

EDITORA Conceito Editorial

Editor: Salézio Costa

Conselho Editorial:

Gilberto Bercovici

José Antônio Peres Gediel

Lenio Luiz Streck

Martonio Monti'Alverne Barreto Lima

Orides Mezzaroba

Valdemar P. da Luz

Vicente Barreto

Coordenação: Renata Ângelo

Revisão: Dácio Luiz Osti

Capa e Diagramação: Leonardo Moreira del Claro

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Cristina G. de Amorim CRB-14/898

340.115
P221

Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos / Alexandre Morais da Rosa (organizador). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

253 p.
ISBN 85-7755-002-8

1. Sociologia jurídica. 2. Direito - Filosofia. I. Rosa, Alexandre Morais da.



CLC Distribuidora de Livros Ltda.

Endereço: Rua Farroupilha, 153, bairro Campinas

CEP 88117-100 São José - SC

Telefone/ Fax: (48) 3240 1300

clc@clc-sc.com.br

Os direitos autorais, direitos de edição deste livro e as características editoriais e gráficas pertencem à Editora. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, a violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e na Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© desta edição - 2006. Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Sumário

I - Apresentação	07
II - Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça Paulo de Tarso Brandão Douglas Roberto Martins.....	09
III - A Jurisdição Constitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas 'versus' substancialistas Julio Cesar Marcellino Junior	25
IV - Estado democrático de direito, efetivação dos direitos sociais relativos ao trabalho e princípios constitucionais de direito do trabalho Daniel Natividade Rodrigues de Oliveira Narbal Antônio Mendonça Fileti	59
V - A decisão jurídica em Castanheira Neves Edward Rocha de Carvalho	81
VI - Colisão de princípios e sua solução Edgar Köhn	93
VII - Alguns apontamentos sobre a súmula vinculante Ezequiel Rodrigo Garcia	105
VIII - A dignidade da pessoa humana e o crime de racismo - uma visão casuística de hermenêutica constitucional com base em Robert Alexy Ricardo Emilio Zart	133
IX - Da reforma (retórica) do art. 186 do CPP à inefetividade (persistente) do direito ao silêncio Helen Hartmann	149

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3. ed. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 88.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da Lei – A face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *O que é Garantismo Jurídico? (Teoria Geral do Direito)*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2003.

Prisão preventiva: uma visão garantista

Leandro Gornicki Nunes*

Sumário: Introdução – 1 Origens do Código de Processo Penal brasileiro – 2 Requisitos e fundamentos dogmáticos da prisão preventiva – 3 A exigência de motivação da prisão preventiva e as novas perspectivas após o “sepultamento” da filosofia da consciência – 4 A teoria do garantismo penal como instrumento ético da Justiça Penal – Conclusão – Referências.

Introdução

O instituto da *prisão preventiva* (espécie do gênero *prisão cautelar* ou *provisória*) é daqueles que está no patamar mais elevado de importância no âmbito do Direito Processual Penal em face da gravíssima violação ao direito à liberdade que pode ser gerada com a sua indevida aplicação⁴⁰⁹. Dessa forma, é indispensável o seu estudo crítico, mormente quando vemos o Direito Penal se maximizar por meio de *políticas criminais terroristas* que violam garantias conquistadas mediante o sacrifício de vidas humanas⁴¹⁰.

* Advogado em Joinville e aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* em Prática Penal e Processual Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional em parceria com a Unibrasil.

⁴⁰⁹ CARRARA, dentre muitos, opunha reparos ao instituto em comentário, referindo-se à desmoralização de quem não é culpado, à depressão de seu sentimento de dignidade, à diminuição do conceito de que desfruta, à memória que se conserva dessa prisão, concluindo que a passagem pelo cárcere deixa, no desventurado, indelével mácula. In: CARRARA, Francesco. *Opuscoli di Diritto Criminale*. 1889, apud NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 167.

