLI, op. cit., p. 61.

51 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 851.

52 Ibid., p. 852-853.



le, estão insertas questões tais como os princípios da legalidade e da *ultima ratio*. No campo processual, fala-se das garantias do processo, chamadas de *orgânicas* por Luigi Ferrajoli. Assim é que “O direito penal e o processual penal passam a ser compreendidos, portanto, como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que vigeria na sua ausência.”<sup>53</sup>

Conforme adverte José Antonio Paganella Boschi<sup>54</sup>, é um grave equívoco afirmar-se que o *approach* garantista expressa uma opção pela impunidade. Em lúcida ponderação, observa:

Em verdade, o garantismo apenas exige que o *jus puniendi* se efetive obedientemente ao devido processo legal e a todos os princípios constitucionais e legais dele decorrentes, que veiculam os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana. Nada mais.

Na mesma esteira, Luis Arroyo Zapatero<sup>55</sup> critica aqueles que entendem estar-se vivendo num momento de certa “orgia garantista”. Conforme observa, o Estado, por melhor que pareça, é sempre Estado e tende ao excesso.

---

53 BUENO DE CARVALHO, 2008, p. 20.

54 BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a praxis pretoriana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006, p.236-237.

55 ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 84, mai./jun. 2010, p. 59.

Assim, afirma que todo esforço para “encapsular” esse poder estatal é justo e necessário.

Portanto, sob o enfoque do processo penal, o garantismo postula o acatamento irrestrito da Constituição e a aplicação efetiva de sua garantia máxima: o processo.<sup>56</sup> De fato, o próprio processo torna-se uma garantia. Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira, “A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.”<sup>57</sup>

Aury Lopes Junior<sup>58</sup> observa:

O processo não pode mais ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com a impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

---

56 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El garantismo procesal**. Rosario: Juris, 2010, p. 98.

57 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

58 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

A consequência desta nova concepção de processo penal é estrutural: o acusado passa a ser *sujeito* de direitos, e não mais o mero *objeto* de uma persecução penal. O procedimento criminal deixa de ser um simples *aparato instrumental* para uma provável condenação – uma espécie de *via crucis* do acusado – para se tornar uma *garantia* do réu de se ver julgado de forma independente, imparcial, justa e com obediência a todos os princípios processuais. Alternar-se, portanto, de um processo penal *reduutivo-punitivo* para um processo penal *holístico-garantista*.<sup>59</sup>

Novamente, é oportuna a transcrição de Claus Roxin<sup>60</sup>:

El reconocimiento de derechos fundamentales precedentes al Estado tuvo como consecuencia que el imputado fuera reconocido como sujeto del proceso y fuera dotado de derechos autónomos, de los cuales los más importantes fueron el derecho al respeto de la dignidad humana y el derecho amplio a la defensa.

Logo, o Direito Processual Penal tem que assegurar que todos os métodos estatais usados no processo se encontrem em harmonia com uma forma processualmente válida e com respeito pelos direitos fundamentais.<sup>61</sup> E, como base capaz de sustentar este novo modelo, está o *sistema*

---

59 FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 52.

60 ROXIN, 2003, p. 11.

61 VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 24.

*acusatório*, considerado como um verdadeiro sistema de democracia processual.<sup>62</sup> Afinal, “Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático.”<sup>63</sup>

Com efeito, a eleição ideológica do sistema acusatório é uma consequência natural das influências do princípio democrático em relação ao direito.<sup>64</sup> Somente ele torna possível a efetivação do garantismo no processo penal. No infindável debate entre os sistemas inquisitivo e acusatório, é elementar que apenas este é compatível com um processo penal democrático e constitucional. Daí a conclusão de Alberto Bovino<sup>65</sup>:

[...] la única opción posible, si pretendemos establecer un procedimiento penal que no vulnere las exigencias mínimas del Estado de derecho, consiste en la transformación de las prácticas de la justicia penal a través de la realización de los principios sustanciales derivadas del sistema acusatorio.

O sistema acusatório tem por base o princípio dialético. Suas principais características, segundo Paolo Toni-

---

62 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 39, nov. 2010, p. 206.

