

## DIREITO JUDICIÁRIO PENAL

VICENTE DE PAULA VICENTE DE AZEVEDO  
Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo

### INTRODUÇÃO (1)

A matéria que vai ocupar nossa atenção, contida no primeiro ponto do programa, é relativa à "Introdução" ao estudo do Direito Processual Penal. Quatro pontos integram a introdução ao estudo da disciplina: examinaremos sucessivamente o conceito, os princípios e a definição do Direito Processual Penal; sua posição em relação aos demais ramos do direito; a sua evolução histórica. O Código de Processo Penal vigente; o terceiro ponto é dedicado à aplicação da lei processual no tempo e no espaço; e finalmente o quarto ponto que contém o exame das "Fontes" do Direito Processual Penal e a interpretação das Leis de Processo Penal.

Ao iniciar o estudo de uma disciplina jurídica aconselha João Mendes de Almeida Júnior, mestre nunca assaz louvado, — que se recordem noções elementares. Por estas textuais palavras abre o seu admirável tratado "Direito Judiciário Brasileiro": Quando prosseguirmos em uma série de estudos, necessitamos sempre de um banho na memória, para que possamos ligar o antecedente ao conseqüente".

A figura de metáfora é tão pitoresca quanto verdadeira. Aproveitemos a lição do mestre, que foi um sábio e que foi um santo, para refrescar em nossa memória noções de psicologia; para lembrar que "a atenção é a chave da inteligência". Dedução: assistir às aulas prestando atenção porque, por essa forma, estarão abrindo a sua inteligência. Ensina a filosofia escolástica que nada chega ao nosso conhecimento senão através dos sentidos: "nihil est in intellectu quod non prius fuit in sensu". Não há ciência herdada, ou infusa; ninguém nasce sabendo. Não se adquirem conhecimentos na mercearia da esquina.

Investigando, pesquisando, perquirindo a ocasião, o momento em que o direito surgiu na face da terra, chega-se facilmente à conclusão de que o direito apareceu na mesma época em que o homem começou a viver em sociedade: "ubi societas — ibi jus". Por que não

---

(1) Achando-se esgotada a 2.<sup>a</sup> edição do "Curso de Direito Judiciário Penal" do Prof. Vicente de Azevedo, seu autor ofereceu como colaboração para este número o novo texto do 1.<sup>o</sup> ponto a ser publicado na 3.<sup>a</sup> edição.

possível conceber a vida em sociedade, sem a presença do direito. O direito é necessário à vida social, como o oxigênio que respiramos, na vida material.

Mas o direito, tal como toda concepção abstrata, exige uma elaboração perene e evolui continuamente. E esta elaboração, e esta evolução abrangem, não só o direito propriamente dito, como os meios pelos quais êle se efetiva, se impõe, pois doutra forma, não passaria, como os estudos filosóficos, de uma investigação puramente ideológica. Por outras palavras: o direito deve e precisa realizar-se. Na frase lapidar de Ihering, o direito existe para se realizar arbitrariamente, não pode realizar-se senão mediante "formas" estabelecidas e fixadas previamente.

A fim de delinear o conceito de processo, e em seguida, do processo penal, vou expor aos Srs. noções muito rudimentares de filosofia do processo.

É através da forma que toda a coisa se revela. "Forma dat esse rei": a forma dá o ser à coisa. Forma, numa acepção restrita, significa o contorno exterior das coisas.

Na vida jurídica, o direito se exterioriza, se realiza, por meio, por intermédio da forma, das leis de forma, que são as leis do processo. A forma dá o ser ao direito.

Tal como a lei civil, a lei penal seria um fraseado ôco, uma simples abstração, letra morta, se o processo não a animasse, e não permitisse a sua aplicação aos fatos que ela deve reger.

Tomemos do corpo de nossa legislação positiva um exemplo: Encontramos na Constituição Federal o título que se inscreve: "Da declaração de direitos". E o reconhecimento, a declaração dos direitos fundamentais concernentes à vida, à liberdade, à propriedade, à defesa, não menos sagrados e invioláveis. Mas êsses direitos seriam letra morta, seriam irrealizáveis, se as leis de forma, ou leis de processo, não regulassem a maneira pela qual êles se efetivam.

Assim, em conclusão e repetindo: o direito se realiza, se efetiva, torna-se realidade na vida prática, através das leis de processo. A forma dá o ser ao direito. Segundo a maneira de dizer de outros autores: o direito processual é instrumental, é o instrumento do direito substancial, do direito material.

Na corrente de idéias que estou desenvolvendo e procurando tornar clara, — encontram os Srs. no Código Civil o art. 75 que reza: "A todo o direito corresponde uma ação que o assegura". Norma idêntica se encontra no Código de Processo Civil, art. 2.º, e na Constituição Federal, art. 141, § 4.º.