⁴¹⁰ A história nacional é repleta de casos assombrosos ocorridos durante o período conhecido como “anos de chumbo”, ou seja, do AI-5 (1968) até o fim da Guerrilha do Araguaia (1974), quando muitos foram presos para “averiguação”, torturados e mortos (não raras vezes), e tudo em nome da “segurança nacional”. Ver: GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo:

Nessa linha epistemológica, é necessário o estudo das suas *origens*, dos seus limites dogmáticos, do seu (im)possível enquadramento no sistema processual acusatório, das dificuldades geradas pela filosofia da consciência e dos caminhos indicados pela teoria do garantismo penal (esta concebida como forma de proteção da dignidade humana perante o poder punitivo estatal).

Considerando que a prisão preventiva é *uma providência violenta, apesar do seu cunho legal*⁴¹¹, e que *sua função é meramente instrumental*, poder-se-á verificar perfunctoriamente até onde ela é, conforme defendia o pensamento liberal clássico, um “mal necessário” (Flamand) ou uma “injustiça necessária” (Carrara).

Desde já, é importante esclarecer que a abordagem feita não se destina a esgotar os tortuosos meandros desse instituto altamente questionável do ponto de vista das liberdades individuais, porém amplamente utilizado na *práxis* forense.

1 Origens do Código de Processo Penal brasileiro

O maior ou menor número de pressupostos para a decretação da prisão preventiva, bem como a exigência de grande ou pequeno rigor em apurá-los, estão subordinados quase sempre aos *princípios políticos que informam o Direito Constitucional de cada Estado*⁴¹², bem como o respectivo direito processual penal. Assim, o estudo crítico da prisão preventiva exige uma breve incursão nas origens do nosso Código de Processo Penal⁴¹³.

Após a proclamação da República (1891), foi atribuída aos Estados a faculdade de legislar sobre processo. Entretanto, com a Constituição de 1937 foi necessário se restabelecer o regime da unidade processual penal, que já existia no Império.

Restabelecida essa unidade, o nosso Código de Processo Penal foi consubstanciado no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941,

Companhia das Letras, 2002.

⁴¹¹ BASILEU GARCIA. *Comentários ao Código de Processo Penal anotado*. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 152.

⁴¹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997, p. 69.

⁴¹³ Esclarecemos que isso não deve implicar na adesão das teses *voluntas legislatoris* (corrente subjetivista) ou *voluntas legis* (corrente objetivista), eis que tais teses são concebidas em ilusões/mitos – portanto metafísicos – que não solucionam as vicissitudes do mundo da vida.

cuja matriz principiológica está sustentada sobre o *sistema processual penal inquisitório*, onde o julgador, apesar de separado (*fisicamente*)⁴¹⁴ da figura do acusador – e isso não torna o nosso sistema processual penal muito diferente daquele adotado no *ancien régime* com as *Ordonnance criminelle* (1670), de Luís XIV –, é o *gestor da prova* (Cordero), podendo, inclusive, decretar de ofício a prisão preventiva do acusado (CPP, art. 311).

Na época em que o código foi decretado, nosso país estava vivendo uma era marcada pelo despotismo de Getúlio Vargas, e, assim, suas diretrizes não poderiam deixar de seguir a matriz inquisitória⁴¹⁵. Dúvida não resta quanto a sua origem principiológica: sabe-se que o nosso Código de Processo Penal foi construído com base no modelo de Código de Processo Penal italiano da década de 30 (Código Rocco), demonstrando que o Brasil adotou os ideais fascistas de segurança pública⁴¹⁶. Esse louvor ao “jurista italiano” é denunciado por Miranda Coutinho que ressalta a marca da concepção fascista do processo penal ancorado na tradição inquisitória, *inclusive da face processual da persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo velho código de processo penal italiano e seu inescrupuloso difusor e defensor, ‘camícia nera’, de todos os instantes, Vincenzo Manzini*⁴¹⁷.

Com efeito, já nas primeiras linhas da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal vigente – até para aqueles que não estão comprometidos com o sistema processual penal acusatório – é possível perceber todo o propósito de se minimizar garantias em prol de uma falaciosa primazia da tutela social. A origem disso está na escola liberal clássica (positivismo burguês)⁴¹⁸.

⁴¹⁴ *É falso che método inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell'ordonnance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopoli dell'azione spetta agli hommes du roi (“les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs: Tit. III, art. 8”)*. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 47.