63 MARTINS, Rui Cunha. O processo feito sistema, uma batalha da democracia brasileira na galáxia do direito. *In*: BONATO, Gilson (coord.). **Processo penal, Constituição e crítica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 763.

64 PRADO, 2006, p. 34.

65 BOVINO, Alberto. **Los principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 38.

ni<sup>66</sup>, são a iniciativa probatória das partes, o contraditório, a oralidade, o limite de admissibilidade das provas, a presunção de inocência e o limite à custódia cautelar. Além destas, José Antônio Barreiros acrescenta a imparcialidade do julgador e a publicidade.<sup>67</sup> E, talvez a mais importante de todas as características é lembrada por Roberto Falcone: “[...] *la rígida separación del juez de la acusación.*”<sup>68</sup>

Em suma:

*Es un método bilateral en cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.*<sup>69</sup>

Em notável síntese, Franco Cordero<sup>70</sup> afirma que o referido sistema “*Es un espectáculo dialéctico, una lucha atlética, un combate abierto*”, no qual “*el proceso se presenta insensible a la sobrecarga ideológica de donde se deriva la observación inquisitorial.*” Por isso, é a estrutura acusatória – democrática e de base constitucional – que

---

66 TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Processuale Penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 4-5.

67 BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 12.

68 FALCONE, Roberto A. **Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 53.

69 ALVARADO VELLOSO, 2010, p. 30.

70 CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 86.

permite um processo penal garantista, apto a tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais.<sup>71</sup>

O Direito Processual Penal chegou ao novo século afastando-se do modelo inquisitivo de outrora. Não há mais unidade entre julgador e acusador; a prisão processual não é a regra; a publicidade do procedimento garante sua transparência e a ampla defesa e o contraditório permitem um processo justo. Vive-se, pois, a era de um processo penal democrático, iluminado pelos preceitos constitucionais e embebido do sistema acusatório. Um processo penal garantista, portanto.

## 5. A realidade brasileira

No Brasil, a situação é notoriamente paradoxal. O Código de Processo Penal brasileiro data de 1941, época do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945), e traz consigo uma carga de autoritarismo e inquisitorialidade, eis que baseado no ideário fascista italiano. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, tem em seu bojo uma *redenção* dos direitos e garantias individuais, negados durante décadas à população brasileira. O processo penal brasileiro vive, assim, uma *crise de identidade*: precisa seguir o desejado rumo constitucional, garantista e acusatório, utilizando-se de um instrumento ultrapassado e ideologicamente antagônico, como o é o Código de Processo Penal.

---

71 GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 31, jul./set. 2000, p. 65-66.

Neste sentido, Fauzi Hassan Choukr<sup>72</sup> assevera:

O Código de Processo Penal teria sobrevivido a todos os textos anteriores, sem embargo de sua essência, até a entrada em vigor do atual texto constitucional, fruto de um longo processo de superação (ao menos formal) da ditadura, e que culminou com a Carta de 1988, riquíssima em princípios processuais e organização judiciária e que adotou entre nós, de forma explícita, o modelo acusatório. Pode-se, então, afirmar que a situação brasileira é de marcante contradição. De um lado o texto constitucional com os valores acima mencionados; por outro lado o Código de Processo Penal, com seus resquícios inquisitivos.

O Código de Processo Penal de 1941 deita raízes notoriamente autoritárias, pois foi inspirado na legislação processual penal italiana (*Código Rocco*) que vigia nos anos de 1930, época do regime fascista liderado por Benito Mussolini. Com efeito, tal texto normativo “ [...] foi parido sob a égide de um outro momento sociopolítico e de estrutura altamente autoritária, além de mal construído tecnicamente.”<sup>73</sup> Tal constatação explica, assim, sua estrutura marcadamente inquisitória: “O sistema processual penal brasileiro atual, assentado no CPP de 41 (cópia do *Codice Rocco*, da Itália, de 1930, o fascista Vincenzo Manzini na dianteira), tem por base

---

72 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da constituição**. Bauru: EDIPRO, 1999, p. 16.