Temos aí as duas idéias, os dois momentos da vida do direito: ao titular de todo o direito (direito material, substancial), — é facultada, é outorgada, é garantida uma ação (direito processual ou formal) destinada a tornar êsse direito uma realidade.

Um direito sem ação que o assegure é nada. A ação é o meio de fazer valer em juízo um direito; a faculdade complementar sem a qual êle não existiria, ou seria illusório. A ação nasce do direito, dêle descende e nêle se confunde. Em uma palavra: a ação é o direito

pôsto em movimento. Têm os Srs. presentes à memória os cânones do direito penal, normas que tal importância adquiriram que passaram a princípios e garantias constitucionais: "nullum crimen sine lege praevia e nulla pena sine lege praevia". Em linguagem: nenhum ato será considerado crime sem lei anterior que o qualifique; nenhuma pena será aplicada sem prévia cominação legal. A êstes princípios acrescentou-se o da exigência do juízo prévio: "nulla pena sine iudicio". Êste cânone estabelece limite à função punitiva do Estado; e garante ao cidadão a faculdade de se não sujeitar à pena sem a observância de um juízo que haja obedecido a normas legais.

Se indagarmos da origem etimológica da palavra "processo", concluiremos que é um substantivo oriundo do latim, de "procedere", verbo composto, por sua vez de "pro" — preposição, partícula componente, que indica posição ou direção para a frente, para diante; é "cedere", verbo "cedo, cedis, cessum, cedere", ir, caminhar, avançar, movimento para adiante, para a frente.

São, portanto, duas idéias que se completam: direito e processo.

Esta constatação da origem da palavra "processo", esta significação literal corresponde rigorosamente ao sentido, a conceituação, porque "processo é o movimento dirigido para a frente, para diante". O movimento se divide em momentos. Os momentos do movimento, ou do processo, são os atos ou termos processuais. E os atos processuais constituem assunto tão importante que a êles dedica o programa nada menos de quatro pontos, isto é, os pontos 16, 17, 18 e 19.

Parece-nos claro o pensamento: o movimento, ou processo, é verdadeiramente a realização do direito. Conclui João Mendes: o processo é o movimento dos atos da ação em juízo. ("Direito Judiciário Brasileiro").

Na linguagem comum, na linguagem corrente, freqüentemente se empregam como equivalentes, como sinônimos, as expressões direito processual e direito judiciário; direito judiciário penal e direito processual penal. Cai a propósito esclarecer que estas expressões não se equivalem, nem são sinônimas. E não são sinônimas, porque o direito judiciário abrange o processo, e muito mais: abrange princípios, como ciência, e leis como legislação. Princípios e leis sobre as ações; o direito judiciário abrange a organização da justiça, que não é objeto das leis de processo.

O direito processual penal é um ramo autônomo do direito, embora tenha o caráter instrumental, como já ficou dito.

O prof. Frederico Marques critica, com todo fundamento, a legislação do ensino universitário que deu à cadeira a denominação de "direito judiciário penal". Assim argumenta: ou na expressão direito judiciário penal se inclui tão-só o processo que se desenvolve em torno do juízo, excluída, portanto a execução penal; ou será excessivamente ampla, por conter tudo quanto se refira ao Poder judiciário.

"Direito processual penal" é hoje a denominação consagrada na doutrina, adotada pelos cultores do direito e corresponde à autonomia de que hoje goza esta disciplina.

Definição: "O direito processual penal é o conjunto de normas que disciplinam o exercício da função punitiva, que incumbe ao Estado."

"Princípios que regem o Direito Processual Penal":

O processo penal é uma relação jurídica que nasce da situação criada entre Estado, titular do direito de punir, e o indivíduo ao qual se atribui a prática de delito, de transgressão da lei penal.

Da natureza eminentemente publicística do direito e do processo penal, isto é, do fato de pertencerem ambos ao direito público e serem ambos exercidos pelo Estado, como função soberana, se deduzem princípios que dominam o processo penal, e devem ser considerados como princípios fundamentais.

A atividade processual, como meio de o Estado exercer a sua função punitiva e de outra parte, de o acusado fazer valer os seus direitos de defesa e de liberdade, subordina-se a princípios a que se pode dar a denominação de "princípios fundamentais" do processo penal. Temos de um lado o Estado ao qual assiste o dever de exercer o "jus puniendi", o direito, o dever de exercer a pretensão punitiva; de outro lado o cidadão ao qual se atribui a prática de um ato que tem as aparências externas de uma infração, de uma desobediência da lei penal.

O fim do processo é obtenção da prestação jurisdicional com que se ampara o direito objetivo. Por isso, as normas que o disciplinam tutelam ao mesmo tempo o interesse relativo à repressão e o interesse referente à liberdade individual.