⁴¹⁵ Segundo Luigi Lucchini, o sistema inquisitivo é o *companheiro dos regimes teocráticos e despóticos*. In: LUCCHINI, Luigi. *Elementi di Procedura Penale*, 1921, p. 37, apud MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 93.

⁴¹⁶ GERBER, Daniel. *Prisão em Flagrante, uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 139.

⁴¹⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena*. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

⁴¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

Colhe-se da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal vigente: *De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.*

E prossegue o texto: *A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal.*

Nota-se que a exposição de motivos exprime o *desejo de punir*⁴¹⁹ antecipadamente aqueles que são acusados de cometer algum crime, ainda que não tenha se exaurido a persecução criminal, considerando-os culpados e, conseqüentemente, desmerecedores de qualquer garantia ou favor.

Em suma: sob esse prisma, a Constituição e os princípios nela inseridos (que deveriam orientar o processo penal brasileiro)⁴²⁰ se tornam perfumarias.

Nessa perspectiva inquisitória, a prisão preventiva surge como instrumento hábil a atingir os propósitos de “eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição de 1988, essa base principiológica do instituto da prisão preventiva está(va) ontologicamente superada. Por isso, é preciso delinear os limites da prisão preventiva, considerando a redação do art. 312, do Código de Processo Penal, a partir de um novo paradigma garantidor dos princípios proces-

⁴¹⁹ A locução poderia perfeitamente ser substituída por “desejo de matar”, eis que, na perspectiva da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, a ação dos mecanismos de repressão estatal instituídos mais se parece com aquela do personagem dos filmes protagonizados pelo ator norte-americano Charles Bronson.

⁴²⁰ Inicialmente atacado pela Escola Positiva Italiana (Garofalo e Ferri), o princípio da presunção de inocência vem sendo atacado freqüentemente desde o final do século XIX, conforme os ansiosos autoritários da cultura penalista.

suais encartados no texto constitucional⁴²¹.

2 Requisitos e fundamentos dogmáticos da prisão preventiva

Inicialmente, deve-se esclarecer que o instrumental do jurista é, antes de tudo, a dogmática. Porém, ela não pode ser confundida com o dogmatismo⁴²². Ela (dogmática) é indispensável à compreensão da ciência jurídica, e o seu desconhecimento é a porta de entrada para os mecanismos de alienação⁴²³.

Em linhas gerais, de acordo com o *senso comum teórico*, que utiliza a terminologia empregada por Calamandrei⁴²⁴, são requisitos da prisão preventiva a *fumus boni iuris* (consubstanciada na materialidade do crime e existência de indícios de autoria) e o *periculum in mora* (este consistente na presença de razões de fato dirigidas à garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, e aplicação da lei penal). Desde já, é importante ressaltar que a terminologia e os conceitos de Calamandrei são próprios do direito processual civil e transportá-los para o processo penal é um erro, pois *devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia*⁴²⁵. O crime jamais poderá ser considerado “fumaça de bom direito”, uma vez que ele é a negação do direito. Tem-se, portanto, uma antítese empregada cotidianamente por alguns doutrinadores e atores jurídicos⁴²⁶ no dia-a-dia forense.

⁴²¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 30, Curitiba, 1998.

⁴²² Conforme Plauto Faraco de Azevedo, *se é indubitosa a importância das normas jurídicas positivas para a construção de uma ciência do direito que ofereça subsídios à adequada solução das controvérsias emergentes da vida social, há que estabelecer-se que não pode o pensar dogmático converter-se em um pensar necessariamente antiinvestigador do direito, isto é, não reelaborador do direito, cingindo-se à repetição de fórmulas (normas) mecanicamente aplicadas através de meras 'subsunções' silogístico-dedutivas*. In: AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sape, 1989, p. 31.

⁴²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6.

⁴²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introduzioni allo studio sistematico dei Provvedimento Cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 18.

⁴²⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 194.

