

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O NOVO REGIME DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA
COMO MEDIDA DE *ULTIMA RATIO*: UMA ANÁLISE À LUZ
DO GARANTISMO PENAL**

PATRÍCIA PASQUALINI PHILIPPI

**Itajaí-SC
2013**

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O NOVO REGIME DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA COMO MEDIDA DE *ULTIMA RATIO*: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL

PATRÍCIA PASQUALINI PHILIPPI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
Univali, como requisito parcial à obtenção do Título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão

Itajaí-SC

2013

AGRADECIMENTO

Ao Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão, orientador dessa dissertação, por todo empenho, compreensão e, sobretudo, sabedoria. Sua meticulosa atenção e exigência foram, certamente, imprescindíveis na condução deste trabalho.

À minha família, meu esposo Gabriel e meus filhos Arthur e Guilherme, pela aposta e pela paciência em suportar diuturnamente minha ausência por dedicação exclusiva aos estudos e ao trabalho.

Ao meu irmão Diego Pasqualini, Mestre e Doutor, e acima de tudo, o maior incentivador desta conquista e a minha cunhada, Juliane Gonzaga Scopel, a quem considero também como uma irmã, pelo apoio e carinho sempre recebidos.

Aos meus pais, Valentino Nivaldo Pasqualini e Teresinha Pasqualini (*in memoriam*), que, com muita simplicidade e desde cedo, me ensinaram todos os valores que comigo carrego e o gosto em estudar.

Ao meu colega e mestre Jairo Luis Pasqualini, pai de coração e com quem diariamente compartilho da arte da advocacia e da vida. Primeira pessoa a me ensinar e me dar crédito no início da profissão.

Aos meus colegas e professores do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (Unidavi), e, em especial, ao Reitor Célio Simão Martinhago, seu Vice-Reitor Alcir Texeira, a Assessora Jurídica, Niladir Butzke, ao Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão, Charles Hasse, a Coordenadora do Curso de Direito Sandrá Angélica Schwalb Zimmer, a Secretária Lurysmey Biz e aos professores Daniel Mayerle, Cheila da Silva dos Passos Carneiro, Fabrísia Franzói e Joacir Sevegnani, agradeço todos pelo incentivo e ajuda no ingresso e conclusão deste Mestrado.

Ao Prof. Dr. Paulo Márcio da Cruz, Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da Univali e todo o quadro de excelentes professores com quem tive oportunidade de aprender, tanto da Univali como da Universidade de Alicante, pelos ensinamentos que me foram repassados,

os quais marcaram profundamente meu modo de ver e viver a vida. Confesso que, afinal, já não sou mais a mesma.

Aos meus amigos Luis Fernando Moretti, Marisa Beysdorf e Isolete Guckert e todos os meus alunos, por compartilharem alegremente dessa trajetória.

A Jaqueline Moretti Quintero e todos que compõe a equipe que coordenada a Secretaria de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da Univali pela parceria na consecução dos trabalhos e solução permanente de dúvidas.

À grande luz, que amo e que respeito verdadeira e incondicionalmente, sem ver, sem ter, mas que simplesmente sinto existir.

DEDICATÓRIA

Dedico esta Dissertação à minha mãe. Se sou quem sou, se amo o quê e a quem amo, se sinto e o quê sinto, tudo em mim teve sua fundamental participação.

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota”.

(Theodore Roosevelt).

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), 25 de julho de 2013.

Patrícia Pasqualini Philippi

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DIVULG.	Divulgado
DJ	Diário da Justiça
GPS	Global Positioning System - Sistema de Posicionamento Global
HC	Habeas Corpus
INC.	Inciso
LEP	Lei de Execução Penal
MG	Minas Gerais
MIN.	Ministro
MP	Ministério Público
MS	Mato Grosso do Sul
MT	Mato Grosso
N.	Número
PE	Pernambuco
PR	Paraná
PUBLIC.	Publicado
RJ	Rio de Janeiro
SG	Sistema de Garantias
SP	São Paulo

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TO	Tocantins

ROL DE CATEGORIAS

Devido Processo Penal: se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis “objetivando a consecução dos direitos denominados *fundamentais*, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num prazo razoável”¹.

Direitos Fundamentais: “Os direitos fundamentais são uma extensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada em ideais de liberdade e igualdade, com matizes que englobam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional da história do mundo moderno, com os aportes sucessivos e integrados da filosofia moral, política, liberal, democrática e socialista”².

Direito Penal Mínimo: “Por esta perspectiva teórica, portanto, ao invés de se propor o imediato e irrestrito desaparecimento do sistema penal (tese central do abolicionismo penal), sugere-se uma contenção gradativa do seu âmbito de incidência – derivando dessa proposição, por sinal, a sua difundida nomenclatura: ‘direito penal mínimo ou minimalismo penal’. Ou seja, como percebe NILO BATISTA, a ideia central, aqui é muito simples: deve-se ‘salvar da solução penal tudo aquilo que for possível’”³.

¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. *In*: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995, p. 113-114. “Los derechos fundamentales son una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en la ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construída por la reflexión racional em la historia del mundo moderno, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política, liberal, democrática y socialista. Tradução da autora dessa Dissertação.

³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 221.

Estado Democrático de Direito: “[...] entendido como aquele que intervém nos domínios econômico, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimos de cidadania, política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade”⁴.

Garantia: “[...] na sua acepção mais valiosa e difundida, garantia indica a sustentação, a proteção, a tutela das posições do indivíduo na Sociedade política, as chamadas liberdades individuais; sugere, assim, a existência de mecanismos presentes no ordenamento cujo objetivo é tornar seguros os direitos dos cidadãos, diante do poder estatal e também dos outros cidadãos”⁵.

Garantismo Penal: “Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade os cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário”⁶.

Inimigo: “[...] considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a Sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de pena, e sem

⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002, p.125.

⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 25.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direito mais ou menos amplo”⁷.

Liberdade Provisória: “[...] a liberdade provisória é uma situação do acusado, situação paradoxal em que ele é, ao mesmo tempo livre e vinculado. Livre de locomover-se, mas vinculado a certas obrigações que o prendem ao processo, ao juízo, e eventualmente, a algum lugar predeterminado pelo juiz”⁸.

Medidas Cautelares Diversas da Prisão: “as medidas cautelares diversão são alternativas à prisão preventiva e devem ser aplicadas com caráter substitutivo, nos limites e casos em que couber aquela”⁹.

Presunção de Inocência: “dever de tratamento [...] Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab) usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente)”¹⁰.

Prisão: “é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade de ir e vir”¹¹.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

⁸ TORNAGLI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 358.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 136.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 530.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 31. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379.

Prisão em Flagrante: “Prisão em flagrante é medida de natureza processual que dispensa ordem escrita de autoridade judicial para a sua efetivação, segundo destaca o art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal, cuja circunstância repele a aplicação do princípio da presunção de inocência previsto no citado artigo, em seu inc. LVII. Segundo nossa doutrina, a expressão ‘flagrante’ tem o conceito de ‘queimar’, ‘arder’, etc., configurando nos casos em que a conduta infracional penal ainda está expedindo o calor em razão do fato ocorrido”¹².

Prisão Preventiva: “Prisão preventiva é espécie do gênero ‘prisão cautelar de natureza processual’. Em rigor, toda prisão que anteceda a uma condenação definitiva é preventiva. A própria prisão em flagrante é uma prisão preventiva *lato sensu*. Entretanto, quando se faz referência a essa modalidade de prisão cautelar, tem-se em vista aquela medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, seja como medida de segurança de natureza processual (como dizia Faustin Hélie, *Traité*, t. 4, p. 606), seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, seja por conveniência da instrução criminal”¹³.

Prisão Temporária: “Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar das investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1, inc. III, da Lei n. 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei n. 8.072/90, art. 2, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*”¹⁴.

¹² SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 128.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 31. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 513.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 323.

Proporcionalidade: “Proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo poder público”¹⁵.

Sistema Acusatório: “pode-se designar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base na livre convicção. Inversamente, chamarei de inquisitório todo sistema processual em que o juiz precede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa”¹⁶.

Supremacia da Constituição: “[...] a renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz a espera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma direta fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente ideias de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto forma diretiva fundamental”¹⁷.

¹⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 211.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

¹⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.

Teoria Geral do Garantismo: “[...] a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. [...] o garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição iluminista – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano [...]”¹⁸.

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal:** a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 86.

SUMÁRIO

RESUMO.....	21
ABSTRACT.....	22
INTRODUÇÃO	23

CAPÍTULO 1 - GARANTISMO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	28
1.1 A TEORIA GERAL DO GARANTISMO	28
1.2. GARANTISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	40
1.3. DIREITO E PROCESSO PENAL NO SISTEMA GARANTISTA.....	50
1.4. GARANTISMO E DIREITO PENAL DO “INIMIGO”.....	57
1.5 GARANTISMO E DIREITO PENAL MÍNIMO	62

CAPÍTULO 2 - MODELOS DE ESTADO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA ESTABELECIDOS NO MODELO PROCESSUAL ACUSATÓRIO	68
2.1. MODELOS DE ESTADO.....	68
2.2. SISTEMAS PROCESSUAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	79
2.3 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	90
2.4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	96
2.5 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE	103

CAPÍTULO 3 - À PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA DE <i>ULTIMA RATIO</i> E DAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS – UM MODELO APROXIMADO DO VIÉS GARANTISTA.....	109
3.1 PRISÃO CAUTELAR NO NOVO REGIME DA LEI Nº 12.304/11	109
3.2. DOS REQUISITOS E FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	117
3.3 DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	127
3.4. MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA.....	133
3.5 A INEFICÁCIA DISSUASÓRIA DA PRISÃO PREVENTIVA E A VIA MENOS GRAVOSA DAS MEDIDAS CAUTELARES	140

CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	152

RESUMO

Partindo-se da Teoria Geral do Garantismo Penal, baseada especialmente na doutrina de Luigi Ferrajoli, busca-se reconhecer a adoção de um perfil garantista à Lei nº. 12.403/11 que instituiu o novo regime da prisão cautelar, com especial enfoque à prisão cautelar preventiva e da possibilidade de ser substituída por medidas alternativas, que não a prisão. A prisão cautelar preventiva, herança horrenda da história do Direito e do Processo Penal, que se funda em práticas autoritárias e seletivas, deve ser, a partir da nova lei, aplicada somente em casos extremos, de maneira a se firmar um Direito Penal mínimo e de máxima segurança ao cidadão. Sob o manto do paradigma garantista e atribuindo-se uma maior força à Constituição, a qual deve regular e filtrar todas as normas inferiores com máximo respeito aos princípios de proteção aos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, pretende-se firmar a ideia de que quanto menor o poder do Estado, maior será o direito do cidadão. A partir desta análise, aliada a leitura de um modelo de Estado que se apresenta democrático e de direito, conclui-se que a Teoria do Garantismo Penal se mostra presente na adoção da Lei n. 12.403/11, especialmente quando estabelece a prisão como medida de última *ratio*. A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa voltada ao Constitucionalismo e Produção do Direito. O método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo e as técnicas de investigação utilizadas foram as do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Garantismo; Prisão; Pris Cautelar Preventiva; Medidas Alternativas à Prisão.

ABSTRACT

Based on the General Theory of the Penal Guarantee, and in particular, on the doctrine of Luigi Ferrajoli, the goal of this research is to recognize the adoption of a guarantist profile of Law 12.403/11, which establishes the new system of precautionary detention, with special focus on precautionary preventive detention and the possibility of its being replaced by alternative measures. Precautionary preventive detention, a horrendous legacy from the history of Law and the Penal Process, which is based in authoritarian and selective practices, should, according to the new law, be applicable only in extreme cases, establishing a maximum Penal Law and with maximum security for the citizen. Under the mantle of the guarantist paradigm, and attributing greater power to the Constitution, which should regulate and filter all lesser rules, with maximum respect for the principles of protection of the basic rights and guarantees of all citizens, our intention is to establish the idea that the less the State power, the greater the citizen's right. Based on this analysis, and together with a reading of a model of State that presents itself as democratic state and with a rule of law nature, we can conclude that the Theory of the Penal Guarantee is present in the adoption of the Law 12,403/11, especially when detention is established as a measure of last *ratio*. This Dissertation is part of the line of research "Constitutionalism and the Production of Law". The inductive method was used in the investigative phase, and the research techniques used were reference, category, operational concepts, bibliographic research and note taking.

Key words: Guaranty; Detention; Precautionary Preventive Detention; Alternative Measurements to Detention.

INTRODUÇÃO

Na medida em que a Teoria do Garantismo Penal, proposta por Luigi Ferrajoli, proclama a adoção de um Estado punitivo mínimo, calcado no princípio da necessidade, onde se preconiza o máximo de bem-estar para o cidadão e o mínimo de mal-estar para os transgressores, supõem-se que toda medida capaz de substituir ou diminuir a incidência de uma prisão cautelar, venha não só ao encontro do Garantismo, mas também do Estado Democrático de Direito, proclamado na Constituição Federal do Brasil de 1988, de forma a tutelar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, sobretudo, o direito à liberdade.

A ideia de um direito e processo penal de garantia ameniza os abusos praticados pelo Estado durante a persecução penal e é a pedra de toque para a largada em busca do minimalismo penal. A proposta é de um princípio fundamental de civilidade e que faz desaparecer o direito penal do horror, ainda que, para isso, tenha-se que pagar o custo de impunidade de algum culpado.

A realidade apresenta o fracasso histórico da maximização dos crimes, das penas e das prisões. A proposta de se inverter as regras do jogo, alargando-se a tutela das liberdades frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso e inútil no direito penal, não é fácil e tampouco confortável.

A luta em defesa do Garantismo é uma luta de minorias, de um grupo estigmatizado, desafortunado, seletivo, discriminado e que na práxis carrega a imagem de “inimigos” da Sociedade, do Estado e do poder.

Toda e qualquer forma de expressão das garantias de liberdade regrada no Direito Penal, denotam o aspecto defendido pela Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, a exemplo da inovação trazida no ordenamento brasileiro pela Lei n. 12.403/111, que prevê a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas.

Embora nem todos os problemas tenham sido resolvidos e muito há o que se fazer no âmbito legislativo e da jurisdição penal, as inovações trazidas pela Lei n. 12.413/11, que trata do novo regime de prisão cautelar e das medidas substitutivas diversas, parecem possibilitar a diminuição da prisão provisória e representam um avanço na Constitucionalização dos direitos e na preservação dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da proporcionalidade.

A partir destes aspectos, a presente Dissertação tem por objeto pesquisar a respeito do novo modelo de prisão cautelar e da sua substituição por medidas alternativas de maneira a verificar a existência ou não de um padrão teórico Garantista.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O objetivo científico é verificar a existência do paradigma Garantista instituído pela Lei n.12.403/11 na aplicação do novo regime de prisão cautelar, especialmente a prisão preventiva, onde se estabelece a possibilidade de substituição da prisão cautelar por medidas cautelares alternativas, de modo que qualquer que seja a espécie de prisão cautelar deve ela representar a última *ratio* da persecução penal.

O problema que primeiro instigou a presente pesquisa se mostrou no seguinte: A Lei n. 12.403/11 que prevê o novo regime de prisão cautelar e substituição das suas espécies por medidas cautelares alternativas é um modelo que se adéqua a um Estado Democrático de Direito, ao paradigma constitucional e, sobretudo, a Teoria do Garantismo proposta e defendida por Luigi Ferrajoli?

Para a pesquisa e tratamento do problema foram levantadas as seguintes hipóteses:

A Teoria do Garantismo proposta por Luigi Ferrajoli e sua implementação num Estado Democrático de Direito como afirmado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Direito e o Processo Penal e seu balizamento pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma a dar maior alcance à defesa dos direitos e garantias fundamentais, de forma a reduzir o poder e força do Estado, priorizando o direito de máxima liberdade do indivíduo.

O novo regime de prisão cautelar fixado pela Lei n. 12.403/11 e que prevê a substituição por medidas cautelares alternativas e sua correspondência ao modelo Garantista proposto por Luigi Ferrajoli.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1 com uma leitura da Teoria do Garantismo proposta por Luigi Ferrajoli, a qual originariamente voltada ao Direito Penal foi elevada a uma Teoria Geral de Direito. Nesta toada, foi explicitado que a ideia defendida por Luigi Ferrajoli parte da defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, contrapondo-os com a limitação e controle do poder exercido pelo Estado. Neste sentido, o capítulo também explora a máxima liberdade do cidadão frente ao arbítrio e discricionariedade do Estado. Já em seguida, trata-se do Garantismo no Estado Democrático de Direito e da função da Constituição como filtro das normas elencadas no Direito e no Processo Penal. Por fim, apresenta-se a práxis seletiva do direito penal, tendo-se no Garantismo e num Direito Penal Mínimo, uma alternativa viável a garantia e tutela dos direitos dos cidadãos contra os abusos cometidos pelo Estado.

O Capítulo 2 apresenta os modelos de Estado e os princípios constitucionais de garantia, estabelecidos no padrão acusatório do processo penal. Inicia-se percorrendo a respeito dos modelos de Estado, firmando a declaração contida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 da adoção de um

Estado Democrático de Direito. Após, aborda-se a respeito dos sistemas processuais existentes e do que vige no ordenamento jurídico brasileiro, se afirmado predominantemente pela doutrina como sendo de cunho acusatório. Continuando, discorre-se sobre alguns dos princípios constitucionais de garantia, a exemplo do princípio do devido processo legal, princípio da presunção de inocência e finalizando com o princípio da proporcionalidade, os quais teriam o condão de garantir a máxima liberdade do indivíduo.

O Capítulo 3 dedica-se a demonstrar o novo regime de prisão cautelar instituído pela Lei n. 12.403/11 e da possibilidade de ser esta substituída por medidas cautelares alternativas. Num primeiro momento, apresentam-se então as espécies de prisões, com ênfase à prisão cautelar preventiva e a sua difícil justificativa. Dentro deste contexto, faz-se uma análise sequencial da liberdade provisória e suas garantias, para então logo após explanar a respeito das medidas substitutivas e alternativas à prisão, previstas na Lei n. 12.403/11. Enfim, pretende-se estabelecer o viés garantista da nova Lei n. 12.403/11, notadamente, no que diz respeito à substituição da prisão cautelar por medidas alternativas, no sentido de se consagrar como um caminho adequado à tutela dos direitos do cidadão, especialmente, o de liberdade e menos gravoso à persecução criminal.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre as medidas cautelares substitutivas à prisão cautelar, detalhadamente a prisão cautelar preventiva, onde se busca identificar a existência do paradigma teórico do Garantismo de Luigi Ferrajoli, propondo ainda ponderações e a estimulação ao prosseguimento mais aprofundado acerca do conteúdo.

O Método utilizado na fase de Investigação¹⁹ foi o Indutivo²⁰; na fase de Tratamento dos Dados foi o Cartesiano²¹ e, no presente Relatório da pesquisa, é empregada a base indutiva.

As técnicas de investigação utilizadas foram as do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial e demais categorias de relevo, quando mencionadas pela primeira vez, encontram-se caracterizadas em notas de rodapé. Os precedentes jurisprudenciais utilizados para estudo se encontram com suas referências em notas de rodapé e/ou ao final como anexo.

¹⁹ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54.

²⁰ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25.

²¹ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”.PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 37.

CAPÍTULO 1

GARANTISMO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A TEORIA GERAL DO GARANTISMO

A Teoria Geral do Garantismo proposta por Ferrajoli em sua obra *Diritto e Ragione*, designa um modelo de Direito inserido no pensamento jurídico do positivismo e tem como força-motriz um sistema de garantias, fundado no respeito à dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais dentro de um Estado de Direito²².

Trindade afirma que Ferrajoli tem na obra inspiração iluminista e liberal, tanto é que o próprio Bobbio ao produzir o prefácio à obra *Diritto e Ragione*, diz ser o pensar do autor iluminista em filosofia e liberal em política, consolidando assim a grande antítese entre liberdade e poder no sentido de que quanto maior seja a liberdade, tanto menor será o poder e vice-versa²³.

Diritto e Ragione, matizada original e particularmente nos problemas de ordem do Direito Penal e Processual Penal, é recheada de antíteses ou grandes dicotomias, tem início na franca oposição ao autoritarismo político e ao ativismo judicial²⁴, defendendo assim o autor, o cognitivismo frente ao decisionismo, com a

²² FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*, foi publicada em 1989, é o principal marco teórico da Teoria Geral do Garantismo. Voltada inicialmente ao Direito Penal, esta Teoria alcançou o *status* de Teoria Geral do Direito, sendo que diante do seu extenso conteúdo e imensa profundidade, não se pretende e nem se consegue aqui o esgotamento ou detida análise de sua doutrina, mas tão somente uma pequena amostra da fonte teórica para uma limitada análise do garantismo e sua implicação no direito penal e processual penal. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chowder, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²³ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial en terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 123.

²⁴ Ativismo judicial consiste na recusa dos Tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição. TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial en terrae

ulterior distinção entre o governo das leis, e governo dos homens e todas as suas conexões.

A propósito, Ferrajoli não deixa de reconhecer, neste aspecto, a existência indelével da discricionariedade judicial, contudo, defende que deve a mesma ser usada tendo por esteira a interpretação da leis pelos princípios da Constituição. O filtro e a leitura de interpretação devem ser Constitucional, na medida em que

O juiz não é uma máquina automática em que por cima se inserem os fatos e por baixo se tomam as sentenças, as vezes com a ajuda de algum empurrão quando os fatos não se adaptam perfeitamente a ela. Portanto, tanto as condições de uso do termo “verdadeiro” como os critérios de aceitação da “verdade” no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade²⁵.

Voltado inicialmente ao Direito e Processo Penal, o Garantismo tem por acepção a limitação do poder punitivo do Estado e a garantia de proteção ao exercício dos direitos fundamentais, tidos como aqueles que a norma atribui à pessoa, no que se refere à sua vida, a sua liberdade, à igualdade, a sua participação política e social, ou a qualquer outro aspecto fundamental como pessoa²⁶, os quais exigem hermenêutica constitucional, ou seja, que sua interpretação se dê conforme à Constituição Federal.

Por direitos fundamentais, define na mesma ordem Martinez, que são aqueles que “correspondem a um conjunto de normas de um ordenamento jurídico positivo fundado na moralidade; na defesa da dignidade humana e dos valores de

brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 123.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33. (destaques conforme o original).

²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433.

liberdade e igualdade que representam as normas materiais básicas desse ordenamento”²⁷.

Por Teoria do Garantismo, define Ferrajoli:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.²⁸

De acordo com Ferrajoli, a razão da defesa do Garantismo tem por base o fato de que na época do seu surgimento, todos os parâmetros de justiça e de legitimidade de intervenção punitiva eram largamente desatendidos, seja no considerar da legislação penal ou da jurisdicional, seja no seu pior, ao considerar as práticas administrativas e policiais. Apesar da realidade da época, há muito ainda o que se fazer para implementação desta Teoria na Sociedade pós-moderna, que continua clamando incessantemente pelo exercício e garantia destes direitos²⁹.

A Teoria Geral do Garantismo que pode ser utilizada em outros setores do ordenamento jurídico tendo por referência o mesmo critério de legitimação e garantias de legalidade e de adequação das normas à Constituição, tornou-se assim uma Teoria do Geral do Direito, de enorme potencial explicativo e propositivo³⁰.

²⁷ MARTINEZ, Gregório Perces-Barba. **Derecho y derecho fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 323.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271. (destaques conforme o original).

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

³⁰ CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p.72.

Vinculada, como já dito, à tradição iluminista, a Teoria Geral do Garantismo baseia-se em qualquer das formas nos direitos individuais de forma a limitar o poder do Estado soberano, que não se restringe mais ao Poder Executivo, como pode parecer num primeiro momento, mas vincula todas as demais funções estatais, em especial o Poder Legislativo, que, como já disse Rosa, “não mais possui um cheque em branco”³¹.

Para Pinho, o Garantismo defendido por Ferrajoli também nasceu das ideias iluministas e se manifesta por técnicas de limitação do poder punitivo do Estado, que na época era absoluto³².

A visão de Ferrajoli sobre a Teoria consiste na observação:

O modelo penal garantista, recebido na Constituição italiana como em outras Constituições como um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva é, na prática, largamente desatendido: seja ao se considerar a legislação penal ordinária, seja ao se considerar a jurisdição, ou pior ainda, as práticas administrativas e policiais. Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco de torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto. A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de ‘garantismo’, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático³³.

A efetivação do exercício pleno das ordens e garantias Constitucionais só estará legitimada, portanto, num Estado de Direito, que no Direito Penal designa o poder judicial de apurar e punir os crimes (poder *sub lege* ou submetido às leis) e o poder legislativo de defini-los (poder *per lege* ou mediante a lei), cujo exercício é

³¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 25.

³² PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito penal e estado democrático de direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 683-684. (destaques conforme o original).

também submetido às leis, ou melhor, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal³⁴.

Nas palavras de Rosa:

O garantismo jurídico baseia-se, desta feita, nos direitos individuais vinculados à tradição iluminista – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante Neoliberal³⁵.

De acordo com Ferrajoli, três são as acepções ou significados do termo Garantismo, diversos, mas, relacionados entre si.

Num primeiro significado, explica Ferrajoli:

garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente³⁶.

No seu primeiro significado, trata-se de um modelo normativo de direito e próprio do Estado de Direito, marcado no plano epistemológico, como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político como uma técnica em que se minimiza a violência e se maximiza a liberdade e no plano jurídico como um sistema

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687. (itálicos conforme o original).

³⁵ ROSA, Alexandre de Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20-21.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

vinculador imposto à função punitiva do Estado em face das garantias dos direitos dos cidadãos.

Neste afã, o Garantismo é um modelo normativo de direito de estrita legalidade, mas que não deixa de fazer críticas ao direito positivo, cuja norma deve guardar validade material (conformidade com os princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais), não apenas formal (requisitos formais de criação e existência), pregando ainda a observância dos princípios contidos na Constituição.

Não há que se descuidar, porém, de que uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos por ela sancionados, mas não passar de mero pedaço de papel caso haja defeitos de técnicas coercitivas de garantias que possibilitem o controle de neutralização do poder e do direito ilegítimo³⁷.