A intervenção, a atividade do Estado para fazer atuar os preceitos munidos de sanção é mais do que justa, é necessária, porque seria verdadeiramente inadmissível, inconcebível, que o Estado, criador desses preceitos e titular desses direitos, não aplicasse sanções àqueles que os transgredissem.

Variam os autores na conceituação e na enumeração dos princípios fundamentais do processo penal. Nós adotamos a seguinte:

1.º) O princípio de "legalidade", apresenta três aspectos indisponibilidade, obrigatoriedade e indivisibilidade. Consiste no fato de o Estado atuar a lei penal, praticar a lei penal como obrigação funcional indeclinável, e não como simples ato voluntário ou facultativo.

É, aliás, nada mais do que um aspecto particular do dever geral que assiste a todo o cidadão, e em especial a todo aquele que exerce uma parcela de função pública.

No campo de nossa legislação vamos encontrar as mais variadas, nem por isso menos precisas manifestações deste princípio, que é o de respeito e obediência à lei. Veja-se a Constituição Federal: na primeira das atribuições do Presidente da República, o Chefe do Poder Executivo, definida no art. 87, está implícita a rigorosa obediência e o absoluto respeito às leis. O dever precípuo, a atribuição primordial do Presidente da República é necessariamente, o de executar e fazer executar, cumprir e fazer cumprir, as leis do país. Ainda a Constituição Federal, art. 89, declara crimes de responsabilidade "os atos" do Presidente da República que "atentarem contra a Constituição Fe-

deral e especialmente contra os princípios a seguir mencionados". E enumera diversos casos. A Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que pode ser considerada uma lei interpretativa, desdobra os casos previstos nesse art. 89 da Constituição: No capítulo "dos crimes contra a segurança interna do país", — está precisamente: "permitir, de forma expressa ou tácita, a infração da lei federal de ordem pública". De forma expressa ou tácita, isto é, por ação ou omissão. Leis federais de "ordem pública" — são os Códigos Penal e de Processo Penal.

Assim, pois, os órgãos oficiais do Estado, destinados ao cumprimento e execução das leis, "todos" os órgãos oficiais, qualquer que seja a sua função, desde o Presidente da República, cognominado o primeiro magistrado da Nação, até o mais modesto funcionário público não podem dispor da ação penal. Chegando ao seu conhecimento fato considerado transgressão da lei penal; em face da notícia de fato que tenha a aparência de crime definido no Código Penal, — não se admite a indiferença, a renúncia a apatia, a acomodação. Não se admite atitude que traduza, já não dizemos, evidentemente desobediência, mas a indiferença concordância, tolerância ou condescendência.

São contradições na lei, especialmente no Código de Processo Penal numerosos dispositivos que consagram este princípio. Vejam os Srs., em relação à Polícia: Código de Processo Penal, art. 5.º, subordinado ao título "Do inquérito policial". "Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I — de ofício; II — mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo" etc. Art. 6.º — Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá: etc. etc..

O art. 301 do Código de Processo Penal impõe às autoridades policiais e seus agentes, o dever de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Em relação aos juizes e tribunais, o art. 40 do mesmo Código de Processo Penal determina: "Art. 40 — Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juizes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia".

O Código Penal previne, no art. 320, a "condescendência criminosa", e o art. 66 da Lei das Contravenções Penais pune, sob o título "Das contravenções referentes à administração pública", com a multa de trezentos e três mil cruzeiros, o fato de deixar de comunicar à autoridade competente, crime de que teve conhecimento no exercício de função pública.

Vejam bem os Srs.: não há razão, não há justificativa de ordem alguma nem pública, nem política, nem administrativa, nem jurídica, nem estatal, para ocultar, para não permitir a divulgação, para impedir a apuração da responsabilidade penal. Ao contrário: diante de fato que apresente a aparência de crime em tese, só uma atitude é lícita, é legal: agir, denunciar. Doutra forma incorrerão em crime as autoridades faltosas.

Novamente: diante da notícia do crime, o respeito à lei, o culto ao direito, que deve constituir o apanágio dos homens de bem, — “Não há razão ou argumento de ordem alguma, que autorize o silêncio, a neutralidade, a composição”.

Em relação ao Ministério Público, o art. 28 do Código de Processo Penal é de grande utilidade para esclarecer o que se deve entender por indisponibilidade do processo penal.

Os membros do Ministério Público são representantes do Estado. É por meio do Ministério Público que o Estado exerce a ação penal, provoca a jurisdição, e objetiva a função punitiva.