⁴²⁶ Como bem esclarece Alexandre Moraes da Rosa, *emprega-se o termo 'ator jurídico' em vez de 'operador jurídico' por se entender que o primeiro pressupõe a participação nos fatos pelo intérprete, inserido no mundo da vida (sujeito-sujeito), enquanto o segundo facilita a objetivação e o seu distanciamento. As formas*

Melhor seria o emprego da expressão latina *fumus commissi delicti*, porque o requisito para a decretação de uma prisão cautelar/provisória é a probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, a prova – *lícita* – da existência de um crime e indícios suficientes de autoria⁴²⁷.

Nessa equivocada correlação entre o processo civil e o processo penal empregada por boa parte da doutrina, ainda deve ser destacado o fato de que o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas, sim, é seu fundamento. Além disso, nas medidas cautelares propriamente ditas, o *periculum in mora* consiste no risco derivado do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo. Mas, na hipótese de medidas coercitivas pessoais (a exemplo da prisão preventiva), o risco assume outro caráter, ou seja, o fator determinante não é o tempo, mas a *situação de perigo criada pela conduta do imputado*. Nota-se claramente que o perigo não é fruto do lapso temporal entre o provimento de cognição sumária e a sentença. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento da prisão preventiva é o *periculum libertatis*, sendo impróprio o emprego da terminologia e dos conceitos oriundos do processo civil⁴²⁸. Toda essa confusão terminológica e conceitual é fruto das mazelas do ensino jurídico no país, como bem assinala Streck⁴²⁹.

Em resumo: a prisão preventiva tem como requisito a *fumus commissi delicti* e seu fundamento é o *periculum libertatis*.

Para Tourinho Filho a prisão preventiva tem como fundamento a sua “incontrastável necessidade”. Segundo ele, “a prisão preventiva somente poderá ser decretada dentro daquele mínimo indispensável, por ser de incontrastável necessidade”⁴³⁰. Magalhães Noronha afirma que, entre

clássicas de interpretação do Direito propostas pela dogmática jurídica apresentam o intérprete dissociado da realidade social (sujeito-objeto), envolto numa realidade virtual, favorecendo, com isso, a comodidade e o (des)compromisso ético (Dussel) das decisões. In: ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão Penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁴²⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica...*, *op. cit.*, p. 195.

⁴²⁸ LOPES JR., Aury. *Ibidem*, p. 195-6.

⁴²⁹ A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que ‘simplifica’ o ensino jurídico, a partir da construção de standards e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em)crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 82-3.

⁴³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 3. Bauru: Jalovi, 1979, p. 409.

outros requisitos, para a sua decretação “deve haver prova, isto é, a demonstração da existência do fato”⁴³¹. Em linhas gerais, Frederico Marques afirma que a prisão preventiva somente pode ser admitida “quando verificar o juiz todas as condições imprescindíveis para a decretação da medida ou providência cautelar”⁴³². Para Gomes Filho essa forma de prisão somente encontra justificação “na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”⁴³³.

Distinguindo os conceitos de *juízo de possibilidade* (este entendido como aquele que prescinde da afirmação de um predomínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa) e *juízo de probabilidade* (este como sendo aquele em que há o predomínio das razões positivas sobre as negativas ou vice-versa), Lopes Jr. afirma que a prisão preventiva exige um juízo de probabilidade, com o predomínio das razões positivas, onde a probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança de todos os requisitos positivos e, por conseqüência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito⁴³⁴.

Com todo o respeito devido a esse entendimento, que não é isolado na doutrina⁴³⁵, a partir do momento em que o juiz decreta a prisão preventiva do acusado acreditando que há *probabilidade* (em vez da possibilidade) da imputação ser julgada procedente, ele estará, praticamente, antecipando o seu veredicto e, conseqüentemente, esvaziar-se-á o método dialético que deve nortear a persecução criminal. Os significantes trazidos pelos atores jurídicos não terão qualquer chance de influenciar a decisão final do julgador, eis que já tomada no momento da decretação da prisão preventiva. Conseqüentemente, restará prejudicada toda a produção de prova que antecede o referido veredicto, por conta do fato de o juiz ser o gestor da prova dentro das disposições do Código de Processo Penal. Assim, tratará de buscar na coleta das provas os justificantes

⁴³¹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 168.