No seu segundo significado:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ do ‘dever ser’ no direito; e aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantista), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas³⁸.

Aqui, o Garantismo é analisado como uma teoria jurídica da validade, efetividade e vigência da norma, estabelecendo a diferenciação entre “ser” e “dever ser” no Direito, calcado na discrepância entre os modelos normativos e suas práticas efetivas, constituindo-se assim em um novo entendimento à Teoria Pura do Direito,

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684. (destaques conforme o original).

preconizada por Kelsen, já que possibilita uma análise crítica da lei quando de sua aplicação.

Neste pensar, Rosa volta suas baterias a ideia Garantista que entende como válida a norma que estiver de acordo com o conteúdo da Constituição, a qual denomina de estrita legalidade ou legalidade substancial. Diante disso, a norma já não mais se presume válida porque decorreu do poder legislativo, mas porque está de acordo com a Constituição. Assim é que no modelo Garantista, além do princípio da legalidade formal, agrega-se o fator conteúdo, rompendo-se com o mero procedimento³⁹.

Logo, cumpre ao Poder Legislativo, ao elaborar uma lei, observar além das formalidades legais exigíveis para a aprovação da referida lei, principalmente, se está inserida nos moldes da Constituição Federal. E mais, nesta ordem, nem por maioria ou por unanimidade pode a lei ferir direitos e garantias constitucionais, as quais incidiriam na esfera daquilo que não pode ser decidido, os direitos e garantias eternas dos cidadãos que o Poder Legislativo em hipótese alguma poderá suprimir.

Neste contexto, Rosa afirma que os direitos fundamentais desfilam com papel preponderante ao conferir a mensuração da efetivação da Constituição, estabelecendo o que pode ser deliberado pelo Poder Legislativo (cujos direitos e garantias estão na esfera do indecidível), o que pode ser garantido pelo Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade das normas, sujeitando-se assim os indivíduos, no Estado de Direito, somente às leis válidas⁴⁰.

Enfim, quanto ao seu terceiro significado, afirma Ferrajoli:

“garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste

³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101-102.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101-102.

último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o 'ser' e o 'dever ser' do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo⁴¹.

Em seu último significado, o Garantismo designa, portanto, uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa (valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser do Direito), isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam a existência do garantismo.

Para o autor, a ascensão de um ponto de vista externo ou político não encoberto sobre aquele interno ou jurídico, forma o pressuposto de toda a doutrina democrática dos poderes do Estado, não apenas dos poderes penais. Isto porque, o externo é o ponto de vista de baixo ou *ex parte populi*, e o interno é o ponto de vista do alto ou *ex parte principis*, sendo que aquele exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos 'fundadores' ou mesmo os interesses e as necessidades 'naturais' individuais ou coletivas, cuja exultação representa a razão de ser coisas artificiais que são as instituições jurídicas e políticas. Contudo o atrofiamento do ponto de vista externo ou sua confusão com o interno, forma a conotação de todas as culturas políticas autoritárias, reunidas na ideia de autofundação ou autojustificação de direito e Estado como valores em si, onde não são meios, mas eles mesmos o fim⁴².

Essas três acepções do Garantismo, revelam uma Teoria Geral do Garantismo, que conforme delineia Ferrajoli⁴³, vincula o poder público ao Estado de Direito; promove a separação validade e vigência e permite a distinção entre o ponto

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 685. (destaques conforme o original).

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 685. (itálicos e destaques conforme o original).

de vista externo (ético-político) e o ponto de vista interno (jurídico) evidenciando a correspondente divergência entre justiça e validade.

Dentro deste contexto, o Sistema de Garantias (SG), formulado pelo autor em qualquer das acepções tem regras de que se incumbe o Direito Penal (ramo do Direito onde a Teoria Geral Garantista teve suas raízes) e o Direito Processual Penal, proposições assertivas, que harmonizadas sistematicamente, são os princípios fundantes desse sistema garantidor.

Cada um dos princípios a seguir descritos e que compõe o Sistema de Garantias de todo o modelo de Direito Penal, exprime uma condição para a afirmação da responsabilidade penal e para aplicação da pena.

Assim, Ferrajoli nas suas exatas palavras, trata estes 10 (dez) princípios ou axiomas:

- A1 Nulla poena sine crimine
- A2 Nullum crimen sine lege
- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate
- A4 Nulla necessitates sine injuria
- A5 Nulla injuria sine actione
- A6 Nulla action sine culpa
- A7 Nulla culpa sine judicio
- A8 Nullum judicium sine accusatione
- A9 Nulla accusatio sine probatione
- A10 Nulla probatio sine defensione⁴⁴.

Deste modo, o modelo Garantista apresenta dez condições, limites e proibições denominadas garantias do cidadão contra o arbítrio e o terror penal; de acordo com este modelo, não se admite qualquer imposição da pena sem que se cometa um delito, sem que se tenha previsão legal como delito, e sua necessidade de proibição e punição, efeitos lesivos para terceiros, o caráter exterior e material da

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 686.

ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor, e mais, a prova empírica pela acusação perante um juiz imparcial em um processo público e contraditório com defesa e procedimentos legalmente preestabelecidos.

A aposta é realmente alta. O que se investiga e se propõe é a elaboração de uma Teoria Geral, de um Sistema de Garantias (SG), que tem somente como possível a concretização dentro de um Estado de Direito e que tem por fundamento a tutela das liberdades dos indivíduos frente às inúmeras formas do exercício arbitrário do poder, especialmente e absolutamente abjeto no Direito e Processo Penal.

Como forma de maximizar estes fundamentos, é preciso compreender que o Direito Penal e Processual Penal passa pelo filtro da Constituição, que ocupa função central do Sistema de Garantias formulado por Ferrajoli, sendo evidente que a manutenção e eficácia desses direitos e garantias fundamentais do cidadão se estabeleça em um Estado de Direito, “como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito a partir do Direito”⁴⁵.

Neste pensar, o Direito deve ser focado como um Sistema Geral de Garantias, não apenas penais ou processuais, mas preordenado à tutela dos direitos fundamentais, os quais são protegidos constitucionalmente frente aos interesses da maioria e da minoria, próprios de um Estado de Direito.

Por garantia se entende a sustentação, a proteção, a tutela das posições do indivíduo na Sociedade política, ou seja, as chamadas liberdades individuais, sugerindo assim a existência de mecanismos insertos nos ordenamentos jurídicos

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

tendo por objetivo tornar seguros os direitos dos cidadãos, diante do poder do Estado e de outros cidadãos⁴⁶.

Há, por conseguinte, diferença entre direitos e garantias. Como sustenta Bastos

A nossa Constituição Federal de 1988, no Título II, assegura não somente direitos fundamentais como também garantias fundamentais, o que deixa claro que são coisas diferentes, embora muito próximas. Tanto os direitos como as garantias fundamentais não deixam de ser direitos: pertencem, portanto, a essa categoria ampla dos direitos individuais. A diferença repousa na circunstância de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente forte e rápidos para garantir os direitos individuais [...].

E prossegue:

[...] Sobre direitos e garantias muito bem escreve Gomes Canotilho: “Rigorosamente as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção de direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (v.g., direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis idem*, etc.)⁴⁷.

As garantias são, destarte, os instrumentos que conferem eficácia aos direitos fundamentais. Nada disso, porém, é na prática simples de estabelecer. Adaptar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar e concretizar efetivamente a prática dos princípios e dos direitos fundamentais por eles consagrados é tarefa das mais difíceis.

Como conclui Ferrajoli, “a coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é contudo,

⁴⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, et al. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias⁴⁷, assim, a garantia do sustento prático a ser oferecido ao próprio Sistema de Garantias, sob pena de toda a ideia se resume numa grande falácia política e jurídica.

Política, no sentido de que bastaria um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, jurídica, na ideia de que bastariam razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis garantias constitucionais para conter os poderes e colocar os direitos fundamentais a salvo de distorções⁴⁹.

Nas acabadas expressões do autor:

A experiência, no entanto, ensina que nenhuma garantia jurídica pode ser conduzida exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não for apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada⁵⁰.

A soma dessas forças políticas, jurídicas e humanas formam a base do Garantismo, um modelo ideal, da qual se pode, uns mais, outros menos, se aproximar. Um modelo onde o poder ilimitado, tirano, arbitrário e odioso do Estado deve ser extirpado, cedendo lugar, a máxima liberdade, igualdade e concretização dos direitos e garantias fundamentais.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 248. (destaques e itálico conforme o original).

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 752.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 752.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 752.

1.2. GARANTISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Garantismo é por excelência o substrato da formação moderna que é o Estado de Direito. Designa por este motivo um modelo nascido com as modernas Constituições e não simplesmente um Estado legal ou ajustado por leis.

O Estado de Direito é assim caracterizado no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida ao controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes, bem como, no plano substancial, à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação na Constituição dos deveres públicos correspondentes, por um lado, de vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e por outro, das obrigações de satisfação dos direitos sociais e dos correlatos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária⁵¹.

Os direitos fundamentais, como já dito, são todos aqueles direitos subjetivos que correspondam universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, que se constitui em qualquer expectativa positiva ou negativa em face do Estado, pressupondo idoneidade para respectivo exercício⁵².

Cruz fala que é tarefa dos parlamentos, enquanto representantes, no Estado Democrático de Direitos, de todos os cidadãos delimitar os direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente reconhecidas, porquanto, é esta a fórmula de se evitar uma excessiva liberdade de ação por parte do Poder Executivo,

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687-688.

⁵² ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 88.

o que, contudo, não significa ser suficiente a garantir que não se produzam violações destes direitos ou que possam estas serem remediadas⁵³.

Em franca oposição com o Estado Absoluto está o Estado de Direito, concebido este como o inimigo dos excessos. Em contraposição ao regime da força o Estado de Direito apresenta três postulados fundamentais: a moderação do poder a separação dos poderes e a igualdade perante a lei. Neste modelo, o princípio da legalidade é o seu ponto de sustentação.

Nas primeiras décadas do Século XX o Estado de Direito entra em crise, face os riscos apresentados pelo formalismo e absolutismo legislativo. Diante do fenómeno surge um novo paradigma que afeta profundamente a concepção do Direito.

Paralelamente ao Estado do Direito edifica-se o Estado Constitucional de Direito, onde a primazia que antes era da lei passou a ser da Constituição, onde se deslocou a reserva da lei para a reserva da Constituição e do controle jurisdicional de legalidade se passou ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Para Cruz, a inserção paulatina do princípio democrático agregou outra característica, a de a lei ser não só uma regra geral, mas também a expressão de vontade da toda a coletividade, formulada por representantes livremente escolhidos pelos cidadãos. Da conexão interna entre estas duas qualidades tem-se o “Estado constitucional democrático de direito”⁵⁴.

O Estado Democrático de Direito supõe um equilíbrio entre o carácter determinante da vontade popular e a garantia de direitos ou situações jurídicas fundamentais do indivíduo, intocáveis, inclusive, por esta mesma vontade⁵⁵.

⁵³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 73.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93.

⁵⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 212-214.

Sobre o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias, diz Merolli:

em verdade, corporifica uma concepção sintética entre um Estado Liberal (é dizer, um Estado regido pelo Direito, que provém da vontade geral expressa pelo povo – um Estado guardião do cidadão) e um Estado Social (ou seja, um Estado que interfere direta e imediatamente no jogo social, um Estado intervencionista nas relações sociais, que impõe a si mesmo diversas prestações positivas⁵⁶.

Segundo Rosa, a democracia, no caráter Garantista, significa o Estado de Direito provido tanto de direitos liberais (direitos de) como de direitos sociais (direitos a), próprios, esses últimos, dos Estados intervencionistas como no Brasil⁵⁷.

Para Streck e Moraes, “o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito [...] impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”⁵⁸.

Enquanto o antigo Estado Liberal consistia unicamente em imposições negativas ao poder público no afã de se observar os direitos inalienáveis dos seus cidadãos, o Estado Social, típico das Constituições do Século XX, além de assegurar esses direitos fundamentais, promove também direitos sociais através de imposições que visam a implementação (ordenamentos positivos).

A consequência disso, como afirma Bastos, é que se altera a base de legitimação do Estado, assim, enquanto o Estado Liberal deveria apenas não piorar as condições de vida dos cidadãos; o Estado Social, por sua vez, deve melhorá-las por meio dos direitos sociais⁵⁹.

⁵⁶ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 265.

⁵⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 30.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. In: ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 30-31.

⁵⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. **Investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26.

Ferrajoli reconhece os dois tipos de garantias e os correspondentes modelos de Estado que, apesar de não se excluírem, são logicamente independentes e afirma que a “técnica garantista é sempre aquela da incorporação limitativa dos direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos, equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado”⁶⁰.

Como tantas outras Constituições modernas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo inaugural⁶¹, afirma e caracteriza o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito, sedimentando a concepção de que o ser humano é a figura fundamental de qualquer organização política e democrática, sendo que em toda organização, há que se primar pela sua dignidade.

Dentre os Direitos Fundamentais que devem ser respeitados no Estado Democrático de Direito estão incluídos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as liberdades e os direitos sociais contidos nos artigos 5º e 6º, respectivamente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A respeito da Constituição, afirma Ferrajoli que a Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988 é indubitavelmente a mais avançada de todas da América Latina, especialmente no que diz respeito a um amplo catálogo de direitos sociais. Disso resulta uma postura de Estado Constitucional de Direito enormemente

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687-688.

⁶¹ BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. “Art. 1º. A República Federativa do

potencializada, seja no que diz respeito as garantias primárias (nos limites e vínculos impostos à legislação para a tutela dos direitos constitucionalmente estabelecidos), seja nas garantias secundárias, conferidas à jurisdição e prevista para as hipóteses de violações das garantias primárias (consistente na obrigação de anular ou sancionar os atos inválidos ou ilícitos)⁶².

Antes disso a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, proclamada pela ONU, já preceituava no artigo 1º:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para os outros num espírito de fraternidade.

A propósito, como ressalta Cruz, a relevância jurídica dos 'direitos do homem' não é por si só resultado de afirmações filosóficas, mas de sua inclusão em normas vinculantes, em especial, nos textos constitucionais, convertendo-se em direitos fundamentais e de inspiração para todo o ordenamento jurídico, condicionando a aplicabilidade prática destes preceitos constitucionais e que preveem estes direitos ao mesmo caminho⁶³.

Nesta senda, os direitos fundamentais dos indivíduos constituem a legitimidade da ordem jurídica, sustentando a base, de modo que inexistiria um Estado de Direito sem que fossem assegurados aos cidadãos direitos, liberdades e garantias oponíveis contra o ente estatal.

Também se ressalta que a análise Garantista recai sobre o conceito de democracia. Isto porquê, conforme já afirmado por Rosa, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve superar a mera democracia formal, para atingir a democracia material ou substancial, na qual

Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamentos [...].”

⁶² FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. FERRAJOLI, Luigi, et al. (org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Tradução de André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232-233.

os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de não se legitimar as instituições do Estado. Em outras palavras, nem por maioria pode-se violar ou negar os direitos fundamentais dos indivíduos⁶⁴.

E cita o referido autor:

Com a operacionalidade possível da democracia substancial/material, está inserido no Estado Democrático de Direito, a esfera do decidível e do não decidível, por maioria ou mesmo unanimidade. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar-se o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garanti-los na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais⁶⁵.

Sendo o Estado de Direito o conjunto de garantias liberais e sociais e sendo a regra do Estado Liberal de Direito que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo pela maioria, e em contrapartida, a regra do Estado Social, a qual nem sobre tudo se pode não decidir, nem mesmo e pela mesma maioria, apenas sobre todo o resto vale a regra da democracia política (maioria direta ou indireta), restando excluídas, portanto, da esfera do decidível as garantias dos direitos, sejam elas liberais ou sociais.

Feitas essas considerações, é possível se constatar que o Garantismo tem a matriz na democracia material ou substancial que, com base na supremacia Constitucional, obriga a interpretação constitucional de todos os outros ordenamentos jurídicos, de forma que, em hipótese alguma, sejam relegados os direitos fundamentais do indivíduo.

Nas exatas palavras de Canotilho:

[...] o Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e de paz. São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade e

⁶³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 173. (destaques conforme o original).

⁶⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 86.

⁶⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 22.

responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos. [...] ⁶⁶

E continua:

[...].Para tornar efectivos estes princípios e valores o Estado de direito carece de instituições, de procedimentos de acção e de formas de revelação dos poderes e competências que permitam falar de um poder democrático, de uma soberania popular, de uma representação política, de uma separação de poderes, de fins e tarefas do Estado. A forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado ⁶⁷.

Assim é que a Teoria do Garantismo, fundada no respeito à dignidade humana e nos direitos e garantias fundamentais, passa pela matriz da Constituição e se estrutura no Estado de Direito, que contemporaneamente se mostra na maioria dos Estados, constitucional e democrático, modelo no qual o Garantismo tem em tese chances de se sustentar.

Desta maneira, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a inauguração de um Estado Democrático de Direito, rompeu-se com um paradigma de grande relevância para o sistema jurídico, porquanto, o novo modelo de Estado impôs uma inovadora forma de produção do Direito e mais, uma nova postura do operador jurídico, vez que a função transformadora e promovedora que passa o Direito a desempenhar, tem sua eficácia pendente da atuação do próprio Estado. ⁶⁸

Defende-se que são características de toda Constituição Democrática a tutela e a salvaguarda das liberdades individuais frente aos abusos do poder estatal, condicionando a interpretação das normas jurídicas à necessidade de se restringir o menos possível a implementação dos direitos fundamentais.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 21.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva. 1999, p. 21.

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40.

Declara Ferrajoli neste pensar propositivo:

E todavia, em um sentido não formal e político, mas substancial e social de 'democracia', o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidade vitais de todos. Neste sentido o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantais, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto⁶⁹.

Chama atenção que, muito embora tenha a Constituição afirmado que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, essa não é uma realidade, deveras presente e absoluta, sobretudo pela dificuldade de se por em prática todas as ordens e direitos por ela estabelecidos. É um desejo do povo brasileiro, como do povo de qualquer outro país, que tenha no seu modelo, o modelo democrático de Estado de Direito.

A respeito dessa realidade discorre Streck:

É evidente que o garantismo não se constitui em uma panaceia para a cura dos 'males' decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito. O que ocorre é que, em face da aguda crise do positivismo jurídico-normativista, não se pode desprezar o contributo para a operacionalidade do Direito do porte do garantismo, que prega, entre outras coisas, que a Constituição (em sua totalidade) deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja uma norma válida ou inválida (e isto, embora seja óbvio, não tem ainda, a necessária repercussão no imaginário dos juristas brasileiros), propiciando toda uma

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 693. (destaques conforme o original).

filtragem das normas infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior[...]”⁷⁰.

Continua o autor:

[...]. Dito de outro modo, o garantismo não significa um retorno a um ‘Estado bom’ que já houve. Nos países avançados da Europa, beneficiários do Welfare State, isso até seria possível. No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo de construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade⁷¹.

O fato é que, realidade ou utopia, há que se respeitar a supremacia da Constituição que inserida num Estado Democrático de Direito, obriga o Estado a satisfazer todos os direitos individuais ou sociais nela inseridos e “garante” na melhor acepção do Garantismo, não deixar violar qualquer direito fundamental do cidadão.

E a Teoria Garantista faz justamente isso ao resgatar a valorização da Constituição como documento fundamental de estruturação da Sociedade⁷² e materialização dos Direitos Fundamentais, erigidos aqui na revisão da estrutura do Direito Positivo e na releitura e interpretação das garantias penais e processuais penais vigentes.

O modelo adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi de Estado Social e Democrático de Direito. Cumpre a este sob a ótica do Garantismo, papel determinante na configuração do Direito Penal e Processual

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Da utilidade de uma análise garantista**. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista_02_streck.html>. Acesso em 29 mar. 2013.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Da utilidade de uma análise garantista**. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista_02_streck.html>. Acesso em 29 mar. 2013.

⁷² A opção da autora da presente Dissertação para este tipo de grafia se sustenta no seguinte argumento: “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a *criadora* e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 169. (negritos e destaques conforme o original).

Penal, de forma a salvaguardar os direitos fundamentais, a exemplo do direito de liberdade, contrapondo-a com os abusos e a tirania do poder estatal.

1.3. DIREITO E PROCESSO PENAL NO SISTEMA GARANTISTA

A visão Garantista guarda verdadeira simbiose com a consolidação do Estado Democrático de Direito, no qual compete ao Poder Judiciário garantir os direitos e garantias fundamentais, resguardando, sobretudo, o regime democrático substancialista e a máxima condição de liberdade contra o arbítrio e a tirania do Estado, genuinamente formulada por Ferrajoli em sede das agruras enfrentadas na investigação e concretização do Direito Penal italiano.

Do ponto de vista filosófico, num Estado Democrático de Direito o Direito Penal não pode se prestar apenas a desempenhar funções meramente pedagógicas e de modelação moral como pretende Welzel ao concluir que a “Missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos fundamentais valores éticos-sociais da ação”⁷³.

E mais, num Estado Democrático de Direito não se pode conferir legitimidade a tal exposição teórica, até porque este modelo de Estado exige como pressupostos inarredáveis: a liberdade de consciência, o pluralismo ideológico e a tolerância moral. Logo, um Direito Penal verdadeiramente democrático deve apresentar-se como uma ordem reguladora externa de condutas e não como um instrumento de aperfeiçoamento espiritual, onde se confundem direito e moral⁷⁴.

Em verdade, no pensar Garantista, o Direito Penal acaba por se configurar numa técnica de limitação e disciplina do potencial punitivo do Estado frente às condenações e punições arbitrárias. O Direito Penal, deste modo, presta-se à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais das possíveis pessoas

⁷³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Tradução de Juan Vustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 16.

⁷⁴ MERROLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

ofendidas pelo delito, como também a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais das pessoas ameaçadas pela possibilidade de represálias privadas ou estatais.

Não se pode olvidar, porém, conforme já alertado por Brandão e Spengler, que nem sempre isso se mostra possível:

Percebe-se, assim, que a contínua falta de percepção legislativa de leis penais e processuais penais têm por destinatários seres humanos, assim como o esquecimento de que está declarado. Na Constituição Federal, ser o Brasil um Estado Democrático e de Direito, afasta a elaboração das leis do leito do rio que deveria desaguar nos limites e garantais que se aplicam a todos, indistintamente, para encontrar a foz do arbítrio e da seletividade⁷⁵.

Pelo Garantismo, porém, o Direito Penal só ganha legitimidade se significar a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, que certamente vigoraria na sua ausência. A orientação, assim, é de proteção do mais débil, compreendida não só como a parte ofendida no momento do crime, como também e principalmente, a pessoa ameaçada pela vingança, no momento do processo e da execução penal⁷⁶.

Não menos importante que o Direito, está o Processo Penal para a satisfação das garantias aos direitos fundamentais, ou seja, se mantém o mesmo à disposição do Estado não apenas para aplicação da lei penal ou da pena (como fim), mas também, e principalmente, para garantias dos direitos dos cidadãos, a exemplo da máxima liberdade.

Em verdade, o processo penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso da história e os princípios de política processual não são outra coisa senão segmentos da política estatal, servindo assim como termômetro dos elementos corporativos ou autoritários da

⁷⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 104.

Constituição. Neste diapasão, uma Constituição democrática deve orientar sempre para a democratização substancial do processo, que não tolera um processo penal autoritário típico de um Estado de Polícia, pois o processo deve adequar-se à Constituição e não vice-versa⁷⁷.

À medida que o processo serve como instrumento para realização do Direito Penal, tem ele uma dupla função, de um lado, no sentido de tornar viável a aplicação da pena, do outro, de servir como garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Neste aspecto, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir a plena efetividade aos direitos constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc⁷⁸.

Direito e Processo Penal possuem, portanto, nexos estruturais e funcionais conexos entre si. As garantias penais (substanciais) subordinam a pena aos pressupostos substanciais dos crimes – a lesão, a conduta, a culpabilidade que serão tanto mais efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle, face às garantias instrumentais ou processuais. Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas também como garantia recíproca de efetividade⁷⁹.

Os sistemas de direito e processo penal passaram assim do Estado de Polícia (poder público ilimitado, arbitrário e totalitário) antes vigente para o Estado de Direito (poder público limitado a substancialidade da lei). O Estado Democrático de

⁷⁶ CARVALHO, Salo. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 100.

⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/32>>. Acesso em 01 abr. 2013.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/32>>. Acesso em 01 abr. 2013.

Direito faz parte, portanto, da construção de um direito penal e processual penal ideal e que necessita constantemente conter do Estado de Polícia que ainda pulsa no seu interior⁸⁰.

Ainda de acordo com Rosa, identifica Ferrajoli nos modernos Estados de Direito, caracterizados pela distinção de vários níveis normativos, a coexistência dos modelos Garantista e Autoritário. O primeiro, como paradigma dos níveis normativos superiores, o segundo, como paradigma dos níveis normativos inferiores, gerando uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos⁸¹.

Seguindo neste compasso nota-se que aliado ao Estado Democrático de Direito à visão Garantista, passa a Constituição a ser assim um instrumento de garantia contra a tensão entre a liberdade e o poder (movimento que caminha e atravessa a história da civilização) e pelo seu filtro devem passar todos os ordenamentos infraconstitucionais, a exemplo da lei penal e processual penal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra rigorosamente a tutela dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo do Estado, tendo recepcionado o modelo Garantista e todos os seus axiomas de garantia, de forma a adequá-los ao máximo possível às regras penais e processuais⁸².

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 432.

⁸⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54.

⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 58-59.

⁸² A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitates sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla action sine culpa; A7 Nulla culpa sine judicio; A8 Nullum judicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione. ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 294-295. (itálicos conforme o original).

Tais axiomas, de ordem penal e processual, são defendidos por Ferrajoli como instrumento de garantias dentro do Sistema Garantista por ele proposto e já foram delineados na forma de princípios⁸³ no Item 1 desta Dissertação.