73 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

– e sempre teve – a estrutura *inquisitorial*.”<sup>74</sup>

Walter Nunes da Silva Júnior assinala<sup>75</sup>:

Seguindo a linha do Código de Processo Penal italiano de 1930 de índole fascista, o Código de 1941, além de se apresentar mais como um *estatuto repressivo* do que como um *estatuto das liberdades*, com perfil nitidamente policialesco, concebeu um sistema processual marcadamente burocrático, com o viés inquisitivo bastante acentuado.

No mesmo sentido conclui José Frederico Marques<sup>76</sup>, quando afirma que o atual Código de Processo Penal

[...] não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de pôr cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.

A influência política da época foi marcante. O Estado Novo caracterizou-se como um dos períodos mais autoritários na história política do Brasil, com objetivos, entre ou-

---

74 COUTINHO, 2010, p. 197.

75 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 1.

76 MARQUES, 1997, p. 108.



tros, de perseguição, censura e centralização do Governo. A legislação era criada como um instrumento de controle social, para garantir a ideologia da lei e da ordem. Com um *pano de fundo* nacionalista e fascista, a época era propícia para um processo penal antidemocrático e opressor.

Segundo Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>77</sup>:

O Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), vindo a lume em pleno Estado Novo, em que a intervenção do Estado na esfera privada foi dramaticamente ampliada, demonstrando o traço político que o marcou, não estava, como não poderia estar, livre das influências políticas da época, constitucionalizadas pela Carta de 1937.

A essência inquisitória e de desprezo aos direitos e garantias fundamentais já é notada na Exposição de Motivos. Nela, há expressa preferência à tutela social, ainda que em detrimento dos direitos do indivíduo. Vale a referência à seguinte passagem:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. [...] Urge que seja abolida a injustificável primazia do

---

77 CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição**. Princípios constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.<sup>78</sup>

Percebe-se, pois, que “ [...] o atual código continua com os vícios de 60 anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado [...]”.<sup>79</sup> Não é preciso muito esforço para se constatar a completa antinomia de tal orientação com o ideário garantista e democrático da Constituição da República de 1988. Esta – a *constituição cidadã* – surgiu após um longo período de ditadura militar e de desprezo pelo repertório de direitos e garantias fundamentais, e é resultado de uma perspectiva democrática e “[...] da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa”.<sup>80</sup>

No âmbito do processo penal, a mudança foi radical. A Constituição da República chamou para si a responsabilidade de conduzir uma *revolução copérnica* do Direito Processual Penal. É de se observar que, dos 78 (setenta e oito) incisos do art. 5º da Constituição, 40 (quarenta) dizem respeito à ciência criminal e, desses, a maioria é estrita-

---

78 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Exposição de Motivos. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. Organização de Luiz Flávio Gomes. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

79 ANDRADE MOREIRA, Rômulo de. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001, p. 135-136.

80 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

mente de natureza processual.<sup>81</sup> Com efeito, demonstra-se que “A Constituição de 1988 tratou a persecução penal com o zelo de quem edifica algo novo, em substituição a uma ordem positiva superada pelo desuso do figurino autoritário que a inspirou [...]”.<sup>82</sup> É inegável que “[...] as principais orientações acerca do funcionamento do processo penal e do *standard* procedimental estão na Carta de 88.”<sup>83</sup> O processo penal no Brasil torna-se, então, constitucional.

Este processo é bem demonstrado por Walter Nunes da Silva Júnior<sup>84</sup>:

No Brasil, o resgate dessa concepção do processo penal somente se fez sentir na segunda metade dos anos 80, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que os direitos fundamentais ganharam *força normativa e hierarquia superior às regras jurídicas*, passando a desempenhar *função hegemônica* em nosso

---

81 SCANDELARI, Gustavo Britta. Os atos jurisdicionais penais e sua vinculação às garantias constitucionais. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição**: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

82 CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1994, p. 57.

83 PRADO, Geraldo. A reforma processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2002, p. 147.

84 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

sistema, e não apenas integrativa das lacunas do Direito, como era antes, circunstâncias que levam à assertiva de que seja mais apropriado falar em *teoria constitucional do processo penal* do que propriamente em teoria do processo penal.