⁴³² MARQUES, José Frederico. *Elementos...*, *op. cit.*, p. 69.

⁴³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65.

⁴³⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica...*, *op. cit.*, p. 197.

⁴³⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 221.

necessários à sua decisão⁴³⁶.

3 A exigência de motivação da prisão preventiva e as novas perspectivas após o “sepultamento” da filosofia da consciência

A prisão preventiva decorre de uma decisão interlocutória que, por força de disposições constitucionais (CR, arts. 5º, LXI, e 93, IX) e processuais (CPP, art. 315), *exige idônea fundamentação e legítima motivação*.

O discurso oficial, de modo geral, difunde a idéia de que a prisão preventiva serve para garantir a eficácia de eventual provimento definitivo de cunho condenatório e, em face da garantia constitucional da proibição de juízo precário de culpabilidade (CR, art. 5º, LVII), somente pode ser decretada quando fundada em razões objetivas e concretas, correlacionadas às *fattispecie abstractas*, previstas no código penal instrumental (art. 312).

Mas, no âmbito da *fumus commissi delicti*, o que pode *ser* considerado prova da existência do crime? E mais, o que *é* indício suficiente da autoria? Quanto ao *periculum libertatis*, o que pode *ser* feito pelo suposto autor de um crime para colocar em risco a ordem pública e econômica, ou a instrução criminal? Além disso, como pode o acusado impedir a aplicação da lei penal?

Como visto, a doutrina traz uma diversidade de entendimentos que induz à conclusão de que para cada uma das indagações formuladas acima existem muitas respostas doutrinárias e jurisprudenciais, cujo poder criativo ganha mais força em tempos de *broken windows theory* e *direito penal do inimigo*!

Com a superação do *paradigma da consciência* as tradicionais respostas doutrinárias e jurisprudenciais não são suficientes para conter a invasão da esfera de liberdades individuais promovida pelo ranço inquisitório que permeia o *sensu comum teórico* arraigado em idéias dissociadas do conceito de *garantismo penal*.

⁴³⁶ A propósito: HARTMANN, Érica de Oliveira. A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 38, Curitiba, UFPR, 2003, p. 131-150.

Como assinalado por Noronha⁴³⁷ e Lopes Jr.⁴³⁸ (este apoiado no pensamento de Carnelutti⁴³⁹), não há uma regra apriorística ou um discurso sólido sobre o que seja “indício suficiente de autoria”, *vg.* Com isso, pode-se dizer que é impossível ter a segurança jurídica ou a garantia científica do Direito almejada pelos “filhos de Kant”, que pretendem definir qual é o real sentido de cada um dos requisitos entabulados no art. 312, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, compartilhamos o entendimento do professor Alexandre Morais da Rosa, no sentido de que *a tentação ‘criminológica’ de ‘Defesa Social’, ou seja, de julgar o acusado e não a hipotética conduta, escorrega – via (in)consciente – na cadeia de significantes previstos na lei, até porque a legislação utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, atribulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a anemia semântica do art. 312 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. De fato, àquele que conhece um pouquinho da estrutura linguística pode construir artificialmente tais pseudo-requisitos, cuja falsificação – pressuposto –, diante da contenção, será inverificável. Em outras palavras, se deferida a prisão, os argumentos se desfazem. Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão. [...] Por fim, o magistrado, se assume a postura ‘ eminentemente acusatória’, jamais poderá decretar a prisão de ofício*⁴⁴⁰.

4 A teoria do garantismo penal como instrumento ético da justiça penal

A partir do momento que se constata a insuficiência das idéias da filosofia da consciência e a necessidade de se fazer uma *revolução científica* (Kuhn) com a releitura dos signos que compõem o paradigma vigente, surge a teoria do Garantismo Penal (Ferrajoli) como instrumento ético na tentativa de frear os impulsos estatais relacionados ao poder punitivo, entre os quais o de prender/condenar preventivamente.

⁴³⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal...*, *op. cit.*, p. 168.

⁴³⁸ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica...*, *op. cit.*, p. 196.

⁴³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezione sobre el Proceso Penal*. vol. 2. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 180.