Esclarece ainda o autor que estes dez princípios (ordenados e sistematicamente conectados definem o modelo Garantista de direito ou de responsabilidade penal e as regras de jogo, denominando ademais as garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente em: princípio da retributividade; princípio da legalidade; princípio da necessidade; princípio da lesividade; princípio da materialidade; princípio da culpabilidade; princípio da jurisdicionariedade; princípio acusatório; princípio do ônus da prova; princípio do contraditório⁸⁴.

A classificação divide-se, portanto, em garantias penais, sendo, delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade e garantias processuais, jurisdição, acusação, prova e defesa, tornando a ausência de qualquer um deles ilegítima a resposta estatal em sede de responsabilidade penal⁸⁵.

A ligação é bastante estreita entre todos os axiomas, à medida que todas as garantias processuais condicionam a efetividade das garantias penais e resultam, por sua vez, esvaziadas pela ausência delas⁸⁶.

De todos os princípios Garantistas expressos nos dez axiomas⁸⁷ e pelas dez teses dele derivadas, aquele que caracteriza especificamente o sistema

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

⁸⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 121.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

⁸⁷ Axioma é uma hipótese inicial da qual outros enunciados são logicamente derivados. O sistema garantista formulado por Ferrajoli é composto de axiomas ou princípios axiológicos, conexos e não

cognitivo é o princípio da legalidade estrita, enunciado pelo axioma A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*. Tal princípio, diferencia-se da mera legalidade constante do axioma A2, pois este se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), enquanto que a legalidade estrita ocupa lugar central no sistema de garantias, vez que tal princípio exige todas as demais garantias como condição necessária da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)⁸⁸.

No campo das garantias processuais, é a jurisdicionariedade o seu principal fio condutor⁸⁹, pois garante a verificabilidade e a falseabilidade, dos tipos penais concretos, assegurando por meio das garantias processuais os pressupostos relativos ao ônus da prova pela acusação e o direito de contestação pela defesa⁹⁰.

deriváveis, que dividem-se em garantias penais e processuais penais que, representadas por equações, visam limitar o arbítrio punitivo do Estado, tanto na esfera penal, como na processual. Como garantias penais, são representados pelos axiomas de 1 a 6, expressados nas máximas latinas: *nulla poena sine crimine* (A1), denominada como princípio da retributividade; *nullum crimen sine lege* (A2), intitulada como princípio da legalidade em sentido lato ou estrito; *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (A3), chamada de princípio da necessidade ou economia do direito penal; *nulla necessitas sine iniuria* (A4), traduzida pelo princípio da lesividade ou ofensividade do ato; *nulla iniuria sine actione* (A5), que corresponde à materialidade ou exterioridade da ação; e *nulla actio sine culpa* (A6), que indica o princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal. As garantias processuais, por seu turno, são compostas pela *nulla culpa sine iudicio* (A7), que reveste o princípio da jurisdicionariedade em sentido lato ou estrito; pela *nullum iudicium sine accusatione* (A8), que denota o princípio acusatório ou da separação do juiz e acusação; pela *nulla accusatio sine probatione* (A9), que consiste no princípio ônus da prova ou da verificação e, por fim, pela *nulla probatio sine defensione* (A10), que enuncia o princípio do contraditório, também conhecido como da defesa ou da falseabilidade. Ao todo teremos cinquenta e seis teses, das quais dez primitivas e as demais derivadas, que conjuntamente configuram o modelo penal garantista e cognitivo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75-76.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76. (itálicos conforme o original)

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 432.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

O modelo Garantista tem, portanto, como elementos constitutivos o convencionalismo penal e a legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível e cognitivismo processual e estrita jurisdicionariedade na concretização do desvio punível.

Como consequência, o pressuposto da pena deve ser a realização de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial. Há, deste modo, um nexó específico entre lei e juízo em matéria penal.

A interligação entre o sistema penal e processual penal com os princípios constitucionais é presente, devendo todos serem interpretados de forma a melhor conduzir o exercício dos direitos e garantias fundamentais, especialmente o de máxima liberdade. Mais que isso, há que se garantir eficiência e efetividade de tais princípios e direitos sob pena, de se resumir uma “teoria” sem implementação prática.

E mais, explica Ferrajoli, que enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio da jurisdicionariedade ou de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas, que são confiadas exclusivamente ao órgão judiciário e que se revela em duas vertentes, à submissão à jurisdição lata, representada pela: a) imunidade do cidadão contra a restrição arbitrária de sua liberdade pessoal e contra punições ou intervenções arbitrárias e lesivas aos seus direitos; b) reserva da jurisdição (investigação e repressão de juízo legal e imparcial) e c) presunção de inocência e a jurisdição estrita é representada nulidade do juízo, sem acusação, sem prova da acusação e sem defesa⁹¹.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 433.

Além disso, é desse quadro que se tem a mais importante dicotomia entre cognitivismo (modelo processual Garantista ou de estrita submissão à jurisdição) e decisionismo judicial (substancialista ou de mera submissão à jurisdição), este último combatido por Ferrajoli, que o entende como um modelo de verdade máxima, e inquisitivo e que ao final acaba por transformar juízes em legisladores⁹².

Dito isto, outro problema do decisionismo judicial é, sobretudo, a discricionariedade do poder exercitado pelo juiz que, sem a consciência do caráter somente provável dos fatos e apenas discutível da verdade jurídica das teses por eles assumidas como fundamento de sua decisão, passa a acreditar ser a boca da lei ou da verdade, acabando por ao arbítrio judicial, criar direitos⁹³.

Aliás, como já afirmado por Rosa, a realidade revela que a própria Constituição, ao mesmo tempo em que estabelece os necessários limites ao arbítrio punitivo, exigiu do arcabouço liberal do direito penal algo que dificilmente terá capacidade resolutiva, projetando rigorosos índices de ineficácia.

Além disso, a consagração da ideia de que o direito penal e as medidas punitivas aplicadas por meio de um processo que deveria estar a serviço da democracia, mas nem sempre o está, representa um remédio para tudo convoca não só ao absurdo, mas se revela em um verdadeiro retrocesso na busca de um Estado Democrático de Direito⁹⁴, que canta e ecoa a melodia Garantista, onde a força do Direito deve ser maior que a força do Poder.

Vários são os problemas a serem enfrentados no Direito e no Processo Penal, que vão desde a interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição e dos princípios constitucionais, à observância e respeito às garantias penais e

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 435.

⁹³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 254.

⁹⁴ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 05.

processuais, as quais, por seu turno, representam o próprio exercício aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Como se vê, a Teoria Penal Garantista apesar de não ser uma panaceia para todos os males, é muito mais que uma obra de fundo teórico, ideológico e filosófico, porquanto, apresenta propostas concretas de limitação de poder e ampliação da liberdade e igualdade entre os homens, na defesa incontestada do exercício dos direitos e garantias fundamentais. Só é preciso implementá-las. Como já disse Ferrajoli “apesar de sua proclamação, ainda que em nível constitucional, um direito não garantido não seria, realmente, um direito”⁹⁵.

E ainda que tudo isso não passe de uma “utopia”, faz-se das palavras de Zaffaroni inspiradora reflexão: “não há transformação sem utopias; o homem que renuncia utopias, acaba por renunciar a sua própria condição humana”⁹⁶.

Certamente, muitas são as dificuldades na implantação e concretização de um sistema de garantias penais e processuais. Somente a partir da Constituição e no seio de um Estado Democrático, de Direito e Constitucional, é que tal tarefa, ainda que dificultosa, torna-se a princípio um sonho alcançável. Não há outro caminho a seguir para se preservar os direitos fundamentais dos indivíduos, senão efetivar suas garantias constitucionais, penais e processuais.

1.4. GARANTISMO E DIREITO PENAL DO “INIMIGO”.

Ferrajoli escreve e fala à realidade italiana, muito embora o modelo ideal de Direito se apresente, ainda que formalmente, em várias Constituições, a exemplo do Brasil.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35.

⁹⁶ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. El sistema penal em los países de America Latina. In: ARAÚJO JR., João Marcelo. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 224.

A ideia de um Sistema de Garantias dentro de um Estado Democrático de Direito serve exatamente para afastar as evidências práticas de um Direito Penal de extrema seletividade, aliás, uma característica estrutural deste e consequentemente de um odioso Estado de Polícia.

A este respeito, já afirmou contundente Baratta: “O direito penal é o direito desigual por excelência”⁹⁷. Essa diferenciação estabelecida por diferenças de ordem social, cultural econômica, faz com que se tenha indivíduos considerados cidadãos, portanto, detentores de direitos e outros, considerados como inimigos, aos quais o direito e as garantias penais e processuais não alcançam, já que não oferecem segurança mínima para serem tratados até mesmo como pessoas.

E neste contexto, adverte Batista, que enquanto base normativa da estrutura punitiva do Estado estará o Direito Penal sempre a proteger interesses daqueles segmentos sociais que estão mais próximos do centro das decisões políticas e de poder, por essa razão mesma, menos vulneráveis aos processos de criminalização, contribuindo em última análise para perpetuação desses mesmos interesses⁹⁸.

Neste sentido, Wacquant, mediante a apresentação de vários argumentos, procurou evidenciar como a punição dos pobres tornou-se uma nova forma de gestão da miséria nos Estados Unidos da América (EUA), coroando-se, naquele país, um onipresente Estado Penal⁹⁹.

Da mesma forma, retrata Garland, quando fala do cenário contemporâneo do crime nos Estados Unidos e Grã-Bretanha, onde os criminosos são tratados como indivíduos culpáveis, imerecedores e perigosos, que devem ser

⁹⁷ BARRATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 162.

⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21.

⁹⁹ WACQUANT, Löic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos - a onda punitiva. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

cuidadosamente controlados para a proteção do público e prevenção de outros crimes¹⁰⁰.

A razão disso parece resultar no fato de que distribuir o *status* criminal prioritariamente entre os grupos mais débeis e com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva gera o fenômeno transformador de um ilegítimo controle social de classe, por resultar na formulação de verdadeiros estereótipos criminais.

A imagem de um direito penal seletivo ou até mesmo de um direito penal do “inimigo”¹⁰¹, como proposto por Jakobs, vai contra e é manifestamente incompatível com o pensamento Garantista e o Estado Democrático de Direito, haja vista ser o Direito Penal um só e que em todas as argumentações deve resguardar as garantias e os direitos fundamentais do cidadão¹⁰².

Imaginar um tratamento penal diferenciado do *hostis* ou do inimigo implica lesão aos limites do Estado com respeito ao cidadão, no que consistiria num tratamento mais repressivo para todos, o que remete muito mais ao Estado absoluto do que ao Estado de Direito¹⁰³.

Primeiro a defender a ideia de um direito penal do inimigo, Jakobs sustenta a tese segundo a qual cumpre ao Estado romper com as normas de garantias penais e processuais do cidadão quando este romper com as regras

¹⁰⁰ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 377.

¹⁰¹ Para Jakobs, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não apenas de maneira incidental. É, assim, alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta este déficit por meio de sua conduta. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p.55-56. “Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de um comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con um legítimo derecho de los ciudadanos, em su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, nos es derecho también respeto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluído”. (tradução da versão original em Língua Italiana para a Língua Portuguesa da Autora da Dissertação).

¹⁰² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p. 55-56.

contraídas com o Estado, tornando-se inimigo deste. Isto é, para Jakobs quem a princípio se conduzir de modo desregrado, não oferece segurança e não pode ser tratado como cidadão, mas sim como um inimigo que deve ser combatido, excluído e cujas garantias penais e processuais devam ser restringidas¹⁰⁴.

Zaffaroni, apesar de contrário a legitimação do inimigo, confirma a existência deste nos tempos e diz:

O direito penal cultivou as sementes do Estado absoluto. Quase sempre os que quiseram conter o poder punitivo parcialmente também o habilitaram como direito penal do inimigo. No debate atual não é possível escapar da contradição que isso coloca: ou legitima o *hostis* no direito ordinário do Estado de direito e, assim, renuncia-se ao modelo que o orienta e se abandona o Estado de direito, ou então rechaça-se o *hostis* e se mantém o Estado de direito ideal como princípio orientador, otimizando os esforços do poder jurídico na programação da doutrina para eliminar a presença do *hostis* em qualquer de suas manifestações¹⁰⁵.

O eixo central que sustenta a ideia de um inimigo e que hoje gravita é a que sustenta também a manutenção de poder dos mais fortes, contrariando por completo a condição de um Estado Democrático de Direito e de garantias, especialmente, aos direitos fundamentais.

Ferrajoli é completamente contrário a existência de um direito penal do inimigo e muito bem expressou que, para o direito penal, existem apenas indivíduos culpáveis e indivíduos inocentes, de maneira a permitir que a uns e outros seja

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 121.

¹⁰⁴ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p. 55-56. "Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de um comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con um legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, nos es derecho también respeto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluído." (tradução da versão original em Língua Italiana para a Língua Portuguesa da Autora da Dissertação).

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 191.

aplicado o mesmo tipo de controle social, mesmas normas jurídicos-penais, mesmas sanções e mesmo respeito aos direitos fundamentais¹⁰⁶.

Conde esclarece que para o direito penal do inimigo, formulado por Jakobs, o Estado para lutar eficazmente contra o inimigo passa a penalizá-lo com a imposição de penas desproporcionais e draconianas, penalizando condutas inócuas e sem representação de perigo a um bem jurídico e, o que é mais grave, eliminando ou reduzindo as garantias e direitos do processo penal¹⁰⁷.

No final da obra, Conde argumenta ainda que nem em tempos de paz, nem em tempos de guerra há que ser necessário um direito penal do inimigo, seja ele ainda de ordem nacional ou internacional. O que se necessita é do império do direito, de um direito que respeite determinados princípios e direitos fundamentais do ser humano, que não busque a vingança, mas sim a justiça igual para todos¹⁰⁸.

Assim, quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações – hipertrofia do Direito Penal - maior será o campo do seu arbítrio seletivo e à medida que se legitima o tratamento de algumas pessoas como inimigas, renuncia-se ao

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale. In: **Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 11, nov. 2007- fev. 2008, p. 99.

¹⁰⁷ CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 29. “Em este ‘Derecho penal del enemig’, segundo JAKOBS, el Estado para luchar eficazmente contra el enemigo procede a imponer penas desproporcionadas y draconianas, a penalizar conductas em sí mismas inócuas o muy alejadas de ser una amenaza o peligro para um bien jurídico y, lo que todavía es más grave, a eliminar o reducir a um mínimo ciertas garantías y derechos del imputado em el proceso penal.” (tradução da versão original em Língua Italiana para a Língua Portuguesa da Autora da Dissertação).

¹⁰⁸ CONDE, Francisco Muñoz. **De nueo sobre el Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 162. “A la vista de todo lo dicho hasta aquí, mi respuesta a la pregunta com la que titulamos este trabajo es la seguinte: tanto em tempos de paz, como em tempos de guerra, no necesitamos um Derecho penal del enemigo, ni tampoco um Derecho penal internacional del enemigo, para luchar eficazmente contra los que atacan las bases de nuestra convivencia, bien de forma masiva, com acciones terroristas; lo único que necesitabos el império del derecho, tanto em el ámbito nacional, como em el internacional; pero de um Derecho que respete determinados principios y derechos fundamentales del ser humano, y que busque no la venganza, sino la justicia igual para todos, para vencedores y para vencidos. (tradução da versão original em Língua Italiana para a Língua Portuguesa da Autora da Dissertação).

Estado de Direito, e com isso se abre espaço para o avanço, ou melhor, ao retorno de um poder punitivo e do Estado de polícia¹⁰⁹.

Ao se aceitar a defesa de um direito penal do inimigo ou ainda de qualquer outro caráter seletivo e castigador estar-se-ia simplesmente afastando a simples ideia de um Estado Democrático de Direito, sobretudo, por ser o Estado de Direito marcado pela Democracia, onde indiscutivelmente não se pode conceber a distinção entre pessoas e a violação dos seus direitos humanos fundamentais.

1.5 GARANTISMO E DIREITO PENAL MÍNIMO

A excessiva quantidade de normas, a panaceia de um direito penal de salvaguarda para todos os males, a inobservância às garantias e princípios constitucionais, dentre tantos outros enfrentamentos, gera críticas e uma maior necessidade de análise do Direito Penal, até mesmo no que diz respeito a sua abolição.

Essa ponderação já foi feita por Benjamin que dando resposta à própria pergunta, disse:

Será que a solução não violenta de conflitos é em princípio possível? Sem dúvida. As relações entre pessoas particulares fornecem muitos exemplos. Um acordo não-violento encontra-se em toda parte, onde a cultura do coração deu aos homens meios puros para se entenderem. [...] Quer dizer que existe uma esfera de entendimento humano, não-violenta a tal ponto que seja totalmente inacessível à violência: a esfera propriamente dita do 'entendimento', a linguagem¹¹⁰.

O abolicionismo penal tem seu carro-chefe na obra do criminólogo holandês Louk Hulsman, em "Penas Perdidas: o sistema penal em questão" (1982). A ideia central do abolicionismo é extremamente simples e prontamente acessível: já que o atual sistema penal se revela impiedoso, irracional, atroz e iníquo, produzindo

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

efeitos nocivos a todos os envolvidos, impõe-se a imediata substituição por outros modelos de solução de conflitos que se mostrem mais racionais e menos negativos¹¹¹.

A este respeito, afirma Hulsman:

Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril. Nem todo sofrimento é um mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando dos outros e nos tornando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. Tal sofrimento é um *nonsense*¹¹².

Contrário à concepção do abolicionismo penal, Ferrajoli afirma que o abolicionismo representa uma nostalgia regressiva por modelos arcaicos e tradicionais de Sociedades sem direito e, em última análise, sem Estado, já que as soluções de conflitos sociais estariam completamente submetidas ao princípio moral da autorregulamentação¹¹³.

Melhor dizendo, uma proposta marcadamente utópica de uma proposta política inalcançável e historicamente irrealizável, de uma Sociedade completamente mítica e pacificada.

As principais críticas dirigidas ao abolicionismo penal repousam, portanto, na utopia da proposta frente aos modelos de Sociedade e Estado e na possível anarquia da assunção, já que geraria um aumento inclusive da justiça privada, com o suprimento das garantias e direitos individuais.

¹¹⁰ BENJAMIM, Walter. Crítica da violência – crítica do poder. In: **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 186.

¹¹¹ HULSMAN, Louk, et al. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1997, p. 83-84.

¹¹² HULSMAN, Louk, et al. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1997, p. 62.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 275-276.

Nas palavras de Ferrajoli:

O paradoxo, na verdade, está exatamente nas doutrinas abolicionistas de inspiração progressista, vez que o direito penal representa o maior esforço realizado para minimizar e disciplinar o arbítrio e a prepotência punitiva. O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista¹¹⁴.

Como insiste Merolli, de fato, de nada adiantará a abolição pura do sistema penal, se não houver a correspondente modificação da estrutura do poder e de dominação que lhe ampara e dá suporte, porquanto, se mantida a hegemonia social, haverá sempre na resolução dos conflitos, o pernicioso fenômeno dual de concentração e marginalização do poder¹¹⁵.

Como uma proposta intermediária, ou seja, que rechaça o imediato desaparecimento do direito penal como pretendem os abolicionistas, mas que sustenta a corrosão de forma paulatina, Zaffaroni fala da ideia de um direito penal mínimo ou minimalismo penal. Em suas palavras:

A proposta que ora examinamos não é fruto de mera decisão ideológica, como decisão em favor de um sistema de ideias em lugar de outro, mas de uma opção ética: diante de um simples ato de poder e da opção entre racionalizá-lo em moldes funcionais ou enfrentá-lo racionalmente para reduzir-lhe a violência e, em última análise, suprimi-lo, escolhemos a segunda opção por um imperativo ético¹¹⁶.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 275.

¹¹⁵ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 217-218.

Merolli esclarece por sua vez, que o Sistema de Garantias defendido por Ferrajoli faz parte da edificação de um direito penal mínimo, uma armadura teórica recheada com critérios voltados a uma efetiva delimitação e minimização do direito penal, balizamentos estes que, a todo custo, procuram evitar a instrumentalização de modelos de direito penal máximo tendencialmente ilimitados e que se mostrem divorciados da tutela e da preservação dos direitos fundamentais¹¹⁷.

O Garantismo acaba assim por configurar uma técnica de limitação da potestade punitiva do Estado, onde é fundamental a imunidade do cidadão em face das proibições e punições arbitrárias e excessivas, servindo de prevenção ao cometimento dos delitos, como também de prevenção de despóticos castigos.

Passa-se a acreditar no Direito Penal e no seu modelo punitivo de solução de conflitos que não pode ser reduzido a mera defesa social de interesses. O Direito Penal, enquanto mínimo, deve ser uma técnica de tutela dos direitos fundamentais do mais fraco contra o mais forte.

Defende Ferrajoli:

Precisamente - monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto lei do mais fraco, voltada para a tutela dos seus direitos contra a violência arbitrária do mais forte. É sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os

¹¹⁷ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223.

limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com o delitos nem com as punições¹¹⁸.

Arraigado ao silogismo do direito penal mínimo, num caminho para o banimento das arbitrariedades judiciais e das punições severas e desnecessárias, está também a discussão em se saber se os direitos dos cidadãos podem ser diminuídos para individualizar os inimigos. Esta seria a forma concreta e real de reformular a indagação, levando-se em conta o deslocamento do poder punitivo cada vez que ele é habilitado. Caso isso se legitime, haverá franca ofensa aos direitos de todos os cidadãos, porquanto nesta hipótese conceder-se-á ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos a fim de exercer o próprio poder. E se isto ocorrer, o Estado de Direito terá sido extinto¹¹⁹.

A história do Direito Penal e consequentemente do Processo, não pode ser vista separadamente da trajetória do Estado, mais precisamente, a partir do Estado Direito até o contemporâneo, de Direito e Constitucional ou Democrático, que aliado ao suporte teórico do Garantismo pressupõe a proteção e um sistema completo de garantias aos direitos fundamentais do cidadão contra o arbítrio e o poder do Estado, a maximização do Direito Penal, a severidade da pena, o sistema de exclusão e controle social, sobretudo por seletividade, ou ainda, pela indigesta figura de um inimigo.

Alia-se a isso o fato de que a maximização do direito e do processo penal são, muitas vezes, fruto de apostas e interesses políticos, desnaturando sua real função. A respeito, advertem Guimarães e Carvalho:

Nessa senda, é violada a Constituição Federal quando o legislador é levado a, atendendo a conveniências políticas, usar o Direito Penal e Processual Penal como arma política ou, instrumento de comunicação política, considerando-se que o “cumprimento desta função não requer

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 272.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 191.

mais que a demonstração exemplar da atividade da práxis legislativa e da justiça penal, embora o resultado prático – de maior relevo - seja o que ocorreu nas últimas reformas da legislação penal brasileira, o de “terem criado verdadeira balbúrdia no mundo jurídico e acadêmico nacional”, sendo certo que não atingirão os fins pontuais almejados ou mesmo de que ajudarão a manter a ordem social, que é a função primeva¹²⁰.

A princípio, a proposta Garantista é nesta toada quicá a mais próxima de um modelo ideal e democrático. Inserida num Estado Democrático de Direito, limita o poder do Estado, de abusos e violações aos direitos fundamentais, garantindo ao modelo Penal e Processual, que sua leitura não se resuma ao formalismo legal, mas essencialmente, seja feita à luz da Constituição e de seus preceitos e princípios.

No próximo capítulo se trabalhará com alguns dos princípios constitucionais de garantia aos direitos fundamentais dos indivíduos e que vão ao encontro da Teoria do Garantista, revelando um Direito e Processo Penal livres dos resquícios do Estado absoluto, onde o Direito é empregado a favor do próprio Direito.

¹²⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código de processo penal brasileiro. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 104.

CAPÍTULO 2

MODELOS DE ESTADO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA ESTABELECIDOS NO MODELO PROCESSUAL ACUSATÓRIO

2.1. MODELOS DE ESTADO

Já se discorreu sumariamente no Capítulo 1 que a história do Direito e do Processo Penal se alterna entre o Estado Absoluto, opressivo, tirano e detentor de todo poder e o Estado de Direito, de garantias, igualdades e liberdade.

O modelo de Estado revela, por consequência, a forma com que foi tratado e dirigido o Direito e o Processo Penal, muito embora a história deste Direito não se encontre acabada.

Como afirma Zaffaroni:

Todas as sistematizações simplificadoras das etapas da legislação penal no mundo vinculam as teorias da história cíclicas e progressivas. Contudo, no plano real, o caminho não é tão linear e evolutivo, e sim uma luta permanente e constante; e que vingança privada, vingança pública e tendências humanitárias são termos que encontramos em todas as épocas¹²¹.

Inicial e historicamente se tem a vingança privada como o primeiro momento ou fase de punição, onde eram empreendidos verdadeiros atos de guerra enquanto forma ou reação ao delito, quer se tratando entre tribos diversas, quer se tratando na forma particular, dentro do próprio corpo social. Neste primeiro momento, caso a infração fosse cometida por um sujeito estranho ao grupo social

¹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 179-180.

do ofendido, o fato se daria como vingança de sangue, no segundo, se a ofensa proviesse de dentro do mesmo corpo social, como perda da paz¹²².

Superada esta fase, passa-se à vingança pública, que devido ao robustecimento da igreja e da religião, partia da confusão de identidade entre o poder divino e o poder político.

Pôs-se assim um ponto final na vingança privada, passando-se ao Estado o direito de punir, muito embora estivesse esse umbilicalmente ligado a religião, já que nesta época o poder só se sustentava pelo entrelaçamento entre a força política e a força religiosa.

O poder da monarquia estava fundamentalmente baseado na ideia de que esta tinha uma origem divina, onde havia o Rei como representante de Deus na Terra. Não havia, neste pensar qualquer limitação ao seu poder. Logo, ele não se submeteria a nada e nem a ninguém¹²³.

Assim, o crime só podia ser tomado como uma conduta praticada ao mesmo tempo contra a religião e o monarca, ocorrendo uma estreita e confusa relação entre crime e pecado. Como disse Foucault: “Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir”¹²⁴.