A transformação é de essência e de paradigma. Muda-se a ideologia do processo penal. Com efeito, “[...] muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988; a alteração foi de estrutura, foi subjacente, o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes na estrutura jurídico-política.”<sup>85</sup> De fato:

Depois de longa e sofrida vigência de uma codificação caduca em seus pontos estruturais – o CPP de 1941 –, a Constituição de 1988 não poderia ser mais bem vinda. E, por todas as suas virtudes, na instituição de garantias individuais e no estabelecimento de uma ordem jurídica fundada na afirmação e proteção dos direitos fundamentais, há de se manter bem viva.<sup>86</sup>

É certo que, até o presente momento, o Código de Processo Penal continua vigendo, apesar de várias modificações pontuais e apropriadas.<sup>87</sup> Não obstante, até mesmo

---

85 CASTANHO DE CARVALHO, 2009, p. 3.

86 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

87 Dentre os textos legislativos posteriores a 1988 que alteraram o Código de Processo Penal vale a referência, por exemplo, à Lei 10.792/2003 (que alterou o procedimento do interrogatório), Lei 11.689/2008 (que trouxe modificações no procedimento do Júri), Lei 11.690/2008 (com alterações no regime de provas), Lei 11.719/2008 (que instituiu novas regras para os

em razão da hierarquia das normas, é necessária uma análise constitucional de todo o arcabouço de regras processuais penais. A constitucionalização do processo penal é medida que se impõe urgentemente. Com efeito, *“A ciência do processo penal brasileiro inicia o século XXI com pelo menos uma grande pretensão de certeza: a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional.”*<sup>88</sup>

Sobre o tema, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>89</sup>:

Para nós, não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional. O Código de Processo Penal de 1941 não está superado apenas pelo tempo; está superado também por força da incompatibilidade normativa com o texto de 1988, em cujo bojo construiu-se um sistema de garantias individuais com abrangência suficiente para fazer evaporar diversos dispositivos do nosso CPP.

Conclui-se, pois, que “[...] o Código de Processo Penal brasileiro não pode mais ser interpretado à luz dos princípios de uma ordem jurídica superada.”<sup>90</sup> A lei processual penal brasileira pertence a um período de exceção, no qual as liberdades públicas eram cerceadas pelo

---

procedimentos ordinário e sumário) e Lei 12.403/2011 (que modificou a aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro).

88 PACELLI DE OLIVEIRA, 2009, p. 1.

89 PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

90 CASTANHO DE CARVALHO, 2009, p. 3.

regime então vigente. Se é certo que o atual Código conseguiu superar o milênio, igualmente correto que sua sobrevivência somente é possível com a harmonização aos ditames constitucionais.<sup>91</sup>

Não obstante as louváveis reformas ocorridas no ano de 2008, é fato que o Código de Processo Penal ainda tem inúmeras facetas do sistema inquisitivo. O Projeto de Lei n.º 156, do Senado Federal, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, tenta, corajosamente, instituindo um novo e progressista estatuto, adequar o procedimento criminal aos ditames e à essência da *lei fundamental* da República.

Contudo, tal qual malabaristas, os operadores do Direito ainda trabalham entre um texto constitucional garantista e uma norma infraconstitucional autoritária. E, infelizmente, como adverte Lenio Streck, “*há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se ‘adaptar’ a Constituição às leis ordinárias... Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho*”.<sup>92</sup>

A significativa mudança apontada encontra, pois, alguma resistência, sobretudo hermenêutica. Isso porque, não raro, interpreta-se o texto constitucional, que é hierarquicamente superior, à luz do Código de Processo Penal:

---

91 RANGEL, Paulo. **O processo penal e a violência urbana**. Uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 24.

92 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30-31.

No confronto entre realidades tão distintas, ainda se vê prevalecer, sobretudo e de modo particular no processo penal, uma interpretação ainda mais atrelada ao perfil da legislação de 1941 do que às transformações inauguradas pela nova ordem constitucional de 1988.<sup>93</sup>

Isso precisa ser mudado. O erro hermenêutico é evidente. O Código de Processo Penal é hierarquicamente inferior à Constituição, ideologicamente antagônico a ela e cronologicamente anterior. Torna-se óbvio, pois, que quem deve se submeter ao regramento constitucional é a legislação infraconstitucional.