O art. 28 prevê a hipótese de o promotor público deixar de oferecer denúncia e requerer o arquivamento do inquérito. Significa que o promotor público pretendeu dispor do processo, escusando-se do dever de dar impulso à ação penal, pelo oferecimento da denúncia. Se o juiz fôsse obrigado a atender, a deferir o pedido de arquivamento, o promotor público estaria dispondo da ação penal, e o juiz, não podendo funcionar a ação de acordo com o sistema consagrado pelo Código de Processo Penal, estava encerrado o assunto. A lei prevê a hipótese e determina que, não concordando o juiz com o pedido de arquivamento, faça a remessa do inquérito, ou das peças de informação, ao Procurador-Geral da Justiça. Oferecerá este a denúncia, ou designará outro órgão do Ministério Público que o faça; ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual, só então o juiz estará obrigado a atender. Ainda assim o arquivamento não firma coisa julgada no crime.

A este princípio da “legalidade”, que abrange, como ficou esclarecido, o da “obrigatoriedade”, se opõe, em teoria, o princípio da chamada da “oportunidade”. Enquanto o princípio da legalidade vige e vige nos regimes constitucionais e democráticos, em que se observa o respeito à lei e aos direitos individuais, o princípio da oportunidade é muito caro aos regimes ditatoriais em que o direito é a força, a violência e a vontade do ditador. Reserva-se, então, o Governo de fato, todo-poderoso, a faculdade de deixar de atuar a lei penal por motivos, ou razões políticas. Para garantia da impunidade, àqueles que usurpem o poder, e o detêm governos despóticos ou ditaduras, o regime da oportunidade é o clima em que as razões de Estado superam quaisquer outras.

O princípio da legalidade do processo penal encerra como corolário o da “indivisibilidade”, pelo qual se deve entender que o Estado não pode, entre diversos acusados, ou suspeitos da prática de um crime (co-autores, nos termos do art. 25 do Código Penal) escolher alguns para processar e deixar os outros impunes. Reflexo deste princípio se encontra no art. 48 do Código de Processo Penal, quando manda que o Ministério Público vete pela “indivisibilidade” do processo, iniciado mediante queixa-crime. É, aliás, um desdobramento, ou aplicação do princípio da obligatoriedade.

2.º) Oficialidade. Decorre deste princípio da “obrigatoriedade”, o da “oficialidade”. A missão de aplicar a lei penal é privativa do Estado, que a exerce por meio de órgãos oficiais, previamente

nomeados e estabelecidos. A “oficialidade” é garantida pela Constituição Federal. Por ela se deve entender o que se lê na Constituição Federal, § 27 do art. 141: “Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior”.

Ao Ministério Público cabe a tarefa de, na qualidade de órgão do Estado, pedir a atuação da Justiça, por meio do exercício da ação penal.

Sendo a função penal precipuamente pública, a pretensão punitiva originada do crime, deve exercitar-se por órgão público, que age, de regra, por iniciativa própria, sem qualquer provocação da parte ofendida.

3.º) Publicidade. O princípio da publicidade deve ser entendido em dois sentidos: intrinsecamente, isto é, pela natureza dos interesses que se agitam no processo penal. O processo penal é a atividade indispensável para que haja jurisdição. Daí ser exata a observação de que processo e jurisdição representam idéias conexas. E a jurisdição é função pública.

A “publicidade” constitui um dos princípios políticos de maior projeção na justiça penal; está profundamente ligado à humanização da justiça penal. A ele se contrapõe o princípio do procedimento secreto, ou em segredo. No procedimento acusatório o juízo penal é um “actum trium personarum”, isto é, um ato de que participam três pessoas, o acusador, o acusado e o juiz. No direito brasileiro, garantida aos acusados “plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais à ela” (Constituição Federal, art. 141, § 25) somente o sistema acusatório pode ter acolhida nos processos da competência do júri, em que o julgamento é proferido por outros juizes, foi mantida instrução preparatória. A instrução do processo tem seu desenvolvimento perante o juiz de direito e o julgamento compete ao tribunal popular leigo, não togado.

A publicidade oferece ainda outro sentido, ou aspecto, que diríamos material, por via do qual os atos do procedimento se desenvolvem sempre à vista e ao alcance do público.

Domina o processo penal brasileiro o princípio da publicidade ampla e popular: os atos do procedimento, inclusive o julgamento se sucedem em público, a portas abertas, à vista e ao alcance do público. Por exceção a lei admite a publicidade restrita: por motivos extraordinários a lei prevê uma publicidade limitada às partes e a portas fechadas ou admitindo determinando número de pessoas que possam estar presentes. A matéria está regulada pelo art. 792 do Código de Processo Penal e seu § 1.º, para os quais remeto os Srs.

Nos processos da competência do tribunal do júri reina publicidade completa, excetuado o julgamento que é secreto, que se realiza em segredo. Também é secreto o julgamento dos réus que gozam de foro privilegiado, art. 561, VI, do Código de Processo Penal. Ainda assim, os debates são públicos. Somente o julgamento, a tomada dos votos pratica-se em segredo. Na próxima aula estudaremos a “Importância do direito judiciário penal”.