Ultrapassado o modelo bélico de solução do litígio adotado na fase da vingança privada, passou-se então entre o século XVI ao século XVIII ao modelo inquisitorial da justiça penal, processual e de penalização, passou-se ao modelo de Estado Absoluto. No âmbito específico do Direito Penal, existia uma multiplicidade infinita das leis que, por se mostrarem incertas e confusas, acarretavam o arbítrio

¹²² MERROLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 100-101.

¹²³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

¹²⁴ FOCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996, p. 74.

judiciário, tanto na definição dos crimes, como na determinação das penas, gerando um direito classista e de profunda desigualdade entre nobres e plebeus¹²⁵.

No âmbito processual, o procedimento era nitidamente inquisitivo e utilitarista, prevalecendo a ideia de culpabilidade do acusado em detrimento de qualquer tipo de garantia, como defesa do réu, exposição dos motivos da acusação, publicidade dos atos, imprescindibilidade das provas ou forma de sua coleta e apreciação. Além disso, era bastante comum as manifestações do odioso direito ordálico.

Como exemplo, cita Zaffaroni:

Colocavam-se uma cruz e uma faca e o processado escolhia, com os olhos vendados; se optava pela cruz era inocente, se pela faca era considerado culpado. O acusado era jogado às águas dentro de um saco fechado e se sobrevivia era considerado inocente. Se passava a mão em azeite fervente ou caminhava sobre carvões sem queimar-se, era inocente. Se Deus dava a lei aplicável e dirimia a questão de fato no processo, nenhuma responsabilidade pela sentença incumbia a quem aplicava a lei na terra (ordálias ou provas de Deus)¹²⁶.

Em decorrência de todo o terror e excesso produzidos pelo Direito e Processo Penal da época, se implementava uma grande crueldade na execução das penas a configurar uma verdadeira liturgia punitiva, a exemplo da pena de morte, constituída como a principal forma de resposta punitiva, normalmente aplicada por meios atrozes e brutais, além dos prelúdios sádicos, como açoites, mutilações, etc¹²⁷.

Entre os séculos XVI e XVIII viveu-se, portanto, um Estado Absoluto, em que todo o poder estava personificado na figura do monarca, que na época atrelava-

¹²⁵ MERROLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 116.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. ver. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 186.

¹²⁷ MERROLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 117.

se com à força da igreja, acabando por suprimir qualquer exercício de direitos ou garantias aquele que cometesse crimes ou pecados.

Em meados do século XVIII, contudo, emergiu um movimento chamado iluminista, donde se passou a questionar e contestar o Estado Absoluto e o modelo inquisitorial de justiça penal e das práticas punitivas.

Como afirmado por Guimarães e Carvalho:

No âmbito punitivo, o novo pensamento foi se desenvolvendo paulatinamente na direção que exigia a elaboração de um Direito Penal pautado na estrita legalidade, na absoluta igualdade e, acima de tudo um Direito Penal no qual as garantias de respeito ao ser humano fossem absolutamente inexpugnáveis. Ao Estado não mais seria permitido atemorizar e horrorizar a população com a utilização de penas cruéis e desumanas¹²⁸.

Esse modelo jusracionalista de justiça penal, que pregava a difusão da razão para todas as áreas do conhecimento humano, foi sedimentado na obra *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Beccaria (1764), o qual conseguiu sintetizar em sua pequena grande obra todas as repercussões filosóficas e jurídicas que as ideias iluministas comportavam, proporcionando um impulso de mudança à reforma das leis e das práticas penais vigentes, ainda muito ligadas ao modelo inquisitorial de justiça penal¹²⁹.

Em sua obra, Beccaria visualiza o homem como um ser em si mesmo, detentor de direitos inatingíveis e invioláveis até mesmo e principalmente frente ao poder do Estado. Em exatas palavras defendeu que “não haverá liberdade toda vez

¹²⁸ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 99.

¹²⁹ MERROLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119.

que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem cesse de ser pessoa e se torne coisa”¹³⁰.

Quanto à transposição do modelo inquisitorial para o jusracionalista, Michel Foucault no clássico *Vigiar e Punir*, manifesta a concepção de que sua queda se deu face ao perigo público da ostentação do suplício e a inversão de papéis, onde os criminosos acabavam, muitas vezes, se transformando em heróis, ridicularizando o poder do soberano¹³¹.

Fundamentado em novas concepções filosóficas, por meio do ideário racionalista do Iluminismo, o liberalismo, consagrado pelo triunfo da classe burguesa e as aspirações da Revolução Francesa predominou entre meados do Século XVIII até o Século XIX, dominando, assim, a política da Europa e Estados Unidos.

Deste modo, liberalismo possibilitou o surgimento do Estado de Direito, guardião das liberdades e direitos individuais perante o poder estatal e da separação e pluralidade de poderes.

Proclamou-se neste período, mais especificamente em 26/08/1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual deu o tom dos direitos e garantias que se passou o Estado de Direito a defender e, em parte do conteúdo reza:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do Homem são as únicas causas das infelicidades públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem [...]
[...] Portanto, a Assembleia Nacional reconhece e declara na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão:

¹³⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 81.

¹³¹ FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 51.

Art.1º - Os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos [...]

[...] **Art. 4º** - A liberdade consistente em poder fazer tudo o que não prejudique outrem [...]

[...] **Art. 6º** - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de participar pessoalmente ou através dos seus representantes na sua formação. [...] Sendo todos os cidadãos iguais a seus olhos, têm igualmente acesso a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e talentos. [...]

[...] **Art. 7º** - Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido, a não ser nos casos previstos pela lei [...] ¹³².

Cabe dizer que ao adotar a doutrina do Estado limitado no que diz respeito aos seus poderes e a experiência do Império das Leis, o liberalismo abrigou o Estado de Direito e deixou para trás o Estado de Absoluto, que acolhia o poder despótico e ilimitado do soberano.

Acontece que na realidade, essa nova roupagem do Estado tinha como um dos principais aspectos proteger e defender os anseios burgueses, os quais tornaram-se os novos aristocratas, buscando utilizar o Estado como aparato ideológico a serviços dos interesses como nova classe dominante ¹³³.

Os ideais de liberdade pregados pelo liberalismo e implementados pelo Estado de Direito, não foram suficientes à satisfação social e o Estado de Direito logo após a Segunda Grande Guerra cede espaço ao Estado de Social, com intervenção do Estado na implementação e no suprimento das necessidades básicas da população marginalizada, realizador do bem-estar social. Afora os direitos e garantias pregados pelo Estado de Direito, o enfoque central, no entanto, passou a ser a igualdade e os deveres do Estado para com os cidadãos.

¹³² Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 15 abr. 2013.

¹³³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Social de 1988**. 11. ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31-32.

Diante deste cenário, o Estado Social passou a exigir a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, dada a impossibilidade em que se acha perante fatores alheios à sua vontade, de prover necessidades existenciais mínimas¹³⁴.

Por essa razão, é que a partir do Estado Social, se vislumbrou pela primeira vez, um modelo que não se limitava a vinculação negativa dos direitos, como ocorria com o modelo liberal, mas a exigência de uma postura positiva do Estado, no sentido de promover as condições mínimas de sobrevivência dos indivíduos, buscando promover da melhor e mais ampla forma possível, as necessidades sociais da coletividade¹³⁵.

Diante da expansão do Estado Social e da consequente dificuldade em desempenhar todas as atividades, surge a partir do Século XX, um Estado Neoliberal, considerado, ao mesmo tempo, garantidor da autonomia e liberdade dos indivíduos e incentivador dos direitos sociais, priorizando, contudo, metas que possibilitassem a reversão da enorme intervenção estatal – Estado-providência para possibilitar aos cidadãos o desenvolvimento das próprias potencialidades e Constitucional, pelo fortalecimento e supremacia das Constituições. Este modelo é chamado de Estado Constitucional de Direito.

A redefinição do papel estatal caracteriza-se, sobretudo, por três ideias básicas:

A primeira relaciona-se aos direitos individuais, em que se reconhece que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal; neste sentido, o Estado deve-se abster de desempenhar atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria conta e com seus próprios recursos; sob esta ótica, o princípio acarreta uma limitação ao intervencionismo estatal. A segunda ideia diz respeito ao fato de que o Estado deve ser

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 200.

¹³⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34.

fomentador, colaborador e fiscalizador da livre iniciativa, a fim de possibilitar aos particulares a consecução de seus propósitos empreendedores, sempre que estiver ao alcance do ente estatal fornecer condições para tanto. E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a relacionada à parceria entre o público e o privado, no sentido de auxílio do Estado à iniciativa privada quando esta for deficiente¹³⁶.

Reverendo os modelos de Estado, pode-se verificar que foi somente a partir do modelo liberal do Estado de Direito que a Constituição passou a ser fonte reguladora de toda a organização do Estado, assim como da relação com os cidadãos e tendente à limitação de poder, antes preconizado pelo Estado Absoluto.

O papel da Constituição ganhou, com o passar dos tempos, paulatinamente força e excelência, sendo instrumento jurídico e político fundamental de organização do próprio Estado e de transformação social, além de funcionar como limite pela legislação ordinária. O Estado Constitucional de Direito é marcado pelo Direito, pela força da Constituição e pela Democracia.

Como lembra Streck “essa alteração do direito – acompanhada da mudança do papel do Estado – nos fez alcançar o Estado Democrático de Direito e seu *plus*¹³⁷ normativo em relação ao seu antecessor, o Estado Social”.

Em seu preâmbulo¹³⁸ a Constituição da República Federativa do Brasil afirma a existência de um Estado Democrático de Direito. Portanto, ao contrário do que acontecia com os modelos anteriores que tinham a finalidade de adaptação ao conjunto de acontecimento da ordem estabelecida, no paradigma do Estado

¹³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33-34.

¹³⁷ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição:** a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

¹³⁸ BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destino a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na

Democrático de Direito o objetivo é a igualdade, não limitada à promoção da atuação estatal. A lei aparece como pretensão à transformação social, não mais atrelada à sanção ou à promoção. Melhor dizendo, o Estado Democrático de Direito é um plus normativo em relação às etapas anteriores¹³⁹.

Contudo, como afirma Canotilho, “não basta a consagração de direitos numa qualquer Constituição”. É preciso que a constitucionalização dos direitos revele a fundamentabilidade dos direitos e reafirme a positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não apenas proclamações filosóficas, pois devem legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça¹⁴⁰.

Os direitos e garantias não podem atuar de modo isolado. Isto porque há, entre eles, uma relação de complementariedade, já que as garantias não são outra coisa do que técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre a normatividade e efetividade e, portanto, possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com os ditames constitucionais¹⁴¹.

Na esfera penal e processual penal a aceitação ou não do paradigma constitucional, sobretudo na prática, vincula o sistema penal a um modelo de Estado Democrático de Direito ou a um Estado Absoluto, de caráter autoritário. Neste cenário, a opção Constitucional por um modelo de Estado Democrático de Direito implica a adoção inflexível de um Direito Penal Mínimo (e do fato), de um sistema

ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Coimbra: Gradiva, 1999, p.56.

¹⁴¹ MALAN, Diego; PRADO, Geraldo (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 106.

processual acusatório e de instrumentalidade constitucional e de um processo de execução da pena jurisdicionalizado e constitucionalizado¹⁴².

Logo, para que se implemente efetivamente um Estado Democrático de Direito como afirma o preâmbulo e o artigo inaugural da Constituição Federativa do Brasil de 1988, é preciso antes de tudo que se faça prevalecer os valores e princípios constitucionais, invalidando-se todas as leis que estiverem em desacordo com o texto constitucional.

O Estado Democrático de Direito é assim um modelo de Estado de direitos e garantias que assegura à luz da Constituição e com eficiência o exercício e a garantia dos direitos fundamentais. Neste contexto, ao mesmo se adere a Teoria do Garantismo, a qual propõe a defesa concreta dos direitos fundamentais sem desprezar a crítica ao modelo e as leis em desacordo com a Constituição.

Para Feldens:

O Estado Constitucional de Direito é reconhecidamente o único modelo de Estado habilitado a oferecer suporte ao projeto garantista. Estado constitucional de Direito e garantismo são realidades auto-referentes, apontando, em conjunto para formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o grau de efetividade dos direitos fundamentais¹⁴³.

Para que tudo isso faça sentido na análise que agora se faz específica ao Direito no Brasil é preciso o Estado Democrático de Direito e a Teoria do Garantismo não se apresentem apenas como uma grata utopia, uma política de fachada ou de mera aparência. É preciso concebê-los numa simbiose como institutos reais e de caráter humanista e atemporal, na defesa concreta, efetiva e com eficiência dos direitos e garantias fundamentais do homem e da coletividade.

¹⁴² MALAN, Diego; PRADO, Geraldo (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 129.

¹⁴³ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 67.

Parece certo que o Estado Democrático de Direito proporcionou um salto para além dos modelos tradicionais de Estado e Direito, contudo, mesmo após 20 anos da promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, muita coisa ainda há de ser feita, pois a crise do Direito não foi superada, nem aqui, tampouco no mundo.

Ademais, como já reescreveu Guimarães e Carvalho, “a Sociedade, hoje mais do que ontem e, muito possivelmente, menos do que amanhã, é absolutamente conflituosa, longe, portanto, de se configurar como harmônica e em que predomine a paz social”¹⁴⁴.

Na seara do Direito e do Processo Penal, objeto deste estudo, a crise se mostra ainda mais latente, pois a solução dos conflitos não se resume a esfera individual, mas atinge o enfrentamento de conflitos de caráter supra-individual e que representam o caminhar da coletividade rumo a um modelo de Estado onde o respeito pelos direitos e garantias fundamentais como a máxima liberdade e a igualdade se apresentam com eficiência e denotam um modelo de política criminal de Estado menos injusto.

Além disso, afirmam Guimarães e Carvalho:

A dogmática jurídico-penal, por sua vez, também não está a alcançar a prometida segurança jurídica, não em razão de problemas internos, inerentes à construção sistemática, que, frise-se, é um sistema extremamente bem construído. O problema é externo, estrutural, haja vista que em razão da seletividade operada pelo Sistema Penal – Poder Legislativo, Polícias, Ministério Público, Magistratura e órgãos da Execução Penal -, torna-se impossível a concretização de qualquer esforço teórico que tenha por fim aqueles buscados por tal Ciência.[...] Tais fatos do cotidiano punitivo, portanto, nos levam a detectar entre outras mazelas – a existência de uma séria crise na prestação jurisdicional, pois a conjugação de todos os fatores que deslegitimam a atuação do Estado na seara punitiva, obviamente, só poderia trazer, como

¹⁴⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p.102-103.

consequência inexorável, um sério déficit em tal área prestacional pública¹⁴⁵.

A solução da crise, senão absoluta, passa ao menos pelo caminho da inserção e concretização dos princípios e valores Constitucionais na legislação penal e processual. As interpretações do pensar liberal, garantista e minimalista devem servir de instrumentos de controle e limitação do poder punitivo, operando ainda contra a seletividade dos gestores do Direito Penal. O ser humano não pode ser subjugado a um mero objeto a se punir, um meio para alcance e domínio de qualquer propósito, político, econômico ou social. É ele, antes de tudo, um sujeito de direitos.

2.2. SISTEMAS PROCESSUAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O modelo de Estado ou de governo revela, além de um modelo social, econômico, cultural e político de uma determinada Sociedade e época, uma teoria jurídica e, conseqüentemente, o sistema processual a ser adotado. Historicamente o sistema processual penal se divide em sistema inquisitório e acusatório, surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos, sem que, contudo, possam ser indicados estruturalmente como formadores de um sistema misto.

Explica Ferrajoli que a distinção entre o sistema inquisitório e acusatório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico, sendo que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, como também, não o são sempre conexas entre si¹⁴⁶.

¹⁴⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do Código de Processo Penal Brasileiro. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.103.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451.

Neste sentido exemplifica o autor da Teoria do Garantismo:

[...] fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e a acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não o são institutos que nasceram exclusivamente do seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz motivar as suas decisões¹⁴⁷.

Para Lopes, o sistema inquisitório muda a expressão do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre o acusador e o acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, acaba se transformando em um duelo desigual entre o juiz-inquisitor e o acusado, abandonando o primeiro a figura de julgador imparcial para assumir a qualidade também de inquisitor, para desde o início atuar como acusador. As atividades do juiz e do acusador se confundem, deixando o acusado de ser um sujeito processual para se converter em mero objeto de investigação¹⁴⁸.

Diferentemente é o sistema acusatório, que para Lopes tem as seguintes características:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) iniciativa probatória deve ser das partes;

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

¹⁴⁸ LOPES, Aury, Jr. **Direito processual penal e sua conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 63.

- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado pelo órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição¹⁴⁹.

Assim, no plano histórico, até o século XII predominava o sistema acusatório, sendo que o processo existia com a presença de acusador legítimo e idôneo. Atendendo aos interesses da Igreja, o longo deste século até o século XIV, o sistema acusatório foi, porém, paulatinamente substituído pelo sistema inquisitório, que predominou até o final do século XVIII, quando se fortaleceram os ideais iluministas do Estado de Direito e Liberal e o surgimento do Código Napoleônico em 1808. A partir daí o processo penal passou a ter características dos dois fenômenos, identificado por Ferrajoli com um “mostro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório”¹⁵⁰.

Como adverte Rosa, contemporaneamente o processo penal guarda características de ambos os sistemas, sem que, todavia, possa ser indicado na sua estrutura, como sistema mistos. É misto por acolher características de ambos os sistemas, sem que com isso possa também ser estruturalmente misto, já que não se pode admitir a coexistência de princípios no plural na origem de um sistema¹⁵¹.

¹⁴⁹ LOPES, Aury, Jr. **Direito processual penal e sua conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454.

¹⁵¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134.

Nesta toada é o pensar de Coutinho, para quem, apesar de haverem várias sustentações de que inexistem sistemas puros na forma clássica como foram estruturadas, não há como se admitir um terceiro sistema. O dito sistema misto ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, porém, sem um princípio unificador próprio¹⁵².

Alerta ainda Rosa que no sistema inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes, enquanto que no sistema acusatório o princípio determinante e que lhe informa é o Princípio Dispositivo. O critério identificador é o da gestão da prova. No sistema inquisitório o juiz congrega em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e produção, num papel que não é dele, enquanto que no sistema acusatório essa responsabilidade é das partes, sem que possa o juiz promover a produção¹⁵³.

Detalhada e exemplificadamente:

No modelo *Inquisitório*: a) o julgador é permanente; b) não há igualdade de partes, já que o juiz investiga, dirige, acusa e julga, em franca situação de superioridade sobre o acusado; c) a acusação é de ofício, admitindo a acusação secreta; d) é escrito, secreto e não contraditório; e) a prova é legalmente tarifada; f) a sentença não faz coisa julgada; e g) a prisão preventiva é a regra. Já no modelo *Acusatório*: a) o julgador é uma assembleia ou corpo de jurados; b) há igualdade das partes, sendo o juiz um árbitro sem iniciativa investigatória; c) nos delitos públicos, a ação é popular nos privados, de iniciativa dos ofendidos; d) o processo é oral, público e contraditório; e) a análise da prova se dá com base na livre convicção; f) a sentença faz coisa julgada; e g) a liberdade do acusado é a regra¹⁵⁴.

O processo acusatório serve melhor aos ideais do Garantismo. Isto porque, se a história das penas é uma história de horrores, a história dos

¹⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17-18.

¹⁵³ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135.

¹⁵⁴ BARREIROS, José Antônio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 11.

julgamentos é uma história de erros, abusos e sofrimentos, desde a aplicação das medidas aflitivas de tortura, até o moderno uso da prisão preventiva¹⁵⁵.

O processo, sob a ideia do Garantismo, se justifica não apenas como técnica de minimizar a reação social ao delito, mas também de minimizar a violência e o arbítrio contra o acusado. Obviamente contrastantes, ambos não se descuidam dos problemas enfrentados, nem o sistema inquisitório ignora o problema da tutela do inocente, nem o acusatório se descuida da repressão dos culpados. “Os dois métodos se distinguem antes, com base em duas concessões diversas: uma, do Poder Judiciário; e outra, da verdade”¹⁵⁶.

É a verdade, por sinal, a pedra de toque dos sistemas. Verdade formal e não real, de cultura inquisitiva. Enquanto no sistema inquisitório a gestão das provas ou a descoberta da verdade passa pelo Monastério dos Sábios¹⁵⁷ na condição de protagonistas, numa epistemologia substancial e decisionista, sem separação dos poderes. Já no sistema acusatório o juiz figura como um espectador e a atuação com mais ou menos discricionariedade, deve sempre pautar-se no cognitivismo.

Conforme acentua Ferrajoli:

pode-se designar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base na livre convicção. Inversamente, chamarei de inquisitório todo sistema processual em que o juiz precede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 483.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 483.

¹⁵⁷ Monastério dos Sábios: sentido comum teórico do jurista. In: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Vol. II. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa¹⁵⁸.

A forma pela qual o processo penal deva ser aplicado é de incumbência do Estado. No Brasil, percebe-se numa simples leitura do preâmbulo da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e do seu artigo 5º, que uma série de direitos e garantias foram cravados em seu bojo como forma de normatização do direito e do processo penal, consagrando-se o ideal de um Estado Democrático de Direito e na esfera processual, um sistema acusatório.

O Código de Processo Penal, promulgado em 03 de outubro de 1941, e portanto, anterior à Constituição, é fruto, porém, da realidade histórica e social do Estado Novo, com influência inquisitória e fascista do período ditatorial, nele permanecendo ritos e atos próprios do sistema inquisitório.

Por essa razão, há muita discussão a respeito da classificação do sistema processual brasileiro. Para alguns doutrinadores, o sistema processual no Brasil não seria um sistema acusatório puro, mas misto, pois o texto constitucional dispõe da aplicação de um sistema acusatório enquanto o Código Específico teria uma nítida ótica inquisitiva. Isto sem contar na fase inicial de investigação, ou seja, o inquérito policial, uma forma inquisitiva física, a persistir e integrar o processo.

Como afirma Pacheco, no cotidiano forense, é comum se afirmar que o sistema brasileiro é acusatório, pelo fato de o juiz ou Tribunal não poder processar de ofício, dependendo sempre de um pedido do acusador, que é a fase da persecução penal, onde as partes debatem o processo, em contraditório e se afirma a ampla defesa. Entretanto, um observador externo diria que o sistema seria misto,

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo, numa espécie de fase embrionária ainda do século XIX¹⁵⁹.

Segundo Tucci, não se pode desconhecer que o processo penal ostenta na integralidade da persecução criminal, caráter inquisitório, o que, contudo, não obsta que a segunda fase da ação penal, se realize procedimentalmente sob a forma acusatória, assemelhando-se a um processo de partes¹⁶⁰.

Concluindo seu raciocínio na “verificação, já aventada, de que o moderno processo penal delineia-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”¹⁶¹.

Lopes adverte que enquanto não houver um processo verdadeiramente acusatório, do seu início ao seu fim, ou ao menos não se adotar uma forma de exclusão do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão a ser condenadas com base na prova inquisitorial, nitidamente disfarçada pelo discurso judicial do cotejando, corroborando e por outras fórmulas que mascaram que a condenação está calcada nos atos de investigação de matriz puramente inquisitiva¹⁶².

Não se desconhece, porém, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as reformas parciais introduzidas no Código de Processo Penal pelas Leis: Lei 11.689/08¹⁶³ (que alterou dispositivos relativos ao Tribunal do Júri e

¹⁵⁹ PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito processual penal**. Teoria, Crítica e Práxis. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 49.

¹⁶⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

¹⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

¹⁶² LOPES, Aury, Jr. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 71.

¹⁶³ BRASIL. Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e, dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/.../ Lei_11.689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/.../Lei_11.689.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

dá outras providências); Lei 11.690/08¹⁶⁴ (que alterou dispositivos relativos à prova, e dá outras providências) e Lei 12.403/11¹⁶⁵ - objeto de parte do Capítulo Terceiro dessa Dissertação (que alterou dispositivos relativos à prisão processual penal, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e dá outras providências) trouxeram modificações emblemáticas e evolutivas no avanço de um sistema acusatório.

Não se desconhece do fato que nas duas últimas décadas o processo penal brasileiro sofreu a inserção de uma série de garantias previstas na Constituição Federal, com sua gama de princípios de natureza substancial e também instrumental, curvando-se ao filtro da Constituição.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e da submissão das leis penais e processuais ao seu conteúdo, embora lento e tardio, representa um progresso ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, a exemplo do direito de liberdade, objeto de análise do Capítulo Terceiro e último desta Dissertação, sob o enfoque da substituição da prisão preventiva por medidas cautelares. A privação da liberdade pela prisão preventiva só pode ser tomada como *ultima ratio*, em respeito e garantia à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E neste pensar o marco teórico do Garantismo é elemento fundamental para o aporte da defesa do direito de liberdade máxima, porquanto nele defende Ferrajoli, não apenas a hegemonia da Constituição e dos axiomas ou princípios, mas a aplicação de um direito penal mínimo frente a um direito penal máximo; do gozo da máxima liberdade frente a qualquer forma de abuso na privação desta, revelando-a como inútil e arbitrária; de implementação de um sistema de garantias dos direitos

¹⁶⁴ BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova e, dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato 2007-2010/2008.../ Lei 11.690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008.../Lei_11.690.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

¹⁶⁵ BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares e, dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato 2011-2014/2011/ Lei 12.403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei_12.403.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

fundamentais dos cidadãos, os quais não bastam estar apenas declarados. Deles deve-se exigir efetividade e eficiência.

A nova realidade que paulatinamente surge, edifica as garantias de proteção do indivíduo contra o Estado, como garantias Constitucionais e de ordem suprema, as quais estão fundadas no respeito à dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais, em destaque, o direito de liberdade, o que pressupõe a manutenção e eficácia do Estado Democrático de Direito, que passa pela legitimação desses direitos e garantias e sobretudo pelo filtro da Constituição.

Ferrajoli ainda que teórico do Direito pertencente à família dos positivistas na tradição de Kelsen, Hart e do positivismo italiano deste último quarto do século¹⁶⁶, não deixa de lado sua posição crítica e sob o viés do positivismo jurídico, designa uma filosofia política de tutela ao cidadão, onde a imposição da lei objetiva a maximização da liberdade do cidadão e minimização do poder punitivo do Estado.