⁴⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes...*, *op. cit.*, p. 139.

Entre os axiomas que compõem a teoria do Garantismo Penal, surge o da *nulla culpa sine iudicio* como um sério limitador da possibilidade de se prender preventivamente alguém acusado de ter praticado um crime. Segundo Ferrajoli, esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado⁴⁴¹. Referido axioma é uma garantia fundamental de todo cidadão que está engravado em nossa Constituição (art. 5º, LVII), sendo chamado de *princípio da presunção de inocência*, e que consiste em uma cláusula pétreia (CR, art. 60, § 4º, IV).

Para aqueles que não querem ser confundidos com neonazistas, parece óbvio que o maior interesse da sociedade é proteger os inocentes, porque, ao depois, verberar por meio do chavão “somos todos culpados” é algo que a história mostrou servir apenas para desculpar num grau considerável aqueles que realmente são culpados⁴⁴². Por isso, sob a ótica da dignidade humana (CR, art. 1º, III) não é sustentável admitir-se a prisão preventiva como instrumento de política criminal sem a adoção de critérios mais rígidos. Em tempos de neoliberalismo, é importante frisar que a hipótese não comporta uma relação econômica de custo-benefício.

Na busca de não deixar o princípio da presunção de inocência se transformar em um inútil engodo, Ferrajoli combate com veemência as idéias de Manzini e afirma categoricamente que a prisão *ante iudicium* jamais poderá ser admitida, ressalvadas algumas situações especialíssimas. Ele não desconhece as razões de fato que ensejaram a edição de normas processuais autorizadas da prisão preventiva, mas ressalta que nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos e este é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar.

Tudo depende da visão que se tem sobre as ciências criminais. A partir do momento que o processo penal (a exemplo do direito penal) é visto como um *limitador do direito estatal de punir*, a prisão preventiva não pode ser um risco inadmissível, pois ela contempla a hipótese de prender uma pessoa inocente e, conseqüentemente, todo o sistema perde a sua razão de ser.

Nunca é demais reafirmar que o processo penal não existe para o fim de proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a

⁴⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 441.

⁴⁴² ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 213-4.

maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas⁴⁴³.

Conclusão

A prisão preventiva é um instituto de direito processual penal que somente encontra espaço em nossa ordem jurídica após a promulgação da Constituição de 1988, se for empregado em situações especiais e respeitados os seus limites dogmáticos.

Não se desconhece o fato de a jurisprudência e a doutrina convalidar o referido instituto jurídico mesmo após a Constituição de 1988 em casos que não dão ensejo a essa medida extrema. Entretanto, não devemos assistir de braços cruzados a permanência desses ideais fascistas referendados pelo senso comum teórico como se fôssemos parte de uma tropilha mansa. Viver assim, não é viver!

Na maioria dos casos, o pensamento que norteia as decisões que decretam a prisão preventiva dos acusados no processo penal está embebido no ranço inquisitório que, historicamente, já demonstrou inúmeros casos de injustiça, coisa que esvazia o direito processual penal como sistema de normas dirigido à proteção da sociedade.

Portanto, as idéias de Ferrajoli expostas na sua teoria do garantismo penal podem não ser a panacéia para as mazelas do processo penal, mas são, indubitavelmente, fortes instrumentos éticos para proteger a sociedade dos anseios inquisitoriais que afloram com força hercúlea em momentos de desordem gerada pela falta de políticas sociais, as quais são indevidamente substituídas por ações legislativas direcionadas ao recrudescimento das leis penais em geral como se isso fosse resolver o problema.

Referências

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Juri-*

⁴⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, op. cit., p. 450.

dica. Porto Alegre: Safe, 1989.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal; Introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASILEU GARCIA. *Comentários ao Código de Processo Penal anotado*. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzioni allo studio sistematico dei Provvedimento Cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezione sobre el Proceso Penal*. vol. 2. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GERBER, Daniel. *Prisão em Flagrante, uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

HARTMANN, Érica. A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, vol. 38, Curitiba, UFPR, 2003.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Cam-

pinas: Bookseller, 1997.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (em)crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 3. Bauru: Jalovi, 1979.