Conforme observa Aury Lopes Júnior<sup>94</sup>:

[...] o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

Eis, portanto, a resolução do problema apresentado: no Brasil, a prevalência da Constituição deve ser ainda mais atendida frente ao caráter inquisitivo do atual Código de Processo Penal. É este que deve adequar-se aos ditames constitucionais, e não o inverso.

---

93 PACELLI DE OLIVEIRA, 2010, p. 2.

94 LOPES JUNIOR, 2012, p. 73.

## 6. Conclusão

A Constituição é o instrumento jurídico de que deve se utilizar o processualista para o completo entendimento do processo e seus princípios. Trata-se da principal fonte do processo penal. O *sentimento constitucional* deve impregnar todos os atores, atos e diligências do processo, devendo os operadores jurídicos buscar sempre o *espírito da Constituição*. Os direitos e garantias da lei fundamental são o alicerce na busca do equilíbrio entre Estado e indivíduo. A eficácia da persecução penal encontra limites nos direitos fundamentais do acusado.

O processo penal brasileiro vive uma *crise de identidade*, pois precisa seguir o desejado rumo constitucional, mas está estabelecido em um Código ultrapassado e ideologicamente antagônico aos valores e exigências da lei fundamental. Assim, é imperioso que a interpretação do processo penal brasileiro seja feita sempre de forma sistêmica: toda e qualquer norma infraconstitucional deve passar pelo filtro constitucional. Somente assim será possível vislumbrar um processo penal democrático, acusatório e garantista.

## Referências

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **El garantismo procesal**. Rosario: Juris, 2010.



ANDRADE MOREIRA, Rômulo de. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2001.

ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal – “Direito Constitucional aplicado”. *In*: MONTE, Mário Ferreira *et alii.*(coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 18, n. 84, mai./jun. 2010.

BARACHO, José Alfredo de. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Ano I, Vol. 1, n.º 6, set. 2001.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006.

BOVINO, Alberto. **Los principios políticos del procedimiento penal.** Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARMO DA SILVA, Edimar. **O princípio acusatório e o devido processo legal.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo Penal e Constituição.** Princípios constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 8, out./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. **Processo penal à luz da constituição.** Bauru: EDIPRO, 1999.

\_\_\_\_\_. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. *In: \_\_\_\_\_*. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

COSTA LYRA, Francisco Dias da. Direito Penal, Constituição e Hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, n. 91, jul./ago. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, Curitiba, n. 39, nov. 2010.

FALCONE, Roberto A. **Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, jan./fev. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 50, set./out. 2004.

GIORGI, Rafaelle de. **Direito, democracia e risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 1, jan./mar. 1993.

\_\_\_\_\_. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 8, n. 31, jul./set. 2000.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Flávia Novera. A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI. *In*: MONTE, Mário Ferreira *et alii*. (coord.). **Que futuro para o Direito Processual Penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, mar./abr. 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Rui Cunha. O processo feito sistema, uma batalha da democracia brasileira na galáxia do direito. *In*: BONATO, Gilson (coord.). **Processo penal, Constituição e crítica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASTOR, Daniel. Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o Processo Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório.** A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. A reforma processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 40, out./dez. 2002.

RANGEL, Paulo. **O processo penal e a violência urbana.** Uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

\_\_\_\_\_. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao processo penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade.” **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, jan./fev. 2005.

SCANDELARI, Gustavo Britta. Os atos jurisdicionais penais e sua vinculação às garantias constitucionais. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de (org.). **O novo processo penal à luz da Constituição:** (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEGUÍ, Ernesto. **Limites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado.** Rosario: Juris, 1993.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal:** inovações aos procedimentos ordiná-

rio e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIRACUSANO, Delfino *et alii*. **Elementi di diritto processuale penale.** 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Processuale Penale.** 5. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional** (aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica). Madrid: Reus S.A., 1985.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.