Não obstante filiar-se Ferrajoli à teoria positivismo jurídico, vertente do positivismo kelsiano¹⁶⁷, cujo pensamento dista em vários e amplos aspectos do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo¹⁶⁸, defende o autor em sua Teoria do

¹⁶⁶ Descrição realizada por Norberto Bobbio no prefácio da 1ª edição italiana da obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli in: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 10.

¹⁶⁷ Positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo. As duas mais influentes concepções do positivismo jurídico contemporâneo são de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart. A rejeição da metafísica e a redução da filosofia à uma enciclopédia das ciências, são consequências absolutamente lógicas do modelo de ciência acolhido pelo positivismo. Citando a obra de Kelsen, Coelho explica: Transportando esse princípio ao campo do direito, teremos, como princípio fundamental do positivismo jurídico, a redução da realidade jurídica ao campo da comprovação, ou seja, das normas jurídicas postas na experiência social: as normas positivas, o conhecimento jurídico, para ser científico, torna-se uma descrição da realidade jurídica dada: o direito positivo, realidade que é elaborada teoricamente, é reconstruído epistemologicamente, através de categorias lógicas. Desta concepção sobre a realidade jurídica que o conhecimento pode alcançar, e da concepção descritiva da ciência do direito, decorrem a negação do direito natural, a negação de critérios objetivos de valores no direito, que se coloquem além do valor positivado pela norma jurídica, a negação de um critério objetivo de justiça. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁶⁸ O Neopositivismo ou Neoconstitucionalismo representa uma das mais conhecidas e contundentes críticas do positivismo, tendo como um dos seus principais defensores Ronald Dworkin, a respeito fala: A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo

Garantismo, a submissão das leis à Constituição, cujos princípios devem garantir o alcance dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa condição não se pode deixar de observar como se dá a incidência dos princípios e garantias constitucionais, especialmente na esfera do processo penal, reflexo das aspirações individuais ou coletividades no exercício dos direitos e liberdades, que devem guarnecer de garantias.

Alerta Nucci:

Não basta haver previsão constitucional para um direito, pois é essencial que também exista a garantia que o sustente e ampare. Assim, o indispensável dualismo – direitos e garantias –, servindo ao cidadão acima de tudo, lembrando que um direito pode ser ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos¹⁶⁹.

As garantias assim, não se confundem com os direitos dos cidadãos, pois servem estas para elemento garantidor de sua implementação. Sem mecanismos hábeis, os direitos fundamentais, como disse Warat citado por Rosa “são como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão as cumprir”¹⁷⁰.

Essa nova concepção assegura uma realidade Constitucional que adentra fortemente em todas as bases da legislação infraconstitucional, discutidas aqui na esfera do Direito e do Processo Penal, que tem como fio condutor princípios limitadores e democráticos da intervenção estatal e garantia máxima de respeito

numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a “liberdade de expressão”. A leitura moral propõe que todos – juízes, advogados e cidadãos – interpretamos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. In: DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Copolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2. (destaques conforme o original).

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

¹⁷⁰ WARAT, Luiz Alberto. Apresentação fora das rotinas. In: ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 13.

aos direitos fundamentais do cidadão, sobretudo o de liberdade e minimização do poder punitivo estatal.

Nesta toada, assevera Streck que:

Inequivocamente, o Estado assume uma nova função problemática que pode ser verificada, facilmente, pelo conteúdo do texto constitucional. Essa nova feição afasta o olhar de desconfiança para com o Estado, que passa de “tradicional inimigo dos direitos” a “protetor e promovedor da cidadania”. Parece razoável afirmar, assim, que o direito penal e o direito processual penal não podem ficar imunes a esses influxos. Altera-se a feição do Estado; conseqüentemente, alterar-se o direito (não mais ordenador e nem simplesmente provedor; agora é transformador, bastando para tanto, examinar o texto da Constituição)¹⁷¹.

Muitos são os princípios cravados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de garantia dos direitos fundamentais e que foram, pelas recentes alterações, promovido pelas leis: Lei 11.689/08¹⁷² (que alterou dispositivos relativos ao Tribunal do Júri e dá outras providências); Lei 11.690/08¹⁷³ (que alterou dispositivos relativos à prova, e dá outras providências) e Lei 12.403/11¹⁷⁴ - objeto de parte do Capítulo Terceiro dessa dissertação (que alterou dispositivos relativos à prisão processual penal, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares e dá outras providências) inseridas no bojo do Código Processual. Não há como esgotar, dada a delimitação do tema e a profundidade que exigiria a análise de todos os princípios, a análise individualizada.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102.

¹⁷² BRASIL. Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e, dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/.../ Lei_11.689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/.../Lei_11.689.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013

¹⁷³ BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova e, dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/2008.../ Lei_11.690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/2008.../Lei_11.690.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares e, dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2011-2014/2011/ Lei_12.403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2011-2014/2011/Lei_12.403.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

Deste modo, nos próximos itens remeter-se-á a análise de apenas três princípios constitucionais limitadores do arsenal punitivo do Estado: princípio do devido processo legal; princípio da presunção de inocência e princípio da proporcionalidade, indispensáveis, porém, a confirmação de que um direito penal mínimo e garantista dentro de um modelo de Estado Democrático de Direito, somente passa indelével se concretamente forem estes observados e respeitados.

2.3 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A evolução histórica do Estado e do Direito firmou a supremacia da Constituição, elevando as normas à supra-legalidade, com funções estratégicas e definidoras de todo ordenamento jurídico, político e social.

A imensa maioria dos Estados contemporâneos, como é o caso do Brasil, tem a Constituição como um texto codificado, unificado, superior e vinculante, tendo por consequência a submissão de todos os outros ordenamentos às suas normas.

Independente do reconhecimento ou não da hegemonia, os princípios são normas inscritas na Constituição e a partir delas outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.

O Direito e o Processo Penal fundamentam-se em determinados princípios, seja em nível constitucional e não constitucional, que servem de fundamento e limite à responsabilidade penal e ao poder punitivo do Estado. Mais do que um limite à liberdade, as normas e princípios constitucionais servem como um instrumento de liberdade individual contra os abusos advindos do Estado ou até mesmo de particulares.

O direito à liberdade, cuja dimensão não se resume ao de ir e vir, mas compreende a liberdade geral e inviolável da autodeterminação do indivíduo, é princípio constitucional, implicando a sua garantia na proteção de um conjunto de outros tantos direitos e garantias, consideradas sobremaneira fundamentais à limitação do poder do Estado.

Restringe-se contudo, a partir daqui, a ideia de liberdade como o direito de encontrar-se solto, de ir e vir, livre da clausura e dos grilhões prisionais.

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 dispõe no artigo 5º, inciso LIV de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁷⁵.

Por outro lado, já no inciso LXI do mesmo artigo da Constituição da República Federativa de 1988, se estabelece: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”¹⁷⁶.

Em se tratando a liberdade de um direito fundamental e estruturada e um Estado Democrático de Direito como é o Brasil, a prisão, verdadeira antítese da liberdade, dada a gravidade, só deve revelar-se como última alternativa e somente admissível em situações específicas, observadas as normas constitucionais e legais.

Assim, para que haja supressão da liberdade, há que no mínimo antes ser observado o devido processo legal (seja em processo administrativo ou processo judicial), o que se mostra bastante emblemático nas hipóteses de prisão cautelar ou provisória, considerada aquela que se dá durante a fase processual e antes do trânsito em julgado de uma sentença¹⁷⁷.

A respeito esclarece Tucci:

[...] bem é de ver que, das cinco espécies de *prisão provisória* estabelecidas em nosso direito positivo, e como também, já pontuamos, três delas, quais sejam a *prisão em flagrante delito*, a *prisão preventiva* e a *prisão temporária*, são tipicamente cautelares, isto é, têm por finalidade

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷⁶ BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷⁷ BIANCHINI, Alice, et al. **Prisão e medidas cautelares**: comentário à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

a asseguuração de resultado profícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório, sempre que o exijam a garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou a preservação da aplicação da lei penal (cf. arts. 312 do CPP e, com suas peculiaridades, 1º da Lei 7.960, de 1989)¹⁷⁸.

Mais uma razão, portanto, para que sejam estas evitadas e somente aplicadas como *ultima ratio*, sobretudo porque é uma medida drástica e que implica a privação absoluta da liberdade antes de uma condenação definitiva.

De todo modo, a prisão cautelar¹⁷⁹ tem amparo e previsão legal, o que em respeito ao direito fundamental de liberdade, exige para sua famigerada aplicação, que se imponha o que se compreende por devido processo legal, estabelecido aqui relativamente ao devido processo judicial penal.

O devido processo penal se apresenta como um conjunto de elementos indispensáveis “objetivando a consecução dos direitos denominados *fundamentais*, mediante a efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regularmente desenvolvido*, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários, e num *prazo razoável*”¹⁸⁰.

E continua o Tucci, especificando o devido processo penal nas seguintes garantias:

de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo

¹⁷⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 323. (destaques em itálico conforme o original).

¹⁷⁹ Com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, só restaram no ordenamento jurídico nacional a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. As demais prisões chamadas de processuais, resultante da decisão de pronúncia e da sentença condenatória recorrível foram revogadas.

¹⁸⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64. (destaques em itálico conforme o original).

razoável de duração do processo legal; e) da legalidade da execução penal¹⁸¹.

A garantia do princípio constitucional do devido processo legal, reclama assim que o processo penal se desenvolva na forma que estabelece a Constituição e a lei ordinária processual, priorizando-se o direito fundamental da liberdade, sobretudo em caso de prisão cautelar ou provisória, onde sequer se estabeleceu uma sentença condenatória.

Como garantia dos absurdos e injustiças levados à cabo por esta situação, estabelece o mesmo artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil no inciso LXVI: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”¹⁸².

Também neste sentido garantista, foi recentemente aprovada a reforma do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal pela Lei 12.403/11¹⁸³, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, a qual consagra o direito de liberdade em detrimento da prisão processual, em especial pela possibilidade da substituição desta por medidas cautelares alternativas à prisão e bem menos gravosas.

Outro exemplo de Garantismo e leitura constitucional veio com a reforma anterior do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, aprovada pela Lei 11.690/10¹⁸⁴, e que estabeleceu alterações concernentes à prova. Nestas alterações destaca-se a promovida no artigo 155 do referido Código

¹⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

¹⁸² BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁸³ BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares e, dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei12403.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova e, dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei11690.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”¹⁸⁵.

A norma em questão é outra altamente Garantista, pois impede que o juiz se utilize da prova indiciária e de cunho inquisitivo como fundamento para uma condenação. A prova terá que se sustentar naquela harmonicamente colhida em juízo, firmando-se a garantia da ampla defesa e do contraditório, princípios corolários do princípio constitucional do devido processo legal, contribuindo para a evolução do sistema processual brasileiro para um concreto modelo acusatório.

Apesar dessa evolução, não se pode esconder, nem se esquecer, de que nem tudo são flores e há ainda muita involução no processo penal brasileiro, especialmente no que diz respeito à fase indiciária, onde infelizmente se mantém o caráter odioso do inquisitório.

Aliás, cabe neste sentido cabe destacar que a oposição ao contraditório e a ampla defesa na fase indiciária é um modelo contrário à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu artigo LV prevê: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes”¹⁸⁶.

Daí a necessidade imperiosa de que qualquer prisão, especialmente a cautelar, se faça dentro da observância criteriosa das garantias de um justo processo – devido processo legal, onde para que isso ocorra, se destacam a imparcialidade do juiz, o cognitivismo das decisões, a concreta fundamentação, o contraditório e a ampla defesa.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova e, dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/2008.../Lei_11.690.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013

Aliás, já disse Ferrajoli:

A função específica das garantias do direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Precisamente porque “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação”, e culpabilidade designam requisitos ou condições penais, enquanto, “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” designam requisitos ou condições processuais, os princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão garantias penais, e os exigidos para os segundos, garantias processuais¹⁸⁷.

Sobre a questão também manifesta-se Rosa:

Com efeito, a legitimidade na imposição de atos cogentes, decorrentes do poder de império, com consequências no âmbito dos jurisdicionados e, no caso do Processo Penal, dos acusados, precisa atender aos princípios e regras previstas no ordenamento jurídico de forma taxativa. 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, como deixou assentado Ferrajoli. Dito de outra forma, as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda, antes e necessariamente, uma oxigenação constitucional¹⁸⁸.

É necessário e urgente que se faça valer a Constituição, e que se estabeleça um devido processo penal, constitucional, garantista e legal, expurgando-se a cultura acusatória e inquisitiva, especialmente, quando se fala de prisão cautelar, a que se estabelece antes de uma decisão condenatória e incriminadora definitiva.

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74. (destaques conforme o original).

¹⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p. 71-72. (destaques conforme o original).

Neste aspecto, outro é o princípio que surge violado. Trata-se do princípio da presunção de inocência, levado a perigo, pelo arbítrio da autoridade processante e sob o qual se inverte o interesse precípua do devido processo penal, que é a preservação da liberdade do indivíduo não condenado.

2.4 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com a queda do Estado Absoluto e a ascensão do Iluminismo, a presunção de inocência antes mitigada pelo procedimento inquisitório voltou a ser estigmatizada, reafirmando a ideia de que nenhuma pena pode ser aplicada sem um juízo de convicção da culpa. Em 1764, Beccaria na obra *Dos Delitos e das Penas*, já advertia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença, do juiz, e a Sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”¹⁸⁹.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, também acolheu a presunção de inocência em seu artigo 9º¹⁹⁰, impedindo que alguém fosse considerado culpado e contra ele fosse aplicada uma sanção, sem o devido processo legal, vedando assim o aprisionamento do cidadão antes de uma condenação definitiva.

Ferrajolli, falando à lei italiana e com base na Teoria do Geral do Garantismo, ou mais especificamente a Teoria do Garantismo Penal, tratou do princípio de submissão à jurisdição e presunção de inocência, advertindo:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada

¹⁸⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69.

¹⁹⁰ Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei. In: Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 15 abr. 2013.

mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio da submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação¹⁹¹.

Para o teórico do Garantismo, a presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade representando o fruto de uma opção garantista e de proteção aos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Isto porque, a presunção e a inocência não são apenas uma garantia de liberdade e da verdade, mas também da segurança ou de defesa social, contrárias não só a ameaça pelos delitos, mas também as penas arbitrárias, pois toda vez que um imputado inocente temer um juiz, representada estará a queda da lógica do Estado de Direito, bem como, a falência da jurisdição penal e dos valores que a legitimam¹⁹².

Parafraseando-o, Lopes também afirma que a presunção de inocência é fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de alguns, pois o que se deve proteger a todo custo é o interesse de todos os inocentes, sem exceção. Esse pensar é ainda mais relevante quando se trata de prisão cautelar, pois o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de um inocente é muito alto¹⁹³.

A presunção de inocência ou não culpabilidade¹⁹⁴, como também é conhecida, embora não declaradamente expressa nestes termos na Constituição da

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

¹⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V.2 . 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53.

¹⁹⁴ De acordo com Badaró, não há diferença entre presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

República Federativa do Brasil de 1988, pode ser conferida conforme o disposto no artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁹⁵.

O *status* de princípio constitucional e de direito fundamental é justificado pelo modelo de Estado Democrático de Direito afirmado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 onde integra o rol dos direitos fundamentais elencados no referido artigo 5º, estendendo-se tal tratamento a todas as normas infraconstitucionais.

Para Oliveira:

A consideração prévia de não-culpabilidade, ou de não culpado, com efeito, institui-se como princípio orientador e vinculante não só da legislação infraconstitucional, como da autoridade judiciária, obrigada a fundamentar todas as decisões judiciais, e, de modo ainda mais sensível, a prisão ou a manutenção de toda prisão, segundo os expressos termos do artigo 5º, LXI, da Constituição da República¹⁹⁶.

Para um processo penal menos injusto e mais democrático, este princípio exige que seja levado a sério. Exatamente esta é a expressão utilizada por Moraes, que lembrando Ferrajoli diz que a garantia da presunção de inocência precisa ser levada a sério para se evitar prisões anteriores ao julgamento de mérito condenatório, sob pena de transformar-se ela em inútil engodo, apto a provocar o esfacelamento de todas as outras garantias penais e processuais¹⁹⁷.

O problema reside no fato de também previsão constitucional e legal da prisão cautelar, como é o caso da prisão em flagrante, preventiva ou temporária¹⁹⁸ e

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

¹⁹⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.

¹⁹⁸ Com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, só restaram no ordenamento jurídico nacional, a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. As demais prisões chamadas de processuais, resultantes da decisão de pronúncia e da sentença condenatória recorrível foram revogadas.

que logicamente ocorrem antes do processo findar ou de uma sentença condenatória definitiva.

Tucci lembra que:

[...] a vigente Carta Magna de nossa República Federativa, por outro lado, permite, não só a *prisão em flagrante delito*, como as cautelas especificadas nos incs. XI, XLIX, LVI, LVIII, LXII, LXIII e LXIV do mesmo artigo 5º. , bem como a *temporária* e a *preventiva*, desde que calcadas em ordem escrita e fundamentada de órgão jurisdicional competente (cf. inc. LXI também do art. 5º. ,) [...] ¹⁹⁹.

Defende Gomes Filho que mesmo nos ordenamentos jurídicos mais afeitos à proteção da liberdade individual, sempre houve a previsão de medidas restritivas em relação ao acusado, desde que necessárias, como faz referência não só o Brasil, no artigo 5º, inciso LXI da Constituição da República Federativa do Brasil, mas também o artigo 13 da Constituição Italiana. O que se deve é ponderar e tentar compatibilizar a coexistência da prisão preventiva e da presunção de inocência ²⁰⁰.

Melhor dizendo, além da impossibilidade fática e jurídica de ser a prisão cautelar solapada, serve esta muitas vezes para outros fins, num contexto meramente de confirmação do poder seletivo, incriminador e punitivo. Como afirmado por Ferrajoli:

Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração da ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inumeráveis leis que são cada vez mais frequentemente sancionadas penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência

¹⁹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 330. (destaques em itálico conforme o original).

²⁰⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, et al. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas** - comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções políticas e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais²⁰¹.

Nesta hipótese, o formalismo da prisão cautelar, arraigado na ideia do formalismo legal, não passa muitas vezes de um embuste, onde por um lado se legitima a mitigação do princípio da presunção de inocência, e por outro lado, se aumenta a medida de força e o arbítrio do Estado no uso de uma punição antecipada e de controle social.

Soma-se a isso, o alto grau de decisionismo que pode conter as decisões judiciais, produto de conveniências políticas e sociais e de concepções, ainda que não admitidas, fortemente inquisitórias.

Diante disso, há que prevalecer a tutela da liberdade sobre o poder de punir, quanto mais nas hipóteses onde esta punição antecipada inverte o princípio, passando da presunção de inocência à presunção de culpabilidade, e onde são absolutamente descartadas as garantias penais e processuais cravadas pelo Estado de Direito, que hodiernamente se consolidou na grande maioria dos Estados, em Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Por conta de se tratar o princípio da presunção de inocência um direito fundamental de resguardo aos valores inerentes à liberdade e à dignidade da pessoa humana e concebida como um princípio limitador do processo penal contemporâneo na aplicação de sanções punitivas, pior que isto, sumárias e antecipadas, várias outras regras derivam de sua compreensão.

Ferrajoli afirma que a presunção de inocência, ainda que reabilitada pela doutrina, restou enfraquecida em ambos os significados garantistas a ela associáveis, seja no sentido de regra de tratamento do imputado, onde se deveria

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 451.

restringir ao máximo a limitação da liberdade pessoal, seja pela regra de juízo, que impõe à acusação o ônus da prova, além de impor a absolvição em caso de dúvida²⁰².

Para Lima, do princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade derivam duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento. Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, extreme de dúvida razoável, e não este de comprovar sua inocência. Já em virtude da regra de tratamento, ninguém pode ser considerado culpado senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impedindo que o Poder Público venha agir ou se comportar, em relação ao suspeito, indiciado, denunciado ou acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente²⁰³.

Também para Lopes, o princípio da presunção de inocência redundava em um dever de tratamento, que o mesmo divide em dimensão interna e externa:

A complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal. Contudo, a essência da presunção de inocência pode ser sintetizada na seguinte expressão: dever de tratamento [...]

[...] Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab) usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente)²⁰⁴.

²⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 442.

²⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 15-17.

²⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 530.

Sob o pensar garantista de Ferrajoli jamais se pode permitir a punição de um inocente, mesmo que para isso o preço a ser pago seja eventualmente a absolvição de um culpado, dada a gravidade da medida, pois só o processo já representaria uma pena²⁰⁵.

Por outro modo, é de se pensar que em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil e outros tantos Estados, a Constituição recebe além da função formal e hierárquica, uma função de positivação material dos direitos e garantias fundamentais, irradiadas ao direito e o processo penal, os quais ao invés de exercer um papel violento do poder estatal, deveriam ao contrário, legitimar máxima da liberdade.

Como já afirmado por Malan e Prado, “a prevalência da tutela da liberdade sobre o poder de punir está na origem de todos os princípios garantidores positivados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas”²⁰⁶.

A presunção de inocência não pode ser assim tratada como uma farsa. É ela um princípio e um direito fundamental inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também em outras Constituições, que garante e protege o cidadão do pernicioso poder punitivo, que além de violento, tem o odioso poder de estigmatizar o imputado inocente à condição de criminoso. O que se exige é apenas o seu cumprimento, no sentido de maximizar o direito de liberdade e a concepção de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chowder, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 587.

²⁰⁶ MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 400.

2.5 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade surgiu como salvaguarda da liberdade individual em face dos interesses estatais. Derivado das ideias do século XVII e XVIII, o princípio teve sua ascensão na Alemanha do segundo pós-guerra, onde deitou suas raízes profundas tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Os alemães caminharam primeiramente pelo Direito Administrativo, para depois chegarem ao Direito Constitucional, onde alojaram e lograram a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado do Direito e da garantia dos direitos fundamentais, combatendo os excessos legislativos por via do necessário controle judicial em arestos de inconstitucionalidade²⁰⁷.

Já nos Estados Unidos o princípio se assentou na cláusula do devido processo legal, constante das emendas de n. 5 e 14 à Constituição, sendo chamado por lá de princípio da razoabilidade²⁰⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não tratou expressamente do princípio da proporcionalidade. Segundo BUECHELE, “essa previsão é implícita”²⁰⁹. Todavia, é forte o entendimento de que o princípio da proporcionalidade está inserido na interpretação do artigo 5º, incisos XLVI, XLVII e LVI²¹⁰.

A proposito, afirma Merolli:

²⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 407.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Alberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 239.

²⁰⁹ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 144.

²¹⁰ Os incisos citados nos dizem o seguinte: [...] XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. [...]. In: BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

Além disso, o princípio da proporcionalidade da pena também deve ser considerado como decorrência direta de outros princípios penais expressamente admitidos pela Constituição Federal, tais como o princípio da individualização da pena (art. 5º/CF, inc. XLVI); o princípio da racionalidade das sanções penais (art. 5º/CF, inc. XLVII), ou, até mesmo, o princípio do devido processo legal (art. 5º/CF, inc. LIV), de modo que devemos tomar o princípio da proporcionalidade da pena como uma norma constitucional não-escrita, imanente à própria noção de Estado de Direito [...]²¹¹.

O princípio da proporcionalidade tem sua área de atuação voltada à proteção e garantia dos direitos fundamentais, razão pela qual, é forte sua penetração na área do Direito Penal, onde a liberdade deve se sobrepor à força e ao arbítrio.

Nesse contexto, também merece destaque o fato de que em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, só é possível pensar num Direito Penal e Processual que venha preservar os direitos fundamentais contidos na Constituição, de forma que eles não sejam diminuídos senão à frente da necessidade de preservação de outros direitos, igualmente essenciais para o ser humano, e somente na medida em que esta diminuição demonstrar-se necessária. A intervenção penal, portanto, deve se apresentar de maneira proporcional, isto é, adequada, necessária e cujo custo-benefício interessa ao valor que busca preservar.

Streck ao tratar da matéria, afirma que a norma penal é de última *ratio*, devendo buscar a necessária e proporcional proteção àqueles direitos com transcendência individual e social, previstos na forma fundamental. A concepção do princípio, portanto, seria estrita, voltada a adequação entre a gravidade do delito e a pena aplicada e ampla, como forma de análise dos custos e benefícios de uma intervenção punitiva²¹².

Elucida Ferrajoli:

²¹¹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 380. (destaques conforme o original).

²¹² STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio da proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo. Disso segue-se que se do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um estima-se menos grave do que outro, contraria o princípio da proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o primeiro com uma pena mais elevada do que a prevista para o segundo. Em todos os casos, o princípio de proporcionalidade equivale ao princípio de igualdade em matéria penal.

Streck aclara o assunto registrando que a formulação do princípio da proporcionalidade é originária das decisões da dogmática alemã, que divide o princípio da proporcionalidade em três subdivisões: o da adequação/idade, responsável por verificar se a medida limitadora é um meio apto a alcançar o fim necessário; o da necessidade, que busca constituir a medida mais benigna e idônea para alcançar o fim da intervenção e o da proporcionalidade em sentido estrito, dirigido à análise da medida e sua relação com os benefícios e os prejuízos advindos da restrição de um direito fundamental pela satisfação de outro direito fundamental²¹³.

Muito embora entenda Ferrajoli de que entre a pena e delito não exista qualquer ligação natural, tem o mesmo certo de que isto não exime a pena de ser adequada com relação ao delito. Pelo contrário, já que o caráter retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige do legislador e do juiz que a qualidade e a quantidade da pena seja compatível com a natureza e a gravidade do crime. Em resumo, Ferrajoli afirma que o princípio de proporcionalidade, é um corolário dos princípios

²¹³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 68.

da legalidade e de retributividade, “expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto*”²¹⁴.

Para Gomes Filho, a proporcionalidade constitui requisito essencial não apenas na delimitação da atividade legislativa, no que diz respeito à disciplina das limitações a direitos fundamentais, mas igualmente serve de critério orientador do juiz na aplicação de qualquer medida de caráter coactivo²¹⁵.

Já ficou dito que o princípio da proporcionalidade, embora oriundo do Direito Administrativo e depois Constitucional, tem seu alcance aberto e infiltrado no Direito Penal, especialmente no que diz respeito ao crime e a pena respectivamente ao mesmo aplicado. Portanto, o olhar deve passar às esferas do legislativo e do judiciário, cuja tarefa é garantir ao máximo a proteção dos direitos e garantias fundamentais moldados no Estado Contemporâneo, Democrático e Constitucional de Direito.

Nesse prisma, para a teoria Garantista, o poder punitivo vem limitado pelo critério que busca a intervenção mínima e, a partir disso, uma maior proteção das liberdades, dos bens jurídicos do cidadão. Por essa razão, só se pode balizar a liberdade do indivíduo, proibindo determinadas condutas, quando esta se transcenda para a liberdade dos demais cidadãos²¹⁶.

No que se refere à prisão cautelar, o princípio da proporcionalidade, demanda grande aplicabilidade, face os males que qualquer encarceramento pode provocar, especialmente, o que se dá antes de uma sentença condenatória definitiva, como é o caso da prisão cautelar.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chowder, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 320.

²¹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, et al. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

²¹⁶ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90.

A prisão sem sentença definitiva deve ser medida extrema e estritamente necessária, porquanto, num Estado Democrático de Direito como se apresenta o Brasil, o olhar Garantista volta-se à proteção da liberdade, cuja premissa é de garantir que inocentes não sejam presos, ainda que para isso, culpados corram soltos.

Isto porque, caso a decretação de uma prisão cautelar possa trazer consequências mais graves que a ação buscada pelo processo penal, fica a prisão sem razão de ser, transformando-se em medida de caráter essencialmente punitivo.

Neste sentido, esclarece Gomes Filho:

Mais claramente: em relação às medidas cautelares processuais penais, a observância da proporcionalidade é fundamental, pois se a adoção antecipada de providências que constituiriam o resultado do processo – depois de uma cognição completa dos elementos existentes nos autos e com amplo debate contraditório entre os interessados – é excepcional, deve também ser criteriosa, somente se legitimando após uma rigorosa ponderação dos interesses em jogo²¹⁷.

Das prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a preventiva soa talvez como a mais grave. Como se verá no próximo capítulo deve ela ser utilizada apenas como instrumento de última *ratio*, ainda mais quando a própria lei em consonância com a ordem constitucional permite sua substituição por medidas cautelares alternativas.

A prisão preventiva nada mais é, como já afirmou Ferrajoli ao tratar da lei italiana, que uma “pena antecipada”²¹⁸, abusivamente utilizada pela praxis judiciária como ainda um espectro do Regime Absoluto, inquisitório, arbitrário e cruel. A aplicação desmedida afronta o devido processo legal, a presunção de inocência e

²¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, et al. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 620.

qualquer adequação entre a medida antecipada e punitiva, que na prática é, e injusto supostamente praticado.

Em um Estado de Direito, Democrático e Constitucional, não há lugar para excessos. O Direito e o Processo Penal devem ser concebidos à luz da Constituição Federal e suas ordens e princípios Garantistas, tendo o princípio da proporcionalidade o papel primordial de frear a decomposição do poder punitivo Estatal, impedindo-o de ampliar-se ilimitadamente, em especial quando se tratar de um poder nocivamente sobreposto em sede de uma prisão preventiva, portanto, cautelar.

CAPÍTULO 3

A PRISÃO CAUTELAR COMO MEDIDA DE *ULTIMA RATIO* PREVENTIVA – UM MODELO APROXIMADO DO VIÉS GARANTISTA

3.1 A PRISÃO CAUTELAR NO NOVO REGIME DA LEI N. 12.403/11

No ordenamento jurídico brasileiro existem basicamente três espécies de prisões, que podem ser divididas em: prisão penal, prisão cautelar, (ou prisão provisória ou sem pena), e por fim, prisão extrapenal, que se subdivide em prisão civil e prisão militar.

A prisão cautelar, um modelo aplicado não só no Brasil, mas em vários outros países, faz parte da cruel e horrenda história das prisões aplicadas à humanidade. Falando com base e à realidade italiana, Ferrajoli destaca que:

Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine indicio* -, ou seja, a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar ou processual ou, seja, como for, não penal²¹⁹.

A prisão penal ou igualmente chamada de prisão pena é a espécie imposta a partir de sentença condenatória transitada em julgado. É aquela que somente será efetivada após o devido processo penal no qual restou determinado a pena restritiva de liberdade, não possuindo, assim, natureza cautelar, uma vez que se trata de medida penal que se destina a cumprir a pretensão executória da sentença proferida.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 446. (destaques conforme o original).

Para Lima, a prisão penal é aquela que resulta de uma sentença condenatória transitada em julgado e que impõe o cumprimento de uma pena privativa de liberdade e que só pode ser aplicada após o devido processo legal e onde tenham sido respeitadas todas as garantias do cidadão²²⁰.

Para o mesmo autor a prisão cautelar, provisória ou sem pena, ao contrário, é a prisão imposta para assegurar os fins do processo, aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória com o ânimo de supostamente garantir o sucesso e a eficácia da investigação e do processo criminal em curso²²¹.

O alvo de análise deste Capítulo remeter-se-á apenas à prisão provisória decretada quando esta assume uma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, prisão temporária e mais detalhadamente no caso da prisão preventiva, bem como, da adoção das medidas cautelares substitutivas à prisão surgidas a partir da entrada em vigor da Lei 12.403/2011²²².

Em sua redação original, o Código de Processo Penal Brasileiro de 03 de outubro de 1941 previa, além da prisão em flagrante, da prisão temporária e da prisão preventiva, as modalidades de prisão processual em virtude de ato decisório de pronúncia, da sentença condenatória recorrível e a administrativa. No entanto, após a entrada em vigor da nova Lei, estas três últimas foram revogadas.

Pois bem, independente de qual seja a espécie de prisão cautelar, deve ela representar a última *ratio* da persecução penal, sobretudo quando previsto constitucionalmente e face à nova Lei, que a regra é a liberdade. A este respeito dispõe o artigo 5º, inciso LXI da Constituição da República Federativa do Brasil:

²²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 87.

²²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 87.

²²² BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei²²³.

Na mesma linha, com as modificações produzidas no Código de Processo, o artigo 283 passou a dispor:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou de prisão preventiva. [...] ²²⁴.

A prisão cautelar, portanto, além de fundamentada deve ser qualificada pela nota da excepcionalidade. Como defende Lima, trata-se a prisão cautelar de medida de natureza excepcional e que não pode ser utilizada como um cumprimento antecipado da pena, na medida em que o juízo que se faz para a decretação não é o de culpabilidade, mas de periculosidade²²⁵.

Não se pode negar os avanços produzidos pela Lei n. 12. 403/11²²⁶, que alterou parcialmente o Código de Processo Penal e que além de obrigar que toda e qualquer prisão cautelar seja decretada por ordem fundamentada, determina esta como uma medida extrema, devendo-se, quando possível, substituí-la por medidas cautelares, de menor custo ao indivíduo. Antes da lei, ao juiz só era dado decidir ou pela prisão cautelar ou pela liberdade provisória.

provisória e demais medidas cautelares e, dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2011-2014/2011/Lei_12.403.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

²²³ BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

²²⁴ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 390.

²²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 88.

²²⁶ BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares e, dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2011-2014/2011/Lei_12.403.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

Como esclarece Lopes “A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, instituiu um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar”²²⁷.

A vista disso, sem a pretensão de esgotar o assunto, o que exigiria pela densidade dos temas um singular aprofundamento de cada, passa-se a uma breve referência das espécies de prisão cautelar ou provisória constantes do ordenamento jurídico e mantidas pela Lei n. 12.403/11.

Inicialmente, quanto à prisão em flagrante, é a mesma uma das espécies de prisão provisória ou cautelar de natureza processual. Na linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, da infração que está queimando, cometida ou que acabou de sê-lo, autorizando a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime, como um mecanismo de autodefesa da própria Sociedade²²⁸.

De acordo com o artigo 302 do Código de Processo Penal, que em nada foi alterado pela Lei n. 12.403/11:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

- I – está cometendo a infração penal;
- II – acaba de cometê-la;
- III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”²²⁹.

No caso de prisão em flagrante, imediatamente após a detenção, o preso deverá ser apresentado à autoridade policial que precisará ouvir o seu condutor, as testemunhas, se existentes, e o próprio preso, que será ouvido com a presença

²²⁷ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, volume II. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 61.

²²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 187.

²²⁹ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393.

imprescindível de um defensor. Ao final, será dada ao mesmo a nota de culpa, onde se esclarece os motivos da prisão, sendo o auto de prisão encaminhado ao juiz competente em até 24 horas.

Além disso, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada.

Assim, muito embora possa a prisão em flagrante ser executada por qualquer pessoa e sem necessariamente uma ordem judicial, não significa que poderá esta ser arbitrária ou que não passará pelo olhar detalhado do juiz que de forma imprescindível deverá motivar a decisão.

Destarte, não se descuida que com o advento da Lei 12.304/11, ainda que de ofício, ninguém mais pode ficar preso sem decisão fundamentada, tampouco sob o fundamento isolado da prisão em flagrante, devendo o juiz ou decretar a nulidade do flagrante, caso inobservados seus aspectos formais ou promover a análise de sua legalidade ou ilegalidade, circunstâncias estas determinantes para a fixação da liberdade provisória do indivíduo.

Em continuidade, homologando a prisão em flagrante, deverá o juiz enfrentar a possibilidade de concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, a necessidade ou não da prisão preventiva e a eventual imposição substitutiva de medidas cautelares alternativas à prisão.

A prisão em flagrante mostra-se assim marcada pela precariedade e somente poderá ser justificada pela brevidade de sua duração e pela imperiosa necessidade de ser analisada pelo juiz competente, ao qual cumprirá verificar sua legalidade e decidir, conforme o caso, se faz necessária ou não a manutenção, seja pela concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, seja pela decretação ou não da prisão preventiva e a real possibilidade de substituição por uma ou mais

medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal²³⁰.

No tocante à prisão cautelar temporária, outra espécie do gênero prisão cautelar, foi esta criada em 1989 pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989, sendo posteriormente substituída pela Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989²³¹.

Verifica-se ser a mesma uma espécie de prisão decretada pela autoridade competente na fase do inquérito policial, ou seja, na fase preliminar das investigações e que possui prazo preestabelecido de duração a fim de garantir maior efetividade e celeridade ao processo, ocorrendo sempre que a privação de locomoção do agente que cometeu a conduta delituosa for indispensável para a obtenção de informações e provas da materialidade do crime cometido.

Lima a conceitua:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de

²³⁰ **Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividade; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica. § 1º. (Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011); § 2º. (Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011); § 3º. (Revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011); § 4º. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. *In*: BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva:** Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395-396.

²³¹ BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1980. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 18 jun. 2013.

locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inc. III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*²³².

O artigo 1º da Lei n. 7.960/89²³³ dispõe sobre as hipóteses e os requisitos necessários ao cabimento da prisão temporária, será decretada pelo juiz pelo prazo determinado de 05 dias, sendo que este prazo poderá ser prorrogado por igual período nos casos de comprovada e extrema necessidade. Já nos casos de crimes hediondos, o prazo da prisão temporária poderá ser de trinta dias, podendo também ser prorrogada por igual período.

Como toda prisão cautelar, a prisão temporária implica severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, exigindo, portanto, estrita observância da legalidade e da tipicidade do fato imputado. Novamente, sente-se a difícil coexistência dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da proporcionalidade em face da manutenção da prisão temporária.

Enfim, como última hipótese de prisão cautelar, tem-se a prisão preventiva, prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal como sendo um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante o inquérito policial ou

²³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 323. (destaques conforme o original).

²³³ Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1980. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em:

no curso da ação penal para satisfação do encalço criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Como esclarece Tourinho Filho, a prisão preventiva é um gênero da espécie da prisão cautelar de natureza processual, sendo de regra toda a prisão que antecede a uma condenação definitiva²³⁴.

Para Ferrajoli, a prisão preventiva carrega traços do inquisitório, irremediavelmente policialesca, de prevenção e controle social:

O traço inconfundivelmente policialesco do instituto – que foi demonstrado no parágrafo 38, com a incompatibilidade em relação a todas as garantias penais e processuais e antes de toda a presunção de não culpabilidade – resta no caráter arbitrário, em todos os casos não cognitivos, mas potestativos dos seus pressupostos. Pela sua natureza, de fato, não são passíveis de provas ou desmentidos nem a “gravidade” dos indícios de culpabilidade, tampouco as razões opinativas que possam fazer supor o “perigo” de fuga, ou de turvação da prova ou de futuros delitos por parte do imputado. Este último motivo de captura, em particular, é irremediavelmente policialesco e revela o caráter da medida de prevenção e de defesa social verdadeiramente assumida pela custódia cautelar²³⁵.

Quanto aos requisitos e fundamentos para sua decretação, o assunto será tratado em separado no próximo item desta Dissertação, registrando-se aqui tão somente a necessidade de que toda a decisão que for determiná-la, substituí-la ou denegá-la, seja fundamentada e que dela tomem conhecimento, inclusive quando de sua substituição por medidas alternativas, acusado e Ministério Público.

Sua leitura e fixação devem ser feitas em consonância com o disposto no artigo 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal introduzido pela Lei n. 12.403/11, que reza: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 18 jun. 2013.

²³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V.3. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 513.

²³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 623. (destaques conforme o original).

sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)²³⁶. Melhor dizendo, deve a prisão preventiva ser reservada como último instrumento a ser utilizado.

3.2. DOS REQUISITOS E FUNDAMENTOS PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A teor do artigo 311 do Código de Processo Civil, a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial²³⁷.

Fato de total contrassenso é que a Lei n. 12.403/11 manteve a possibilidade nefasta e de ranço nitidamente inquisitório da prisão de ofício pelo juiz desde que no curso da ação penal, comprometendo assim o sistema acusatório e a imparcialidade do próprio juízo, que exige a estética do afastamento.

Para manter-se imparcial o juiz deve estar alheio aos interesses das partes na causa. Isto “não significa que ele está acima das partes, mas que ele está para além dos interesses delas”²³⁸.

Quanto ao momento, a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar, durante o processo ou ainda, após a sentença condenatória recorrível.

²³⁶ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 390.

²³⁷ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394.

²³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal (org)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

Como toda e qualquer medida cautelar deve, contudo, ser fundamentada e está condicionada ao cumprimento dos requisitos e fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, que permaneceram inalterados pela Lei 12.403/11.

Art. 312. A prisão preventiva poder ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de sua autoria.

Parágrafo único: A prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282 parágrafo 4º).²³⁹

Lopes afirma, quanto aos requisitos para decretação da prisão preventiva, ser inadequado falar-se em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, pois o fenômeno da prisão cautelar é completamente diverso das medidas cautelares do processo civil. Para o autor, a prisão preventiva exige o *fumus commissi delicti*, ou seja, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e o *periculum libertatis*, ou seja, aquele que decorre do estado de liberdade do indivíduo.²⁴⁰

O fato é que, inobstante o nome dado aos requisitos e fundamentos que autorizam a prisão preventiva, para sua decretação, dependem a existência de indícios suficientes da autoria do crime e prova da existência do mesmo, como requisitos e por fundamento, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Com o advento da Lei n. 12.403/11 o rol foi ampliado, inserindo-se no parágrafo único do artigo 312 a possibilidade da prisão preventiva ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras

²³⁹ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394.

²⁴⁰ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, volume II. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107-108.

medidas cautelares conforme previsto no artigo 282, parágrafo 4º do Código de Processo Penal²⁴¹.

Além disso, com o advento da Lei n. 12.403/11, também é necessário que seja demonstrada a ineficácia da aplicação de outras medidas cautelares que não a prisão.

Isto porque, entre as inovações legislativas trazidas pela lei supra citada, tem-se que a prisão preventiva deve ser aplicada pelo juiz somente em último caso, ou seja, somente depois que as outras medidas cautelares dispostas em lei se revelarem inadequadas ou ineficientes, o que demonstra perfeita consonância com o princípio constitucional da presunção da inocência ou de não culpabilidade previsto no art. 5º, inciso LVII, a saber: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”²⁴².

No que tange os pressupostos necessários para a decretação, Nucci esclarece que:

Manteve-se o instituto da prisão preventiva, praticamente, intacto. Os seus requisitos não se alteraram. Continua-se a demandar, ao menos, três fatores para sua decretação: a) prova da existência do crime (materialidade) + b) indício suficiente de autoria (razoáveis indicações, pela prova colhida até então, de ser o indiciado ou réu o autor) + c) elemento variável: c.1) garantia da ordem pública; ou c.2) garantia da ordem econômica; ou c.3) conveniência da instrução criminal; ou c.4) garantia de aplicação da lei penal²⁴³.

²⁴¹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. [...] § 4º. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). *In*: BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393.

²⁴² BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63.

Quanto ao pressuposto da prova da existência do crime ou prova da materialidade delitiva, se traduz na certeza da ocorrência do crime, de forma que não se pode determinar a prisão cautelar de pessoa presumidamente inocente.

Ainda no tocante quanto à materialidade do crime, Lima leciona o seguinte:

Como denota a expressão prova da existência do crime, constante do art. 312 do CPP, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva. No caso de crimes que deixam vestígios, não há falar em indispensabilidade do exame de corpo de delito para a decretação da prisão preventiva. Na verdade, como é cediço, o laudo pericial pode ser juntado durante o curso do processo, salvo nas hipóteses de drogas (laudo de constatação da natureza da droga – art. 50, § 1º, da Lei nº 11.343/2006) e crimes contra a propriedade imaterial (CPP, art. 525), em que o exame de corpo de delito assume condição de verdadeira condição específica de procedibilidade²⁴⁴.

No que tange ao segundo pressuposto da obrigatoriedade de haver indícios suficientes da autoria e ainda quando há indícios de que a pessoa indiciada é a autora do crime, Silva manifesta o seguinte:

Para demonstrar à Sociedade que os indícios da autoria do ilícito penal recaem sobre a pessoa do acusado, o juiz deverá relacionar todos os atos por ele praticados, segundo a prova dos autos, assim, como suas conclusões baseadas no conjunto probatório, que pela boa lógica, possam levar a conclusão de que fora ele o autor do crime²⁴⁵.

Já que não se pode em sede cautelar falar de certeza, diante do altíssimo risco que representa a prisão preventiva, verifica-se a exigência de um juízo de probabilidade para sua decretação, sendo, o predomínio de uma densa fumaça das razões positivas que a habilitam. Não basta o exercício da mera possibilidade do crime ou de sua autoria, posto que o preço da prisão, além de alto demais, é pago somente pelo acusado.

²⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 255. (destaques conforme o original).

O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, posicionou-se no sentido de conceder a ordem de Habeas Corpus, afastando a custódia preventiva e garantindo a aplicação do princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência.

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porque expedido mandado de prisão ou porquanto, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. PRISÃO PREVENTIVA – REPERCUSSÃO SOCIAL DA PRÁTICA CRIMINOSA. A repercussão social da prática criminosa, ainda que se trate de tráfico de entorpecentes, não leva ao implemento da custódia preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Ante o princípio da não culpabilidade, fica afastada, como base da preventiva, a prolação de sentença condenatória. PRISÃO PREVENTIVA – NATUREZA. A prisão preventiva, no que inverte a ordem natural do processo – prendendo para, depois, apurar –, surge no campo da excepcionalidade. PRISÃO PREVENTIVA – CRIME – INQUIETAÇÃO SOCIAL. O sentimento de desassossego da sociedade não conduz à custódia preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – PREVENÇÃO DE PRÁTICA CRIMINOSA – IRRELEVÂNCIA DA ÓPTICA. A visão segundo a qual há de prevenir-se a repetição de crimes, acautelando o meio social, não é fundamento para chegar à prisão preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE DE DELITO – REPERCUSSÃO. Tanto a gravidade do delito quanto a repercussão deste no meio social são elementos neutros, considerada a custódia preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – AMEAÇA À VÍTIMA – DELEGACIA POLICIAL – AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO. A par de ser ambígua a articulação sobre ameaça à vítima em delegacia policial, quando do registro da ocorrência, tem-se que o ato, havendo vários acusados, deve-se mostrar

²⁴⁵SILVA, Jorge Vicente. **Comentário à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 198.

individualizado. PRISÃO PREVENTIVA – INSTRUÇÃO CRIMINAL – CONVENIÊNCIA – CAPACIDADE INTUITIVA. O instituto da instrução criminal regular apenas respalda a prisão preventiva quando existente atitude concreta visando embaralhá-la. Descabe partir para o campo da presunção. PRISÃO PREVENTIVA – CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. A custódia preventiva não está relacionada à credibilidade da Justiça. Cumpre ao Judiciário observar, de forma estrita, a ordem jurídica. (HC 109449, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJ-119 DIVULG 20-06-2013 PUBLIC 21-06-2013)²⁴⁶.

Com o mesmo alcance:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – ANÁLISE – INSUBSISTÊNCIA – EXCESSO DE PRAZO. A imputação não respalda a prisão preventiva, presumindo-se, ante a visão sobre a culpa, a periculosidade. A inexistência de raízes no distrito da culpa também não a endossa. Então, ante o excesso de prazo, impõe-se, no contexto, o implemento da ordem de ofício. (HC 112361, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJ-089 DIVULG 13-05-2013 PUBLIC 14-05-2013)²⁴⁷.

As decisões acima, embora não sirvam para representar uma posição uníssona e muito menos favorável do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, servem como uma amostra do pensamento que deve prevalecer em sede de garantia dos preceitos e princípios constitucionais e da garantia de máxima liberdade do cidadão frente aos abusos do Estado e do poder seletivo e punitivo por ele exercidos.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 109449. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data da Publicação: 21 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28109449%2EENUME%2E+OU+109449%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m24oysf>> Acesso em: 20 jun. 2013.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112361 Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data da Publicação: 14 mai. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112361%2EENUME%2E+O>

Nesta ordem, já no que diz respeito aos fundamentos da prisão preventiva, ou seja, sua decretação para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, a Lei n. 12.403/11 em nada evoluiu. Houve, inclusive, um retrocesso com relação ao Projeto de Lei originariamente apresentado - Projeto de Lei n. 4.208/2001 – que abandonava as categorias da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Neste sentido, entende Lopes que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, mas instrumento de justiça sumária e, portanto, substancialmente inconstitucionais²⁴⁸.

A prisão por garantia da ordem pública é um conceito vago, despido de referencial semântico e é geralmente confundida com o tal clamor público, com a própria opinião pública ou com a opinião publicada, conforme se apresentam os interesses midiáticos.

Quanto à prisão para garantia da ordem econômica, a tutela do capital especulativo, por meio da prisão, não representa avanços. Muito mais útil que a prisão seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens, pois dessa forma se tutelaria a ordem financeira e por outro lado, se amenizaria as perdas econômicas²⁴⁹.

Com acerto, Delmanto esclarece que:

[...] não resta dúvida de que nessas hipóteses a prisão provisória afasta-se, por completo, de sua natureza cautelar instrumental e/ou final, transformando-se em meio de preservação especial e geral e, portanto, em punição antecipada, uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como o consequente desestímulo de

U+112361%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m6bpamw. Acesso em: 20 jun. 2013.

²⁴⁸ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121.

²⁴⁹ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 519.

outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal²⁵⁰.

Sem prejuízo da discutível constitucionalidade da prisão para garantia da ordem pública ou econômica, há que se analisar os fundamentos que restam: a garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal.

A garantia da instrução e a tutela da prova não ensejam a prisão do acusado, o que conduziria à presunção de culpabilidade e colidiria frontalmente com o sistema acusatório. Como escreve Ferrajoli:

[...] a custódia preventiva depois do interrogatório pode ser favorável somente por quem considere o papel da defesa como obstáculo inoportuno e a investigação como inquisição da parte. Contrariamente, dentro de uma concepção cognitiva e acusatória do processo ela não só não é necessária, mas prejudicial à averiguação da verdade por meio do livre contraditório²⁵¹.

Lopes também afirma que quanto mais eficientes forem a polícia científica e as técnicas de recolhimento de provas, menor é o tempo necessário para a apuração do fato delituoso e menores são os riscos de manipulação ou destruição das provas por parte do suspeito. Em outras palavras, como adverte o autor, na “realidade não existe necessidade, mas mera conveniência para o Estado”²⁵², que tenta atribuir os custos da sua manifesta incompetência à parte mais fraca, ao suspeito.

Enfim, no que toca ao último fundamento, tutela da aplicação da lei penal, não se pode olvidar que a prisão preventiva é uma medida cautelar e que deve corresponder aos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da proporcionalidade, sem prejuízo de outros e não uma pena antecipada.

²⁵⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 192.

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 448.

²⁵² LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 131.

Como já afirmou Ferrajoli a mitigação das penas reduz proporcionalmente o perigo de fuga dos imputados. Em outras palavras, na visão do autor a fuga é proporcional à gravidade ou limite das penas. Se fossem estas abolidas ou reduzidas, reduzir-se-ia o pavor dos castigos, favorecendo subsequentemente a própria ideia de prisão preventiva.²⁵³

Para Schietti, a prisão cautelar é a possibilidade de impor imediatamente um mal, uma punição, de exercer a violência contra quem praticou um delito, ou seja, é a reação violenta àquele que cometeu uma violência.²⁵⁴ É uma medida desnecessária e inútil que, para além da proporcionalidade, só deve ser utilizada como última alternativa da persecução penal.

Nesta lógica, congregada à prova da existência do *fumus commisi delicti*, (prova da materialidade do crime e dos indícios de sua autoria) e do *periculum libertatis* (perigo da liberdade em face da garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; ou garantia de aplicação da lei penal) mostra-se também fundamental para decretação da prisão preventiva que se faça a análise do elemento subjetivo do tipo penal.

Cirilo de Vargas explica que no momento da análise, a respeito do pedido de prisão preventiva, o juiz deve considerar que o crime é na verdade a ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Desta feita, “não haverá prisão preventiva sem a prova desses três elementos: bastaria, no entanto, que o juiz se convencesse da inexistência do dolo, para não decretá-la.”²⁵⁵

Como esclarece Lopes, além da existência do *fumus commisi delicti* e do *periculum libertatis*, a prisão preventiva somente poderá ser decretada em se

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 448.

²⁵⁴ SCHIETTI, Rogério Machado Cruz. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8.

²⁵⁵ CIRILO DE VARGAS, Juarez. CIRILLO DE VARGAS, José. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 120.

tratando de crimes dolosos. Há manifesta impossibilidade de decretação da prisão preventiva em crime culposos, ainda que se argumente em torno da existência de quaisquer dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁵⁶.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – Revogado;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida²⁵⁷.

O artigo 313 deve estar sempre conjugado com o artigo 312, ambos do Código de Processo Penal, isto porque, para além do princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade e da necessidade de ser o crime doloso, a prisão preventiva deve ser reservada como a *ultima ratio* do sistema.

Outro empecilho à decretação da prisão preventiva refere-se ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, tais como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. Em qualquer destas hipóteses, não caberá a prisão preventiva por total ausência da ilicitude.

O artigo 314 dispõe:

²⁵⁶ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113.

²⁵⁷ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394-395.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940- Código Penal²⁵⁸.

Por fim, a prisão preventiva tem por escopo principal, assegurar o devido andamento da instrução criminal, portanto, não poderá se prolongar indefinidamente, tendo assim, a duração condicionada ao motivo que a ensejou, além de que, pode a mesma ser decretada, substituída ou revogada, a qualquer tempo.

Concretamente, não existe limite temporal da prisão preventiva ou do gênero prisões cautelares, à exceção da prisão temporária que determina o prazo de 05 dias prorrogáveis por igual período, em se tratando de crime comum e em se tratando de crime hediondo ou equiparado, até 30 dias, prorrogáveis por igual período.

A matéria exige, portanto, uma urgente análise e discussão para que a duração da prisão cautelar, especialmente da prisão preventiva e também das medidas cautelares substitutivas e alternativas à prisão, não se transformem em cumprimento de pena, causando mais danos do que os já suportados pelo acusado, violando-se assim o princípio do devido processo legal, da presunção de inocência, da proporcionalidade e da duração razoável do processo.

3.3 DA LIBERDADE PROVISÓRIA

O instituto da liberdade provisória situa-se após a prisão em flagrante e tem o condão de substituir a prisão provisória por outro provimento. Sendo assim, a liberdade provisória se revela como uma forma de evitar que o agente preso em flagrante delito tenha a detenção convertida em prisão preventiva.

Observa-se que a liberdade provisória é uma garantia constitucional assegurada ao cidadão, pois é baseada nos princípios do devido processo legal e da

²⁵⁸ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395.

presunção de inocência estendidos ao Código de Processo Penal por força da reforma introduzida pela Lei n. 12.403/11, que alterou diversos artigos relacionados à liberdade provisória e a fiança.

O artigo 321 do Código de Processo Penal passou a dispor:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código²⁵⁹.

Sendo perfeita a prisão em flagrante, será esta homologada. Não o sendo o caso é de relaxamento. No primeiro caso, o juiz passará então à análise e verificação da possibilidade de concessão ou não de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com algumas das medidas cautelares diversas do artigo 319 do Código de Processo Penal ou, por exceção, da necessidade ou não da prisão preventiva.

A nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal é muito clara neste ponto:

Art. 310. Ao receber o autor de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá fundamentalmente, conceder ao acusado liberdade

²⁵⁹ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva:** Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 396.

provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação²⁶⁰.

Note-se que são várias as possibilidades de tutela da liberdade após o flagrante sem que seja necessário recorrer-se à prisão preventiva, estendendo-se desde a fixação isolada da fiança ou seu acúmulo com algumas das medidas cautelares, aplicação destas isoladamente ou ainda, quando sob a proteção das excludentes de ilicitude, o compromisso do agente comparecer a todos os atos processuais.

A propósito, no que diz respeito à fiança, é a mesma uma garantia patrimonial, aplicada no momento da liberdade provisória, como condição vinculada à liberdade ou ainda, como uma medida cautelar diversa.

Da leitura do artigo 330, caput, do Código de Processo Penal, extrai-se o conceito de fiança que consiste basicamente em medida substitutiva:

Art. 330. A fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar²⁶¹.

Portanto, a fiança é uma garantia real satisfeita em dinheiro ou através da entrega de bens ao Estado que garante o direito de permanecer em liberdade durante as investigações ou processo penal.

Sua fixação pode ser feita pela autoridade policial, para os casos de infrações cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos. Nos demais casos, a competência será do juiz. Neste sentido dispõe o artigo 322 do Código de Processo Penal:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples.

²⁶⁰ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva:** Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394.

²⁶¹ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva:** Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 397.

Parágrafo único. Nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas²⁶².

O advento da nova Lei ampliou o campo de aplicação da fiança policial, podendo a autoridade competente fixá-las em qualquer crime cuja pena máxima não exceda 04 anos. Por outro lado, havendo recusa ou retardo na concessão, caberá ao juiz a análise quanto à sua aplicação.

A Lei n. 12.403/11 alterou também o artigo 323 do Código de processo Civil, que passou a definir como crimes inafiançáveis:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I – nos crimes de racismo;

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.²⁶³

A questão de alguns crimes serem inafiançáveis é matéria de debate entre juristas. Defende Lopes que a condição do crime ser afiançável não é condição *sine qua non* para a concessão da liberdade provisória. Logo, o flagrante não prenderia por si só²⁶⁴.

Afirma o autor:

Evidencia-se que não existe prisão cautelar-obrigatória e que o flagrante 'não prede por si só', como já explicado, de modo que, mesmo sendo o crime hediondo ou qualquer outro 'inafiançável', poderá o juiz conceder liberdade provisória sem fiança, mas com medidas cautelares alternativas diversas, conforme o caso²⁶⁵.

Que continua:

²⁶² BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 396.

²⁶³ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 396.

²⁶⁴ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 149.

²⁶⁵ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 179. (destaques conforme o original).

Diante de um flagrante por crime inafiançável, não estando presente o *periculum libertatis* da prisão preventiva ou, ao menos, não em nível suficiente para exigir a prisão preventiva, poderá o juiz conceder a liberdade provisória sem fiança, mas com medidas cautelares alternativas com suficiência para tutelar a situação fática do perigo. [...] O que não se pode tolerar é simplesmente manter alguém preso por ser o crime inafiançável. Não, isso não pode ocorrer, pois o sistema cautelar possui diversas alternativas para tutelar uma situação de perigo e não há possibilidade de execução antecipada de pena²⁶⁶.

Para Wedy a simples homologação da prisão em flagrante no caso de crime hediondo, sem averiguação das condições da prisão preventiva, faz desrespeitar a instrumentalidade, ofendendo e mitigando o princípio da jurisdicionalidade. Em casos tais, a apatia do juiz, oculta sob o manto do formalismo, cria uma nova modalidade de prisão, a lavrada e decretada pela autoridade policial, sem contar que toda a decisão deverá ser motivada²⁶⁷.

Nucci, contudo, posiciona-se no sentido de que as atuais proibições, justas ou injustas, estão em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contra a qual nada pode fazer o legislador ordinário²⁶⁸.

Também não será concedida fiança:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II – em caso de prisão civil ou militar;

III – (revogado pela Lei n. 12.403, de 4-5-2011);

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312)²⁶⁹.

²⁶⁶ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 179. (destaques conforme o original).

²⁶⁷ WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 93.

²⁶⁸ NUCCI, Guilherme. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

²⁶⁹ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 397.

Note-se que em qualquer dos casos a decisão deve ser fundamentada, ou melhor, racional e devidamente fundamentada, obedecendo as normas e os princípios constitucionais, com ressaltado ao princípio da presunção de inocência, já que toda prisão representa uma medida extrema.

Como defende Ferrajoli:

Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo²⁷⁰.

Outro aspecto que deve ser destacado é que ao fixar a fiança devem, a autoridade policial e o juiz analisar o binômio gravidade do delito e a possibilidade econômica do agente, tornando-a pagável, a ponto de não forçar a decretação da prisão preventiva.

Recorda-se que o artigo 350 do Código de Processo Penal foi pouco alterado e prevê na carência de condições econômicas do acusado a possibilidade de o juiz conceder a liberdade provisória sem pagamento de fiança, sujeitando-o a comparecer, quando intimado, aos atos do inquérito e também da instrução criminal e julgamento, sem prejuízo da vedação de mudança de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, bem como de ausentar-se por mais de 08 dias sem comunicação do local onde se encontra àquela autoridade, dentre outras medidas cautelares, se for o caso.

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328. Se o réu infringir, sem motivo justo, qualquer dessas obrigações ou praticar outra infração penal, será revogado o benefício. Parágrafo único. Se o

²⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441. (destaques conforme o original).

beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 4º do art. 282 deste Código²⁷¹.

Inobstante às proibições legais ou à imprescindibilidade da decretação da prisão preventiva, as inovações inseridas pela Lei n. 12.403/11 deram alargamento ao instituto da fiança e conseqüentemente à liberdade provisória. A prisão em flagrante já não se sustenta por si e pode ser convertida em liberdade provisória, com ou sem fiança, com ou sem cumulação ou aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, dentre as quais, também se encontra a fiança.

Nesta ordem, a única medida capaz de sustentar a manutenção da prisão é a prisão preventiva, que impende uma fundamentação real e condizente, que aponte a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, rechaçando qualquer hipótese de aplicação cautelar menos gravosa como se mostram as medidas substitutivas do artigo 319 do Código de Processo Penal.

A liberdade provisória do acusado deve, com ou sem arbitramento de fiança ou aplicação ou não de medidas cautelares a prisão do acusado, ser regra. A conversão do flagrante em prisão preventiva e a manutenção somente serão decretadas em últimos casos. Com o advento da Lei n. 12.403/2011 a prisão passou a ser compreendida e aplicada como uma medida de exceção e a liberdade, um preceito imperativo.

3.4. MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO CAUTELAR PREVENTIVA

A reforma no Código de Processo Penal trazida pela Lei n. 12.403/2011 solidificou o entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória só será decretada em casos de absoluta necessidade.

²⁷¹ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 399.

Como diz Lopes, o legislador criou um sistema polimorfo com diferentes instrumentos e possibilidades que permitem ao juiz substituir a prisão preventiva por outras medidas cautelares, porém, muito mais brandas²⁷².

Os pressupostos para aplicação dessas medidas diversas deixam de ser os da prisão cautelar e estão contidos no artigo 282, inciso I e II, que, na sua íntegra, prevê:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º. As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º. O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)²⁷³.

²⁷² LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 173.

²⁷³ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 389-390.

Sendo assim, conforme já mencionado, parece ter o legislador compreendido que o encarceramento do cidadão somente será aplicado em casos excepcionais, respeitando assim, o princípio constitucional de presunção da inocência até o trânsito em julgado de um processo penal.

O artigo 319, I a IX, do Código de Processo Penal, dispõe por sua vez, quais as espécies de medidas que poderão ser fixadas:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares²⁷⁴.

²⁷⁴ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395-396.

Na medida cautelar de comparecimento periódico previsto no inciso I, o acusado deverá comparecer em juízo para informar e justificar as atividades, bem como, apresentar a comprovação da atividade que estiver exercendo, caso esteja empregado.

A medida em questão permite, ainda, o controle da vida e paradeiro do acusado. Deve ser fixada de forma a não prejudicar o horário da jornada de trabalho, evitando maiores danos ou a estigmatização do acusado.

O inciso II, por seu turno, trata da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato delituoso, o indiciado ou acusado deva permanecer distante desses no sentido de evitar o risco de novas infrações. Tal medida poderá ser estabelecida tanto para locais públicos quanto para locais privados, dependendo da especificação do juiz.

Nucci esclarece que sua imposição buscar evitar o cometimento de novos crimes, muito embora, a proibição não seja qualquer novidade, pois já era utilizada como condição de outros benefícios, tais como o sursis e o livramento condicional. Contudo, como medida cautelar é possível que tenha maior eficácia²⁷⁵.

A proibição de manter contato com pessoa determinada é a prevista no inciso III e assemelha-se a que consta na Lei 11.340/2006, que tutela a violência doméstica e familiar. Esta espécie de medida cautelar visa proteger determinada pessoa da continuidade dos conflitos.

Quanto à proibição de contato Silva discorre que a mesma se dá tanto na condição física, como na verbal e, neste caso, tanto na forma pessoal, como a distância por meio dos diversos meios de comunicação, protegendo a vítima do

²⁷⁵ NUCCI. Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

crime anterior e, por consequência, evitando e prevenindo a prática de novos crimes²⁷⁶.

O juiz, ao decretar esta medida cautelar deve, além de determinar que o acusado mantenha distância da pessoa determinada, proibir também qualquer tipo de comunicação, seja telefônica, eletrônica ou qualquer outra forma de contato através do qual o acusado possa amedrontar a vítima ou testemunhas, obstruindo assim o bom andamento do processo.

O inciso IV por sua vez, estabelece a proibição do agente de ausentar-se da Comarca, quando sua permanência for conveniente ou necessária para a investigação ou instrução criminal, representando esta uma medida, verdadeiramente, de tutela da prova e de risco de fuga.

Adverte Lopes, contudo, que “colhida a prova, desaparece a situação fática legitimadora” da medida, diminuindo o campo de aplicação desta cautelar. Além disso, a medida vai na contramão do direito de não produzir prova contra si mesmo²⁷⁷.

Somada a presente, dispõe o artigo 320 do Código de Processo Penal, a proibição de ausentar-se do país, devendo o acusado ou intimado entregar seu passaporte no prazo de 24 horas, sob pena de desobediência. Por óbvio, se não pode o agente ausentar-se da Comarca, muito menos poderá ausentar-se do país.

Já em seguida, o inciso V repete o regime aberto e dispõe em seu texto que o juiz poderá determinar o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

Lima entende que a aplicação da medida de recolhimento domiciliar deve ser aplicada também para acusados ou investigados que estejam estudando e não

²⁷⁶ SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11**: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória. Curitiba: Juruá, 2011, p. 251-252.

apenas para acusados que tenham residência e trabalho fixos, os quais devem receber igual tratamento²⁷⁸.

Acerca dessa medida, cabe por fim destacar, que a medida cautelar de recolhimento domiciliar não se confunde com a decretação de prisão domiciliar, conforme determina o artigo 318 do Código de Processo Penal, que diz:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo²⁷⁹.

Neste caso, a prisão é determinada por motivos pessoais do agente, diferentemente da situação prevista no inciso V, sua natureza é humanitária, além de que deverá o acusado permanecer durante todo o tempo recolhido ao seu domicílio.

A próxima medida é a prevista no inciso VI do artigo 319 e diz respeito a suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a viabilização da prática de crimes, garantindo assim a ordem pública e econômica.

A respeito do assunto, Silva menciona que somente nos casos em que a atividade laborativa for da mesma natureza do delito em persecução e que possibilite ao agente continuar praticando infrações penais é que deve a medida ser

²⁷⁷ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 141-142.

²⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 393.

²⁷⁹ BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395.

aplicada, não devendo a regra incidir quando, com outra atividade, não houver correlação²⁸⁰.

Tem-se, pois, que esta medida somente recairá sobre o exercício da função realizada e sendo assim, não terá o condão de suspender também a remuneração do agente público.

O inciso VII, do artigo 319, prevê a medida de internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável. Os requisitos que devem estar presentes por ocasião da sua decretação são: crime praticado com violência e grave ameaça; quando os peritos concluírem ser o agente inimputável ou semi-imputável e quando houver risco de reiteração na prática criminosa.

A medida de internação provisória substituiu a anterior de prisão preventiva, única existente para solução do problema, possibilitando-se manter o doente mental seguro e em local separado do cárcere comum.

Em continuidade, o inciso VIII prevê a possibilidade de o juiz fixar fiança. A fiança, como já visto, pode ser fixada na forma do artigo 310, inciso III do Código de Processo Penal, com caráter de garantia real e vinculada ao flagrante, ou então, nos moldes do inciso III, como medida cautelar.

Por fim, como última das medidas cautelares, está prevista no inciso IX o monitoramento eletrônico. Em geral, o monitoramento é feito por GPS, permitindo o controle e vigilância ininterrupta do agente. Seu fim, é a tutela do risco de fuga, bem como a efetivação de outras medidas cautelares de proteção à prova.

Ao ver de Lopes, o monitoramento eletrônico é um instrumento de controle bastante útil, mas que deve ser usado somente nos casos graves e como o último remédio antes da decretação da prisão preventiva, sob pena de sua

²⁸⁰ SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 256.

banalização se transformar num expansionismo ilegítimo de controle penal, com sérios riscos à liberdade e à dignidade da pessoa humana²⁸¹.

O novo rol de medidas cautelares previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 12.403/11, pode representar uma mudança significativa no sistema penal e carcerário brasileiro.

Sua eficácia está condicionada à concepção de um modelo Garantista e de minimização do Direito Penal, aplicando-se a todo custo às medidas substitutivas e alternativas ante a danosa decretação de uma prisão cautelar preventiva.

O fato de o indivíduo ter praticado um crime e deste crime ser ou não grave, já não mais sustenta a obrigatoriedade da prisão. Por vezes, e por várias e muitas vezes, serão suficientes à aplicação de medidas diversas para atingir o objetivo de manter sob controle a persecução criminal. A lei, em parcial harmonia com a Constituição e com a prática do Garantismo mostra que a prisão cautelar virou uma nota de exceção.

3.5 A INEFICÁCIA DISSUASÓRIA DA PRISÃO PREVENTIVA E A VIA MENOS GRAVOSA DAS MEDIDAS CAUTELARES

Com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, várias mudanças ocorreram em relação à decretação da prisão cautelar, especialmente no que diz respeito à introdução de medidas substitutivas e alternativas à prisão.

Na mencionada Lei, entre outras mudanças, subsiste o entendimento do legislador que a regra é a liberdade do réu, já que a prisão provisória se mostra inútil, ineficaz e desnecessária ao correto desenrolar das investigações e ao bom andamento do processo.

²⁸¹ LOPES, JUNIOR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 148.

Zaffaroni esclarece que a característica mais destacada do poder punitivo latino-americano na atualidade é que a grande maioria dos aprisionados, $\frac{3}{4}$ aproximadamente, é de presos submetidos a medidas de contenção, porque são processados não condenados. Houve uma inversão do sistema penal, mostrando a realidade constituída em muitas décadas que se preferiu operar mediante a prisão preventiva, convertendo-se tudo em privação de liberdade, sem sentença e por presunção de periculosidade²⁸².

A discussão em torno do processo de prisão é um fenômeno que não se restringe apenas à América Latina. Como adverte Merolli:

Hoje, portanto, a prisão é o eixo central em torno do qual gravita todo o projeto de miserabilização das populações excedentes do capitalismo pós industrial, é dizer, das população inúteis e insubmissas à nova ordem econômica. Ora, são precisamente as políticas de encarceramento em massa, suscitadas (e reclamadas) pelo empreendimento neoliberal, que viabilizam a imposição forçada de um trabalho assalariado precário e sub-remunerado, garantindo em última análise, a flexibilidade e a desregulamentação do mercado de emprego²⁸³.

Por qualquer lado que se olhe, não há luz para a prisão. É um paradigma que precisa ser quebrado, pois além de inútil ao cidadão e toda coletividade, representa em suas formas, especialmente a provisória ou cautelar preventiva, total desrespeito à presunção de inocência, violação aos direitos e garantias fundamentais, além de se caracterizar muitas vezes num instrumento de penalização antecipada.

Como adverte Cernelutti, “infelizmente, porém, na maior parte dos casos, também este esperar é falácia. O processo, sim, com a saída da prisão está

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 70.

²⁸³ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 84. (destaques conforme o original).

terminado. Mas a pena não: quero dizer o sofrimento e o castigo.[...] O preso, ao sair da prisão, acredita não ser mais preso, mas as pessoas não”²⁸⁴.

Soma-se a isso, o fato altamente seletivo a que corresponde o Direito Penal e o processo de prisionalização, perfazendo a imagem do inimigo e coroando com a punição dos mais pobres e fracos, uma verdadeira gestão da miséria sob a pífia ideia de controle e segurança social.

Zaffaroni diz que:

Em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo da América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se na prática de um direito penal de periculosidade presumida, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada. Dito em termos mais claros: aproximadamente $\frac{3}{4}$ dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva)²⁸⁵.

E mais adiante, ainda confirma a realidade carcerária “É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como inimigos no exercício real do poder punitivo”²⁸⁶.

E isso precisa ser mudado. Se o abolicionismo do Direito Penal é ainda um sonho distante, que se permita então e ao menos a sua minimização. Essa condição é uma condição do pensar Garantista. Toma-se a exemplo, a prática da prisão, que a todo custo deve ser evitada, pois como já dito “O efeito da prisão, que

²⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009, p. 83.

²⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 71.

²⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 82.

se denomina prisionização, sem dúvida é deteriorante e submerge a pessoa numa cultura de cadeia, distinta da vida de adulto em liberdade”²⁸⁷.

Ferrajoli, ao falar da custódia cautelar, diz ser esta mais aflitiva do que a própria pena, pois representa uma medida de defesa social onde primeiro se pune e depois se processa, ou melhor, se pune processando²⁸⁸.

O autor esclarece ainda que são três as diferenças mais graves que sobressaltam na custódia cautelar: a captura é preventiva e voltada a exemplaridade de sua irrogação judiciária baseada na simples suspeição de culpabilidade e periculosidade; a regressão à pena publicizada conjunta ao segredo do processo própria do Estado Absoluto e finalmente, por ser a pena privativa mais aflitiva e inquisitória²⁸⁹.

Como se vê, a melhor e menos gravosa opção existente no ordenamento jurídico brasileiro está ainda, como esclarece Lima, no uso da prisão preventiva como uma exceção à regra de concessão da liberdade e/ou de aplicação das medidas cautelares diversas:

[...] verificando o magistrado que tanto a prisão preventiva quanto uma das medidas cautelares previstas no Projeto do novo CPP são idôneas a atingir o fim proposto, deverá optar pela medida menos gravosa, preservando, assim, a liberdade de locomoção do agente. Caso a liberdade plena do agente não esteja colocando em risco a eficácia das investigações, o processo criminal, a efetividade do direito penal, ou a própria segurança social, não será possível a imposição de quaisquer das medidas cautelares substitutivas e/ou alternativas à prisão cautelar²⁹⁰.

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 136.

²⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 623.

²⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 384.

A prisão preventiva, pelos sérios riscos que oferece aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, reproduzindo quando não, o cumprimento de pena antecipada, somente deverá ser aplicada quando as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal forem insuficientes para neutralizar o perigo da liberdade.

Sem as reformas trazidas pela Lei n. 12.403 de 2011, a qual introduziu diversas medidas alternativas à prisão, seria inviável estabelecer a prisão preventiva somente em caráter excepcional e conseqüentemente, não teria o juiz como aplicar a via menos gravosa das cautelares substitutivas.

Com as reformas do Código de Processo Penal restou clara a intenção do legislador em diminuir o número de prisões preventivas. A prisão deve ser decretada somente em casos extremos, quando as medidas cautelares alternativas à prisão forem ou restarem infrutíferas, conferindo-se ao acusado o princípio constitucional da presunção de inocência e um maior direito à liberdade.

Acontece que para eficácia das inovações trazidas pela Lei em análise é preciso que os juízes e os Tribunais posicionem-se à favor do Garantismo e do Constitucionalismo. A tendência, porém, não vem sendo esta. As recentes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça vêm negando o direito de liberdade do cidadão e/ou a substituição da prisão por medida diversa, na maioria das vezes sob o argumento da garantia da ordem pública, senão, veja-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DA CONVERSÃO EM PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDA DIVERSA. INADEQUAÇÃO / INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a

mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. 2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível. 3. Há de ser julgado prejudicado o pedido, cujo objeto está relacionado à nulidade de prisão em flagrante, quando, posteriormente, o Juízo de primeiro grau converte-a em prisão preventiva. 4. A necessidade da segregação cautelar encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, decorrente da periculosidade do paciente, caracterizada pela reiteração de prática delituosa. 5. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que, persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 CPP), é despiciendo o paciente possuir condições pessoais favoráveis. 6. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (HC 267.146/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJ 11/06/2013)²⁹¹.

Seguindo o mesmo entendimento: HC nº HC 248069 / RJ; RHC 36754 / MT; RHC 36688 / MS; HC 269187 / PR; RHC 37112 / SC; HC 164167 / SP; HC 240271 / TO; HC 265592 / PE; RHC 37095 / MG²⁹².

Note-se que a postura e o posicionamento dos juízes e Tribunais são elementos determinantes para a adoção da nova Lei. A liberdade deve ser encarada como regra, enquanto a prisão, como uma exceção. Para isso, tem-se à disposição, inclusive, medidas diversas, capazes de garantir a persecução penal. É imprescindível que juízes e Tribunais atentem para isso, não se olvidando da impiedosa natureza humana. “Quem pecou está perdido. Cristo perdoa, mas os homens não”²⁹³.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 267146. Relator: Campos Marques. Data da Publicação: 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28267146%2EENUME%2E+OU+267146%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m53wfsn>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2013.

²⁹³ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009, p. 86.

Ferrajoli quando defende um processo sem prisão preventiva e lembra ao intérprete:

Eliminando o medo e reabilitando as funções cognitivas em relação às funções potestativas da jurisdição, a supressão do cárcere sem processo valeria, em suma, mais que qualquer outra reforma, para resolver a crise de legitimação do Poder Judiciário e devolver aos juízes o papel, hoje descuidado, de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos²⁹⁴.

E continua no raciocínio afirmado:

Não escondo que a perspectiva aqui proposta pode parecer, a curto prazo, uma quimera. Mas isso depende não tanto de razões lógicas ou técnicos-jurídicas, mas ao contrário, da inatividade dos aparatos e da força de resistência que sempre é oposta pelas culturas conservadoras²⁹⁵.

A Lei n. 12.403/11 é um instrumento posto ao alcance do judiciário para proteção dos princípios constitucionais, sobretudo, o da presunção de inocência. É preciso que os intérpretes adotem um olhar diferente, que privilegie o Garantismo, afastando por vez os resquícios do processo inquisitivo, do Estado Absoluto, das arbitrariedades e abusos promovidos em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, restringindo e ofendendo a liberdade e a dignidade humana.

Ferrajoli esclarece:

Justamente o desenvolvimento na recente legislação penitenciária e processual das alternativas à pena e ao processo, torna ainda mais intolerável o instituto da custódia preventiva e vem a reclamar – não apenas pela sua intrínseca ilegitimidade, mas também pelos maiores

²⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 449.

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 450.

paradoxos que pode provocar – a abolição e, em breve, a gradual restrição²⁹⁶.

E defende:

[...] as culturas da justiça são múltiplas, frequentemente ambivalentes, às vezes conflitantes, e sobretudo historicamente mutáveis; que assenta na responsabilidade intelectual e política dos juristas e dos legisladores defender e consolidar os valores de razão, de tolerância e de liberdade que estão na base daquela conquista de civilidade que é a presunção de inocência e que em boa parte se identificam com os valores mesmos da jurisdição²⁹⁷.

Com o advento da Lei n. 12.403/11 a responsabilidade dos intérpretes e atores jurídicos ficou maior. Embora a nova Lei não resolva todos os problemas que ainda persistem em se tentar identificar e reviver um processo inquisitivo, trouxe ela grandes avanços no sentido de se autorizar e alargar o direito de liberdade do indivíduo acusado ou indiciado. A maior delas, a possibilidade de substituição da prisão preventiva por medidas diversas.

A ideia do Garantismo aliada ao filtro e a ordem da Constituição tem de operar em todas as linhas e frentes do direito e processo penal. Deve corresponder a máxima liberdade do indivíduo. É isto que, embora não num todo, apresenta a nova Lei ao conferir.

O Direito deve prevalecer sobre a força e a liberdade sobre a prisão.

²⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 624.

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 450.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para dar início à reflexão, é preciso não esquecer que o homem é um ser social, e não pode viver isolado em si mesmo. O homem precisa dos demais, necessita coexistir, precisa do outro. Essa coexistência, contudo, não é sempre pacífica e nesta perspectiva a Sociedade justifica a criação das normas de conduta a fim de que venha regular-se.

O direito penal une-se a essa feição como um dos artefatos reguladores da Sociedade, muito embora, não seja a panaceia para todos os males humanos, como se tudo pudesse ser resolvido pela via criminal.

Aliás, este é um dos mais perniciosos problemas do Direito Penal. A maximização da prisão, dos crimes e das penas como forma, inclusive, de controle social, mostra-se uma opção perigosa e que remonta o paradigma de um Estado absoluto e de total negação aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

É por isso que se deve pensar no direito penal não como um instrumento de poder, controle e de criminalização das minorias, mas essencialmente como um instrumento de proteção dos bens jurídicos como a vida, a integridade física e a liberdade.

A proteção que o Estado deve dar, mediante o Direito Penal e diante do Direito Penal, pressupõe a efetivação de um sistema de direitos e garantias, implicando não só a imposição de vínculos substanciais negativos à atuação do Estado, como também requer a afirmação de vínculos substanciais positivos, obrigando o Estado por meio da força da Constituição a reconhecer e satisfazer os direitos fundamentais (individuais ou sociais) de cada indivíduo.

Há, para tanto, que se consagrar um Direito Penal que possibilite a valorização constitucional do próprio Direito Penal, não apenas como projetor de limite à liberdade do cidadão, em especial do cidadão marginalizado, mas também,

por outro viés, como um instrumento de liberdade individual contra as agressões provenientes ou do Estado ou até mesmo de outro particular.

A Teoria do Garantismo Penal proposta por Luigi Ferrajoli, é um modelo ideal, onde se amplia a esfera dos direitos do indivíduo, sobretudo, o da liberdade, restringindo-se a do poder.

O padrão da ideia garantista não se perde em artificialidades. Luigi Ferrajoli, partindo da antítese liberdade e poder, apresenta de forma bastante clara sua orientação na política penal, onde faz prevalecer o modelo garantista de direitos frente o modelo autoritário e de poder do Estado; o direito do mais fraco frente o direito do mais forte, enfim, um direito penal mínimo frente a um direito penal máximo.

É a partir da obra e das ideias de Luigi Ferrajoli que se busca estabelecer o modelo ideal de direito penal, já que (ainda) existente, o que nesta Dissertação se faz especificamente sob o ponto de vista da nova Lei n. 12. 403/11, que prevê no ordenamento jurídico brasileiro a substituição da prisão cautelar por medidas alternativas.

Para tanto, faz-se o cotejo dos ideais garantistas defendidos por Luigi Ferrajoli, passando-se aos modelos de Estado e do papel da Constituição como filtro dos ordenamentos inferiores, no caso representados aqui pela lei penal e processual, bem como, como instrumentos de garantia e proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

Logo, num Estado Constitucional e Democrático de Direito como se apresenta o Brasil, é possível e só é admissível pensar que o direito penal (modelo que deve ser fiel a uma determinada concepção de Estado) deva atuar no sentido de preservar os direitos fundamentais contidos na Constituição, a exemplo da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, de forma que eles não sejam diminuídos senão à frente da necessidade de preservação de outros direitos,

igualmente essenciais para o ser humano, e somente na medida em que esta diminuição demonstrar-se necessária.

A intervenção penal, portanto, deve se apresentar de maneira proporcional, ou seja, adequada, necessária e cujo custo-benefício interesse ao valor que busca preservar.

Além disso, para que a proposta Garantista seja efetivada é preciso dar força à Constituição, reafirmando-se no âmbito do Direito Penal o respeito pelas normas e princípios constitucionais e que são verdadeiros diques de contenção da onipotência estatal e do direito penal do terror, destacando-se, dentre eles, o princípio do devido processo legal, da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Outro aspecto proposto é aliado a Teoria do Garantismo Penal e a consequente minimização do próprio direito penal, conter a extrema seletividade do poder punitivo que é sua característica estrutural. Isto porque, quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo do seu arbítrio seletivo.

Assim, à medida que se legitima o tratamento de algumas pessoas como inimigas renuncia-se ao Estado de Direito, Constitucional e Democrático e com isso abre-se espaço para o avanço do poder punitivo e os abusos do Estado, retomando a avidez e o horror do Estado Absoluto.

Nesta toada, a Lei n. 12.403/11 trouxe importantes avanços para o direito e o processo penal brasileiro. A maior delas o fato de restringir a prisão provisória e preventiva como a última alternativa para o intérprete.

A verdade é que a Lei amolda-se em grande parte à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seus comandos garantistas, bem como ao modelo de processo penal acusatório, tratando a prisão cautelar preventiva como última e derradeira medida a ser tomada pelo julgador.

Muito embora alguns pressupostos da prisão cautelar preventiva se mantenham inalterados, como as discutíveis e relativas garantias da ordem pública e da ordem econômica e a decretação de ofício pelo juiz, o fato é que apesar de conter ainda alguns absurdos, o que se conclui, é que a lei é uma tentativa de aproximação ao paradigma constitucional e garantista.

É sob esta ótica de análise que remonta Luigi Ferrajoli quando apresenta e propõe a Teoria do Garantismo Penal, uma armadura teórica abarrotada de balizamentos de garantia aos direitos fundamentais do cidadão. E neste sentido é por onde, ainda que em passos lentos, caminha a nova Lei n. 12.403/11, detidamente, no aspecto de limitar a prisão cautelar preventiva à última circunstância, dando primazia à fundamentação das decisões judiciais e máxima liberdade do acusado.

A nova Lei exige fundamentação para toda e qualquer espécie de prisão, e vai além, permite que o julgador adote medidas alternativas, que não a prisão, para garantia e ordem da persecução criminal, relegando a prisão cautelar, no sentido de ser esta uma medida de última *ratio*, bem aos moldes do modelo Garantista.

Conclui-se, portanto, que a lei é um avanço em direção a efetivação do Garantismo Penal defendido por Luigi Ferrajoli, bem como de fortalecimento da própria Constituição, suas normas e princípios. É uma conquista histórica que deve servir de modelo e discussão à formulação das futuras leis e aos seus intérpretes. O Direito Penal não se mostra acabado. Muito há que se fazer para que o modelo de direito e processo penal (se não abolidos) se efetive como um paradigma ideal, útil, garantidor de direitos, certeza, segurança e equidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO Jr., João Marcelo. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

BARRATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BENJAMIM, Walter. Crítica da violência – crítica do poder. In: **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BARREIROS, José Antônio. **Processo penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

BARROSO, Luís Alberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIANCHINI, Alice, et al. **Prisão e medidas cautelares**: comentário à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

BRASIL. **Códigos 3 em 2 Saraiva**: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição[1988]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 47 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/.../Lei_11.689.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2007-2010/2008.../Lei_11.690.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013.

BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares e, dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato_2011-2014/2011/L Lei_12.403.htm>. Acesso em: 26 abr. 2013

BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1980. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 18 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Habeas Corpus n. 109449. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data da Publicação: 21 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28109449%2EENUME%2E+OU+109449%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m24oysf>> Acesso em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Habeas Corpus n. 112361 Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data da Publicação: 14 mai. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112361%2EENUME%2E+OU+112361%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m6bpamw>. Acesso em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Pena. Habeas Corpus. HC 267146. Relator: Campos Marques. Data da Publicação: 11 jun. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28267146%2E+OU+267146%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m53wfsn>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jun. 2013.

CADERMATORI. Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva. 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2009.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. **De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2002.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Copolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chower, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademardori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale. In: **Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 11, nov. 2007- fev. 2008, p. 99.

FOCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, et al. **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas - comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Social de 1988**. 11. ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2006.

HULSMAN, Louk. et al. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamento da existência do processo penal**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/32>>. Acesso em 01 abr. 2013.

MALAN, Diego; PRADO, Geraldo (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

MARTINEZ, Gregório Perces-Barba. **Derecho y derecho fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilheme de Souza. **Prisão e liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9>>

1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html >. Acesso em 15 abr. 2013.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito processual penal**. Teoria, Crítica e Práxis. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINHO, Ana Cláudia Bastos. **Direito penal e estado democrático de direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIETTI, Rogério Machado Cruz. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Jorge Vicente. **Comentários à Lei 12.403/11**: prisão, medidas cautelares e liberdade provisória. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Da utilidade de uma análise garantista**. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista_02_streck.html>. Acesso em 29 mar. 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORNAGLI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, v. 3. 31. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VARGAS, Juarez Cirilo de; VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

WACQUANT, Lôic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos - a onda punitiva**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito**. Vol. 2. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria geral da prisão cautelar e estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Tradução de Juan Vustos Ramírez e Sérgio Yânez Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 1999.

ANEXO 1

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (NR)

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.” (NR)

“Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.” (NR)

“Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” (NR)

“Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.” (NR)

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” (NR)

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (NR)

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).” (NR)

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” (NR)

“Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas

condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” (NR)

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (NR)

“CAPÍTULO IV DA PRISÃO DOMICILIAR”

“Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (NR)

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I - maior de 80 (oitenta) anos;
- II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (NR)

“CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES”

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

“Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” (NR)

“Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I - (revogado)

II - (revogado).” (NR)

“Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV - (revogado);

V - (revogado).” (NR)

“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).” (NR)

“Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada).

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

- I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
- II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou
- III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

- I - (revogado);
- II - (revogado);
- III - (revogado).” (NR)

“Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.” (NR)

“Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).” (NR)

“Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.” (NR)

“Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

- I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;
- II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;
- III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;
- IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;
- V - praticar nova infração penal dolosa.” (NR)

“Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.” (NR)

“Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.” (NR)

“Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.” (NR)

“Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

“Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

ANEXO 2

HABEAS CORPUS 109.449 GOIÁS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(S) :ALOYSIO RIBEIRO HERINGER
IMPTE.(S) :ALOYSIO RIBEIRO HERINGER
COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus.

HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO ATINGIDA NA VIA DIRETA – ADEQUAÇÃO. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porque expedido mandado de prisão ou porquanto, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente.

PRISÃO PREVENTIVA – REPERCUSSÃO SOCIAL DA PRÁTICA CRIMINOSA. A repercussão social da prática criminosa, ainda que se trate de tráfico de entorpecentes, não leva ao implemento da custódia preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Ante o princípio da não culpabilidade, fica afastada, como base da preventiva, a prolação de sentença condenatória.

PRISÃO PREVENTIVA – NATUREZA. A prisão preventiva, no que inverte a ordem natural do processo – prendendo para, depois, apurar –, surge no campo da excepcionalidade.

PRISÃO PREVENTIVA – CRIME – INQUIETAÇÃO SOCIAL. O sentimento de desassossego da sociedade não conduz à custódia preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA – PREVENÇÃO DE PRÁTICA CRIMINOSA – IRRELEVÂNCIA DA ÓPTICA. A visão segundo a qual há de prevenir-se a repetição de crimes, acautelando o meio social, não é fundamento para chegar à prisão preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE DE DELITO – REPERCUSSÃO. Tanto a gravidade do delito quanto a repercussão deste no meio social são elementos neutros considerada a custódia preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA – AMEAÇA À VÍTIMA – DELEGACIA POLICIAL – AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO. A par de ser ambígua a articulação sobre ameaça à vítima em delegacia policial, quando do registro da ocorrência, tem-se que o ato, havendo vários acusados, deve-se mostrar individualizado.

PRISÃO PREVENTIVA – INSTRUÇÃO CRIMINAL –

CONVENIÊNCIA – CAPACIDADE INTUITIVA. O instituto da instrução criminal regular apenas respalda a prisão preventiva quando existente atitude concreta visando embaralhá-la. Descabe partir para o campo da presunção.

PRISÃO PREVENTIVA – CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. A custódia preventiva não está relacionada à credibilidade da Justiça. Cumpre ao Judiciário observar, de forma estrita, a ordem jurídica.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir a ordem de habeas corpus, confirmando a liminar anteriormente implementada, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 28 de maio de 2013.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

HABEAS CORPUS 109.449 GOIÁS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) :ALOYSIO RIBEIRO HERINGER

IMPTE.(S) :ALOYSIO RIBEIRO HERINGER

COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na decisão que implicou o deferimento da liminar, a espécie ficou assim resumida:

PRISÃO PROVISÓRIA – FUNDAMENTOS – INSUBSISTÊNCIA.
PROCESSO-CRIME – INSTRUÇÃO – SENTENÇA – JULGADOR – UNICIDADE.

1 . A Assessoria prestou as seguintes informações :
Impugna-se o acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no Habeas Corpus nº 200.800/GO, que implicou o indeferimento dos pleitos de liberdade provisória e declaração de nulidade da sentença condenatória.
O paciente-impetrante foi preso, em 5 de agosto de 2010, e condenado à pena privativa de liberdade de cinco anos e cinco meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33, cabeça, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de entorpecentes). O Juízo da Comarca de Valparaíso de Goiás negou-lhe o direito de apelar em liberdade, ante a necessidade de assegurar a

ordem pública e a aplicação da lei penal. Assinalou ser de conhecimento público o fato de a Comarca ser porta de entrada de substâncias entorpecentes, motivo pelo qual a conduta dos condenados mereceria tratamento diferenciado.

No Superior Tribunal de Justiça, a Quinta Turma asseverou a harmonia do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás com a jurisprudência do Tribunal. Consoante consignou, a inovação promovida pela Lei nº 11.719, de 2008, mediante a qual foi inserido o princípio da identidade física do juiz no processo penal brasileiro, não possui caráter absoluto e comporta exceções. Afastou a arguição de nulidade pelo fato de a sentença ter sido proferida por magistrado que não presidiu a instrução criminal. Quanto ao pleito de liberdade provisória, não o acolheu, presente o artigo 44 da Lei de entorpecentes.

Neste habeas, o paciente-impetrante sustenta ausência de fundamentação idônea da custódia cautelar, pois amparada somente na gravidade abstrata do delito. Anota ser primário, de bons antecedentes, possuir residência fixa, ocupação lícita e família constituída. Diz da nulidade da sentença condenatória por ofensa ao artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal. Segundo aduz, sequer foram explicados os motivos pelos quais o juiz que presidiu a instrução não pode prolatar a sentença.

A Procuradoria Geral da República opina pelo deferimento parcial da ordem, apenas para que seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, com extensão do benefício ao corréu.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça revelou que o processo em que formalizado o ato atacado nesta impetração encontra-se arquivado em definitivo, após o trânsito em julgado do acórdão, ocorrido em 3 de outubro de 2011.

Lancei visto no processo em 19 de maio de 2013, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 28 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 109.449 GOIÁS**V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Este habeas surge, de início, como substitutivo do recurso ordinário constitucional, sendo inadequado. Valho-me do que tenho consignado a respeito:

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão, o habeas corpus. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição, passou-se a admitir o denominado habeas substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 habeas e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 habeas e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpre implementar visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importando a justificativa plausível destas no caso, constitucional, salvando-se, e esta é a expressão própria,

o habeas corpus em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira na espécie, o inexistente, normativamente, habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado habeas corpus substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do habeas corpus e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Após a Turma ter assentado a inadmissibilidade linear do habeas corpus quando substitutivo do recurso ordinário, muitas ponderações têm sido feitas, calcadas na garantia do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, a revelar que será concedido habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ao direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder.

Observem que o caso que deu origem ao precedente envolvia alegação de constrangimento ilegal em decorrência do fato de o Juízo haver indeferido diligências requeridas pela defesa – Habeas Corpus nº 109.956/PR, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 11 de setembro de 2012. Ocorre que, na espécie, a liberdade de locomoção não está apenas diretamente ameaçada, em razão de mandado de prisão pendente, mas alcançada e, portanto, cerceada.

Sensibiliza a angústia da comunidade jurídica e acadêmica com a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo. Isso acontece especialmente nos Tribunais de Justiça e Federais, onde se aponta que, a rigor, um recurso ordinário em habeas corpus tramita durante cerca de três a quatro meses até chegar ao Colegiado, enquanto o cidadão permanece preso, cabendo notar que, revertido o quadro, a liberdade, ante a ordem natural das coisas, cuja força é inafastável, não lhe será devolvida. O habeas corpus, ao contrário, tem tramitação célere, em razão de previsão nos regimentos em geral.

Daí evoluir para, presente a premissa segundo a qual a virtude está no meio-termo, adotar a óptica de admitir a impetração substitutiva toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, esteja em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia.

Então, tomando de empréstimo o que tive a oportunidade de consignar ao deferir, em 2 de abril de 2012, a medida acauteladora, torna definitiva

e a estendo, como já ocorreu no campo precário e efêmero, ao corrêu David Marinho Silva:

2. A par da questão concernente à nulidade processual, ante o alegado desrespeito ao disposto no § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, há a problemática atinente aos fundamentos da custódia provisória. O Juízo, ao condenar o ora paciente, obstaculizou o recurso em liberdade fazendo-o também no tocante ao corrêu David Marinho Silva tendo em conta a gravidade do crime. Então, aludindo à repercussão social, disse da alta quantidade de crimes relativos a tráfico de entorpecentes cometidos na Comarca.

Em síntese, não foi observada a previsão do artigo 312 do Código de Processo Penal. O que consignado serviria para todo e qualquer processo, não consubstanciando razão para inverter a ordem natural apurar e, só depois, prender. Vale frisar que o versado na sentença acabou por substituir os fundamentos lançados quanto à prisão verificada em 5 de agosto de 2010.

3. Defiro a medida acauteladora pleiteada. Expeçam alvará de soltura com os cuidados próprios: caso o paciente não se encontre sob a custódia provisória do Estado por motivo diverso do veiculado na decisão condenatória proferida pelo Juízo da Comarca de Valparaíso de Goiás no Processo nº 201002894349. Advirtam-no da necessidade de permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais. Ante o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, estendo esta liminar ao corrêu David Marinho Silva.

É como voto.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 109.449

PROCED. : GOIÁS

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : ALOYSIO RIBEIRO HERINGER

IMPTE.(S) : ALOYSIO RIBEIRO HERINGER

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma concedeu a ordem de habeas corpus, confirmando a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 28.5.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

ANEXO 3

HABEAS CORPUS 112.361 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) :XISTO EDUARDO ARAÚJO

IMPTE.(S) :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S)(ES) :PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*.

PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – ANÁLISE – INSUBSISTÊNCIA – EXCESSO DE PRAZO. A imputação não respalda a prisão preventiva, presumindo-se, ante a visão sobre a culpa, a periculosidade. A inexistência de raízes no distrito da culpa também não a endossa. Então, ante o excesso de prazo, impõe-se, no contexto, o implemento da ordem de ofício.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em julgar extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, mas em concedê-la de ofício, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 23 de abril de 2013.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3741099.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3741099.

HABEAS CORPUS 112.361 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) :XISTO EDUARDO ARAÚJO

IMPTE.(S) :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) :PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Gabinete prestou as seguintes informações:

Tem este teor a decisão mediante a qual Vossa Excelência indeferiu o pedido liminar:

VERBETE Nº 691 DA SÚMULA DO SUPREMO – ALCANCE.

PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – SUBSISTÊNCIA – LIMINAR INDEFERIDA.

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

O ato atacado é a decisão proferida pelo Ministro Ari Pargendler, no exercício da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, mediante a qual a petição inicial do *Habeas Corpus* nº 229.938/SP foi indeferida.

O paciente foi preso em flagrante, no dia 10 de novembro de 2011, pela prática do delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826, de 2003 (porte de arma de fogo com numeração raspada). O Juízo do Foro Central Criminal Barra Funda, na Comarca de São Paulo/SP, converteu a custódia em preventiva. Afirmou não ter o paciente ocupação lícita nem residência fixa, havendo notícia de ser reincidente. Assinalou que, uma vez solto, sequer a citação mostrar-se-ia possível, ante a ausência de endereço certo e vínculo com o distrito da culpa. Conforme entendeu, o porte de arma sem identificação demonstra periculosidade suficiente para, no resguardo da ordem pública, obstar o deferimento da liberdade provisória. Considerou a segregação cautelar necessária presente “a gravidade do crime, as circunstâncias do fato, as condições pessoais do averiguado”. Recebida a denúncia, a audiência de instrução e julgamento foi designada para 14 de abril de 2012.

O relator do *habeas* formalizado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não acolheu o pedido de liminar. Consignou a ausência de constrangimento ilegal manifesto e o caráter satisfativo do pleito de revogação da provisória.

No Superior Tribunal de Justiça, destacou-se a inexistência de situação excepcional a justificar a superação do Verbete nº 691 da Súmula do Supremo, pois a segregação cautelar foi motivada.

Neste *habeas*, o impetrante sustenta não se tratar de crime grave, pois cometido sem violência ou grave ameaça. Assevera a inadequação de fundamentar-se a custódia preventiva na reincidência, ainda mais quando a pena privativa de liberdade cominada ao delito – três a seis anos - é curta. Aponta o excesso de prazo, ante o período de cinco meses compreendido entre a prisão em flagrante e a marcação da audiência de instrução. Defende estar desmotivado o ato no qual determinada a preventiva e aduz que, se condenado, o paciente terá jus ao regime semiaberto, o que é incompatível com a segregação cautelar.

Em âmbito liminar, requer a revogação da custódia preventiva. No mérito, busca a confirmação da providência ou, subsidiariamente, a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

O processo encontra-se concluso para apreciação do pedido de concessão de liminar.

2. O Verbete nº 691 da Súmula do Supremo versa a competência deste e não a do Superior Tribunal de Justiça. Como, então, empolgá-lo para indeferir inicial de *habeas corpus*? De qualquer modo, esta impetração não está dirigida a afastar do mundo jurídico a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Busca-se a soltura do paciente. Quanto a esta, além de, em princípio, o ato referente à custódia mostrar-se fundamentado, há *habeas corpus* em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

3. Indefiro a liminar.

4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Publiquem.

A Procuradoria Geral da República, no parecer, opina pelo prejuízo do pedido formulado. Segundo aponta, consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça

do Estado de São Paulo revelou o julgamento do mérito do *Habeas Corpus* nº 029599576.2011.8.26. Alega que contra essa decisão superveniente é cabível recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça.

O *habeas* encontra-se aparelhado para julgamento.

Lancei visto no processo em 6 de abril de 2013, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 16 seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

HABEAS CORPUS 112.361 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Este *habeas* ganha contornos de substitutivo do recurso ordinário constitucional, sendo inadequado. Valho-me do que tenho lançado sobre a matéria:

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão – o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o

desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importando a justificativa plausível destas – no caso, constitucional –, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira – na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O quadro, no entanto, enseja a concessão da ordem de ofício. O Juízo converteu a prisão em flagrante em preventiva considerada a imputação – o porte de arma de fogo sem numeração – e presente a circunstância de o paciente não possuir raízes no distrito da culpa. Esses fatos são neutros quanto à prisão preventiva.

No tocante ao primeiro, inexistente, no ordenamento jurídico, a custódia automática conforme a imputação. Relativamente ao segundo, o artigo 366 do Código de Processo Penal revela que, não sendo encontrado o acusado, vindo a ser citado por edital, se deixa de constituir profissional da advocacia para defendê-lo, dá-se a suspensão do processo e da prescrição. O artigo remete, em relação à custódia, ao 312 do mesmo Código. De qualquer forma, a prisão provisória já perdura por mais de ano.

Implemento a ordem de ofício para determinar a expedição de alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas próprias: caso o paciente não esteja preso por motivo diverso do retratado no ato ora examinado, que foi formalizado pelo Foro Central Criminal Barra Funda, Comarca de São Paulo, no Processo nº 0097552-29.2011.8.26.0050. Advirtam o beneficiário da decisão da necessidade de permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais e adotando a postura que se aguarda do homem médio, do homem integrado à vida em sociedade.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.361

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : XISTO EDUARDO ARAÚJO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma julgou extinta a ordem de *habeas corpus* por inadequação da via processual, mas a concedeu, de ofício, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, 23.4.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os
Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber.
Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.
Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma