

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

RENATA PEREIRA CARVALHO COSTA

**VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM FACE DOS
CRIMES HEDIONDOS E DO TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES: REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE
E DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

VITÓRIA
2010

RENATA PEREIRA CARVALHO COSTA

**VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM FACE DOS
CRIMES HEDIONDOS E DO TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES: REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE
E DA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de MESTRE em Direito.
Orientador: Prof^o. Dr. Alexandre de Castro Coura

VITÓRIA
2010

RENATA PEREIRA CARVALHO COSTA

**VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM FACE DOS
CRIMES HEDIONDOS E DO TRÁFICO ILÍCITO DE
ENTORPECENTES: REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE
E DA EXIGENCIA CONSTITUCIONAL DE
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2010.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Aloísio Krohling
Faculdade de Direito de Vitória

Professor (a) Doutor (a) Convidado (a)

A Deus, que desde o ventre da minha mãe me escolheu para um propósito Seu. Cumpri-lo, certamente é minha missão e essa conquista faz parte do percurso.

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor e consumidor da minha fé, por fazer da minha vida palco de constantes milagres. A Ti toda honra e toda glória.

A Junior, presente de Deus em minha vida, pelo amor de sempre e pelo apoio incondicionado durante mais esta importante etapa da minha vida.

A minha mãe querida, que fez dessa minha jornada uma jornada sua, não medindo esforços para cuidar do bem mais precioso que Deus me deu: a pequena Maria Eduarda.

A Gessy, amado pai (*in memoriam*), pelas lições de amor e ética que levarei comigo até a Eternidade, onde, enfim, nos veremos novamente.

A Maria Eduarda, filha amada, pela alegria indescritível que sua presença me traz.

A Dario, irmão amado, pelas constantes leituras deste trabalho e pelo diálogo que resultou no problema desta pesquisa, bem como pelo exemplo de ética que sempre me transmitiu no decorrer dessa nossa caminhada jurídica.

A Carla, Caio, Alan e Renzo, por tudo. A família Carvalho não seria a mesma sem vocês.

Aos incríveis e amados irmãos Gessilda, Jairo e Gessiana pelo apoio contínuo e pela confiança de sempre. Saibam que tenho imenso orgulho de fazer parte deste time de vencedores e de adoradores de nosso Senhor Jesus Cristo.

A Vanessa, sobrinha querida, pela presença constante em minha caminhada jurídica neste dois últimos anos.

A Família Costa pela compreensão da minha ausência e pelo carinho de sempre.

A Fabíola, que nestes últimos dias me permitiu vislumbrar quão profundas são as raízes de nossa amizade, que, superando ausências momentâneas, nos tornou ainda mais próximas.

Aos professores e alunos do Departamento da Escola Bíblica Dominical da Assembléia de Deus em Jardim América, pelo apoio e pela compreensão da minha ausência em alguns momentos críticos desta pesquisa, bem como pelas constantes orações em favor da minha vida.

A Bianca, Isabelle e Elisa, presentes para toda vida que a experiência no mestrado me concedeu, provando o valor incalculável das amigas que desabrocham em meio às dificuldades.

Ao professor Dr. Alexandre de Castro Coura, por tornar mais iluminado o caminho de seus alunos no estudo da hermenêutica constitucional, pelo apoio constante na confecção deste trabalho e pela confiança em mim depositada durante todo mestrado. Com você eu partilho cada conquista acadêmica registrada durante o mestrado.

Ao professor Dr. Aloísio Krohling, professor e amigo de longa data, a quem devo meus primeiros passos no imenso mundo da Filosofia. Agradeço, igualmente, pelas constantes sugestões ao longo deste trabalho.

Aos queridos amigos, Érika e Rafael, pelo apoio total e constante durante toda esta pesquisa. A amizade de vocês foi, certamente, o que de mais precioso me concedeu a graduação.

A Américo Bedê Freire Junior, eterno mestre e amigo, pela defesa, desde sempre, de um processo penal democrático, pela interlocução acadêmica, bem como pelo apoio na bibliografia deste trabalho.

A Denise, verdadeiro anjo na Coordenação do Mestrado da FDV, que pelo diálogo e apoio constante durante estes dois anos que se passaram, tornou possível minha chegada até aqui.

A Altiva, na pessoa de quem agradeço a todos da Biblioteca da FDV pelo carinho de sempre. O apoio de vocês foi imprescindível para confecção desta pesquisa.

A professora Maria Luiza, pela revisão deste trabalho.

Ao Centro Universitário de Vila Velha pelo apoio total que dedica aos seus professores no desenvolvimento da pesquisa.

A FDV, pela seriedade e comprometimento com que conduz sua pesquisa, tornando seu mestrado um projeto sério e respeitado na comunidade jurídica.

Enfim, a todos os amigos que direta ou indiretamente contribuíram para o êxito desta pesquisa meus mais sinceros agradecimentos. Este trabalho, como se percebe, realmente foi obra de muitas “mãos”.

“De Annás a Herodes o julgamento de Cristo é o espelho de todas as deserções da justiça corrompida pelas facções, pelos demagogos e pelos governos. A sua fraqueza, a sua inconsciência, a sua perversão moral crucificaram o Salvador, e continuam a crucificá-lo, ainda hoje, nos impérios e nas repúblicas, de cada vez que um tribunal sofisma (engana), tergiversa, recua, abdica. Foi como agitador do povo e, subversor das instituições que se imolou Jesus. E, de cada vez que há precisão (necessidade) de sacrificar um amigo do direito, um advogado de verdade, um protetor dos indefesos, um apóstolo de idéias generosas, um confessor da lei, um educador do povo, é esse, a ordem pública, o pretexto, que renasce, para esculpir as transações dos juízes tíbios (fracos) com os interesses do poder. Todos esses acreditam, como Pôncio, salvar-se, lavando-se as mãos do sangue, que vão derramar, do atentado que vão cometer. Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de Estado, interesse supremo, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete (estigma) de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde”.

Ruy Barbosa.

RESUMO

A presente dissertação visa investigar se há possibilidade de concessão da liberdade provisória aos agentes presos em flagrante na prática de crimes capitulados como hediondos ou no tráfico ilícito de entorpecentes. Isso porque, segundo posicionamento predominante no Supremo Tribunal Federal, há vedação de natureza constitucional relativa à concessão de tal benesse nos referidos delitos. Tal vedação, segundo aquela Corte, repousa no art. 5º. XLIII, da Constituição Federal, onde se encontra prescrita a inafiançabilidade destas infrações. Por assim concluir, sustenta o STF, que a impossibilidade de concessão da liberdade provisória, nestes crimes, independe de previsão legal. Deste modo, a Lei 11.464/07, que retirou a liberdade provisória do rol de vedações de diversos benefícios aos supostos autores de crimes hediondos e equiparados, não teve o condão de autorizá-la, mas tão-somente extirpou uma redundância do texto legal, já que a vedação decorre de norma de hierarquia máxima. O resultado prático deste entendimento é que eventual acusado de tais delitos permanecerá encarcerado durante todo processo, mesmo à míngua de qualquer fundamentação cautelar. Em face de tudo disso, esta pesquisa, orientando-se pela metodologia crítico-metodológico, que sugere uma análise crítica da realidade analisada, inicia analisando a urgente necessidade de conformação do processo penal com o plexo de direitos e garantias fundamentais estampados na Carta Magna. Em seguida, aborda-se a questão sob o prisma do dever constitucionalmente imposto de fundamentação das decisões judiciais, bem como do princípio constitucional de presunção de não culpabilidade, que deve informar toda atividade persecutiva estatal. Posteriormente, serão traçadas algumas considerações acerca do positivismo jurídico e o contexto de sua crise, sobretudo, na perspectiva kelseniana, a fim demonstrar em que medida o posicionamento do STF reflete premissas próprias deste modelo teoricamente superado. Será abordado, igualmente, alguns fatores que contribuíram para os contornos da hermenêutica jurídica moderna, mormente, naquilo que se refere à relação sujeito-objeto no âmbito da interpretação. Também serão explanadas algumas idéias de Hart, uma vez que é delas que Ronald Dworkin parte para criticar o positivismo de uma maneira geral. Em seguida, serão apresentados alguns argumentos de Dworkin que conformam a sua teoria da

integridade, a qual, neste trabalho, assume o importante status de base teórica, conduzindo, portanto, a análise do problema proposto. Mais adiante será abordada a questão das prisões provisórias, demonstrando que a prática forense não tem observado o requisito da cautelaridade na decretação de medidas constritivas, malferindo, desta forma, o princípio da presunção de não culpabilidade. Por fim, a partir das premissas traçadas no decorrer do trabalho, analisar-se-á se subsiste uma vedação absoluta, ainda que reputada de sede constitucional, que subtraia do magistrado a análise acerca da necessidade do encarceramento precoce, tornando, por assim ser, a prisão provisória uma regra nos crimes aqui referidos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Processo Penal. Crimes Hediondos. Tráfico Ilícito de Entorpecentes. Fundamentação das decisões judiciais. Princípio da presunção de Inocência. Integridade.

ABSTRACT

This thesis aims to investigate on the possibility of provisional release agents arrested in flagrante delicto in the commission of crimes as heinous capitulated or trafficking in narcotics. This is because, according to the predominant position in the Supreme Court, there is a constitutional seal of granting such a boon in these crimes. This fence, according to that court sits in art. 5. XLIII of the Federal Constitution, where it is prescribed for these offenses no bail. So to conclude, the Supreme Court holds that the impossibility of granting bail in these crimes, independent of legal provisions. Thus, Law 11.464/07, which withdrew the provisional release of the list of seals of various benefits to the alleged perpetrators of heinous crimes and treated, he had the power to authorize it, but only one redundancy excised the legal text, since the fence follows the standard maximum hierarchy. The practical result of this understanding is that any accused of such crimes remain incarcerated during the entire process, even for lack of any precautionary reasons. In the face of everything, this research, guided by the critical-methodological approach, which suggests a critical analysis of reality considered, start analyzing the urgent need for the conformation of the proceedings with the body of fundamental rights and guarantees printed in the Constitution. It then addresses the issue through the prism of the constitutionally imposed obligation of reasoned judgments, and the constitutional principle of presumption of not guilty, which should inform every activity persecuti state. We will then outlines a number of considerations about legal positivism and the context of the crisis, especially in view Kelsen, in order to demonstrate the extent to which the position of the STF reflects assumptions specific to this model theoretically overcome. Be discussed also some factors that contributed to the contours of modern legal interpretation, especially in what regards the subject-object relationship in the context of interpretation. Also explained are some ideas to Hart, since that is where Ronald Dworkin part to criticize positivism in general. Next, we introduce some of Dworkin's arguments that make his theory of integrity, which in this work, assumes the status of important theoretical basis, leading, therefore, the analysis of the proposed problem. And he will be dealt with the issue of temporary prisons, demonstrating the forensics has not observed the condition of cautelare the enactment of measures constricting, mortally wounded, thereby, the presumption of not guilty. Finally, from the assumptions outlined in this work, analyze it will be remains an absolute seal, even regarding it as a constitutional office, which subtract from the magistrate's

analysis on the need for prison early, becoming, so to be prison provisional rule in the crimes mentioned.

Keywords: Rights. Criminal Procedure. Heinous Crimes. Traffic in Narcotic Drugs. Reasoned judgments. Presumption of innocence. Integrity.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPP – Código de Processo Penal

Nº. – Número

ONU: Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. PROCESSO PENAL E SUA CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL	
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA.....	21
1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO.....	28
1.3 PROCESSO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DUAS FACES DA MESMA MOEDA.....	39
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM QUESTÃO	
2.1 ALCANCE E SENTIDO DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	61
2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO VETOR DEMOCRÁTICO NO PROCESSO PENAL.....	71
3 CRISE DO POSITIVISMO E HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA	
3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO POSITIVISMO JURÍDICO E DE SUA CRISE.....	81
3.2 ALGUNS FATORES QUE CONTRIBUÍRAM PARA OS CONTORNOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA.....	90
3.3 DECISÃO JUDICIAL E INTEGRIDADE NO DIREITO.....	97
3.3.1 Hart: o ponto de partida de Ronald Dworkin.....	97
3.3.2 Dworkin e o direito como integridade.....	107
4. PRISÕES PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: A DIFÍCIL CONVIVÊNCIA	

4.1	PRISÕES CAUTELARES NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	127	
4.1.1	Prisão preventiva.....	139	
4.1.2	prisão em flagrante.....	147	
 5 A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM FACE DOS CRIMES HEDIONDOS E DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES			
5.1	ALGUMAS ANOTAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	157	
5.2	A LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES.....	164	
5.3	A LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES HEDIONDOS.....	172	
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....			207
 REFERÊNCIAS.....			212
 ANEXOS.....			221

INTRODUÇÃO

O traço que prepondera na diferenciação das normas jurídicas das demais vigentes no seio da sociedade é sua *coercibilidade*. É esta característica própria das normas jurídicas que permite que, uma vez descumpridas, o Estado possa mobilizar todo seu aparato a fim de garantir que os efeitos (sanção) anteriormente previstos de modo geral e abstrato na norma possam incidir no caso concreto.

No âmbito do processo penal, após longa evolução histórica, a sanção que restou solidificada entre nós, como regra, para o descumprimento da norma penal foi a privação da liberdade individual ou prisão-pena, a ser imposta após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além dessa privação da liberdade decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, admite, nosso sistema jurídico, de igual modo, em via de exceção, modalidades de prisões provisórias. Estas não possuem qualquer caráter de pena, podendo ser decretadas no curso do processo penal ou até mesmo durante uma investigação criminal (fase pré-processual), desde que presentes os requisitos legais.

Obviamente, a prisão provisória não persegue os mesmos fins da prisão-pena, não visando, portanto, qualquer função retributiva ou preventiva, assumindo contorno de verdadeira medida cautelar, só podendo durar enquanto subsistirem os motivos que a ensejaram e, conforme comando constitucional, jamais pode prescindir da devida fundamentação judicial.

Ocorre que embora a cautelaridade seja reconhecida tanto pela doutrina como pela jurisprudência como condição *sine qua non* para legitimação de eventual constrição da liberdade individual antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, algumas situações jurídicas suscitam discussões que parecem colocar esta premissa em xeque.

Ordinariamente, quando um indivíduo é preso em flagrante na prática de determinado delito, nosso sistema jurídico impõe que, em seguida, seja submetido à autoridade judicial, a fim de que esta se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão provisória. A aferição da imprescindibilidade da medida constritiva passa pela análise do art. 312 do Código de Processo Penal. Assim, mesmo preso em flagrante, percebendo o magistrado não restarem configurados quaisquer dos motivos autorizadores da prisão preventiva, deverá colocar o acusado imediatamente em liberdade. No plano do processo penal, tal providência é cognominada como concessão da “liberdade provisória”.

Contudo, algumas leis penais e processuais penais brasileiras, trazem em seu bojo a vedação da concessão da liberdade provisória pelo magistrado, de modo que, mesmo ausente os requisitos exigidos para custódia cautelar, a prisão opera-se *ope legis*. É o caso, por exemplo, da Lei de Tráfico Ilícito de Entorpecentes. Nesta, há imensa discussão se ao impor a vedação da liberdade provisória e, por via de consequência, uma prisão compulsória, o legislador não teria incorrido em inconstitucionalidade material, por malferir direitos fundamentais, sobretudo, o da presunção de inocência, e o da fundamentação das decisões judiciais.

Para o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, HC nº. 95671/RS, DJ 19.03.2009) não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade na vedação expressa da liberdade provisória pelo legislador infraconstitucional, desde que se trate de crimes considerados pelo constituinte originário como inafiançáveis, como é o caso daqueles descritos no art. 5º, XLVI, da Carta Constitucional. Segundo aquela Corte, a vedação da concessão da liberdade provisória em crimes como o de tráfico ilícito de entorpecentes e os rotulados como hediondos, decorrem da própria autorização constitucional, pressuposta na previsão de inafiançabilidade de tais delitos.

Assim, para o STF (HC nº. 95671/RS, DJ 19.03.2009), eventual retirada pelo legislador da previsão de vedação da liberdade provisória naqueles crimes inafiançáveis por

disposição constitucional, não tem o condão de autorizá-la. É o caso da Lei de Crimes Hediondos, que fora alterada em 2007, pela Lei nº. 11.464, retirando a vedação do referido instituto.

Em outras palavras, para o STF, como a vedação da liberdade provisória decorre de mandamento constitucional, ao negar a benesse o legislador infraconstitucional apenas materializa norma de hierarquia máxima. Entretanto, caso a norma infraconstitucional autorize a concessão do referido instituto, terá ela incorrido em inconstitucionalidade material, por clara insubordinação ao art. 5º, XLVI, da Constituição da República.

Já o Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, tem apresentado maior divergência no trato da questão. De uma maneira geral, a Sexta Turma tem entendido pela possibilidade de concessão da liberdade provisória mesmo em se tratando de crimes hediondos e de tráfico ilícito de entorpecentes (BRASIL, HC nº. 99.889/SP, DJ 19.05.2008), ao passo que a Quinta Turma argumenta pela impossibilidade de concessão de tal benesse aos acusados por tais delitos (BRASIL, HC nº. 76.779/MT, DJ 04.04.2008).

Assim, ante a celeuma percebida na doutrina e na jurisprudência acerca do assunto, procurar-se-á, no decorrer deste trabalho, traçar algumas premissas que permitam analisar a possibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática de crimes considerados hediondos (Lei nº. 8.072/90) e de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº. 11.343/06), à luz dos pressupostos teóricos e pragmáticos da interpretação e aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Dito de outro modo, este trabalho se propõe a analisar como compatibilizar: (a) a possibilidade de concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e no tráfico ilícito de entorpecentes (b) a previsão de inafiançabilidade de tais delitos inserta no art. 5º, XLIII, da Carta de 1988, com (c) direitos fundamentais como o do estado de inocência e da exigência de fundamentação de toda decisão judicial.

Almejando tal fim, esta pesquisa terá dois momentos distintos. Inicialmente será investigado se em face do atual modelo constitucional, pode se admitir a subsistência de leis que estabeleçam a vedação absoluta da concessão da liberdade provisória, retirando do magistrado, por conseqüência, a possibilidade de realizar um juízo de adequação entre a conduta discutida e norma proibitiva. E, num segundo momento, será analisado se, nos casos em que se entenda que o problema da vedação da liberdade provisória não decorre da lei vedatória em si, mas da própria norma constitucional que estabelece a inafiançabilidade de tais delitos, conforme entendimento predominante no STF, se seria possível uma construção argumentativa deste jaez, ou seja, de que ao prever a inafiançabilidade de alguns delitos a própria Constituição teria consagrando uma espécie de prisão compulsória. Para tanto será trilhado um caminho teórico que permita dar um tratamento constitucional adequado à questão.

No primeiro capítulo será abordado o processo penal e sua conformação constitucional, a fim de demonstrar que o processo penal, ao lado do direito penal, sempre ostentou um viés vingativo. Mesmo pós-1988, o influxo de ideologias autoritárias nestes ramos do conhecimento jurídico tem sido algo estarrecedor, denotando a dificuldade destes sistemas de submeterem-se a princípios constitucionais democráticos e humanizadores, o que tem sido um fenômeno percebido em escala mundial. Defender-se-á, igualmente, a urgente necessidade de um efetivo processo de constitucionalização do poder punitivo estatal, que compreenda o processo penal e os direitos fundamentais como duas faces da mesma moeda.

Ainda no primeiro capítulo, será abordado como diversas condutas legislativas violadoras de direitos fundamentais se assentam sobre a tácita perspectiva de que direitos metaindividuais (nesse caso, direito à segurança pública) preponderam sobre eventual direito individual (estado de inocência, por exemplo), ou, de outro modo, de que os direitos da coletividade sobrepõem-se ao direito do indivíduo, legitimando o sacrifício deste e impondo verdadeira "ditadura da maioria".

Já no segundo capítulo, discorrer-se-á sobre alguns direitos fundamentais que assumem proeminência na análise do problema proposto, são eles: presunção de não culpabilidade e fundamentação das decisões judiciais. Nesse passo, demonstrar-se-á o abismo existente entre um discurso que protege tais direitos fundamentais e uma prática que diuturnamente os viola.

No terceiro capítulo serão explanadas as premissas do positivismo jurídico, tomadas na perspectiva kelseniana, e sua superação, ao menos percebida teoricamente, pela hermenêutica moderna, que apresenta uma nova concepção do que seja o direito, abrindo-se para o caráter normativo dos princípios e recolocando o sujeito no papel interpretativo que ocupa ante aos textos normativos e aos fatos concretos, o que se dá por intermédio da linguagem silenciosa forjada no contexto de cada paradigma, conforme sinalizava Thomas Kuhn.

Como proposta, ainda no terceiro capítulo, serão apresentadas as idéias do norte americano Ronald Dworkin, em especial, na sua obra o *Império do Direito*, obra que revela maior amadurecimento do autor e em que ele desenvolve sua teoria do direito como *integridade*, tomada neste trabalho como base teórica. As idéias esboçadas pelo autor nos permitirá dar um tratamento hermenêutico adequado à questão objeto desta pesquisa, procurando realizar uma interpretação que considere a história institucional de nossa comunidade, mas, contudo, não vê nela um entrave à efetivação dos direitos fundamentais.

No capítulo quarto, por sua vez, procurar-se-á demonstrar como a questão das prisões provisórias tem sido tratada pela doutrina e pela jurisprudência, em especial a prisão em flagrante, onde realmente se pode falar em liberdade provisória, haja vista que, nos demais casos, ou será caso de revogação da medida restritiva ou de relaxamento da prisão ilegal. Abordar-se-á, igualmente, como o auto de prisão em flagrante tem sido utilizado, por si só, como fator de legitimação da custódia cautelar, desprestigiando o princípio constitucional da presunção de inocência que informa e conforma toda a atividade persecutiva estatal.

No quinto e último capítulo, serão traçados os aspectos gerais da liberdade provisória em nosso sistema jurídico. Em seguida, será abordado como tal instituto tem sido tratado no âmbito da Lei de Crimes Hediondos e da Lei Tráfico de Entorpecentes. Feito isto, à luz das premissas delineadas nos capítulos anteriores, analisar-se-á se subsistem os argumentos levados a cabo para negar ao preso em flagrante por crime hediondo ou por tráfico ilícito de entorpecentes o direito à liberdade provisória exclusivamente em virtude de um auto de prisão em flagrante válido, sem apreciação, demonstração e comprovação dos requisitos da prisão cautelar preventiva. Demonstrar-se-á, igualmente, se a inafiançabilidade apresenta-se ou não como argumento idôneo e suficiente para decretação ou manutenção da medida constritiva.

Em resumo, verificar-se-á, à luz dos pressupostos do atual paradigma constitucional, se é possível retirar dos ombros dos juízes e tribunais a tarefa hercúlea de analisar e apresentar as circunstâncias de cada caso concreto que justificam a manutenção da prisão em flagrante, pela simples referência a uma norma geral e abstrata, como é o caso do art. 44, da Lei nº. 11.343/06 e do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Insta ressaltar que a metodologia utilizada no desenvolvimento deste trabalho foi a crítico-metodológica, uma vez esta que sugere uma abordagem crítica da realidade objeto de análise. Nas palavras de Miracy Barbosa de Souza Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2002, p. 41), “essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e significados”, o que tornou possível a análise crítica de decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal em contrataste com as exigências do direito enquanto integridade, que vislumbra o direito como um fenômeno eminentemente social, complexo e argumentativo.

1 PROCESSO PENAL E SUA CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Como já apresentado na introdução deste trabalho, esta pesquisa gira em torno da análise da possibilidade ou não de concessão da liberdade provisória àqueles que respondem pela prática de crimes hediondos ou de tráfico de entorpecentes.

Viu-se, após exposição da problemática, que o entendimento hoje predominante no STF sugere a conclusão (teratológica) de que haveria autorização constitucional para a prisão compulsória, naqueles crimes que o constituinte originário considerou inafiançáveis.

Tal conclusão, conduziu a que a problemática aqui tratada fosse inserida num contexto mais amplo, indagando se o rigor punitivo extremado que acompanha o desenvolvimento de políticas criminais¹ que desembocam na feitura de normas penais e processuais penais, angariando, inclusive, a chancela do Poder Judiciário, é apanágio somente do sistema criminal brasileiro? Ou, dito de outro modo: será que o Brasil apenas encarna uma tendência globalizada e cada vez mais acentuada de intolerância com algumas espécies delitivas, que findam por denunciar um estado permanente de exceção?

Fato é que com o atual estágio de complexidade das sociedades ditas pós-modernas, em que não só bens, produtos, capital, trabalho e pessoas vencem fronteiras territoriais

¹ Será adotado aqui o conceito de política criminal sugerido por Alberto M. Binder (2003, p.16), para quem trata-se do “conjunto de decisões relativos aos instrumentos, regras, estratégias e objetivos que regulam a coerção penal e forma parte do conjunto de atividades políticas de uma sociedade. Em princípio, tal política é um conjunto de decisões. E as decisões são atos de vontade de determinados sujeitos sociais, relativa ao uso dos instrumentos de coerção penal. Essas decisões possuem um conjunto eminentemente valorativo, embora às vezes, esse fato se esconda sob formas “técnicas” aparentemente neutras”.

com considerável facilidade, mas, igualmente, o crime, os Estados soberanos se vêem impotentes diante do desafio de combater os altos índices de criminalidade constatados na maior parte do planeta.

Assim, tal qual o crime, que já se adequou à realidade transnacional, há um esforço comum dos Estados na órbita internacional a fim de compartilharem experiências em torno da questão da segurança pública, que inclusive já perfaz a pauta principal de diversos governos. Na opinião do professor Gilberto Dupas (2005, p. 36), “enquanto o mercado internacional unificou-se, a autoridade estatal enfraqueceu-se”. Em razão disso “acelerou-se a perda do monopólio legítimo da violência pelo Estado, que agora compete com grupos armados e com o crime organizado em vários lugares do globo” (DUPAS, 2005, p.36).

Não é nenhum segredo, por exemplo, que crimes, como o tráfico de entorpecentes, há muito já globalizado, rendem vultosas quantias, capazes de superar, em muito, o próprio PIB (Produto Interno Bruto) de determinados países. Isso indica como muitos Estados se tornam raquíticos economicamente se comparados aos grandes conglomerados da criminalidade, o que torna ainda mais difícil (para não dizer impossível) o combate à criminalidade organizada e globalizada.

O norte-americano Jeffrey Robinson (2001, p. 14), ao discorrer sobre a globalização do crime, aponta, por exemplo, o caso do Paraguai. Neste país, enquanto o PIB oficial em 2001 indicava apenas nove bilhões de dólares, o dinheiro oriundo de produtos falsificados, passaportes falsos, software pirateado, carros roubados, drogas, lavagem de dinheiro e comércio de armas, indicava algo em torno de doze a quatorze bilhões de dólares por ano.

Segue exemplificando, ainda, que a cocaína já é o segundo maior produto de exportação da América Latina, correspondendo a 8% do PIB da Colômbia e cerca de metade disso no Peru e na Bolívia. Há estimativa de que o setor empregue quinhentas

mil pessoas, considerando-se da plantação à distribuição, negociação e serviços financeiros (ROBINSON, 2001, p.15).

Em Cólón, no Panamá, considerado maior entreposto do mundo, há, estocado, até dois bilhões de dólares em mercadorias a qualquer tempo, sendo 80% dos bens oriundos da Ásia (ROBINSON, 2001, p.15). A Zona Franca movimenta cerca de 12 bilhões de dólares por ano. Para o autor, se os empreendimentos criminosos transnacionais fossem retirados do quadro, o governo do Panamá e de boa parte de seus vizinhos latino-americanos certamente iriam à bancarrota (ROBINSON, 2001, p.15).

No plano interno, o desafio não é menor. Os Estados soberanos seguem pressionados a oferecerem uma resposta satisfatória à sua população, que permanece assolada pelo temor e pela insegurança que já fazem parte de seu cotidiano².

Diante da incapacidade dos Estados soberanos de conterem o avanço da criminalidade, ao que se soma a crise de insegurança nas instituições públicas experimentada pela sociedade como um todo, a confecção de leis penais e processuais penais que disponham de maior rigor punitivo possível no trato de certos delitos, desponta como a solução perfeita, ou, pelo menos, indica uma (pseudo) preocupação do Estado com a contenção do crime, favorecendo a que, com freqüência, a pena seja aplicada antes mesmo do advento da ação penal. Enfim, acredita-se cuidar-se de medida idônea a acalmar os ânimos, ainda que momentaneamente, reforçando, deste modo, o dito caráter *simbólico* do direito penal.

Consoante o direito penal simbólico, arremata Manuel Cancio Meliá (2009, p. 88):

Assim, por exemplo, quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isso tem uma imediata incidência nas estatísticas da persecução penal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de

² Neste sentido, Jock Young (2002, p. 64) avalia que “o efeito do crescimento da criminalidade é aumentar a ansiedade da população. O contrato social da modernidade dá ao Estado o papel de monitorar a segurança pública. Contudo, no período de uma vida, a criminalidade, particularmente para os habitantes urbanos, tornou-se não mais uma preocupação marginal, um incidente excepcional em suas vidas, mas uma possibilidade sempre presente.

acordo com o entendimento habitual) e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos “simbólicos”, obtidos mediante sua mera promulgação. E ao contrário, também parece que, normas que em princípio poderiam ser catalogadas de “meramente simbólicas”, passam a ensejar um processo penal “real”. [...] Dito com toda brevidade: o direito penal simbólico não só identifica um determinado “fato, mas também (ou, sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência de norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como “outros”, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do outro.

Assim, a crença de que uma atividade legislativa intensa, voltada para o endurecimento de leis penais e processuais penais, possa ser a solução para os problemas da segurança pública tem sido uma constante em quase todo o mundo, gerando a ascensão de determinados grupos de pessoas que, quando não têm seus direitos e garantias fundamentais decorrentes de sua própria condição humana exterminados, os têm, no mínimo, significativamente, mitigados.

Percebe-se, então, que paralelo ao fenômeno moderno da globalização do crime desenvolve-se, também, em escala mundial, outro, descrito por Jesús-María Silva Sánchez (SANCHÉZ, 2002) como a *expansão do direito penal*. Isso significa que o Brasil está imerso num contexto global que acena para legislações que introduzam novos tipos penais, bem como o agravamento dos já existentes. Para o referido mestre espanhol, a criação de novos “bens jurídico-penais”, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevante e a flexibilização dos princípios político-criminais de garantia, seriam aspectos característicos dessa tendência geral e preocupante de “expansão” (SANCHÉZ, 2002, p. 25).

Tal situação nos conduz, com Jock Young (2002, p. 56), a formular a seguinte pergunta que segue sem resposta: que ‘tipo de Estado Democrático é este que, além de ser incapaz de proteger seus cidadãos da criminalidade, põe um faixa cada vez maior de sua população sob supervisão penal?’

Realmente, conforme denuncia Loïc Wacquant (2001, p. 07) em seu *Punir os Pobres*, a sociedade assiste apática a transição do Estado Providência para um Estado Penitência, no qual resta clarividente a gestão penal da miséria. Cuida-se de verdadeira substituição da guerra contra a pobreza pela guerra contra os pobres, onde os serviços sociais são transformados em instrumentos de vigilância e controle das novas “classes perigosas”. O quadro ainda é mais emblemático em países periféricos, como o Brasil, que ainda aguarda as *promessas da modernidade*, colocando em xeque a materialização do próprio Estado Social.

O próprio Loïc Vacquant (2001, p. 12), em nota aos leitores brasileiros de sua célebre obra *As prisões da Miséria*, afirma que não obstante tenhamos experimentado um enriquecimento coletivo nas décadas de industrialização, a sociedade brasileira ainda encontra-se profundamente caracterizada pelas vertiginosas disparidades sociais e pela pobreza de massa, o que torna inevitável a ascensão da violência criminal.³

Além de não termos consolidado as promessas do Estado Social, ainda houve a instauração do intervencionismo em seu viés penal, criando as bases da atual hipertrofia legislativa penal, reforçando, no imaginário dos juristas, a crença na adequação do processo penal às finalidades do Estado (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2001, p. 43-44).

Oportuno acrescer, ainda, o papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa, na medida em que se encarregaram de introjetar na consciência da população a idéia de que a criminalidade é o problema mais significativo das sociedades contemporâneas (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2001, p. 46-47). Com isso, ofusca-se o

³ Como Loïc Wacquant (2001, p. 08) escreve analisando mais detidamente a realidade da política criminal dos Estados Unidos da América e a tendência européia que já se torna semelhante à daquele país, ele esclarece, em nota aos brasileiros de sua obra, o impacto da política adotada nos EUA também no Brasil. Segundo ele “as medidas norte-americanas de limpeza policial das ruas e de aprisionamento maciço dos pobres, dos inúteis e dos insubmissos à ditadura do mercado desregulamentado só irá agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada, quais sejam, a deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e os abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos dos cidadãos”.

verdadeiro objetivo da política penal neoliberal, que, nas palavras de Loïc Wacquant (2000, p. 07), pretende, justamente, por uma via paradoxal, “remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social, que é a própria escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva” verificada na realidade da totalidade dos países periféricos e em grande parte dos países desenvolvidos.

Inevitável se concluir, portanto, com Alexandre M. da Rosa e Sylvio L. da Silveira Filho (2001, p. 44), que:

[...] o espaço do tratamento penal avançou no vácuo deixado pela ausência de políticas públicas de fomento da melhoria de vida da população em geral e, atualmente, através do receituário do movimento da Lei e da Ordem, o Estado, se vendo atingindo pela própria impotência econômica frente à mão invisível do mercado, é adaptado à implementação da penalização (ainda mais) agressiva.

O próprio mercado, conduzindo o jogo consumista deu conta de criar um grupo de excluídos permanentes, que, coincidência ou não, povoam, de forma maciça, as prisões de todo mundo. Nesse sentido é que a transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá “de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente, de uma sociedade cuja tônica estava na assimilação e na incorporação para uma que separa e exclui” (YOUNG, 2002, p.23).⁴

No Brasil, tanto a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/90) como a Lei de Entorpecentes (Lei nº. 11.343/06) despontam como dados corroboradores dessa tendência mundial de arrocho legislativo na seara penal e processual penal. Punir sim, mas não de qualquer maneira. Como bem sintetiza Paulo Rangel (2008, p. 147), “no Estado Democrático de Direito, não se pune a qualquer preço, nem de qualquer forma. Há um custo alto à sociedade viver em uma democracia”.

⁴ Vale destacar que o autor associa essa transição da modernidade para uma modernidade recente com o declínio dos “anos dourados” vislumbrados no pós-guerra, no final dos anos 1960. Tal transição assinala um mundo em que “as forças de mercado que transformaram as esferas de produção e do consumo questionaram inexoravelmente nossas noções de certeza material e de valores incontestes, substituindo-as por um mundo de riscos e incertezas, de escolha individual e pluralidade, e de uma precariedade econômica e ontológica profundamente sedimentada.” (YOUNG, 2002, p.15)

De qualquer sorte, sem embargo à plena vigência de nossa Constituição Cidadã, tem início uma era de difícil sobrevivência para alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a isonomia, a presunção de inocência, entre outros, o que torna ainda maior o desafio de dar concretude ao Estado Democrático de Direito.

A discussão aqui ventilada, portanto, parte da constatação de uma tendência mundialmente percebida de que ante ao avanço acelerado da criminalidade apela-se para o arrocho nas legislações penais e processuais penais⁵, que findam por rotular e estigmatizar o indivíduo que a elas se submetem, gerando, por consequência, o desmantelamento de uma série de direitos fundamentais supedâneos do atual paradigma constitucional.

Na verdade, embora a realidade aponte para o fato de que o direito penal e processual penal tem encontrado nos excluídos socialmente a grande parcela de seus “clientes”, razão pela qual em diversos momentos deste trabalho poderá ser realçado este aspecto, o problema desta pesquisa é muito mais abrangente, já que alcança tanto o abastado quanto o miserável. Explica-se: mesmo que atualmente esteja em voga a discussão acerca da *seletividade* do sistema penal, o que aqui pretende ser evidenciado é que indiferentemente do nível social do indiciado ou acusado, jamais o Estado pode prescindir da observância aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, jamais o Estado em sua atividade persecutiva poderá se afastar da premissa de que antes do advento de uma sentença transitada em julgado o indivíduo é presumivelmente não culpável, mesmo diante de um auto de prisão em flagrante, e só poderá ter seu direito fundamental à liberdade restringido por meio de decisão judicial devidamente fundamentada pela autoridade competente. Qualquer atitude fora destes

⁵ Se referindo ao arrocho verificado na legislação penal e processual penal na Espanha, Manuel Cancio Meliá (2009, p. 95) discorre: “Em todo caso, o que parece claro é que, no ordenamento espanhol, o centro de gravidade do Direito Penal do inimigo está nos delitos relacionados com as drogas, na reação do Direito Penal frente ao fenômeno da imigração, em geral no Direito Penal da ‘criminalidade organizada’, e, sobretudo, no novo Direito antiterrorista, primeiro na redação dada a alguns dos preceitos correspondentes no Código Penal de 1995, depois na reforma introduzida mediante a Lei Orgânica nº. 7/2000, e finalmente mediante as reformas entradas em vigor no ano de 2004 neste campo”.

limites representará verdadeira antecipação da pena, fato inconcebível na égide do atual modelo constitucional. Alias, no item que se segue, será abordada justamente a urgente necessidade de submissão do direito penal e processual penal às diretrizes constitucionais.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL

Não resta qualquer dúvida de que nenhum ramo do direito pode pretender autonomia em relação aos preceitos constitucionais, uma vez que toda e qualquer norma hierarquicamente inferior deverá buscar na Constituição Federal seu fundamento último de validade. Nesta sistematização talvez esteja uma das maiores contribuições de Hans Kelsen para a Ciência do Direito⁶. De modo que os princípios e regras que emanam do Texto Maior se apresentam como normas de observância obrigatória, que não dispensam sequer o constituinte derivado como destinatário, sob pena de incorrer-se em vício da inconstitucionalidade.⁷

Ao lado da análise da (in) constitucionalidade das normas, outro desafio se coloca ao intérprete do Direito, é ele: a aferição da compatibilidade da Carta Federal com os textos legais que lhes são anteriores. Como é cediço, a inauguração de uma nova ordem jurídica por meio da manifestação do poder constituinte originário importa em alteração do fundamento último de validade das normas vigentes à época de sua promulgação, o que poderia desencadear a revogação automática das mesmas.

⁶ A esse respeito conferir Hans Kelsen (1998). Vale lembrar que Kelsen, ao lado de Hart e Austin, apresenta-se como um dos autores que mais se destacaram na propagação do positivismo jurídico clássico. Embora haja peculiaridades que diferem cada um destes autores, todos, de uma maneira ou de outra, concebem o direito como um conjunto fechado de regras e negam normatividade aos princípios.

⁷ A exemplo do que dispõe o art. 60, da CF. Para Canotilho (2003, p. 1151), em termos de hierarquia normativa funciona a lógica da *pirâmide geométrica*. Diz ele: “A ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas”.

Todavia, procurando uma via alternativa ao vácuo normativo que se instauraria, e, por via de consequência, a instabilidade generalizada nas relações sociais, com o advento de uma nova Constituição, as espécies normativas que lhe antecedem continuam em vigor desde que compatível com a nova ordem jurídica. O filtro pelo qual as normas infraconstitucionais devem passar a fim de medir sua harmonia com o novo fundamento de validade, decidindo ou não acerca de sua subsistência no novo cenário jurídico, delinea o fenômeno a que a doutrina convencionou cognominar de *recepção*. Reporta-se a tal instituto, pois, em matéria penal e processual penal trata-se de questão recorrente, haja vista a data de nossos diplomas penal (1940) e processual penal (1941).

Para Kelsen, grande teorizador deste fenômeno, a recepção importa no recebimento pela nova ordem jurídica de normas da velha ordem. São palavras do autor austríaco nesta direção:

Se as leis emanadas sob a velha Constituição 'continuam válidas' sob a nova, isso é possível somente porque lhes foi conferida validade expressa ou tacitamente pela nova Constituição. [...] A recepção é um procedimento abreviado de criação do direito. As leis que segundo a linguagem corrente, inexata, continuam a ser válidas, são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Elas não são idênticas às velhas leis antigas, porque seu fundamento de validade é diverso. O fundamento de sua validade é a nova Constituição, não a velha, e a continuidade entre as duas não é válida nem do ponto de vista de uma, nem do da outra. (KELSEN, 2005, p. 171)

Na verdade, aquelas normas comuns ao velho e ao novo ordenamento somente do ponto de vista material pertencem ao primeiro, já que no aspecto formal são todas normas do novo (BOBBIO, 1999, p. 177). Isto é plenamente possível considerando-se que tais normas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo (BOBBIO, 1999, p. 177).

Nesta linha de raciocínio é que se consolidou não ser possível atacar as normas anteriores a 05 de outubro 1988 arguindo para tanto a inconstitucionalidade das

mesmas, antes o fundamento deve ser a não recepção pelo atual paradigma constitucional do conteúdo dessas disposições legislativas⁸.

Veja, portanto, que, excluída a via da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), de manejo exclusivo daqueles mesmos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade e para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e, de competência exclusiva, para processamento e julgamento, do Supremo Tribunal Federal, restará ao cidadão comum recorrer ao Poder Judiciário a fim de que este torne, caso a caso, sem efeito aquelas disposições legislativas pré-constitucionais que não coadunam com o sistema de princípios que irradiam da Carta Maior e que constituem o eixo de sustentação do atual paradigma constitucional.

Nesse contexto é que diversos dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal, por apresentarem “sintomas” de que estejam “infectados” por uma ideologia claramente fascista, inquisitorial e autoritária, não foram recepcionados pela atual Constituição Federal. Assim, o estudo de normas atinentes a tais Diplomas Legislativos não pode jamais fazer tábula rasa do papel imprescindível do intérprete na materialização do atual modelo constitucional, que reprova qualquer esforço hermenêutico que não seja na direção da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

De qualquer modo, embora tenhamos traçado aspectos gerais do fenômeno da recepção, que exige uma releitura do conteúdo das normas pré-constitucionais, o Direito Penal e Processual Penal, mesmo naqueles casos de edição de normas posteriores ao advento da Constituição Federal de 1988, têm se mostrado resistente à necessidade de adequação ao sistema de direitos e garantias fundamentais proposto

⁸ De qualquer sorte, atendendo a um antigo clamor doutrinário, o constituinte originário trouxe a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) no parágrafo único do art. 102: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da Lei”. Com a superveniência da EC nº. 3/93, a mesma redação passou a compor o § 1º. Atendendo ao preceito constitucional, a Lei nº. 9.882/99, em seu art. 1º, parágrafo único, parte final do inciso II, trouxe a previsão de utilização da via da ADPF no Supremo Tribunal Federal para atacar atos anteriores à Constituição. Difusamente, qualquer juiz pode se manifestar pela não recepção de normas anteriores à Constituição vigente.

no Texto Maior, desconsiderando o *caráter fundacional e a primazia normativa* (CANOTILHO, 2003, p. 1147) deste.

Similar ao que ocorrera com o Direito Privado com a chegada do Código Civil de 2002, onde o fenômeno de adequação daquele ramo do Direito à Carta Federal fora marcado por forte resistência, rendendo-lhe nomenclatura própria e imensamente debatida na doutrina, qual seja, a *constitucionalização do Direito Civil*, crê-se que, na seara penal e processual penal, também se possa falar, *mutatis mutandis*, que ainda estamos vivenciando um processo *constitucionalização do poder punitivo do Estado*. Isto porque o influxo de ideologias totalitárias e antidemocráticas que ainda ganham curso na legislação brasileira e, pior, em muitos casos com a chancela do Poder Judiciário, tem causado verdadeiro espanto, denunciando que o sistema punitivo estatal, em diversos momentos, mostra-se avesso a uma leitura constitucional de promoção dos direitos humanos; antes prefere manter-se ao arrepio das diretrizes constitucionais, consolidando estratégias próprias do *direito penal do inimigo*.

A expressão “direito penal do inimigo”, cunhada pelo alemão Günther Jakobs e já sedimentada na dogmática penal e processual penal brasileira, indica a adoção de políticas criminais que se identificam por algumas características bem peculiares. A fim de descrevê-las, recorreremos ao compatriota de Jakobs, Ulfrid Neumann, professor na Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt em Main, que bem sintetiza o alcance da expressão aqui cunhada.

Para Ulfrid Neumann (2007, p. 160), portanto, dentre vários, quatro traços se sobressaem e permitem identificar com clareza as estratégias que conformam do “direito penal do inimigo”. O primeiro se refere à ampla antecipação da punibilidade. Já o segundo diz com uma pena desproporcional aos tipos correspondentes. O terceiro remete a uma transição para uma “legislação de combate”. O último, por sua vez, é o desmantelamento de garantias processuais.

Ao discorrer sobre a evolução do conceito de “direito penal do inimigo”, Ulfrid Neumann (2007, p. 157) o faz com justificada preocupação. Segundo ele, quando Günther Jakobs apresentou, na Jornada de Direito Penal de 1985, em Frankfurt Main, os modelos contrapostos de “direito penal do inimigo” e “direito penal do cidadão”, fora compreendido pelo público como categoria analítica com forte potencial crítico, a deslegitimar certas regulamentações do Código Penal Alemão. Assim, Jakobs passou a ser utilizado por largo período, até mesmo hoje, por aqueles que, em aprovação à conferência ministrada, defendiam um direito penal acentuadamente liberal e em consonância com o Estado de Direito (NEUMANN, 2007, p. 158).

Ocorre que, de lá para cá, a expressão “direito penal do inimigo” experimentou profundas transformações, gerando tormentosas discussões, já que o próprio Jakobs (2009, p. 40) acenou por sua imprescindibilidade nesses novos tempos, sobretudo, após a tragédia de impacto mundial sofrida pelos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 2001. Segundo Jakobs (2009, p. 40), hodiernamente seria “completamente errôneo demonizar aquilo que se tem denominado direito penal do inimigo”, já que em determinadas circunstâncias seu uso pode vir a ser justificado. São palavras que resumem seu pensamento:

[...] o Estado deve proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em lugar equivocado. [...] Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui tem se denominado Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2009, p. 40)

O interessante, e, ao mesmo tempo, sombrio na construção de um “direito penal do inimigo” é a definição que se torna necessária do que seja “inimigo”, que passa, igualmente, pela definição do que seja pessoa. O “inimigo” é concebido não somente como um adversário, cujo enfrentamento se torna necessário a fim de se defender os próprios interesses, antes é visto como a própria encarnação do Mal, que merece não

só ser combatido, mas igualmente punido por sua maldade (NEUMANN, 2007, p.164-165).

Pessoa, na visão de Jacobs, traduzida por Neumann, não é o indivíduo, mas o ser humano em suas relações sociais (NEUMANN, 2007, p.171). Além disso, *pessoa* não se caracteriza pelas “expectativas normativas a ela endereçadas, pelo papel que *tem*, mas pelo fato de que ela desempenhe este papel”, isto é, só é pessoa aquela “cujo comportamento se realiza de acordo com a norma (NEUMANN, 2007, p.171). Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia que ira proceder como pessoa, razão pela qual não deve ser tratado como cidadão, antes deve ser combatido como um inimigo. Tal postura seria legítima por expressar direito legítimo dos cidadãos, mais precisamente, o direito à segurança (JAKOBS, 2009, p. 22).

Tal perspectiva nega claramente a *dignidade da pessoa humana*, já que contempla, embora em hipóteses restritas, como no caso de terrorismo, a possibilidade de que o indivíduo seja despido de seu *status* de pessoa, único entrave contra as arbitrariedades do Estado, passando, de certa forma, à condição de *coisa*, ou seja, não sendo sujeito de direito, não há como invocar qualquer proteção jurídica.

Para afastar este tipo de conclusão, Aloísio Krohling (2010) sugere, como única alternativa, que a ética seja a raiz fontal (originária), ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana e nos princípios rizomáticos do direito à vida, à corporeidade, à igualdade, à alteridade, fraternidade, à justiça e à liberdade. Para tanto, recorre a Lévinas, autor que sempre gravita no campo da ética da alteridade e da responsabilidade, indicando que não se pode confiar que as leis e o sistema jurídico resolvam os impasses e as contradições da sociedade moderna. Assim, conclui:

[...] o Estado pode criar todos os tipos de controle social através do melhor sistema de leis e busca de equilíbrio social através de programas sociais, mas não conseguirá o fim desejado da justiça, pois esta não está no campo da técnica, mas da ética. É a filosofia ética que vê no outro, não um inimigo, mas o Rosto na sua infinitude, que provoca e possibilita um intercâmbio diatópico, onde cada interpelante deixa o seu lugar, abrindo espaço para acolher face a face o estranho, o estrangeiro, o órfão: Assim, acontece a proximidade para a

abertura da justiça nas relações entre eles. A justiça, então, está intimamente ligada à ética da responsabilidade pelo acolhimento do outro sem condições prévias. A Justiça para Lévinas é a concretização e efetivação da ética, que é o princípio fontal, a raiz mãe de todos os outros princípios éticos, mas pode ser concretizada, como existe a raiz no fundo do tronco da árvore: Assim, a ética não se vê, mas é ela que dá sustentação à vida da árvore (KROHLING, 2010).

Sem que se confira um lugar de destaque à ética, destarte, soará perfeitamente natural subtrair do transgressor da norma o *status* de pessoa, tornando-se possível, deste modo, negar-lhe os direitos decorrentes deste *status* e tratá-lo, então, como um “inimigo”. Nesta direção são as críticas de Neumann (2007, p. 175) a Jakobs:

Jakobs vai longe demais quando nega ao imputado que manipula prova ou se escusa de participar do processo penal por meio de fuga o status de pessoa e classifica seu comportamento como o de um inimigo: uma medida processual coercitiva como prisão cautelar se dirige “não contra a pessoa no direito – essa não obscurece nem emudece, nem foge – mas contra o indivíduo que com seus instintos e medos se torna perigoso para a ordem jurídica, transformando-se, nesta medida, em inimigo”

Muitas vezes, os indivíduos rotulados como *inimigo* são vítimas de uma dura realidade imposta por um sistema capitalista famigerado e perverso, que insiste na concessão de direitos políticos e legais, ao passo que direitos sociais básicos, como trabalho, renda, educação, saúde, lazer e habitação são relegados à mera diretrizes, para não dizer utopia.

Na verdade, o que soa incontestado é que há um movimento (político-ideológico), intermediado pela mídia, que busca dissociar as evidentes linhas de causalidade entre alterações no trabalho e no lazer com a natureza e os níveis da criminalidade. Enquanto não houver o desenvolvimento de políticas públicas efetivas que materializem a cidadania, a impressão que ficará é a de que estamos nadando contra a maré, de que o Estado emprega todos os meios e recursos disponíveis para combater apenas “metástases”, enquanto o cerne do problema da segurança pública segue crescente e inatingível.

É por isso que o espanhol Manuel Cancio Meliá (2009, p. 95) se propõe a criticar, terminantemente, as formulações positivadas oriundas do “direito penal do inimigo”.

Para ele, só pode tratar-se de um não direito penal, já que subverte premissa elementar, isto é, ignora que o direito penal é voltado para o fato e não para o autor. (MELIÁ, 2009, p.95) Torna o direito penal uma reação de combate, contra indivíduos perigosos e insignificantes.

Certo é que o etiquetamento de determinados grupos da sociedade como “inimigo” deposita na conta dos pobres a inércia de um Estado dominado pelo mercado, conivente com a corrupção e conformado com *status quo*. Como resultado catastrófico, tem-se a naturalização do processo de *criminalização da pobreza*⁹.

O problema, na visão externada por Manuel Cancio Meliá (2009, p.96-97), é que:

a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como <<outro>>, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declarar um fenômeno natural e neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização.

Na mesma linha, com palavras difíceis de serem parafraseadas, dado o risco de se perder a essência, mister se faz a transcrição literal de trecho da célebre obra de E. Raúl Zaffaroni (2007, p. 09), *Inimigo no Direito Penal*, em que já na apresentação ele traduz a dialética contemporânea entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia:

Este ensaio aborda a dialética entre o Estado de direito e o de polícia, traduzida no campo penal na admissão, mais ampla ou mais restrita, do tratamento punitivo a seres humanos privados da condição de pessoas. Esse tratamento diferenciado provoca uma contradição entre a doutrina penal (e uma certa filosofia política de ilustre linhagem), por um lado, e a teoria política do Estado constitucional de direito, por outro, visto que a última não o admite nem sequer numa clara situação bélica, pois implicaria abandonar o princípio do Estado de direito e passar ao de polícia, que deslizaria, rapidamente, para o Estado absoluto. A atual situação do planeta revela, em toda sua crueza, esta contradição, provocando um grave transtorno na doutrina, uma vez que, de uma vez só, desnuda o fenômeno de todas as roupagens que o ocultaram até hoje e revela, como nunca acontecera antes, que a secular tradição legitimadora do exercício estruturalmente discriminatório do poder punitivo operou como fissura absolutista no Estado constitucional de direito, introduzindo no seu marco um

⁹ Neste sentido, Bauman (1998, p. 59) afirma que “cada vez mais ser pobre é encarado como um crime”.

elemento dissolvente que, em algum trágico momento do passado, seria chamado entre nós de *doutrina da segurança nacional*, de triste memória.

Ante a qualquer tentativa de legitimação do exercício estruturalmente discriminatório do poder punitivo estatal, nossa reação deve ser sempre de repúdia e desprezo, caso contrário, estaremos consentindo em que nossa Constituição não passa de mera *folha de papel*, para utilizar a expressão cunhada por Ferdinand Lassale.¹⁰

O perigo desses discursos eloquentes e tipicamente totalitários, muitas vezes reprodutores do senso comum, que ganham espaço nos dias atuais, valendo-se, em grande medida, dos meios de comunicação de massa¹¹ para propagar soluções fáceis e caminhos abreviados para o problema social da segurança pública, é que, quando menos se perceber, estar-se-á diante de um efetivo Estado de Polícia, apto a legitimar o tratamento punitivo discriminatório, tal qual denunciou Zaffaroni.

Além do mais, não se pode olvidar que os riscos que (aparentemente) legitimam práticas típicas do direito penal do inimigo não se configuram riscos que realmente mereçam estado de exceção, mas, conforme acena Meliá (2009, p. 80) revela *uma identidade social que se pretende construir mediante o Direito Penal*, ou ainda, mediante o Direito Penal simbólico.¹² Afinal, como já sedimentado em sociologia, a percepção dos riscos é uma construção social, que nem sempre está associada às dimensões reais de determinados riscos ou ameaças (MELIÁ, 2009, p. 102).

¹⁰ A esse respeito conferir a obra de LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985.

¹¹ Nesse sentido, E. Raúl Zaffaroni (2007, p. 15) afirma que “a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* e vingativa sem precedentes”. A expressão *völkisch* “costuma ser traduzida por populista, especialmente na Europa e nos Estados Unidos. Sua tradução mais correta seria *popularesco*, ou seja, um discurso que subestima o povo e trata de obter simpatia de modo não apenas demagógico, mas também brutalmente grosseiro, mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo dos seus piores preconceitos”

¹² Acerca do direito penal simbólico, Meliá (2009, p. 88) arremata: “o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado “fato”, mas também (ou, sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência de norma penal – deixando de lado estratégias técnico-mercantilista, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição de autores como “outros”, não integrado nessa identidade, mediante a exclusão do “outro”.

Razão assiste à Goldschmidt em suas lições, trazidas à baila pelo professor Aury Lopes Junior (2008, p. 07), no sentido de que *o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição*. É dizer: sendo a Constituição autoritária certamente o processo penal também o será, mas, se, ao contrário, for a Constituição de essência democrática, não há como conceber um processo penal que desrespeite o plexo de direitos e garantias fundamentais por ela consagrados.

No que se refere à Carta de 1988, não resta dúvida que a mesma rompe com a tradição antidemocrática anterior, consagrando um novo paradigma constitucional, o qual pressupõe um “nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal” (PRADO, 2006, p.16) do Estado Brasileiro.

O problema é que, mesmo após o advento da atual Constituição Federal, discursos totalitários de clara propagação do movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*) continuaram em curso no processo penal, comprovando a dificuldade deste ramo do direito em submeter-se a um sistema democrático que se oponha à lógica inquisitorial. Na verdade, o processo penal tem sido utilizado em diversas ocasiões como a (aparente) *tábua da salvação*, que dispensa os governos e a sociedade como um todo de atacar as verdadeiras causas da violência e da criminalidade.

Tal visão sustenta-se na ilusão de que o direito penal e o processo penal, juntos, formam a dupla infalível que solucionará o problema da criminalidade, esquecendo-se que “a violência é um fato complexo, que decorre de fatores biopsicossociais” (LOPES JUNIOR, 2008, p. 14), daí, o lugar mais impróprio para tratá-la é na seara penal e processual penal. De regra, quando tais searas tomam conhecimento do fato, a sociedade já amarga há muito suas conseqüências.¹³

¹³ Nesse sentido Ruy Barbosa (2003, p. 313) nos ensina que “os crimes não têm geração espontânea, são resultados evolutivos da germinação de sementes, cujas qualidades de propagação e transformação ordinariamente não se prevêm, senão quando os seus primeiros efeitos começam a afligir a sociedade e a impressionar os governos”.

Mas, revelando-se evidente quão inócua é a contribuição do sistema penal-processual penal para o problema da segurança pública, por que se insiste tanto em sua utilização como instrumento de prevenção? Não pretendemos responder, até porque esta indagação daria uma pesquisa própria. Mas, de certo, nenhuma política pública apresenta uma (pseudo) resposta tão rápida e sem repercussão imediata nos cofres públicos, e, ainda, acalma os ânimos de uma sociedade de massa constantemente insegura, como a confecção de uma lei que tenha ou pareça ter a cara do problema. São as benesses de um direito penal simbólico.

É possível citar, como exemplos de legislações posteriores a 1988 e que suscitam entre nós a discussão em torno do movimento repressivo da *Lei e da Ordem* no direito penal e processual penal brasileiro, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, demonstrando como tem sido naturalizada a formação de subsistemas com pretensões autônomas em relação ao seu próprio fundamento de validade, o que implica inteira subversão da ordem jurídica.

Paralelamente a isso, revelando verdadeiro paradoxo, o século XX tem sido considerado o mais rico em avanço dos direitos humanos, tendo registrado os documentos mais importantes, em escala internacional, referentes à afirmação e tutela dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, Convenção Americana de Direitos Humanos de San José da Costa Rica, de 1989 etc (KROHLING, 2009, p. 48).

No item que se segue, demonstrar-se-á que o processo penal, enquanto um subsistema jurídico que irá viabilizar a aplicação de eventual pena decorrente da prática de infração penal, só se legitima se mantiver incólume os direitos e garantias fundamentais, supedâneos do Estado Democrático de Direito.

1.3 PROCESSO PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS DUAS FACES DA MESMA MOEDA

Talvez nenhum ramo do direito, a exceção do direito penal e processual penal, evidencie tão bem a busca emblemática das sociedades pós-modernas pelo *sonho de pureza* denunciado por Bauman em sua célebre obra *O mal-estar na pós-modernidade*.

Conforme relata o sociólogo polonês, a idéia de *pureza* está intimamente ligada ao interesse pela “higiene”, pela “ordem”, pelas coisas nos seus devidos lugares (BAUMAN, 1998, p. 24). Além disso, a construção do sentido do que seja “pureza” jamais prescindirá da idéia de “sujeira”, “desordem”, tal qual a oposição luz/trevas. O problema, e, talvez nisto resida o que há de mais cruel e nefasto nas sociedades descritas por Bauman, é que a idéia do que seja *pureza* ou *imundície* não decorre de dados constatados na natureza, antes, o próprio homem é quem cria a possibilidade de determinada parte do mundo natural ser “limpa” ou “suja” (BAUMAN, 1998, p. 13-14). Basta lembrar a tentativa de limpeza racial perseguida por Hitler na Alemanha nazista¹⁴.

E pior, para certas coisas não há lugar certo reservado, elas jamais representarão *pureza*, em qualquer parte que se encontrem serão sempre “sujeira”, pois assim já foram definitivamente rotuladas, de modo que “o mundo dos que procuram a pureza é pequeno demais para acomodá-lás. Ele não será suficiente para mudá-las para outro lugar, será preciso livrar-se delas de uma vez por todas” (BAUMAN, 1998, p. 13-14).

¹⁴ Aloísio Krohling (2009, p. 51-52), discorrendo acerca das idéias de Hannah Arendet, referentes ao Estado Nazista, afirma ter a autora denunciado “que o espaço público foi corrompido por interesses econômicos particulares, pela burocratização estatal, pelo formalismo e pelo liberalismo jurídico. Diante da ‘calamidade pública’ e da ‘emergência’ e em nome da ‘salvação nacional’ surgiu o Estado nazista, com o apoio dos industriais alemães, operários e de muitos intelectuais, juristas e cristãos. Os ‘criminosos’ da guerra eram homens normais, bons pais de família, ‘cidadãos’ obedientes aos ditames da pátria. Daí a ‘banalização’ do mal, tornando milhões de judeus ‘descartáveis’ como mercadorias pesadas. É preciso resgatar os direitos humanos como direitos públicos, segundo a ideia de ‘direito a ter direitos’, significando que os homens não são considerados apenas seres biológicos com direitos naturais, mas cidadãos, seres livres capazes de agir e julgar, e que aí se encontra o princípio-fonte da dignidade humana. [...] Daí que para Hannah Arendet os direitos humanos não sejam um dado pronto e acabado, mas um construído – uma invenção humana –, e reflitam a resistência militante das lutas dos oprimidos em defesa da dignidade da pessoa humana”.

Oportuno aqui, trazer a baila as conclusões de Alain Badiou (apud, MAGALHÃES, 2008), em sua obra *La portée du mot juif*, que traz como tema principal a construção dos significados e diversidades, discorrendo acerca de como as nomeações de grupos ou os nomes coletivos, estratégia largamente utilizada para conferir direitos a determinados grupos ou classes, paradoxalmente, serviram, historicamente, e, ainda servem, para desagregar, excluir e justificar genocídios e outras formas de violência.

Alain Badiou (apud, MAGALHÃES, 2008), traz, como exemplo de efeito negativo de nomeações de grupos, um episódio ocorrido na França há algum tempo. Na ocasião, o primeiro-ministro, Raymond Barre, comentando um atentado a uma sinagoga disse à imprensa francesa o fato de que morreram judeus que estavam dentro da sinagoga e franceses inocentes que passavam na rua quando a bomba explodiu.

A partir de situações como essa, passou a indagar, por exemplo, qual o significado da palavra judeu agiu de maneira indisfarçável na fala do primeiro-ministro? O fato é que a nomeação pode funcionar como um perigoso “mecanismo de simplificação e de geração de preconceitos que facilita a manipulação e a dominação” (BADIOU apud, MAGALHAES, 2008).

No Brasil, não é raro afirmações similares à destacada por Badiou, sendo comuns declarações do tipo: ‘na rebelião ocorrida no presídio, infelizmente morreram também inocentes, como carcereiros e policiais’.

Segue o autor afirmando que uma lição importante que se pode ser tirada da questão judaica, da questão palestina, do nazismo e outros nomes que lembram massacres ilimitados de pessoas, é a de que, qualquer introdução enfática de predicados comunitários no campo ideológico, político ou estatal, seja de criminalização (como nazista ou fascista) seja de sacrifício (como cristãos e judeus e mulçumanos), os expõe ao pior, desconsiderando que uma democracia exige um estado indistinto do ponto de vista identitário (BADIOU apud, MAGALHAES, 2008).

O problema da nomeação de um “estado judeu” é que, com isso, procura unificar todos os grupos sociais, classes sociais, idades e outras diferenças sociais, em uma única denominação, nas sociedades cosmopolitas, o problema não é menor, contudo, as nomeações ou predicados encontram-se multi-fragmentadas (MAGALHÃES, 2008).

Sendo assim, são negros, asiáticos, coreanos, chineses, árabes, turcos, persas, nordestinos, brancos, góticos, cabeças raspadas, nacionalistas, racistas, mexicanos, hispânicos, caucasianos, bandidos e outras nomeações que convivem no espaço “democrático” da cidade; são obrigados pela lei a se suportarem embora os que aplicam a lei pertençam a um grupo e vejam o mundo limitados pela compreensão do seu grupo (MAGALHÃES, 2008).

Definitivamente, não se pode reduzir uma pessoa a um nome coletivo, cicrano não é bandido, mas praticou determinados atos ilícitos; quando se resume uma vida a um predicado como “bandido” está se condenando uma pessoa à exclusão, construindo muros de difícil transposição (MAGALHÃES, 2008), em resumo, está se criando uma sujeira artificial (e permanente) com drásticas consequências político-sociais.

Segundo Mary Douglas, parafraseada por Bauman (1998, p. 24), cada sociedade é responsável por “criar” sua sujeira. Assim:

[...] o interesse pela pureza e a obsessão com a luta contra a sujeira emergem como características universais dos seres humanos: os modelos de pureza, os padrões a serem conservados mudam de uma época para outra, de uma cultura para outra – mas cada época e cada cultura tem um certo modelo de pureza e um certo padrão ideal a serem mantidos intactos e incólumes às disparidades

Daí advém a grande indagação: considerando que o conceito de pureza é construído (fabricado) no tempo e no espaço, qual é a “sujeira” produzida pela sociedade pós-moderna? Para Bauman, o critério pureza é definido pela aptidão em participar do jogo consumista. Aqueles que não ostentam essa aptidão são deixados à margem do sistema, são considerados *impuros* ou *consumidores falhos*, são redundantes, verdadeiros objetos fora do lugar (BAUMAN, 1998, p. 24).

Tudo isso é reflexo da auto-exaltação desmesurada da individualidade na pós-modernidade, que possibilitou que o mundo fosse transformado pela mídia num grande *espetáculo*, gerando a inevitável volatilização da solidariedade (DUPAS, 2005, p.36). Acrescenta-se, ainda, que o desempenho individual passou a ser o único critério aferidor do sucesso, “restando para as subjetividades os pequenos pactos em torno da possibilidade de extração do prazer através do outro, o que constitui um cenário ideal para a explosão da violência” (BAUMAN, 1998, p. 24).

Não bastasse isso, segue-se ainda a tendência generalizada de se incriminar “problemas produzidos socialmente, que se expressa diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas, contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes” (BAUMAN, 1998, p. 26), que passaram a povoar em multidões as prisões por todo o mundo, lugar erigido justamente com o fito de conter a “sujeira”, ou, ao menos, mantê-la longe da “pureza”, evitando, dessa forma, o contraste que tal encontro gera.

Como bem conclui Bauman (1998, p. 59), “cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado”.

Em face de tudo isso e da triste constatação de que a maior parte dos países do mundo está submersa num quadro caótico de violência, com altíssimos índices de criminalidade e com um sistema penitenciário reconhecidamente falido, o desafio que se tem colocado aos Estados é a promoção de políticas de segurança pública efetivas, que trabalhem, respectivamente, na prevenção e repressão de delitos. Sem dúvida que questão da segurança pública se tornou um dos assuntos mais debatidos em escala mundial. Tal tema, além de constituir bandeira de vários governos, tem sido objeto de pesquisas de diversos autores, das mais variadas áreas do conhecimento. São sociólogos, cientistas políticos, filósofos, antropólogos, juristas, enfim, todos, embora com enfoques diferentes, procurando analisar facetas que envolvem o fenômeno da violência e da criminalidade, apontando possíveis soluções.

Ocorre que, muitas vezes, perseguindo fim totalmente lícito e legítimo, como o da segurança pública, muitos Estados adotam uma posição extremada, produzindo legislações penais e processuais penais em total dissonância com os direitos e garantias fundamentais, institucionalizando verdadeira “política criminal do terror” (CARVALHO, 2001, p. 03), que usurpa do indivíduo que se submete à lei penal ou processual penal sua própria condição humana, dispensando-lhe tratamento à altura de quem é estigmatizado pela sociedade como “imundície” ou “sujeira”, “impureza” que precisa logo ser removida.

Na visão do mestre Zaffaroni (2007, p. 11), essa postura estatal autoritária e antidemocrática não o surpreende em nenhuma medida, já que:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *peçoas*, dado que os considerava apenas *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.

O problema desta visão que vislumbra nos destinatários de algumas normas penais *entes perigosos* ou *daninhos*, que precisam ser combatidos a qualquer preço pelo bem da própria sociedade é que ela possui pretensão de legitimidade, fundada justamente num (pseudo) paradoxo entre alguns direitos fundamentais. Explica-se: a utilização de discursos legislativos totalitários a pretexto de promover segurança pública pretende se legitimar pela via de um (pseudo) paradoxo entre os direitos fundamentais de primeira dimensão (em especial, o da liberdade individual) e o direito difuso à segurança pública (direito de terceira dimensão), apresentando como solução geral para o problema a restrição dos primeiros em favor do segundo.

A fim de demonstrar como isso ocorre recorrer-se-á a alguns ensinamentos do professor Marcelo Cattoni (2004, p. 189-225), os quais, embora não sejam inicialmente direcionados à seara processual penal, podem ser perfeitamente aqui aplicados. Na verdade, Marcelo Cattoni irá se utilizar de crítica a classificação histórica dos direitos

fundamentais em gerações de direitos e à teoria da interdependência dos direitos fundamentais para sustentar a inviabilidade da distinção abstrata entre direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. Segundo o autor, só é possível uma distinção entre tais direitos a partir de uma lógica argumentativa empreendida pelas partes e devidamente analisada pelo juiz. Isso porque a distinção em abstrato já indica a reconstrução de paradigmas concretos, incompatível com a dinâmica de uma sociedade democrática.

Assim, é possível concluir que este pseudo-paradoxo decorre de duas ordens de razões: (a) a adoção de uma perspectiva histórica que classifica os direitos fundamentais em 'gerações' ou; (b) pela adoção da 'teoria da interdependência entre os direitos humanos'.

Isso porque quando se adota uma perspectiva histórica que classifica os direitos fundamentais em gerações, os mesmos passam a ser concebidos de maneira estanque, como se o advento de uma nova geração de direitos implicasse apenas na adição, de forma mecânica, dos direitos das gerações predecessoras, em alguns casos superando-os, e, em outros, inclusive, se colocando de forma antagônica. Autor que entre nós representa bem esta perspectiva histórica é, sem dúvida, Norberto Bobbio (1992, p. 43-44), para quem:

[...] os direitos do homem constituem uma categoria heterogênea [...] a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concebida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros. Pode se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos livres [...] O que podemos esperar do desenvolvimento dos dois tipos de regimes não é uma síntese definitiva, mas no máximo, um compromisso (ou seja, uma síntese, mas provisória). Mais uma vez, porém, coloca-se a questão: quais serão os critérios de avaliação com base nos quais se terá compromisso? [...] Através da proclamação dos direitos do homem, fizemos emergir os valores fundamentais da civilização humana até o presente. Isso é verdade. Mas os valores últimos são antinômicos: e esse é o problema.

O segundo problema, por sua vez, apontado pelo professor Marcelo Cattoni, como razão para o pseudo-paradoxo entre direitos de dimensões distintas, é a adoção da ‘teoria da interdependência dos direitos humanos’. Aqui, segundo o autor, o equívoco é mais sofisticado, não sendo tão facilmente detectado, exigindo considerável esforço hermenêutico a fim de desnudá-lo. Tal teoria pressupõe a existência de um *núcleo indivisível fundamental*, o qual “deveria resultar modificado em razão de uma nova compreensão jurídica, a cada nova ruptura paradigmática” (CATTONI, 2004, p.201).

Para Habermas (2000, p. 42) a imagem de um núcleo indivisível induz a erro, já que sugere a existência de um núcleo de liberdades fundamentais que pretendem prioridade frente aos direitos de comunicação e participação, desconsiderando que os direitos privados e os direitos de cidadania são, em origem, igualmente essenciais e que o indivíduo só pode desfrutar de sua autonomia privada caso também possa fazer uso adequado de sua autonomia pública. Portanto, o fato de os direitos sociais, ontologicamente, se destinarem à tutela de uma coletividade, não significa, em nenhuma medida, que este possa se sobrepor aos direitos individuais, nem tampouco significa que estes terão sempre precedência face aos direitos sociais, isso porque a reconstrução paradigmática só se justifica caso a caso.

As críticas do professor Marcelo Cattoni (2004, p. 201) a tal concepção são na seguinte direção:

Cabe, entretanto, e desde já considerar que uma teoria da interdependência dos direitos humanos, axiologicamente fundada e orientada, tende não somente a instrumentalizar esses direitos ao concebê-los como bens jurídicos otimizáveis, exatamente o que pretende evitar. Mais que isso, uma teoria axiológica da interdependência ou do núcleo indivisível de direitos humanos mascara e desconsidera a relação de co-originalidade e equiprimordialidade entre autonomias jurídicas pública e privada dos cidadãos, pois, nesses termos a legitimidade não estaria num reconhecimento público e recíproco dos mesmos, como advogamos com Habermas, mas numa pretensa comunhão hermenêutico-existencial de “valores superiores” num nível universal, que não existe numa sociedade mundial, complexa e pluralista, e que nem é necessária, razoável ou desejável, porque coloca em risco exatamente o próprio caráter universal dos direitos humanos e de sua proteção transnacional ou supraestatal, que se pretende, por fim, defender, dado o caráter cultural e particularista dos valores.

Veja que a crítica de Cattoni reproduz outra de Habermas (1998, p. 327) à Robert Alexy, o qual, ao compreender direitos como bem jurídicos otimizáveis acaba aplicando a eles lógica própria dos valores, de órbita axiológica, que permite que certos direitos “prefiram” a outros, distorcendo a essência deontológica das normas jurídicas que estabelecem uma relação de obrigatoriedade e não de preferência¹⁵.

Diga-se, ainda, que a colocação antagônica entre os direitos individuais, coletivos ou difusos também desconsidera a não correspondência que pode haver entre esses e o interesse público (PORFÍRIO, 2005, p. 147). Assim, não é pelo fato de um direito possuir caráter coletivo ou difuso que, necessariamente, ele veiculará interesse público. Desconsidera, outrossim, a titularidade do Estado, imparcial na defesa dos mesmos, isto é, na busca de promover justiça, o Poder Público legitima uma das posições parciais (PORFÍRIO, 2005, P. 147), a depender, sempre, da amarração entre o caso concreto e dos preceitos constitucionais, os quais tutelam tanto a liberdade individual como a liberdade social, esta comumente perseguida pelas políticas públicas de segurança.

Verifica-se, então, que a idéia de liberdade social ou tutela coletiva não possui grande serventia no processo penal (PORFÍRIO, 2005, P. 147), uma vez que a tutela dos interesses da coletividade (seja de punição, seja de liberdade) em razão da prática de conduta criminosa só pode se dá nos estreitos limites do direito penal e processual

¹⁵ Robert Alexy, não obstante entenda que o que diferencia os princípios dos valores é seu caráter ‘devido’, finda por “os igualar estrutural e operacionalmente, fazendo com que, perante um caso concreto, a pesagem dos princípios não se dê por adequabilidade/correção normativas, mas uma questão de *preferibilidade*. Os princípios, assim, correriam em busca do ponto mais alto, sendo que a prevalência de determinado princípio sobre outro de daria por uma questão de importância: é só lembrar a lei de ponderação – quanto maior fosse o grau de insatisfação de um princípio, maior deveria ser a importância da satisfação do princípio com o qual há colisão. Se certo comando de otimização tem maior importância, ele deve ser *preferido* perante outro. Essa relação de preferência/importância leva a uma hierarquização dos princípios ainda perante o caso concreto, o que estabelece, inevitavelmente, uma ordenação daqueles. [...] as leis de colisão e ponderação propostas por Alexy leva-nos a pensar em uma concepção axiologizante do Direito: um princípio, em uma leitura deontológica, não pode ser preferido a outro, mas tão somente aplicado, ou não. Alexy, assim, acaba tornando sua teoria inconsistente. Além disso, o Direito não permite que haja normas de otimização porque isto implica uma noção gradual e o Direito lida com o código binário como bem assevera Habermas. Este, explicitando a doutrina de Böckenförde, também adepto à “jurisprudência dos valores”, afirma que o Direito acaba sendo transformado em uma busca pela realização de valores, cuja precedência, de uns sobre outros, depende de uma ponderação que leva em consideração certos fins” (CHAMON JUNIOR, 2004, p.109).

penal, independente do caráter do direito que tenha sido eventualmente lesado, se individual, coletivo ou difuso. Qualquer restrição a direito fundamental de liberdade só se legitima face à observância do devido processo penal constitucional, que torna inexorável a densificação de princípios como o do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais.

Em resumo, o que une as duas perspectivas apresentadas alhures é a tentativa de reconstrução de um paradigma¹⁶ jurídico concreto na aplicação do direito, desconsiderando, conforme ensina Habermas (1998, p.293), que toda interpretação traduz uma disputa de paradigmas e que a reconstrução paradigmática¹⁷ só pode se dá à luz do caso concreto, por meio da adoção de um paradigma procedimental¹⁸, que não

¹⁶ Está se adotando aqui o sentido de paradigma sugerido por Thomas Kuhn (1994, p. 218 e ss) em sua obra *A estruturadas das Revoluções Científicas*. Assim, “paradigma” está a significar aquele conjunto de pré-compreensões compartilhadas, que passam a integrar um pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais. Vale ressaltar que a formulação em torno da idéia de “paradigma” em Thomas Kuhn não foi pensada ou direcionada para o campo jurídico, contudo, a noção geral por ele apresentada foi sendo apropriada por autores de diversos campos do conhecimento, dentre eles os do Direito. De qualquer sorte, será mediante o compartilhamento desse pano de fundo comum que será possível se estabelecer a comunicação entre os indivíduos. Veja, portanto, que toda interpretação se dá sob a ótica de um determinado paradigma, sendo impossível ao intérprete de desvencilhar deste conjunto de pré-compreensões no qual está inserido. Discorrendo sobre a idéia de paradigma, Alexandre de Castro Coura (2009, p. 40) observa que “a comunicação só ocorre graças à existência de esferas gerais de pré-compreensão, que compõe um pano de fundo compartilhado de silêncio, sob o qual se assentam as palavras consideradas de sentido óbvio e que, exatamente por isso, não são tematizadas, tornando-se indispensáveis à comunicação. Para dar um exemplo, se cada palavra de um diálogo tivesse seu significado problematizado e o mesmo acontecesse em relação a todas as palavras utilizadas nas sucessivas explicações dadas, a comunicação não aconteceria. Portanto, o que viabiliza a comunicação é justamente a existência de um pano de fundo compartilhado de silêncio, para usar a expressão de Habermas, “pano de fundo de mundos da vida compartilháveis, sob o qual se assentam as palavras que, presumidamente, têm significado óbvio, compartilhado, conhecido por todos, e que, por isso, não sequer discutidas. Portanto ‘nós nos comunicamos porque não nos comunicamos!’”

¹⁷ Para Habermas (1998, p. 183): “Um paradigma jurídico explica, com a ajuda de um modelo de sociedade contemporânea, como devem ser entendidos e tratados os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir, no dado contexto, as funções que normativamente lhe são atribuídas. Um ‘modelo social de direito’ (Wieacher) representa algo assim como a teoria implícita que a sociedade tem como do sistema jurídico, a imagem que este faz de seu de seu ambiente social. O paradigma jurídico indica, então, como no marco de tal modelo, podem ser entendidos e realizados os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito. Os dois paradigmas jurídicos, que mais consequências tiveram na história do Direito moderno e que ainda hoje competem entre si, são o do Direito formal burguês e o direito materializado do Estado Social”

¹⁸ Com relação ao paradigma procedimental, discorre Habermas (2002, p. 297): “Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades individuais para haver concorrência entre os indivíduos em particular ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes de um Estado de bem-estar social, surge agora uma concepção procedimentalista, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública”, isto é, “o paradigma procedimental é, além do mais, resultado de uma

faça tábula rasa a esta tensão permanente entre perspectivas interpretativas concorrentes na aplicação do direito, e, por conseguinte, respeite a conexão entre autonomia pública e privada.

A colocação dos direitos do homem (liberdades clássicas) em posição diametralmente oposta e inconciliável com os demais direitos (sociais, coletivos ou difusos) desconsidera a relação de co-originalidade e equiprimordialidade entre autonomia pública e privada, ignorando que sem a garantia de um espaço privado no qual o indivíduo possa exercer amplamente sua autonomia, será em vão sua inserção no espaço público, vez que destituído de suas liberdades clássicas, o indivíduo jamais será um autêntico cidadão, capaz de contribuir na construção do espaço público¹⁹.

Por isso, qualquer afirmação, desprendida de um contexto fático, na direção de que o direito fundamental à segurança pública, que tem como destinatários toda a sociedade, sobrepõe-se, por exemplo, ao direito de liberdade de um indivíduo, é falaciosa e oculta um discurso altamente autoritário e tendencioso. Por conseguinte, não há que se falar em prevalência dos direitos do homem sobre os direitos da coletividade, tampouco na sobreposição dos direitos metaindividuais em detrimento dos individuais, pois, no primeiro caso, revela-se uma perspectiva oriunda da reconstrução do paradigma liberal, ao passo que, no segundo, fica claro a adoção de uma perspectiva decorrente da reconstrução do paradigma social.

Tanto numa hipótese, como noutra, cai-se na armadilha da reconstrução de paradigmas concretos, onde, inevitavelmente, as soluções irão refletir paradigmas constitucionais já

disputa de paradigmas, e parte da premissa, segundo a qual o modelo liberal do Direito e o modelo do Estado Social interpretam a evolução jurídica em termos excessivamente concretistas e ocultam a conexão que se dá entre a autonomia privada e autonomia pública, a qual precisa ser interpretada a cada caso" (HABERMAS, 1998, p. 523-524)

¹⁹ Segundo Habermas (2003, p. 173), "a exigência da orientação pelo bem comum, que se liga com a autonomia pública, constitui uma expectativa racional na medida em que somente o processo democrático garante que os "cidadãos da sociedade" cheguem simetricamente ao gozo de iguais liberdades subjetivas. Inversamente, somente uma autonomia privada dos "cidadãos da sociedade", assegurada, pode capacitar os "cidadãos do Estado" a fazer uso correto de sua autonomia política. A interdependência de democracia e Estado de direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública ou cidadã (cidadão do Estado): uma serve de fonte para outra".

ultrapassados, incapazes de oferecer soluções satisfatórias para o atual estágio de desenvolvimento das sociedades complexas e plurais, onde as decisões devem atender, concomitantemente, requisitos de racionalidade, legitimidade e justiça.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito, inaugurado com o advento da Constituição Federal de 1988 e após um longo período ditatorial, surge com a difícil missão de dar cabo às promessas e mais promessas feitas e não cumpridas pelos paradigmas anteriores. No que se refere ao Poder Judiciário, o maior desafio que se apresenta na égide do presente paradigma constitucional é, sem dúvida, o de tomar decisões que *retrabalhem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do Direito vigente* para que satisfaçam, simultaneamente, a exigência de consolidar a crença tanto na legalidade, compreendida como segurança jurídica, como também na certeza do Direito, entendida como o sentimento de justiça realizada, decorrente do ajustamento da decisão proferida às peculiaridades do caso concreto (COURA, 2009, p. 43).

Somente à luz do caso concreto, mediante um processo que garanta, simultaneamente, o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a efetiva participação dos possíveis afetados pela decisão na construção do provimento jurisdicional é que se poderá equacionar os direitos que aparentemente se apresentam em *rota de colisão*, problema que jamais poderá ser resolvido com classificações *a priori*.

O processo penal, vale destacar, encontra-se plenamente inserido no contexto da discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais. Aliás, há muito que a questão da legitimidade das decisões deixou de ser um problema que se reduza à pessoa do juiz, antes, o que a justifica, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são as garantias processuais atribuídas às partes, mormente, a do contraditório e da ampla defesa, além, é claro, da impostergável necessidade de fundamentação das decisões (CATTONI, 2009, p 49).

Por isso, o Direito, no atual modelo constitucional, cobra reflexão acerca dos paradigmas pressupostos na própria decisão jurisdicional (CATTONI, 2009, p. 51), os

quais serão desvelados na medida em que a fundamentação levada a cabo pelo magistrado vai se desenvolvendo. Portanto, não basta que uma decisão judicial seja tão somente racional, requisito já exigido pelo positivismo clássico, mas urge, igualmente, que atenda a ditames democráticos no momento de aplicação da norma.

Mister, assim, que as decisões emanadas do Poder Judiciário estejam comprometidas com a justiça tal qual estão com a segurança jurídica, o que só é possível numa perspectiva democrática, que considere a ótica de todos os afetados pela decisão.

Na visão de Habermas, a “teoria do discurso” (2002, p. 292)²⁰ será a resposta dada à indagação de como é possível aferir a legitimidade de uma decisão judicial, pois somente ela permite que cada ator participe da construção do discurso em busca do consenso. Isso é possível na medida em que o argumento de cada afetado é levado em consideração, ainda que para fins de refutação (LEITE, 2005, p. 197), tornando o processo uma poderosa via de diálogo entre seus participantes²¹.

Tal postura sugerida pelo filósofo alemão permite que cada um dos envolvidos no processo possa aceitar a decisão proferida ao final como legítima, mesmo que lhe seja desfavorável, pois a participação na construção de um consenso racional mediante um contraditório efetivo ao longo do processo faz com que todos se sintam co-autores do provimento emanado.

Alexandre de Castro Coura (2009, p. 207), ao discorrer sobre a importância da legitimidade e aceitabilidade das decisões judiciais, destaca que, se todo provimento

²⁰ Visão mais aprofundada encontra-se na obra de Habermas, *Facticidad e Validez* (1998, p. 172). A respeito do princípio do discurso, conferir a análise de Maria Fernanda Salcedo Repôles em *Habermas e a Desobediência Civil* (2003, p. 95-103).

²¹ Nessa senda Habermas (1997, p. 145) assevera que “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo de normatização discursiva”, de modo que o princípio da democracia “explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente”. Maria Fernanda Salcedo Repolês (2003, p.101) afirma que “o princípio da democracia coloca uma regra de constituição do jogo argumentativo, de institucionalização de discursos de justificação jurídica e de instrumentalização de espaços que tornem possível as diversas formas de argumentação”

jurisdicional dependesse do uso da coerção estatal para que fosse cumprido, o aparato judicial certamente ruiria em sua totalidade, uma vez que seria inviável que o Estado colocasse um vigia atrás de cada cidadão. Daí a imprescindibilidade da legitimidade das decisões judiciais a fim de que cada afetado possa voluntariamente cumprir o comando judicial que lhe for dirigido, deixando o uso da força estatal para casos extremos.

Corroborando essa idéia, Roberto Basilone Leite (2005, p. 227), ao discorrer sobre o pensamento de Habermas, dispõe:

A validade da ordem jurídica está na legitimidade que a norma deve ter para além de sua facticidade, e essa legitimidade repousa no consenso racional obtido por intermédio do debate público. Quando fala em consenso racional obtido por meio do agir comunicativo, Habermas pressupõe cidadãos que agem livre e espontaneamente, isto é, pressupõe sujeitos que, sendo simultaneamente atores e destinatários das decisões públicas, vinculam-se à norma por eles mesmos formuladas por razões alheias ao medo da sanção estatal.

Extrai-se, da referência acima, que o Estado Democrático de Direito passa a exigir que o âmbito de aplicação das normas se submeta ao princípio democrático, promovendo, por conseguinte, uma maior aproximação do juiz às partes envolvidas, a fim de que possa atentar para os mínimos detalhes que permeiam a demanda *sub judice*. Em resumo: o direito somente se legitima pela via democrática, exigindo-se que a argumentação jurídica pela qual se dará a reconstrução de dada situação e a determinação da norma adequada, submeta-se à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional (CATTONI, 2004, p. 453).

Em razão disso, somente numa perspectiva endoprocessual e plenamente democrática é que se poderá afirmar qual direito ou princípio cede e qual prevalece dentre aqueles aplicáveis *prima facie*. O que não se admite, em hipótese alguma, é uma análise superficial do problema que sugere uma colisão em abstrato de princípios jurídicos. Certo é que: admitindo-se o sacrifício dos direitos e garantias fundamentais individuais, via transversa, também estar-se-ia permitindo a lesão aos direitos de todos os cidadãos. Isto é que precisa ficar claro. Repita-se: uma vez banido os direitos

individuais ou aniquilados em face de supostos direitos da sociedade, nenhuma democracia estará a salvo. Oportuno, neste momento, são os ensinamentos de Zaffaroni (2007, p.192):

Conseqüentemente, o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos do cidadão podem ser diminuídos para individualizar os inimigos, ou seja, passa-se a discutir algo diferente da própria eficácia da proposta de contenção. Esta seria a forma concreta e real de formular a pergunta, tendo em conta o deslocamento que inevitavelmente se opera no poder punitivo cada vez que ele é habilitado. Caso se legitime a ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isto ocorrer, o Estado Direito terá sido abolido.

Na seara penal e processual penal, quando a tensão é apresentada em termos absolutos e abstratos, como dito alhures, os prejuízos são ainda mais drásticos, já que quase sempre a balança irá pender para tutela de direitos da sociedade (segurança pública) em detrimento de eventual direito individual (de liberdade). Isso, já que, na análise do senso comum, e, até mesmo, de certos teóricos, possível lesão a direito fundamental de um indivíduo resta insignificante se deu-se a fim de tutelar direito da sociedade. É a idéia simplória e reducionista de complexidade de que não há razão de se proteger direito de um quando o de todos está sendo lesado, que, como se percebe, traz subjacente a si, a idéia de legitimação da “ditadura da maioria”.

Aliás, este era o pensamento corrente quando da confecção do atual Código de Processo Penal, de clara índole fascista. Vale aqui relembrar, com tristeza, trecho da Exposição de Motivos do dito Diploma Legal:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse individual sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este é o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de código (BRASIL, 2009, p.349-350).

Não haveria, desse modo, problema algum em se torturar um indivíduo até a morte sob a acusação de que ele teria escondido uma bomba com alto potencial destrutivo, que

exporia a risco milhares de pessoas. Veja que a leitura maniqueísta é de fácil assimilação e conta com o apoio da quase totalidade dos meios de comunicação de massa, de modo que a aniquilação do inimigo (indiciado ou réu) parece inevitável e legítima.

Aliás, nem precisa ser uma situação em que se evidencie um risco geral à sociedade, como no exemplo acima. Vale lembrar o caso amplamente explorado pela mídia nos últimos dias, do padrasto acusado de ter inserido no enteado de dois anos cerca de 50 agulhas num ritual de magia negra. Em situações como esta há uma identificação quase que imediata e total da sociedade com a vítima, de modo que o clamor público (mediatizado) por “justiça” reclama uma “pena” imediata, independentemente de um processo para formação da culpa.

Mas esse é o um sentimento que acomete não só a sociedade enquanto massa de manobra de uma mídia faminta por audiência e descompromissada com sua responsabilidade social, antes, o que é mais grave, já fora até institucionalizado. Prova disso, por exemplo, é o tratamento dispensado aos presos em flagrante por crimes hediondos e por tráfico de entorpecentes. Por se presumir a gravidade de tais delitos, impõe-se aos acusados pela prática dos mesmos, em claro caráter de pena, que fiquem, obrigatoriamente, encarcerados durante todo processo, já que a eles é vedada a concessão da liberdade provisória, quer seja por força de lei, quer seja pela inafiançabilidade de tais delitos.

É contra esses reducionismos que favorecem ditaduras ocasionais, direcionadas à (pseudo) satisfação de interesses coletivos ou à realização imediata de “justiça” que o processo penal democrático deve se insurgir. Até porque não há justiça para além dos limites do processo (justo e democrático). Qualquer discurso, por mais atraente que seja, que ofereça uma solução fora dos termos traçados pelo devido processo legal (em sua matiz substancial) é autoritário e antidemocrático.

Ressalte-se, ainda, que processo penal, enquanto forma para resolução de conflitos de interesses, atua como critério de mediação entre os direitos fundamentais de origem social ou coletiva e os direitos fundamentais de natureza individual, não podendo sua estrutura ser desmantelada a título de satisfação do interesse de punir, mesmo que este seja um interesse público (PORFÍRIO, 2005, p. 143).

Zaffaroni (2007, p. 192), ao tecer severas críticas acerca das estratégias autoritárias que rotulam certos réus no sistema penal como *inimigos da sociedade*, e, daí, lhes direciona tratamento diferenciado (para não dizer cruel e desumano), conclui que:

A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo *cool* no mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos *ab initio* quem são essas pessoas. O poder seletivo está sempre nas mãos de agências que o empregam segundo interesses conjunturais e o usam também com outros objetivos.

Veja que a conclusão quase matemática de maior vantagem na lesão a direitos individuais do que a direitos metaindividuais, traduz a idéia de que os primeiros, em se tratando da seara penal e processo penal, são direitos de bandidos e malfeitores, e não de cidadãos, o que justifica o desrespeito a diversas garantias individuais. Infelizmente, embora nossa Constituição consagre o princípio da presunção de inocência, o que fica patente em nossa realidade é o caráter estigmatizante do processo penal, capaz de tornar o indivíduo culpado mesmo antes de uma sentença, ou, por vezes, mesmo antes de um processo.

Com lógica similar à do raciocínio apresentado por Marcelo Cattoni, mas com abordagem própria, o professor Aury Lopes Junior (2008, p. 10-11) denuncia a necessidade de se superar o maniqueísmo apresentado entre “interesse público” e “individual” no âmbito processual penal, que finda por sugerir a prevalência da supremacia do interesse público em detrimento dos direitos individuais. Para este autor, trata-se de manipulação discursiva que visa legitimar e justificar o abuso do poder e que

desconsidera a superação da dicotomia público/privado em razão da complexidade das relações sociais, que não mais comportam essa dualidade cartesiana.

Os interesses em jogo no processo penal estão longe de representar qualquer interesse privado. Ao revés do que se imagina, os direitos do acusado/réu estão todos cobertos pelo manto dos direitos fundamentais, o que, por si só, supera em muito a esfera privada. Além do mais, não se pode olvidar que a democracia se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo, produzindo, em especial, no processo penal, um fortalecimento do sujeito passivo, considerando que o primeiro princípio que impera nesta seara é o da proteção dos inocentes (débil), que deve perdurar até o trânsito em julgado por força do que está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (LOPES JUNIOR, 2008, p.10-11).

Valioso destacar, ainda, que a proteção do indivíduo não é, definitivamente, uma opção, mas condição *sine qua non* para materialização do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, seguem as palavras do insigne Aury Lopes Junior (2008, p. 11):

A proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe exigências de que o homem tenha dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*. O Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade, e isto surgiu na Europa depois de uma época de arbitrariedades que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789. [...] O objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo.

Em hipótese alguma se pode reduzir a democracia ao princípio da maioria, legitimando qualquer medida que tenha sido expressão do mesmo, como, por exemplo, a confecção de leis claramente inconstitucionais. A democracia só subsiste face ao compromisso de cumprirmos a Constituição em sua inteireza. O mérito dos regimes democráticos reside justamente na defesa e proteção da minoria, já que, se levamos o princípio da maioria às últimas consequências, a minoria poderá ser efetivamente banida de sua participação no espaço público por deliberação daquela.

Não se pode ignorar que a construção de quem seja o *inimigo* no processo penal é circunstancial, casuística, situada política e ideologicamente, de modo a tornar impossível saber, de antemão, quem são os tais *inimigos*, permitindo, teratologicamente, que aquele que outrora invocou o discurso autoritário em sua proteção, considerando-se exemplar cidadão, seja agora por ele estigmatizado como o bandido da vez. Tudo irá depender daqueles que detêm o poder seletivo. Como bem aduzia Afrânio Peixoto (apud, DONICCI, 1984, p. 185), “o crime é uma noção precária, pelo arbítrio do juízo humano, mostrando o exemplo de Joana D’Arc, na época uma feiticeira e hoje cercada de benemerência e santidade”.

De uma vez por todas, é preciso ficar claro que os direitos individuais também o são de toda sociedade, já que, em linhas gerais, não se concebe outro sentido para sociedade senão o de um conjunto de indivíduos. Em síntese: é inconcebível a existência do todo (sociedade) com a exclusão de suas partes constitutivas (indivíduos). A subsistência daquele é imanente à preservação destas.

Razão assiste a Dworkin (2007, p. XV) quando afirma que os direitos e garantias fundamentais consistem em verdadeiros trunfos que os indivíduos detêm contra a maioria. Ora, a preservação de tais direitos é a única garantia que temos de que realmente vivemos na égide de um Estado Democrático e de Direito, onde as regras do jogo (em especial, a Constituição Federal) serão respeitadas.

Da materialização deste ideal democrático no processo penal, temos que este assume caráter dúplice, sendo tanto instrumento limitativo da atuação do Estado no exercício de seu *jus puniendi*, como também verdadeira garantia que o indivíduo possui de que o Poder Público há que respeitar as regras do jogo no exercício da persecução penal, não podendo deixar de observar, em hipótese alguma, o mínimo exigido pelo constituinte de 1988 para a preservação da dignidade humana, que, no atual modelo constitucional, radica como fundamento da República Federativa do Brasil.

Definitivamente, é preciso sepultar qualquer resquício do sistema inquisitorial propagador da ideia de que o processo penal é instrumento de vingança. Essa conclusão deriva da “confusão entre política pública de segurança e vingança privada, obtendo-se, como subproduto trágico, o vilipêndio do núcleo rígido da Constituição que são os direitos e garantias fundamentais” (CARVALHO, 2001, p. 02-03).

Daí decorre, segundo Salo de Carvalho (2001, p. 02-03):

A proliferação destes desejos ébrios de vingança, do sadismo coletivo mascarado, sobrepõe o sentimento individual emotivo ao processo público de racionalização dos conflitos, invadindo, inclusive, o imaginário dos operadores do direito. Estes, formados para solucionar razoavelmente os litígios, neutralizar o ímpeto de vendeta e sublimar a retaliação, acabam por internalizar e intermediar o ódio comunitário, sendo cooptados por disciplina social extremamente autoritária, legitimadora de verdadeira ‘política criminal do terror’. O jurista neste cenário torna-se cada vez mais em vingador privado, ao invés de atuar como prestador público de justiça.

Infelizmente, ainda não restou solidificado entre nós que o Estado Democrático de Direito, muito mais do que imprimir a necessidade de uma constituição como vinculação jurídica do poder, trouxe para o epicentro a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana²² passa a conformar um núcleo mínimo donde emanam diretrizes para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. No caso do processo penal, especificamente, por tutelar direito fundamental primitivo e inerente à natureza humana, a liberdade, há que se primar ainda mais pela densificação de tais direitos.

Ocorrendo no mundo da vida fato previsto abstratamente na lei penal, o Poder Público há que se valer de meios próprios e legítimos (inquérito e processo) a fim de elucidar possível infração penal e aplicar, se apurada culpa ao final, a respectiva pena àquele ato perturbador da ordem social e jurídica. Portanto, o *jus puniendi* se traduz justamente no “poder-dever de punir do Estado como decorrência da prática de fato tido como

²² Segundo Walter Schweidler (apud, KROHLING, 2009, p. 108-109) “a dignidade da pessoa humana é relacional, e não uma propriedade. A dignidade é uma condição, um estado e não um merecimento. A dignidade humana é apenas percebida como dever, e não como privilégio. A dignidade humana pertence, portanto, ao projeto inacabado de nos tornarmos verdadeiramente humanos, de forma que a sua tarefa (*Aufgabe*) seja ao mesmo tempo uma demanda (*Forderung*) e uma realização (*Erfuellung*)”

penalmente relevante, isto é, *típico, antijurídico e culpável*' (TUCCI, 2009, p.25). Jamais no exercício deste poder-dever o Poder Público poderá se afastar das diretrizes constitucionais preestabelecidas, sob pena de incorrer no vício da inconstitucionalidade.

O exercício discriminatório do poder punitivo denunciado por Zaffaroni não se trata de mera conjectura, antes de certa constatação. E a situação, na visão de Jesús-María Silva Sanches (2002, p. 27 -50) tende a piorar, sobretudo, em face do fenômeno percebido em escala mundial, da “expansão do direito penal” que finda por produzir um círculo vicioso, em que a cada momento se percebe o surgimento de novos “interesses” a serem tutelados pela norma penal. Esses “interesses”, por sua vez, segundo o autor, decorrem do “efetivo aparecimento de novos riscos”, o que finda por gerar a “institucionalização da insegurança”. Esta insegurança institucionalizada acaba por gerar uma “identificação da maioria com a vítima do delito”, o que tornará natural a supressão de diversas garantias individuais do suposto autor do delito.

Oportuno ressaltar, ainda, que a organização do Direito em microssistemas visa tão-somente otimizar suas respostas aos problemas que lhe são cotidianamente apresentados, reunindo sobre a mesma lógica determinadas normas afins, já que seu objetivo último é promover a integração social²³, jamais formar sistemas independentes, autônomos, desvinculados da madre de 1988.

Embora cada um dos microssistemas ou ramos do direito apresente peculiaridades e características próprias em virtude de tutelarem bem jurídicos distintos, têm como constante o fato de buscarem fundamento de validade na mesma fonte, a Carta Federal. É justamente em razão dessa necessidade de observância obrigatória das regras e princípios constitucionais, que se impõe a todo e qualquer entroncamento do

²³ Vale ressaltar que nem todos atribuem ao Direito tal fim, qual seja: integração social. Maria Fernanda Salcedo Repolês (2003, p. 45-46) observa que Luhmann, ao descrever a sociedade “como um conjunto de subsistemas funcionalmente diferenciados que historicamente foram se especificando no processo de modernização [...] frente a cada subsistema, os outros se apresentam como “ambiente”, “autopoieticamente”, o que significa que cada sistema opera conforme sua própria linguagem, sendo, em relação aos outros, fechado operacionalmente e aberto cognitivamente. A implicação disso é que um sistema consegue, no máximo, “irritar” os outros, mas nunca exercer um papel regulador. Dentro desta perspectiva, não cabe mais falar num Direito que pretenda regular todas as relações sociais. O Direito é mais um subsistema cuja função é a de estabilizar expectativas de comportamento, contrafactualmente”

Direito, que vislumbra-se possível assegurar a unidade e a coerência do sistema jurídico.

O processo penal, na condição de um microssistema jurídico, possui um fim que o distingue dos demais e que atrai para si determinados preceitos constitucionais pontuais. Pretende-se afirmar assim que, ao revés de algumas normas- princípios que vinculam todos os ramos do Direito, quer estes assumam natureza pública ou privada, material ou processual, como o princípio da igualdade, é possível identificar na Carta Política mandamentos específicos que irão informar e conformar o microssistema processual penal.

Nesta direção são os ensinamentos de Flaviane de Magalhães Barros (2009, p. 16) abaixo transcritos:

O microssistema do processo penal tem especificidades diante dos direitos fundamentais a que visa garantir. Desse modo, a base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e o terceiro imparcial, precisa ser interpretada sem desconsiderar o princípio constitucional da presunção de inocência e garantia das liberdades individuais dos sujeitos, justamente em virtude das características do próprio modelo, que são a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade. Assim, somando-se todas as garantias relacionadas à liberdade do cidadão nos casos de prisão (como, por exemplo, o art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, da CR/88) ao princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CR/88), pode-se perceber que há especificidades para o processo penal, em razão do próprio direito fundamental que se pretende amparar: o direito de liberdade. Liberdade do indivíduo vista aqui não só no contexto da liberdade de ir, vir ou permanecer, mas no sentido de sua intimidade e privacidade, verificadas nas diversas cláusulas de inviolabilidade (art. 5º, X, XI, XII, CR/88) ou na liberdade de convicção ou crença e na proibição de qualquer tipo de discriminação (art. 5º, XLI, CR/88)

Inegável, portanto, que além daqueles dispositivos constitucionais que, juntos, formam princípios gerais aplicáveis indistintamente a todos os processos (como, por exemplo, o do devido processo legal e seus consectários lógicos: contraditório e ampla defesa), há ainda aqueles descritos pela autora retrocitada que marcam e particularizam o processo penal, e, o atropelo pelo legislador ou pelo julgador de qualquer deles equivale ao aniquilamento das bases democráticas de nossa República, pois desconsidera que os

direitos fundamentais constituem condição de possibilidade para toda e qualquer democracia.

Ao afirmarmos que o processo penal e os direitos fundamentais constituem duas faces da mesma moeda, estamos a dizer que não é possível sobreviver ao Estado Democrático de Direito um processo que retire do indivíduo as garantias elementares e garantidoras de um trato à altura de sua condição humana, a não ser que se admita o retrocesso ao terrível sistema inquisitorial que outrora dominou este campo do direito.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM QUESTÃO

A problemática aqui ventilada toca diversos direitos fundamentais, como a liberdade, o devido processo legal, com seus desdobramentos lógicos (contraditório e ampla defesa), a isonomia e a dignidade. Ocorre que, para os fins pretendidos neste trabalho abordar-se-á, de forma mais detalhada, tão-somente a exigência de fundamentação das decisões judiciais e o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, considerando a importância central que assumem na hipótese a ser sugerida ao final desta pesquisa.

2.1 ALCANCE E SENTIDO DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Diferentemente do que já ocorrera outrora, quando alguns ramos do conhecimento se sobrepujam deliberadamente ao disposto na Constituição Federal, como é o caso, por exemplo, do Direito Civil, que por longa data resistiu conferir posição de destaque aos preceitos constitucionais, hodiernamente, nenhum ramo do direito ou pesquisa jurídica pode pretender autonomia em relação às diretrizes constitucionais.

Ciente disso e sabendo que a pertinência ou relevância de seus propósitos só se justificam caso se mostre compatível com a materialização do Estado Democrático de Direito, consagrado no Texto de 1988, esta pesquisa pretende conferir primazia às normas constitucionais.

Ocorre que, embora no campo dogmático se perceba uma preocupação corrente e evolutiva com a compatibilização das sugestões teóricas apresentadas com os preceitos oriundos da Carta Magna, ainda há, em certos temas, um enorme abismo

entre teoria e prática, já que a realidade aponta para a densificação de interpretações contrárias às normas constitucionais.

Neste ponto, o ilustre mestre Luigi Ferrajoli (2000, p. 851) alerta que a divergência entre a “normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores comporta o risco de fazer daquele uma simples fachada, com meras funções de mistificação ideológica do conjunto”.²⁴

A questão da necessidade de fundamentação das decisões judiciais certamente subsume-se a esta problemática. Isto pelo fato de que, não obstante a temática tenha experimentado enorme aprimoramento teórico pós-1988, ainda batalha para se firmar ante a uma práxis forense relutante em superar as premissas oriundas de um modelo inquisitorial de processo e de uma perspectiva teórica própria do positivismo jurídico.

O dever de fundamentação das decisões judiciais, segundo magistério de Antonio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 52), registra sua primeira exigência no plano legal ainda na égide do direito canônico, onde Inocêncio IV fixou “a obrigatoriedade da redação por escrito e da motivação da sentença de excomunhão, inclusive, com o estabelecimento de sanções penais para o Juiz que não atendesse tais prescrições” (GOMES FILHO, 2001, p. 52).

Vale destacar que, não obstante houvesse previsão de sanções penais para o descumprimento do dever do juiz, isto não acarretava a nulidade da sentença, já que “não se destinava ao esclarecimento das partes, nem ao controle da opinião pública, mas atendia basicamente à necessidade de construir um sistema jurídico dotado de certeza, diante da dispersão das fontes normativas” (GOMES FILHO, 2001, p. 53-54).

Evidentemente que, na vigência do Absolutismo, em razão da concentração cada vez maior de poder na figura dos governantes, não havia muito sentido se falar em

²⁴ Tradução livre do seguinte trecho “Esta divergencia entre la normatividad Del modelo en el nivel constitucional y sua ausencia de efetividad em los niveles inferiores comprta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, com meras funciones de mistificación ideológica del conjunto”.

motivação judicial das decisões, já que a condição de permanência da decisão no sistema estava muito mais ligada à sua conformação estrita aos desígnios do governante do que na fundamentação ventilada.

Com o advento da Era Moderna, contudo, e o fluxo das idéias iluministas, consagra-se a supremacia do Poder Legislativo, como expressão máxima da soberania popular. Neste contexto, a fundamentação das decisões deveriam se limitar a demonstrar que o juiz efetivamente tomou sua decisão amparado pelos textos legais. (GOMES FILHO, 2001, p.62)

No atual modelo constitucional, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais ergue-se como objeto de total consenso na doutrina e na jurisprudência, tendo merecido, do constituinte de 1988, disposição expressa no art. 93, IX e X. Todavia, o cumprimento do conteúdo deste mandamento constitucional só se torna possível caso caminhemos para certo acordo quanto ao que realmente seja “fundamentar” uma decisão judicial e sobre a coerência de sentido que tal princípio deve resguardar no plano teórico-prático, de modo que as construções dogmáticas não findem como meros discursos eloquentes desprendido da realidade social e sem qualquer influência na modificação do *statu quo*.

A pergunta, portanto, que se coloca é: considerando que vivemos na égide de um Estado Democrático de Direito, quando estará satisfeita a exigência de fundamentação das decisões judiciais imposta pela Carta Federal? Qual o alcance e o sentido possível para expressão “fundamentar” utilizada pelo legislador de 1988? Eventual resposta exige, contudo, algumas ponderações.

Inicialmente, cumpre destacar, como sugere o professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Walter Nunes da Silva Junior (2008. p. 319), que além do art. 93, IX, da Constituição da República, que indica a norma a ser observada na generalidade dos casos, o constituinte de 1988 ainda se utiliza, em outros momentos, como nos incisos XI, XII e LXI, do art. 5º, de expressões similares, tais como, *ordem judicial*,

determinação judicial e ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, a fim de reforçar a importância que atribui à motivação dos atos do Poder Judiciário²⁵, mormente, quando se trata de restrição a direitos fundamentais.

Discorrendo sobre o princípio aqui em tela, Gomes Canotilho (2003, p.1113), pontua que a exigência de fundamentação das decisões judiciais radica em três ordens fundamentais de razões. A primeira seria pelo controle que exerce da administração da justiça. A segunda remete à exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e à abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes. O terceiro e último fundamento do referido princípio é a melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes uma análise mais precisa dos vícios contidos na decisão judicial recorrida.

Nesta ordem de razões expostas pelo mestre português, fica claro que o dever de fundamentação das decisões judiciais não exprime sua necessidade somente pela perspectiva endoprocessual, o que, por si só, já justificaria sua observância, mas, alcança, igualmente, uma exigência extraprocessual, manifesta, justamente, no interesse de toda sociedade de que o processo não albergue nenhuma forma de injustiça pública.

O Supremo Tribunal Federal, poucos anos depois da promulgação da atual Constituição Federal, no julgamento do HC 68.202, publicado no DJ de 15/03/1991, que teve como relator o Min. Celso de Mello, expressou-se acerca da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, plasmada no art. 93, IX:

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX) reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciais, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais

²⁵ Embora não seja objeto tratado nesta pesquisa, vale lembrar que o dever de motivação não se impõe somente às decisões emanadas do Poder Judiciário, mas, outrossim, dos demais Poderes da República, sobretudo, em se tratando de atos sancionatórios.

Sem embargo a tal posicionamento, consentâneo com o que se espera da atuação jurisdicional no atual paradigma constitucional, o STF, após mais de duas décadas cuidando da interpretação da Carta de 1988, em decisão capitaneada pela ministra Ellen Gracie, expressou sério retrocesso no trato da questão, afirmando que a mera referência a uma lei proibitiva, por si só, constitui fundamento idôneo para satisfazer os reclames do art. 93, IX, da Constituição Federal. Vale a pena conferir a ementa do julgamento do HC nº. 95.671/RS²⁶, que exprime tal entendimento:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA DO STJ. NÃO HOUE ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO. ORIENTAÇÃO DO STF. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Inicialmente verifico que, no caso em tela, há obstáculo ao conhecimento do presente habeas corpus, pois não houve esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, eis que o ato impugnado é mera decisão monocrática e não julgamento colegiado do STJ. Não há notícia acerca da interposição de agravo contra a decisão monocrática e, portanto, não há como conhecer deste writ.

2. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória. Cuida-se de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5, XLIII, da Constituição da República.

3. O próprio juiz de primeiro grau reconheceu que a manutenção da prisão cautelar do paciente era necessária para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP.

4. Ante o exposto, não conheço do habeas corpus.

A fundamentação tida por idônea à negativa da benesse (liberdade provisória) na visão esboçada pela Ministra Ellen Gracie nos revela os contornos do que, na sua visão, e das dos demais colegas que seguiram seu voto, seja uma decisão devidamente fundamentada, apta a materializar o mandamento consagrado no art. 93, X, da Carta Constitucional, o que reforça que a discussão acerca da fundamentação das decisões judiciais não é tão bizantina assim.

A linha argumentativa trilhada no aresto torna trivial a premissa de que, tratando-se de prisões provisórias, em que se verifica a restrição do direito à liberdade daquele que é

²⁶ O inteiro teor da referida decisão encontra-se anexo ao final deste trabalho.

presumivelmente inocente, o fim perseguido pela norma impositiva do dever de fundamentação da decisão judicial não pode satisfazer-se com a mera referência à lei vedatória, sob pena de esvaziar o próprio conteúdo do princípio cunhado no art. 93, IX da Constituição Federal, que impõe a explanação, pelo magistrado, das razões de fato e de direito, que o conduziram à conclusão emanada.

Aliás, mesmo tomado em seu sentido literal, a expressão “fundamentar”, já indica a exposição de motivos ou de razões que visam explicar ou justificar algo. Ao fundamentar uma decisão, o juiz exterioriza e torna público o caminho que trilhou para chegar à sua conclusão. Caso alguma das partes entenda que o juiz perfilhou uma direção equivocada, poderá, de posse da referida decisão, socorrer-se nas instâncias superiores. De bom alvitre é lembrar que o livre convencimento do magistrado se traduz num livre convencimento devidamente motivado, circunscrito nos limites do Direito, a fim de não albergar abusos de poder.

Caso a atividade jurisdicional não respeite o mandamento constitucional aqui trazido a lume, o próprio legislador de 1988 já determinou que a consequência para essa inobservância será nulidade da decisão, com todas as consequências que daí podem advir.

Ora, uma decisão que tenha por consequência a privação da liberdade do indivíduo que se presume não-culpável, deve assumir natureza excepcional, tendo, como condição *sine qua non* para sua legitimidade, a análise pormenorizada das circunstâncias do caso suscetíveis de demonstrar cabalmente a necessidade da medida constritiva.

Ainda acerca do aresto retro transcrito, salutar observar que, ao se dirigir ao Poder Judiciário, o réu ou o acusado já tem conhecimento de que a liberdade provisória é negada de antemão pela lei. Contudo, reconhece que a lei, por seu caráter genérico e abstrato, veda a concessão da liberdade provisória considerando a generalidade das situações, tendo por norte a gravidade em abstrato do delito. Sabe, igualmente, que somente o juiz poderá fazer o ajustamento da conduta à norma proibitiva,

excepcionando-a, se for o caso, ante a ausência de fundamentos para o encarceramento precoce.

Por isso, crê que poderá apresentar ordens de razões que possam convencer o magistrado de que, malgrado a vedação legal, naquele caso não se impõe a custódia cautelar, por não estarem presentes os requisitos do art. 312 do CPP, podendo permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Espera que, em resposta ao seu pleito, o juiz leve em consideração seus argumentos e exponha claramente o porquê da necessidade da prisão.

Pela certeza que tem no Direito, e, não somente na lei, acredita que uma lei proibitiva não possa criar uma prisão obrigatória, por isso, deverá o juiz analisar, caso a caso, a necessidade da prisão cautelar.

O professor Rogério Lauria Tucci (2009, p. 189) assevera que o princípio da motivação das decisões judiciais apresenta-se como a única saída para que o acusado ou o réu possa saber como o juiz apreendeu os fatos e como interpretou a lei que sobre ele incide, razão pela qual a decisão deverá ser clara, lógica e precisa, demonstrando a abordagem de todos os pontos questionados, para, só então, firmar a conclusão atingida.

Na mesma esteira, seguem-se as palavras de Nelson Nery Junior (1992, p. 156), a seguir transcritas:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram 'substancialmente' fundamentadas as decisões que afirmam que 'segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido'. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.

Não resta, pois, dúvidas de que uma decisão que não expresse para as partes os reais motivos que conduziram o magistrado a tal conclusão e daí os permita manifestar eventual inconformismo, ofende, em sua origem, o próprio princípio do devido processo

legal em sua matiz substancial, uma vez que, à míngua de uma decisão devidamente fundamentada, seus consectários lógicos (contraditório e ampla defesa) não podem manifestar-se em sua completude. Aliás, nessa senda são as palavras de Flaviane de Magalhães Barros (2009, p. 19):

[...] a fundamentação das decisões judiciais é indissociável do contraditório, visto que a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. A co-dependência entre fundamentação das decisões e contraditório se conjuga, também, a necessidade de garantir a ampla argumentação, vista aqui como uma proposta de releitura do princípio da ampla defesa.

De qualquer modo, no processo penal, a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais encontra razões ainda maiores para que assuma proeminência, visto que há o risco latente durante todo processo de que a liberdade do réu ou acusado reste restringida por força da decretação de eventual prisão cautelar.

Disso decorre que, na decretação de eventual prisão cautelar, o magistrado não poderá se contentar com a mera referência aos requisitos genéricos do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal), antes deverá se ater às peculiaridades da situação apresentada a fim de demonstrar em que medida se faz imperiosa a privação da liberdade daquele que é presumivelmente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesta esteira, Fernando de Almeida Pedrosa (2001, p. 106), destaca que:

No despacho que decreta a prisão preventiva, o magistrado, como corolário lógico da necessidade de fundamentação (CPP, art. 315), deve demonstrar quais elementos informativos ou instrutórios descortinaram os indícios suficientes de autoria e a prova da existência do crime, bem como, quais elementos de convicção e quais fatos trouxeram a vislumbre a necessidade da custódia provisória, pela ocorrência de um de seus três motivos permissivos.

Infelizmente, como dito, o dever de fundamentação das decisões judiciais revela uma distancia abissal entre o discurso e a prática. Em se tratando de prisão decorrente de

flagrante então, conforme nos revela Fabiana Costa Oliveira Barreto (2007), em pesquisa realizada em cinco cidades da Federação (Belém, Recife, Porto Alegre, São Paulo, Distrito Federal), o caos está instaurado, havendo um enorme contingente de presos sem qualquer análise ou motivação da necessidade da medida constritiva, limitando-se a autoridade judicial a homologar, de forma genérica e imprecisa, a prisão-caputur, denunciando um discurso que protege e uma prática que viola.

Fabiana Costa Oliveira Barreto (2007, p. 64) constatou em sua pesquisa que, no mínimo, 75% das prisões provisórias decretadas resultavam de flagrante, sendo que em Belém e em São Paulo, este número era superior a 90%. Afirma ainda que o número de preventivas decretadas não ultrapassava a casa de 2%, sendo que a maior parte delas funda-se no art. 366 do CPP ou pelo fato de não ter o réu comparecido à audiência. Nessa senda, conclui a autora:

Este fato revela que quando a investigação é iniciada por portaria que instaura o inquérito policial a prisão provisória não acontece, de forma que se pode concluir que é a existência do flagrante que motiva a prisão e não a presença dos requisitos de garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (BARROS, 2007, p. 65).

Realmente, como se verá melhor em capítulo adiante, a prisão em flagrante tem sido tratada pela prática forense como verdadeiro fator de relativização do princípio da presunção de não culpabilidade, legitimando a própria antecipação da pena por parte do Estado, afinal, nada mais natural, já que, como afirma um corrente jargão popular, “o indivíduo fora pego com a boca na botija”.

Neste momento, afigura-se clara a tensão, imanente ao Direito, entre *faticidade e validade*, denunciada por Habermas, que exige que a tomada de decisão assegure tanto segurança jurídica quanto justiça, pois só assim restaria realizada a pretensão de legitimidade do Direito. A esse respeito, leciona Alexandre de Castro Coura (2009, p. 205):

Assim, além do caráter vinculante das decisões do judiciário, deve se assegurar o cumprimento, a um só tempo, de certas garantias no âmbito da aplicação do Direito, para que a legitimidade do sistema jurídico não seja comprometida. Nesse sentido, para que a atividade de julgar não comprometa sua função socialmente integradora do Direito e satisfaça a pretensão de legitimidade em relação a ele, é necessário que as decisões judiciais possam cumprir, simultaneamente, as condições de consistência e aceitabilidade racional. Para tanto, dois critérios devem ser conciliados no processo decisório: o princípio da certeza jurídica, que requer decisões consistentemente tomadas não apenas em relação ao tratamento anterior de casos análogos, mas, também, de acordo com o quadro de ordem jurídica vigente; e a pretensão de legitimidade, que requer, de forma complementar à referência ao direito vigente, decisões racionalmente fundadas nos fatos que integram o caso concreto de aplicação normativa, de forma que os coassociados possam considerá-las decisões racionais. Em outros termos, as decisões judiciais devem ser tanto coerentes com o direito vigente quanto adequadas à respectiva situação de aplicação normativa.

O dever de fundamentação das decisões judiciais, portanto, se mostra indispensável à densificação dos ideais de um Estado que se assuma Democrático e de Direito, na medida em que reforça tanto a certeza no Direito como sua pretensão de legitimidade, possibilitando a aceitação racional da decisão por aqueles que por ela serão afetados, o que só é possível caso a decisão “seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes” (BARROS, 2009, p. 18).

Sem uma explanação suficientemente clara, atenta ao caso concreto e que ofereça condições ao indivíduo de insurgir-se contra a decisão emanada de modo satisfatório, não há como entender realizado o comando constitucional inserto no art. 93, IX, mormente em se tratando da seara penal e processual penal, nas quais o indivíduo desde o início se percebe sujeito às agruras de um processo estigmatizante, desumano e ditatorial.

Passar-se-á, agora, à análise de um dos princípios constitucionais basilares na conformação de um processo penal democrático, visto como garantia, qual seja, o princípio da presunção de não culpabilidade.

2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE COMO VETOR DEMOCRÁTICO NO PROCESSO PENAL

Inédito na história das constituições brasileiras, o princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade encontra-se inserto no art. 5, LVII da Constituição Federal de 1988, onde recebeu do constituinte originário a seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1998).

Embora incorporado expressamente no sistema constitucional brasileiro com a Constituição Cidadã de 1988, alguns autores, como o professor Aury Lopes Junior (2008, p. 177-178) e Luigi Ferrajoli (2000, p. 550), localizam sua origem ainda no Direito Romano, com os escritos de Trajano. Para estes, tal princípio não teria sobrevivido à Baixa Idade Média por conta da Inquisição. Neste período, a dúvida gerada pela insuficiência de uma prova equivalia a uma semiprova, que por sua vez, autorizava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve, isto é, vigorava verdadeira presunção de culpabilidade (FERRAJOLI, 2008, p.550). Há também quem vislumbre seu precedente na Inglaterra medieval, com a Carta Magna de 1215, como defende Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio (2005, p. 72).

Para Walter Nunes da Silva Junior (2008, p. 530), foi com os ensinamentos de Cesare Beccaria em sua difundida obra *Dos Delitos e das Penas* (1764) que tal princípio começou a ganhar maior visibilidade. Este autor do século XVIII, fugindo à lógica de seu tempo, já propugnava um processo penal de cunho humanístico e não como mero instrumento de vingança, de modo que o réu deveria ser visto como sujeito de direitos e não mero objeto do processo (SILVA JUNIOR, 2008, p. 530).

A influência dos ensinamentos de Cesare Beccaria foi mais claramente percebida na Declaração de Direitos da Virgínia, que trazia em seu art. 8º a seguinte redação: “Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem direito [...]

de ser julgado com presteza por um júri imparcial [...] o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros” (SILVA JUNIOR, 2008, p. 530-531). Veja que o réu passou a ser visto não como aquele indivíduo já presumivelmente culpado, merecedor, portanto, de toda sorte de repúdia, antes como pessoa humana. Como tal, já não poderia mais ser destituído de seus direitos elementares tão somente por estar submetido a um processo ou investigação criminal, até porque somente ao final do processo restaria provada sua culpa ou inocência. Mesmo àquela época já se impunha limites à condenação do réu, esta não poderia se dar de qualquer maneira, havia limites a serem observados, limites estes que passaram a ser vistos como direitos do réu, atribuindo ao Estado, por seu turno, o dever de observá-los.

Mais tarde, seguindo essa orientação humanística, a declaração de direitos fundamentais enxertada à Constituição americana, mais especificamente, a Quinta Emenda, estabeleceu que: “Ninguém será levado a responder por um crime capital ou infamante a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um Grande Júri” (SILVA JUNIOR, 2008, p. 531). Sem embargo ao que se extraia de uma interpretação literal, para John R. Vile, citado por Walter Nunes da Silva Junior (2008, p. 531) aí já estava consagrada a essência do princípio em tela, isto é, a idéia de que toda pessoa é considerada inocente até que seja efetivamente provada sua culpa. Assim, mesmo despida de uma clareza redacional, o teor da Quinta Emenda serviu para prestigiar a conclusão de que ninguém pode ser declarado culpado sem fundamento em uma determinada certeza (SILVA JUNIOR, 2008, p. 531).

Tal entendimento foi definitivamente declarado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu art. 6º expressava que “todo homem deve ser presumido inocente até que seja declarado culpado” (SILVA JUNIOR, 2009, p. 531). Mas, a despeito dessa conquista, poucas legislações incorporaram tal princípio, o qual só veio a angariar repercussão mundial após a Segunda Guerra Mundial, por ocasião da Declaração de Direitos Humanos, da ONU, em 1948. Após isso, lentamente as constituições ao redor do mundo passaram a incorporá-lo, a exemplo a Constituição da Itália (1948).

Importante destacar que o Brasil, não obstante tenha tido representação na Assembléia- Geral das Nações Unidas de 1948, que originou a referida Declaração dos Direitos Humanos, não internalizou o princípio da presunção de não culpabilidade nas constituições que se seguiram, fato que, como já dito, só veio a ocorrer com o advento da atual Constituição Federal. Finalmente, o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) irá estabelecer em seu art. 8º que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que seja presumida sua inocência enquanto não for estabelecida legalmente a sua culpabilidade” (BINDER, 2003, p. 86).

Na verdade, embora não declarado expressamente até 1988, muitos já vislumbravam o princípio em tela como um princípio implícito em nosso Ordenamento Jurídico a orientar a atividade persecutiva estatal, sendo inclusive já invocado pelo Supremo Tribunal Federal ainda na égide da Carta Magna de 1969, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 86297-SP, ocasião em que se examinava a suposta inconstitucionalidade do art. 1º, item I, alínea “n”, da Lei complementar nº. 05/70, que considerava inelegíveis para qualquer cargo eletivo os que respondessem a processo judicial pela prática de determinados crimes (SOUZA, 2008, p. 130).

Fato é que, no Brasil, somente pós-1988 é que o referido princípio passou a ser considerado a principal pedra de esquina sobre a qual fora edificado o processo penal democrático. Na visão de Francesco Carrara, trazida à baila por Luigi Ferrajoli (2000, p. 550) não obstante o princípio da presunção de não culpabilidade atue como “postulado” fundamental para toda ciência processual e como pressuposto para suas respectivas garantias, ele tem sido alvo de um ataque concêntrico desde o final do século XIX, denotando uma involução autoritária da cultura penalista²⁷.

O primeiro ataque vislumbrado pelo referido autor teria ocorrido graças à Escola Positivista italiana, com seus expoentes Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, os quais,

²⁷ Muito embora Luigi Ferrajoli analise os ataques sofridos pelo princípio da presunção de não culpabilidade no contexto italiano, seus ensinamentos são de extrema valia, pois tais ataques foram percebidos em diversos países, inclusive no Brasil, haja vista a influência do direito italiano no processo penal brasileiro.

coerentes com suas opções substancialistas, viam no princípio em tela uma fórmula absurda, vazia, ilógica, razão pela qual o primeiro defendia a prisão provisória obrigatória e generalizada para aqueles delitos mais graves, ao passo que o segundo sugeria uma justiça extremamente sumária e substancial (FERRAJOLI, 2000, p. 550).

Outro golpe considerado decisivo pelo autor foi dado por Vincenzo Manzini, ao estigmatizar o princípio da presunção de inocência como um absurdo extraído do empirismo inglês, um verdadeiro paradoxo, já que a experiência havia demonstrado que a maior parte dos imputados resultavam culpados ao final do processo (FERRAJOLI, 2000, p. 551). Como efeito da propagação de pensamentos desta natureza por autores renomados, como Vincenzo Manzini, o Código Rocco de 1930 irá rechaçar o princípio da presunção de não culpabilidade, o compreendendo como exagero oriundo de antigos conceitos nascidos dos princípios da Revolução Francesa, que conferiam às garantias individuais os mais exagerados e incoerentes excessos (FERRAJOLI, 2000, p. 551). Tal princípio só será restabelecido posteriormente, já na Constituição republicana italiana, mais especificamente, em seu art. 27, §2º (FERRAJOLI, 2000, p. 551).

Quanto ao princípio ora em análise, mister ainda esclarecer (a) o sentido e as consequências da adoção do mesmo no âmbito do processo penal, bem como (b) o situar na atual discussão que envolve sua nomenclatura.

No que se refere ao seu sentido, o princípio da presunção de não culpabilidade, consagrado no art. 5ª, LVII, da Constituição Federal, expressa a ideia de que ninguém pode ser considerado culpado na ausência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado que assim o declare. A culpabilidade deve ser declarada mediante um juízo de certeza, não se contentando com meras presunções. Isto, na visão de Binder (2003, p. 87) significa, de fato:

1. Que somente a sentença tem essa faculdade.
2. Que no momento da sentença existem somente duas possibilidades: culpados ou inocentes. Não existe uma terceira possibilidade.
3. Que a "culpabilidade" deve ser juridicamente provada.
4. Que essa construção implica a aquisição de um grau

de certeza. 5. Que o acusado não tem que provar sua inocência. 6. Que o acusado não pode ser tratado como culpado. 7. Que não podem existir mitos de culpa, isto é, partes da culpa que não necessitam ser provadas.

Dentre todas essas conseqüências que podem ser percebidas dentro do alcance do direito fundamental em tela, certamente que a que constitui o *núcleo* desta garantia é a que estabelece que o acusado de maneira alguma poderá ser tratado como culpado (BINDER, 2003, p. 90) antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O acusado permanece isento de culpa até o momento em que já não seja mais possível discutir sua situação pela via recursal. Esta foi a decisão tomada pelo constituinte originário em 1988, isto é, manter como marco para a certeza de culpabilidade do acusado não o momento de prolação da sentença penal condenatória, mas sim o trânsito em julgado da mesma²⁸.

Não se deve pensar, com isso, que o princípio ora analisado constitui um benefício a favor do réu; antes, ele atua como uma limitação muito precisa da atividade sancionada

²⁸ Discussão que cada vez tem ganhado mais espaço entre os teóricos que se debruçam sobre o direito processual penal é a que se refere ao momento até o qual deverá se manter incólume o princípio da presunção de não culpabilidade. Oportuno aqui o panorama apresentado por Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 83-84), *in verbis*: “Bacigalupo trata o tema como ‘la presunción de inocencia en la fase de instrucción’ demonstrando que o princípio somente poderia ser válido até a sentença. Nesse diapasão, Sergio Moro leciona: ‘Apenas como exemplo, é oportuna a referência ao art. 5º., I, ‘a’, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que considera a condenação criminal, ainda que por julgamento não definitivo, momento suficiente e autônomo para a prisão. Também nos Estados Unidos, ainda um modelo de legislação eficaz e compatível com os princípios liberais democráticos (excluem-se os excessos decorrentes da assim denominada guerra contra o terrorismo), não tem o condenado em primeiro grau de jurisdição um direito irrestrito de apelar em liberdade. Ao contrário, ele tem o ônus de demonstrar que sua liberdade não coloca em risco a sociedade ou o processo e que seu recurso não tem cunho protelatório. Há uma nítida distinção entre a situação do acusado antes e depois da condenação, mesmo não sendo esta definitiva, cf. Título 18 do US Code, Seção 3.143, ‘b’, e Rule 46, ‘c’, da Federal Rules of Criminal Procedure”. Nesta esteira, apontam os autores Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 85), na contramão do entendimento recente do STF, que a existência de recurso especial e extraordinário pendentes de julgamento não impossibilita a execução provisória no processo penal, de modo que segundo eles “não se defende a prisão processual como condição para o réu recorrer, como ocorria no vetusto art. 594, revogado expressamente pelo art. 3º da Lei 11.719, de 20.06.08, mas apenas se afirma ser incoerente falar em mera presunção ou verossimilhança, mas sim em juízo de certeza, sendo que essa prisão (*de lege ferenda*) já seria prisão pena (execução provisória do julgado) e não processual”. Em que pese tal posição, entende-se que a recente mudança de posicionamento do STF com relação à execução provisória antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória veio reforçar o princípio da presunção de não culpabilidade. Isso pelo fato de que o que efetivamente ocorria era a adequação da norma constitucional à norma infraconstitucional, resultando em total subversão do sistema jurídico, já que a existência de recurso pendente, ainda que destituído de efeito suspensivo, impede que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não atendendo, destarte, o comando constitucional inserto no art. 5º, LVII.

pelo Estado, na medida em que uma vez não provada a culpabilidade mediante um juízo de certeza, aflora a situação básica da pessoa que é de liberdade, ou ainda que não seja correto chamá-la assim, de inocência (BINDER, 2003, p. 89). Como consequência lógica da presunção que milita a favor do acusado, caberá unicamente ao órgão de acusação provar a culpa, desincumbindo o réu de provar sua inocência. Se as provas apresentadas ao longo do processo não forem suficientes a conduzirem a um juízo de certeza, a dúvida importará na absolvição do réu.

Talvez por isso, para Alberto M. Binder (2003, p. 86), a formulação positiva do princípio em tela, isto é, como presunção de inocência, provocou maiores dificuldades em sua interpretação do que sua formulação negativa, como presunção de não culpabilidade. A primeira versão tem sido alvo de diversas críticas, pois, na verdade, não se pode afirmar que a situação de toda e qualquer pessoa na sociedade seja de inocência, pois esta é um conceito de referência, que só ganha sentido caso exista alguma possibilidade da pessoa ser considerada culpada (BINDER, 2003, p. 86). O que se pode afirmar é que a situação normal dos cidadãos é de liberdade, esta sim sem nenhuma referência ao direito ou ao processo penal (BINDER, 2003, p. 86). Por isso, mais correto do que dizer que quando uma pessoa ingressa no âmbito real de atuação das normas processuais ela é “inocente”, seria dizer que quando ela entra no foco de atenção das normas processuais, mantém sua situação básica de liberdade, razão pela qual fica mais claro utilizar a formulação negativa para compreensão de seu significado (BINDER, 2003, p. 86). Por isso, neste trabalho dar-se-á preferência à utilização da expressão presunção de não culpabilidade.

Há quem afirme que no processo penal o que há é suspeita e presunção de culpa, o que pode ser certo (BINDER, 2003, p. 87). Ocorre que o que está em jogo não é nenhum nível de conhecimento, pois certamente que no processo penal há uma aquisição de conhecimentos progressiva que pode importar no aumento de suspeita em relação a uma pessoa, mas, sim, uma garantia política que protege o cidadão que ingressa no campo de atuação das normas penais e processuais (BINDER, 2003, p. 87) contra eventuais arbítrios do Estado, que pode insistir em considerar ou tratar o

acusado como culpado mesmo antes do advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Infelizmente, mesmo estando hodiernamente consagrado em diversos textos constitucionais, o princípio da presunção de não culpabilidade tem perdido parte de seu conteúdo, tanto no sentido de 'regra de tratamento do imputado', que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade individual, como no de 'regra de juízo', que impõe à acusação a carga da prova, devendo haver absolvição em caso de dúvida (FERRAJOLI, 2000, p. 551).

Esse esvaziamento do conteúdo do princípio aqui ventilado é facilmente percebido na realidade brasileira, sendo corrente a confecção de leis que destinam ao investigado ou ao réu um tratamento próprio daquele que já estaria condenado, e, em alguns casos, até pior. Acrescenta-se, outrossim, a enxurrada de prisões provisórias decretadas em claro caráter de pena, sem qualquer análise da necessidade da medida, demonstrando que o processo penal ainda luta para se libertar da lógica inquisitorial a que esteve submetido durante a maior parte de sua história.

Evidentemente que o princípio da presunção de não culpabilidade não significa que em nenhum momento poderá ser decretada eventual prisão no decorrer do processo ou até mesmo das investigações. Ocorre que toda prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deverá assumir fins estritamente cautelares, jamais podendo configurar-se em antecipação da pena. A regra, portanto, é sempre a preservação do direito fundamental à liberdade individual antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Entendendo, contudo, o magistrado, ante a análise detida da situação concreta, que estão presentes alguns dos requisitos do art. 312 do CPP que justifiquem a cautelaridade da medida restritiva, deverá então decretá-la.

Exemplo clássico dessa tendência de esvaziamento do conteúdo desse direito fundamental, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, é a vedação da concessão da liberdade provisória presente em diversas leis brasileiras, como a que

cuida de tráfico de entorpecentes, a Lei nº. 11.343/06, a que trata das organizações criminosas, a Lei nº 9.034/95 e a que cuida dos delitos de lavagem de bens, dinheiro e valores, a Lei nº. 9.613/98.

O indivíduo, portanto, que eventualmente for preso em flagrante na prática de tais delitos não terá a oportunidade de ter as circunstâncias de seu caso analisadas pelo magistrado a fim de que este decida acerca da presença ou não dos requisitos que autorizam a prisão preventiva. Isso por conta de vedação expressa contida em texto legal, e, ainda, segundo o STF, no caso de tráfico de entorpecentes, como decorrência lógica da inafiançabilidade prevista em norma constitucional.

Ora, se assim for, não há como contestar que a esse indivíduo resta claramente dispensado um tratamento coerente com a presunção de culpabilidade, já que mesmo à míngua de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou de motivos que justifiquem a restrição ao seu direito de liberdade, ele continuará preso durante todo o processo, o que pode levar anos, considerado a morosidade da Justiça brasileira.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 178-179) ao discorrer sobre o princípio constitucional aqui em questão, não esconde sua oposição ao entendimento predominante no STF acerca da vedação da concessão da liberdade provisória nos delitos contemplados pelas leis retrocitadas, manifestando que:

Ao impedir-se a restituição da liberdade, que, evidentemente, poderia estar condicionada ao cumprimento de exigências de outra espécie, mas igualmente cautelares, o Supremo Tribunal Federal transferiu definitivamente ao legislador o exame da *necessidade da prisão*, preferindo não avançar sobre algumas questões básicas, a saber: a) tratando-se de prisão do inocente – porque não condenado ainda – a única justificativa para a privação da liberdade é a tutela de princípios constitucionais também assecuratórios de valores ou bens fundamentais, daí porque indispensavelmente *cautelar* a natureza de uma tal restrição; b) sendo *cautelar* a prisão, deve ser identificado o objeto do acautelamento; tal tarefa conduzirá à efetividade do processo, enquanto preservação da jurisdição concretamente em exercício, e à efetividade, tanto do processo quanto da jurisdição, há de ser dimensionado segundo seja necessário às finalidades últimas de um (processo) e de outra (jurisdição). Por isso, somente o exame de cada caso concreto é que poderá indicar a indispensabilidade da providência, posto que somente ações ou condutas praticadas pelo preso ou por alguém em seu nome pode colocar em risco as

aludidas funções públicas; d) afastada, então, a possibilidade de antecipação da culpa, ou seja, a prisão pela probabilidade de condenação, restaria o exame do risco de fuga e de novas práticas delituosas.

Além do mais, se a vedação da liberdade pudesse decorrer da gravidade do crime, certamente que o legislador estaria transferindo aos agentes de polícia e a Ministério Público a titularidade quase definitiva²⁹ da definição do crime e da pena cabível, naquilo que diz respeito à imposição de restrições imediatas da liberdade, de modo que bastaria a capitulação dada ao fato por ocasião do flagrante, ou do oferecimento da denúncia, para o preso tivesse negado, em definitivo, seu pedido de liberdade provisória (OLIVEIRA, 2004, p. 180), o que, sem dúvida alguma, soa teratológico.

Sustentar que seja possível uma lei estabelecer uma vedação absoluta, e, por consequência, uma espécie de prisão compulsória que dispense o magistrado de aferir a necessidade da medida, caminha, indubitavelmente, na contramão de princípios constitucionais como o da presunção de não culpabilidade, basilar a que o processo penal se mantenha minimamente democrático. Por isso, com razão, Alberto M. Binder (2003, p. 90) alerta para o fato de que o princípio da presunção de não culpabilidade marca o limite onde, “muitas vezes, começa a ser criada uma sociedade repressiva, em que cada cidadão é suspeito de algo”.

Parece que o Brasil não está tão longe disso, pois a cada dia aumentam os fenômenos (quais sejam: dos “presos” sem condenação; da utilização do processo como meio de defesa social; das enormes presunções que existem no processo penal; da utilização do conceito de “ônus da prova” contra o acusado; do maltrato durante a prisão preventiva) descritos por Alberto M. Binder (2003, p. 91) que demonstram que o princípio da presunção de não culpabilidade é ainda um programa ser realizado, um trabalho pendente.

²⁹ Seria quase definitiva, pois, não é definitiva, já que “ao final, por ocasião da prolação da sentença, o juiz sempre poderá alterar a classificação feita na denúncia (art. 383, CPP); mas, sob outro aspecto, ostenta características de definitividade no ponto em que permitirá a manutenção da prisão até a *fase final do processo*, já que, em regra, somente na fase decisória se opera a *emendatio libelli*” (OLIVEIRA, 2004, p. 180).

O que não pode ocorrer de maneira alguma é a naturalização do processo de desmantelamento de princípios supedâneos do Estado Democrático de Direito, sob pena de retorno aos arbítrios perpetrados na égide do paradigma constitucional anterior. O sentimento que deve prevalecer é sempre o de indignação e de luta contra as tentativas recorrentes de retrocesso dos direitos e garantias fundamentais.

No capítulo que se segue, será abordada a crise do positivismo jurídico, ao menos percebida teoricamente, bem como o desvelar da hermenêutica jurídica moderna, a fim de se demonstrar como os postulados positivistas ainda se encontram subjacentes às práticas que conformam o dia-a-dia dos tribunais brasileiros.

3 CRISE DO POSITIVISMO E HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA

3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO POSITIVISMO JURÍDICO E DE SUA CRISE

Ao prefaciar a obra de Flaviane Magalhães Barros (*Re) Forma do Processo Penal*, Lenio Luiz Streck afirma que “falar da Constituição de 1988 é falar de um novo paradigma, portanto, pós-positivismo; e, conseqüentemente, caminhar para além do positivismo e de tudo que o que ele representou no decorrer da história”. Realmente é inegável que, pelo menos na teoria, superamos o positivismo jurídico. Contudo, infelizmente, o que se percebe subjacente à práxis forense é, ainda, um modelo que reproduz e eterniza as principais premissas do positivismo jurídico. Assim, a atual conjuntura do Poder Judiciário revela um momento que pode ser perfeitamente resumido na máxima popular em que “o velho ainda não caiu e o novo ainda não se firmou”.

Mas, por qual motivo Lenio L. Streck afirma tão peremptoriamente que precisamos *caminhar para além do positivismo e de tudo que ele representou no decorrer da História*? Qual triste memória o positivismo jurídico nos traz que torna tão imprescindível sua superação? Possível resposta torna necessária algumas reflexões acerca do assunto.

O positivismo jurídico³⁰ é definido por Norberto Bobbio (2006, p. 119) como sendo “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” e que

³⁰ Segundo Bobbio (2006, p.119), três são os pontos fundamentais defendidos pelo positivismo jurídico. São eles: (1) O modo de *abordar* ou *encarar* o direito: esta doutrina concebe o direito como um conjunto de fatos e não como um valor [...] o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor; (2) *A definição do direito*: define o direito em função do elemento coação, de onde deriva a *teoria da coatividade do direito*; (3) *As fontes do direito*: tem a legislação como fonte preeminente do direito; (4) *A teoria da norma jurídica*: considera a norma um comando, formando a *teoria imperativista do direito*.

concebe “direito positivo” como sendo o “direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como lei”.

Conforme pode se inferir do conceito retrocitado, o positivismo jurídico tem na lei seu pressuposto e, ao mesmo tempo, seu fim, já que dela parte e nela se encerra. Essa visão extrai do positivismo *comtiano* a rejeição ao metafísico, daquilo que não pode ser objeto de experimentação. O positivismo jurídico deu ao direito a materialidade necessária para que fosse suscetível de experiência: a lei.

Em sua origem, o positivismo jurídico contou, para sua ascensão, com a escola histórica do direito, a qual possui como maior expoente Savigny. Explica-se: a contribuição desta escola para o positivismo jurídico está em que ela desempenhou importante papel no declínio do pensamento jusnaturalista, não lhe poupando severas críticas, e, como o direito positivo sempre foi visto em relação de dicotomia com o direito natural, com a reação antijusnaturalista o positivismo jurídico teve a chance de ganhar terreno (BOBBIO, 2006, p. 56).

O ideal jusnaturalista era visto como um óbice para que a ciência do direito lograsse valor científico, já que sustentava-se em fundamentos de ordem, eminentemente, axiológica. Como a onda iluminista havia elevado a grau máximo a rejeição a essa ordem de explicação, o positivismo jurídico se apresentava como a metodologia perfeita para conceder ao direito o *status* de “ciência” que tanto almejava.

De bom alvitre ressaltar que, não obstante a escola histórica do direito tenha contribuído para a crítica ao direito natural, o direito consuetudinário por ela propugnado sofreu duras críticas pelos iluministas, que o consideravam uma pesada e danosa herança da esconjurada Idade Média (BOBBIO, 2006, p. 54).

Procura estabelecer a quem são dirigidos os comandos jurídicos; (5) *A teoria do ordenamento jurídico*: considera a estrutura da norma não mais isoladamente tomada, mas do conjunto de normas vigentes numa sociedade. Sustenta a teoria da *coerência* e da *completude* do ordenamento jurídico; (6) *O método da ciência jurídica*: sustenta a interpretação mecanicista, que na atividade do jurista deve fazer prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito. (7) *Teoria da obediência*: é uma teoria da *obediência absoluta da lei enquanto tal*.

No campo do direito, o ideal iluminista apontava para a constituição de um “conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei” (BOBBIO, 2006, p. 55). Incorporando esse ideal, o positivismo jurídico surge a fim de oferecer ao direito o *status* de “ciência” e dar cabo, definitivamente, ao complexo de inferioridade que assolava este campo do conhecimento.

Isso pelo fato de que cientificidade, após o Movimento das Luzes, havia se tornado sinônimo de credibilidade, e, até mesmo, de verdade. Denotando clara influência do empirismo inglês e do método científico natural, fazer ciência havia se tornado um imperativo da razão humana, que passava a negar explicações que fugissem de seu crivo para alcançar o campo teológico ou metafísico.

Assim, inúmeros autores, a partir do século XVIII, reuniram esforços a fim de conferir sistematicidade ao estudo do Direito. Pode-se dizer que esse desiderato parecia ter sido alcançado já no início do século XIX, com o advento da codificação napoleônica, em 1804. Neste período, vigorava a todo vapor a ideia de que o direito se esgotava nas previsões normativas inseridas no código, chegando a ser difundida a máxima (dita napoleônica) de que “se não está no código, não está no mundo”.

A codificação napoleônica teve seus efeitos propagados para muito mais além das fronteiras francesas, vindo a repercutir na codificação de inúmeros países. A reunião em um código do maior número possível de normas afins, emanadas pelo poder soberano do Estado, indicava ser a solução perfeita para a questão da segurança jurídica, já que o direito se resumia à lei.

Veja que desde seu nascedouro, a ciência jurídica sempre buscou uma solução definitiva para seus problemas, o que pretendia mediante fórmulas certas e irretocáveis (TAVAREZ, 2002, p. 03). Na verdade, essa busca nada mais representou do que “a extensão do significado da ciência em geral, que se desenvolve com maior rigor na modernidade” (TAVAREZ, 2002, p. 03) para campo do Direito.

Mas, para isso, precisava delimitar com clareza qual seria seu objeto e o seu método, este capaz de garantir total neutralidade do observador, somente assim que lhe permitiria passar pelo crivo da cientificidade. Essa tarefa não foi fácil e lhe custou caro. É só imaginar no que daria uma ciência social aplicada atuando numa lógica própria das ciências naturais. Nesse sentido, avalia Juarez Tavares (2002, p. 03):

[...] provavelmente o conceito mais original da ciência do ocidente esteja representado pela idéia das “leis naturais”, aquelas que já existem *a priori* e que apenas precisam ser descobertas, ou de outro modo identificadas, para servirem de parâmetros, tanto de comportamentos humanos quanto de conhecimento dos objetos. A consideração de que a natureza está subordinada a leis objetivas, as quais se bastam por meio de sua cognição, importa submetê-la a um modelo de dimensões rígidas, que deveria ser perseguido por imperiosa necessidade.

Nessa empreitada rumo ao mundo científico, o Direito, na égide do Estado Liberal, internalizou o reconhecimento do império da razão e a rejeição a tudo que se definia como metafísico sob a forma do império da lei. Na verdade, a lei foi um instrumento eficaz utilizado pelo liberalismo³¹ político para garantir a limitação do poder e das funções do Estado, representava, igualmente, a garantia perfeita de segurança jurídica, pressupondo-se a universalidade de suas proposições, a partir de sua atemporalidade e a exclusão definitiva de quaisquer resquícios de subjetividade.

Nessa conjuntura, a atuação do magistrado era bastante restrita, devendo limitar-se a aplicar a lei no sentido do que se acreditava ser a sua literalidade, função que lhe rendeu o título de mero *boca da lei*. Entendia-se que somente o Legislativo era representante direto da soberania popular e, em virtude disso, o juiz jamais poderia destoar do comando legal, já que isso equivaleria, em última análise, a desrespeito à vontade do titular supremo da soberania, qual seja: o povo.

³¹ “O liberalismo se apresentou como uma *teoria antiestado*. O aspecto central de seus interesses era o indivíduo e suas iniciativas. [...] O papel do Estado é negativo, no sentido de proteção dos indivíduos. Toda intervenção do Estado que extrapole estas tarefas é má, pois enfraquece a independência e iniciativa individuais. Há uma dependência entre Estado e o espaço da(s) liberdade (s) individual (is)” (STRECK; MORAIS, 2004, p. 56).

Restava, pois, ao juiz, a tarefa simplificadora de subsunção, isto é, garantir a aderência do fato ao comando legal, não lhe sendo autorizado qualquer interpretação que se afastasse da leitura realizada pela *mens legislatoris*. Deparando-se o magistrado com alguma dúvida no momento de aplicação da norma, deveria consultar o intérprete autêntico: o legislador. Procurava-se, dessa maneira, assegurar a neutralidade do método, objetivo incansavelmente perseguido pelo positivismo jurídico e filosófico do séc. XIX.

Os direitos fundamentais, no paradigma liberal, figuravam-se muito mais em sua perspectiva formal do que material, sendo oponíveis tão somente ao Estado, a quem cabia a tarefa de abster-se de imiscuir na vida privada do indivíduo, mormente, na propriedade. Assim, não obstante o Estado Liberal tenha sido palco para a conquista dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a leitura meramente formal que se fazia dos mesmos não oferecia uma resposta satisfativa para as desigualdades materiais verificadas na prática.

O modelo liberal não oferecia instrumentos idôneos a que o juiz, quando acionado, pudesse minimizar as distorções verificadas, de modo que não lhe restava outra alternativa senão reproduzir este modelo em sua atuação, contribuindo, assim, para a manutenção do *status quo*, para a legitimação da dominação.

Mas, embora esse raciocínio silogístico tenha predominado durante todo o Estado Liberal, o auge do positivismo jurídico, sobretudo, teoricamente, é percebido na vigência do *Welfare State*, paradigma constitucional do pós Primeira Guerra Mundial. Neste, a atuação do magistrado, embora mais complexa se comparada ao modelo liberal, limitava-se a implementar os fins sociais perseguidos pelo Estado, de modo que não logrou tanto êxito no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais, haja vista o modelo teórico dito acima dominante.

O direito, portanto, ainda reclamava um método próprio para sistematizar sua teoria, que se encontrava bastante fragilizada. O direito continuava a sofrer com o influxo de

diversas áreas, como a da política, da moral, da filosofia etc. Soava necessário isolar o objeto de estudo, qual seja: o direito, de toda sorte de influências externas, para assim, confiando na imparcialidade do sujeito, se chegar a um resultado que garantisse total neutralidade.

Ao direito não mais cabia discutir justiça, ética ou moral, questões essas que ficaram reservadas a outras áreas do conhecimento. O direito precisava se purificar para ser ciência. A resposta a tal anseio veio com maior intensidade com o austríaco Hans Kelsen³² no século XX, através de sua célebre obra “Teoria Pura do Direito”, considerada “como o maior exemplo de construção lógico-estrutural do ordenamento jurídico até o momento” (CAMARGO, 2003, p. 101).

São palavras do autor que bem ilustram o objetivo de sua teoria:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. É esse seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1998, p. 01).

Essa metodologia encontrada por Kelsen para libertar a ciência do direito de qualquer influência exógena, foi a grande responsável pelo isolamento a que o direito esteve condenado durante décadas, impossibilitado do diálogo com as demais áreas do conhecimento.

De qualquer modo, a figura de Hans Kelsen se tornou tão expressiva para o positivismo jurídico, que se passou a conhecer o método/doutrina pelo autor, tornando-se comum a

³² Evidentemente que não se está a ignorar autores de grande expressão para o positivismo jurídico como Austin e Hart. Aliás, o autor que será utilizado como base teórica nesta pesquisa, qual seja, Ronald Dworkin, propõe-se a criticar o positivismo jurídico em geral a partir da teoria de Hart. Contudo, a ênfase à concepção kelseniana neste trabalho se dá em virtude de ter ela alcançado maior repercussão no meio acadêmico brasileiro, sendo seu estudo obrigatório em, praticamente, todas as grades curriculares de nosso país, sobretudo, a obra “Teoria Pura do Direito”, o que gerou, conseqüentemente, a reprodução de seu modelo na *práxis* forense. Quanto a Hart, será abordado mais adiante.

distinção entre kelsenianos e não-kelsenianos para designar positivistas ou não-positivistas.

Como se pode perceber pelas palavras do autor citadas alhures, assim como Auguste Comte (1990, p. 19) sonhava em oferecer às ciências sociais um método de estudo próprio que pudesse identificar a presença de leis constantes e imutáveis na sociedade, tal qual era possível perceber nas ciências naturais através da observação, Kelsen entendia que isso seria possível ao direito desde que se sacrificasse a interdisciplinaridade em nome da pureza metodológica.

Pode-se dizer que ao edificar sua teoria, o primeiro obstáculo a ser transposto por Kelsen foi identificar um fator de diferenciação das normas jurídicas para as demais normas existentes na sociedade, isto é, das normas morais, sociais, religiosas etc. Para tanto, o professor da Universidade de Viena concluiu que tal fator era a *coercibilidade*, qualidade presente tão-somente nas normas emanadas pelo Estado através de suas autoridades competentes. A coerção autorizava a aplicação de sanção, inclusive, o uso da força através do aparato estatal, toda vez que uma regra jurídica fosse descumprida.

Uma vez tornada ímpar a norma jurídica em relação às demais normas que vigem na sociedade, Kelsen ainda entendia que não cabe, no campo jurídico, indagar se uma norma é boa ou ruim, se é justa ou injusta. Pergunta-se somente se é válida ou inválida, o que equivale a perquirir se a norma observou o procedimento adequado e se foi emanada da autoridade competente. Procurava-se, desta forma, afastar o direito “da instabilidade típica das relações valorativas, como também das relações causais próprios dos fenômenos naturais” (CAMARGO, 2003, p. 104).

A ciência jurídica deveria se afastar de toda influência metafísica, de fatores alienígenas ao seu objeto. Nesse contexto, a validade surge como um atributo próprio do direito, que identificava sua criação mais perfeita: a lei.

O procedimento adequado e autoridade competente, por sua vez, estariam previstos na norma hierarquicamente superior, de modo que o fundamento de validade de uma norma sempre repousaria na norma hierarquicamente superior, e assim por diante, até se chegar ao fundamento de validade que ocupa o ápice do ordenamento jurídico, isto é, a Constituição. Esta, por sua vez, encontraria seu fundamento de validade numa norma fictícia, pressuposta, qual seja: a norma hipotética fundamental. Nisto estaria a unidade do sistema jurídico, isto é, no fato de todas as normas terem o mesmo fundamento de validade: a norma fundamental (CARMARGO, 2003, p. 106).

No pensamento kelseniano, o conceito de validade ocupa posição central e elementar, pois é dele que se extrai toda a essência do direito. Nesta toada, analisa Margarida Maria Lacombe Camargo (2003, p. 109):

Kelsen isola do direito qualquer indagação do tipo quem fez a norma, por que a fez, quais os interesses ou valores que encerra etc, pois, segundo ele, tais questões pertencem ao campo de considerações próprio da ciência política, da psicologia, da ética ou da sociologia. O fundamento de validade do direito, não está, para Kelsen, na origem ou na fundamentação social do ato, mas na própria norma (superior) que o autoriza, ou melhor, na norma que o prescreve. Assim, para efeitos metodológicos, o direito, como norma ou ordenamento jurídico positivo, encerra-se em si, prevendo e controlando a sua própria existência, bastando a si mesmo.

Veja que embora o fim precípua do direito seja promover uma convivência humana harmônica e, assim, assegurar a paz social, a fundamentação normativa propugnada pelo positivismo jurídico desconsidera que determinadas peculiaridades do caso concreto podem exigir resultados diversos embora com supedâneo na mesma norma jurídica, o que não significa, necessariamente, criação do direito pelo aplicador da norma.

Mas, indiferente a tudo isso, o esquema lógico-estrutural edificado pelo positivismo jurídico era formulado a partir da compreensão do ordenamento jurídico como um conjunto fechado de regras, apresentando uma visão unidimensional do direito, sem qualquer abertura para a natureza normativa dos princípios, tal como concebemos com naturalidade hodiernamente.

Kelsen não considerava a imprescindibilidade dos princípios para um ordenamento jurídico, já que as regras, por si mesmas, garantiriam a completude do sistema. Segundo ele, tudo que o profissional do direito precisava para a aplicação do direito encontrava-se no interior de sua moldura fictícia, donde se extraía todas as possibilidades de condutas decorrentes de um texto normativo. Dentre as hipóteses verificadas no contorno da moldura, o juiz seria livre para aplicar qualquer delas.

Apesar de grande valia para a concepção do Direito como ciência, a tentativa de Hans Kelsen de inserir em uma moldura toda conduta possível de ser extraída de uma norma pelo juiz desconsiderou a complexidade da vida proporcionada pela crescente velocidade da vida social, o que torna inviável um esgotamento de comportamentos estabelecidos *a priori* pelo legislador.

Assim, nem sempre aquelas leituras hipoteticamente previsíveis encontradas no interior dos contornos da moldura fictícia, forneciam parâmetros satisfatórios para solução do caso *sub judice*, sendo o magistrado forçado a proferir decisões discricionárias. Isto se dava pelo fato de que Kelsen não fornecia nenhum critério com base no qual pudesse ser apontada uma leitura como a correta dentre as várias possíveis, de modo que a autoridade julgadora teria discricionariedade para decidir dentre as várias possibilidades, tendo por limite tão-somente o contorno da moldura.

Para Menelick de Carvalho Netto (2004, p.36-44) o que Kelsen não percebeu foi que um quadro de leituras possíveis jamais poderá ser traçado, até porque esse quadro é móvel na história. Ao entender que o juiz deve assumir uma postura voltada para as possibilidades existentes na moldura, o mestre austríaco desconsidera a relevância das peculiaridades e da irrepetibilidade do caso concreto, colocando o magistrado frente a situações em que tal modelo seria incapaz de conduzir a uma decisão, concomitantemente, justa, racional e legítima.

Na edição francesa de sua *Teoria Pura do Direito*, de 1953, Kelsen acabou por reconhecer a impossibilidade de qualquer controle efetivo do poder discricionário do juiz, o que acabou comprometendo os próprios objetivos da Teoria Pura, quedando-se, portanto, num total decisionismo, já que reconhece a interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais como um ato de vontade. Admite, igualmente, a produção de uma norma fora da moldura como interpretação autêntica, desde que realizada por qualquer dos órgãos de forma vinculante (COURA, 2004, p. 413). Tal mudança de concepção verificada nesta edição foi responsável pelo o que ficou conhecido como “giro decisionista” na teoria kelseniana.

Com a derrocada do positivismo kelseniano, ao menos teoricamente, já que sua teoria ainda se vê subjacente à práxis forense, outras possibilidades teóricas começam a despontar no cenário jurídico. O debate jurídico-filosófico contemporâneo “questionou as duas teses em que se apoiava o positivismo jurídico, determinando a abertura da filosofia do direito aos valores ético-políticos e, por outro lado, ao mundo dos fatos” (FARALLI, 2006, p. 03). O direito precisava se redefinir, adequar-se à realidade social, abrir-se para a natureza normativa dos princípios e reconhecer que o direito não sobrevive ileso à influência de valores ético-políticos.

3.3 ALGUNS FATORES QUE CONTRIBUÍRAM PARA OS CONTORNOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA MODERNA

A concepção do direito enquanto conjunto fechado de regras e a conseqüente negação do caráter normativo dos princípios foi, indubitavelmente, um dos principais motivos da crise do positivismo verificada no início da segunda metade do século XX. Isto dado ao fato de que na medida em que as relações intersubjetivas foram se tornando cada vez mais complexas, um sistema baseado tão-somente em regras, com seus moldes tradicionais de aplicação, não dava conta de responder satisfatoriamente às demandas

que surgiam. Certos impasses jurídicos só foram resolvidos através do reconhecimento do carácter normativo dos princípios³³.

O desenvolvimento de uma teoria dos princípios por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy permitiu se falar em um movimento pós-positivista, responsável por rever as principais bases do positivismo jurídico. Também a obra “*The Theory of Justice*”, do estadunidense John Rawls, foi responsável por abalar e questionar “uma das teses fundamentais do positivismo jurídico: a convicção da impossibilidade de uma discussão racional sobre conteúdos deontológicos ou de uma teoria científica de tais conteúdos” (FARALLI, 2006, p. 06). A elaboração de uma teoria própria da justiça evidencia a preocupação do autor com o ser humano e sua carência de melhor compreender o fenómeno da justiça, que por longo período foi compreendido fora do direito.

Atribui-se, além do *giro decisionista* na teoria kelseniana e do desenvolvimento de uma teoria própria dos princípios, a outros fatores a crise da perspectiva teórica apresentada pelo positivismo jurídico. A título de exemplo, podemos citar o resgate do sujeito ou a recuperação da subjetividade no processo cognitivo, o reconhecimento da importância da linguagem na construção de sentido e a noção de paradigma, desenvolvida por Thomas Kuhn.

³³ Na verdade, a maior parte dos doutrinadores não adota propriamente uma definição de princípios, antes os apresenta sempre em oposição à outra espécie normativa, as regras. Na tentativa de resumir diversos pontos de distinção entre regras e princípios, o mestre português Canotilho (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161) assim os sintetiza: a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa. c) *Grau de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) <<Proximidade>> da *idéia de direito*: os *princípios* são <<Standards>> juridicamente vinculantes radicados na exigência de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<idéia de direito>> (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional. (f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, função normogénica fundamentante.

Quanto ao primeiro, ele desponta como fator importantíssimo para a crise do modelo positivista, uma vez que fez cair por terra qualquer pretensão de neutralidade. Nenhum método intermediado pelo homem é capaz de garantir neutralidade, quer seja do ponto de vista do sujeito, quer seja do ponto de vista do objeto. Portanto, não há que se falar em pureza metodológica nos moldes propugnado por Hans Kelsen.

Apesar de a noção de sujeito sempre ter sido uma questão contraditória na filosofia (TAVAREZ, 2002, p. 07) hodiernamente, assume-se com tranqüilidade que o observador não é mais considerado um dado objetivo e estático. Todavia, nem sempre foi assim, consoante se verifica das lições de Edgar Morin, extraídas de Juarez Tavarez (2002, p. 07):

[...] expulsa-se o sujeito, primeiramente, como observador, para construir conceitos neutros e objetivos; depois se exclui o sujeito da psicologia, para substituí-lo por estímulos, respostas e comportamentos; elimina-se também o sujeito da história, para em lugar de decisões ver somente determinismos sociais; se exclui o sujeito da antropologia, para compreender apenas estruturas, e da sociologia, para aceitar unicamente organização ou orientações.

Veja que a exclusão do sujeito do processo cognitivo não é apanágio exclusivo da ciência jurídica, como também seu resgate não o será. A idéia de que sujeito e objeto se influenciam mutuamente através da intermediação da linguagem nasce na filosofia, com as contribuições, sobretudo, de Wittgenstein³⁴ (segunda fase: *Investigações Filosóficas*), Heidegger (*Ser e Tempo*) e Gadamer (*Verdade e Método*), os quais, muito

³⁴ A respeito de Wittgenstein, Wayne Morrison (2006, p. 429) discorre: “Wittgenstein inicia sua mais conhecida obra da maturidade, *Investigações Filosóficas* (1958) com um ataque à teoria designativa da linguagem. Ele cita um parágrafo de Santo Agostinho sobre o processo de aprendizagem de uma língua como exemplo de aprendizagem que depende da teoria do significado baseada na imagem. Na concepção agostiniana ‘a essência da linguagem humana [...] individualmente, numa língua, as palavras nomeiam objetos – as frases são combinações de tais nomes – nessa imagem da linguagem encontramos as raízes da seguinte idéia: cada palavra possui um significado. Esse objeto é correlativo ao mundo. É um objeto do qual a palavra é o sucedâneo’. Para o Wittgenstein da maturidade, essa concepção, na qual baseara o único livro que publicara em vida, o *Tractatus* (1921), tem o grave defeito de ignorar o contexto das atividades em que as palavras estão inseridas. Ele agora sustenta que as palavras não têm um significado independente e separado da atividade, e a combinação de atividade e linguagem é por ele chamada de ‘jogo lingüístico’. Na verdade, é a operação do jogo de linguagem que fornece a base, ou os limites, do pensamento humano. A idéia de um significado essencial das ‘palavras’ é substituída pela idéia de ‘significado-em-uso’”.

mais do que traçar regras de interpretação³⁵ da linguagem para alcançar conceitos, inauguram verdadeiras técnicas de compreensão (TAVAREZ, 2002, p.33).

Heidegger, com sua obra *Ser e Tempo*, assume papel relevantíssimo quando se trata de reflexão acerca do caráter temporal do ser humano e de sua historicidade³⁶. Para ele, o mundo é circunstância humana, não havendo possibilidade de diferenciar entre o homem e o ser. Uma vez que ocupa “o centro do mundo, o homem não é uma consciência abstrata, mas um indivíduo histórico, configurado por experiências pessoais e as de sua época” (TAVAREZ, 2002, p. 35). Por isso, nenhum sentido se estabelece isento de pressuposições, sem pré-conceitos. Afinal, a historicidade que envolve o homem informa ser ele temporal,³⁷ de modo que restou reforçada a ideia de que “as condições existenciais do homem determinam também as condições com as quais ele interpreta e convive com o mundo” (COURA, 2009, p.34-35).

Contra o positivismo, Gadamer indaga se existiria uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento universal da lei, da regra e que encontre aí sua realização (GADAMER, 2004, p. 391). Ora, segue o autor, mas não é a própria realidade fruto de uma interpretação? De modo que a interpretação, na visão da moderna hermenêutica, é o que oferece a mediação jamais pronta e acabada entre homem e mundo, e, desse modo, a única imediatez verdadeira e o único dado real é o fato de que compreendemos algo como algo (GADAMER, 2004, p. 391).

³⁵ Gadamer (2004, p. 391) destaca a importância que o conceito de interpretação foi ganhando, indicando que “essa palavra representava originalmente a relação mediadora, a função do intérprete entre pessoas que falavam idiomas diferentes, a função de tradutor. Daí, ela passou a função de deciframento de textos de difícil compreensão. No momento em que o mundo intermediário da linguagem se apresenta à consciência filosófica em sua significação predeterminante, a interpretação foi obrigada a ocupar na filosofia uma espécie de posição-chave. A ascensão triunfal desta palavra começou com Nietzsche e passou de certo modo a representar um desafio para qualquer positivismo”.

³⁶ Para Martin Heidegger (2001, p. 181) “a análise da historicidade da presença busca mostrar que esse ente não é “temporal”, porque se “encontra na história”, mas, ao contrário, que ele só existe e só pode existir historicamente porque, no fundo do seu der, é temporal”.

³⁷ Sustenta Heidegger (2001, p. 181) que “toda interpretação possui sua posição, visão prévia e concepção prévia. No momento em que, enquanto interpretação, se torna tarefa explícita de uma pesquisa, então o conjunto dessas “pressuposições”, que denominamos de situação hermenêutica, necessita de um esclarecimento prévio, que numa experiência fundamental, assegure para si o objeto ser “explicitado”.

Para Gadamer, a crença naquelas proposições protocolares³⁸ como única fonte do conhecimento, não durou muito, nem mesmo no Círculo de Viena, de maneira que até mesmo “as ciências naturais não podem evitar a consequência hermenêutica de que a realidade “dada” é inseparável da interpretação” (2004, p.391-392).

Ora, se a leitura de determinado fenômeno é fruto de uma interpretação condicionada pelo conjunto de pré-compreensões que situam o ser humano no tempo e no espaço, um mesmo fenômeno pode levar a leituras totalmente antagônicas a depender do momento histórico que o abriga. Imagine, por exemplo, a cena de uma senzala lotada de escravos de propriedade de determinada pessoa. Agora, a situa no Brasil de dois séculos atrás, e, depois, a contrasta com os dias atuais. Certamente que esta cena, naturalizada no Brasil há pouco mais de um século atrás, causaria tremenda repulsa nos dias de hoje, em que o trabalho escravo é terminantemente vedado por nosso sistema jurídico. Essa concepção de pré-conceitos forjados em determinados momentos históricos, condicionando a análise do interprete, desconstrói a ideia positivista de “uma lei natural tomada no sentido de relação constante e invariável entre os fenômenos” (TAVAREZ, 2002, p. 14).

Por isso, Gadamer sustenta que somente à luz da interpretação algo se converte em fato e uma observação possui força enunciativa (GADAMER, 2004, p. 392). Nenhum texto possui vida própria, antes seu sentido só é plenamente alcançado através do papel mediador imprescindível do intérprete³⁹

³⁸ Gadamer utiliza a expressão proposição ou texto protocolar porque é considerado de antemão como um documento, e isso significa que é preciso recorrer ao que nele está fixado.

³⁹ Oportuna a esse respeito é a reflexão de Gadamer (2004, p. 392). Vejamos: “Será que interpretar é impor um sentido e não encontrar um sentido? Tal é a pergunta formulada por Nietzsche, que decide sobre o nível e o alcance da hermenêutica e das objeções de seu adversário. Em todo caso, é preciso assinalar que o conceito de texto só se constitui num conceito central na estrutura da linguagem a partir do conceito de interpretação; o que caracteriza o conceito de texto é que somente se apresenta à compreensão no contexto da interpretação e aparece como uma realidade dada à luz da interpretação. Isso vale também para o entendimento que se dá no diálogo, uma vez que podemos pedir para repetir os enunciados não muito claros ou controversos, buscando assim alcançar uma formulação vinculante, um processo que culmina depois na fixação protocolar. De modo semelhante, o intérprete de um texto pergunta pelo que há propriamente nele. Essa pergunta poderá ter uma resposta não isenta de pressuposições e preconceitos, uma vez que aquele que pergunta busca uma confirmação direta de suas próprias suposições. Neste apelo, porém, ao que há nele, o texto aparece como um ponto de referencia

Nenhum legislador, por mais onipotente e perspicaz que possa ser, será capaz de criar uma norma que torne trivial o papel do intérprete, já que jamais conseguirá antecipar todos os sentidos possíveis que a mesma poderá assumir. Aqui, sem dúvida, como dito alhures, reside um dos pontos mais criticados do positivismo, em especial, kelseniano, pois embora admitisse a pluralidade de interpretações possíveis, findava por apelar para a discricionariedade do magistrado, admitindo, assim, uma resposta para além do Direito.

Nessa senda, Juarez Tavares (2002, p. 36-37), sintetiza o pensamento de Gadamer:

O método (sem método) de GADAMER consiste, portanto, em fazer incidir sobre o texto uma pré-compreensão com vistas a dele retirar algo, de modo que o texto modificado por estes conceitos se torne distinto do texto escrito ou originário e, ao cabo desse processo, passe a modificar as próprias concepções do intérprete. O objetivo da interpretação será unir dois mundos, que sempre atuam no processo de compreensão do texto: o mundo da experiência em que o texto fora escrito e o mundo da experiência do próprio intérprete. A questão está, assim, em separar a errônea pré-compreensão da correta compreensão, com a qual se passa a entender e a atualizar o texto.

Com isso, Gadamer pretende se opor à ideia de que o texto possua um significado por si mesmo e, ao mesmo tempo, evitar um subjetivismo relativo, decorrente do entendimento do texto por si mesmo, o que poderia dar lugar a uma interpretação puramente arbitrária de cada um (TAVARES, 2002, p. 36).

Assim, a utilização da pré-compreensão não constitui, propriamente, um critério de interpretação, antes, mera hipótese, a qual deve o intérprete refundir em face do aperfeiçoamento do próprio texto. Isso significa que se a interpretação do texto alcançar positivamente seu objetivo, a conclusão daí decorrente incorpora-se aos elementos da pré-compreensão, os quais se encontram, então, preparados para serem aplicados em face de outros sucedâneos futuros (TAVARES, 2002, p. 37).

fixo, frente à problematicidade, arbitrariedade ou, no mínimo, a pluralidade de possibilidades interpretativas que apontam para o texto. (grifo nosso)

Mas, se ao contrário, a interpretação do texto não apresentar qualquer resultado positivo, “conforme os elementos da pré-compreensão que dele se tinha, esta deficiência irá forçar a que se passe a modificar essa própria pré-compreensão, de forma a ajustá-la e esse novo sucedâneo” (TAVAREZ, 2002, p. 37).

Esse eixo filosófico Heidegger-Gadamer, contribuiu, por exemplo, para construção da idéia de *paradigma* por Thomas Kuhn em sua *A Estrutura das Revoluções Científicas*, de enorme impacto para a ciência em geral. A partir de então, solidificou-se a ideia de que toda interpretação se dá sob a ótica de um determinado paradigma situado no tempo e no espaço, sendo, por isso, impossível ao intérprete se desvencilhar deste conjunto de pré-compreensões no qual está inserido.

Bauman (1998, p. 17), na leitura que faz de Alfred Schütz, expoente da sociologia fenomenológica, destaca que:

Cada um de nós, em nossas vidas diárias, e sem muito pensar a esse respeito, utiliza um número tremendo de produtos dessa pré-seleção e pré-interpretação, que se unem para o que Schütz chama de “fundo de conhecimento à mão”. Sem tal conhecimento, o viver no mundo seria inconcebível. Nenhum de nós pode construir o mundo das significações e sentidos a partir do nada: cada um ingressa num mundo “pré-fabricado”, em que certas coisas são importantes e outras não.

Tanto a idéia de *paradigma* esboçada por Thomas Kuhn, como a de “*fundo de conhecimento à mão*”, de Alfred Schütz, convergem para a conclusão inevitável de que onde há pré-compreensão não há espaço para pretensão de neutralidade. Não adianta, portanto, como tentou Kelsen, isolar o Direito em busca de uma pureza metodológica, só se isolássemos, igualmente, o intérprete do mundo, o que também seria ineficaz, pois, como acenou Heidegger, o homem deve ser compreendido como um *ser no mundo* (Dasein), um ser histórico, não como uma consciência abstrata.

Enfim, cada um dos fatores aqui considerados contribuiu, de algum modo, para falência daquele modelo difundido pelo positivismo jurídico. O desafio agora é caminhar rumo a um movimento pós-positivista no mundo fático, onde o modelo silogístico encontra-se

em pleno vigor. Inegavelmente, a tomada de decisões amparada pelo modelo aqui criticado não exige qualquer esforço hermenêutico crítico-constructivo por parte do magistrado, facilidade que contribui para perenização de um modelo teoricamente superado. A atuação que se espera de um magistrado na vigência de um Estado Democrático de Direito, onde sua decisão deve atender, concomitantemente, ditames de racionalidade, justiça e legitimidade, sem quedar-se em argumentos alienígenas ao Direito, o torna verdadeiro *juiz Hércules*, para utilizar a figura de Dworkin.

Aliás, como forte opositor do positivismo jurídico, sobretudo, na versão apresentada por Hart, Ronald Dworkin servirá de verdadeira base teórica na análise do problema proposto, o que torna indispensável a retomada de alguns de seus ensinamentos, os quais serão retomados na conclusão deste trabalho.

3.4 DECISÃO JUDICIAL E INTEGRIDADE NO DIREITO

3.4.1 Hart: o ponto de partida de Dworkin

Embora no capítulo anterior tenha sido abordado o positivismo jurídico, mormente, na versão kelseniana, em razão da forte influência que esta teve entre os autores brasileiros, cumpre agora traçar algumas características do positivismo jurídico na versão hartiana, haja vista que o norte-americano Ronald Dworkin, tomado como referencial teórico nesta pesquisa, parte, sobretudo, das críticas à teoria de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1994) para construção de sua própria teoria, qual seja: a da *integridade* no Direito.

Sucessor e crítico de John Austin e herdeiro de inúmeras idéias de Wittgenstein, Herbert L. A. Hart, além de ter atuado na Alta Corte de Justiça inglesa, foi também professor de Filosofia do Direito em Oxford, sendo considerado da década de 1950 até

a de 1980 “o mais importante representante contemporâneo da tradição da teoria jurídica analítica inglesa, e um dos porta-vozes mais influentes do liberalismo inglês” (COHEN apud, MORRISON, 2006, p. 417).

Hart, conforme ensina Wayne Morrison (2006, p. 418), tinha plena consciência de que o conflito e a coerção faziam parte do universo social do Direito, mas sua principal versão defendida em *O conceito de Direito* minimizava a importância dos elementos de coerção, comando e obediência habitual no direito, de modo que substituiu as imagens de poder e violência no pensamento jurídico pela concepção do direito enquanto um sistema de regras sobre regras, de práticas sociais informadas por seus próprios critérios de validade e obrigação normativa⁴⁰.

Em tese, o argumento de Hart era simples: o positivismo que lhe precedera não havia compreendido bem a natureza obrigatória do direito, uma vez que via a legalidade como algo politicamente imposto a uma ordem social, que assim não fosse seria caótica; e não como algo que se desenvolvia de modo evolutivo, através de um complexo-sistema, cada vez maior, de diferentes tipos de regras (MORRISON, 2006, p. 419).

Hart, portanto, partindo do pressuposto de que o direito implica obrigação, desenvolveu uma teoria do direito que considera a origem dessa obrigação como um efeito interno da estrutura de um sistema jurídico, de maneira que, em vez de enfatizar a dominação, sugere a “aceitação comum das regras”⁴¹, o que permite que o direito (regras) seja visto não como força externa agindo sobre nós, mas como nossos recursos” (MORRISON, 2006, p. 418). Com isso, acentua Wayne Morrison (2006, p 418) que Hart “atenuou e

⁴⁰ Segundo Morrison (2006, p. 418) “Hart apresentou a face benigna e funcionalista da legalidade liberal, transformando o antigo tema positivista de uma coerção externa que faz cumprir o direito e leva o sujeito a sentir-se ‘obrigado’, pela ameaça de violência, a manter-se nos limites da lei – a ameaça de sanções – numa imagem da obrigação normativa de o sujeito agir de acordo com as regras jurídicas”.

⁴¹ Hart (apud, Morrison, 2006, p. 421) ao discorrer acerca da diferença entre “ser obrigado” e “estar sob a obrigação de” assevera que “[...] enquanto sua diferença não for compreendida, não podemos entender bem todo o estilo distintivo do pensamento, da fala e da ação humanos que estão envolvidos na existência de regras e constituem a estrutura normativa da sociedade”.

domesticou a violência que sempre fizera parte do pensamento institucional da legalidade liberal”.

Na verdade, Hart parte de uma crítica sistemática de um modelo de abordagem positivista, baseada, sobretudo, na leitura que faz da obra de Austin. Uma das críticas que Hart direciona a Austin foi a de que este teria sido incapaz de compreender a complexidade da legalidade, uma vez que a imagem austiniana do direito é de uma pessoa ou grupo impondo sua vontade ao outro⁴² (MORRISON, 2006, p. 422).

Para exemplificar o que entende ser um equívoco na teoria de Austin, Hart (apud, MORRISON, 2006, p. 422) retoma a famosa distinção de Kelsen entre a ordem de um gângster, que exige que o bancário lhe passe o dinheiro do caixa e as exigências de um coletor de impostos a quem o cidadão de um país deve pagar o dinheiro do tributo devido, explicando que muito embora o bancário possa ser coagido a entregar o dinheiro e até sentir-se obrigado a fazê-lo, ele não se encontra sob nenhuma obrigação de fazer o que lhe ordenaram; o que ele sentiu é medo e não respeito, e somente este remete à autoridade.

Do exemplo citado retira a diferença básica entre *ordenar* e *dar uma ordem*, que segundo ele Austin não havia compreendido, isto é, que enquanto na primeira situação remete-se a um ato apoiado apenas em ameaças e na imediatidade destas, na segunda vigia claramente a idéia de autoridade e hierarquia, próprias das regras jurídicas.

Outro ponto da teoria de Austin que Hart (apud, MORRISON, 2006, p.423) questiona é que a ausência de explicação do modo pelo qual se origina o direito, já que aquele vislumbrava no direito uma especificação de cima para baixo, que não comportava, por exemplo, os costumes – exemplo clássico de direito de baixo para cima. As decisões judiciais, igualmente, segundo Hart (apud, MORRISON, 2006, p.423) teriam difícil

⁴² Comandar, para Hart (apud, Morrison, 2006, p. 422) significa “caracteristicamente, exercer autoridade sobre os homens, em vez de o poder de infligir danos; e, ainda que possa estar vinculado a ameaças de danos, um comando é basicamente um apelo a não se temer, mas a se respeitar a autoridade”.

localização na *teoria imperativa* de Austin, já que este via nos juízes verdadeiros delegados do soberano e em suas decisões comando tácitos deste. Por fim, em Austin, uma pessoa tem uma obrigação jurídica caso encontre-se entre os destinatários de alguma ordem de caráter geral do soberano e corra o risco de sofrer alguma sanção na hipótese de desobediência (DWORKIN, 2007, p. 29).

De forma extremamente simplificada, a conclusão de Austin era: se uma norma **N** pertence a um ordenamento jurídico **OJ**, isso significa que ela, a norma **N**, foi ditada pelo soberano (SGARBI, 2006, p.107).

Hart, por sua vez, irá introduzir uma idéia a respeito da qual Austin não havia se manifestado com detalhes, qual seja, a idéia de que “as leis são regras e que um sistema jurídico é um conjunto complexo de regras” identificadas como primárias e secundárias (MORRISON, 2006, p. 424) e não um conjunto de ordens baseadas em ameaças, como propugnava Austin⁴³. Com isso, as regras teriam o papel de substituir as ordens do soberano⁴⁴, que sustentava o pensamento positivista até então, já que Hart não aceitava a conclusão segundo a qual o critério de identificação das regras jurídicas se encontrava nos hábitos dos cidadãos de obedecer a um soberano.

⁴³ Conforme assinala Adrian Sgarbi (2006, p. 110) em análise à teoria de Hart: “O modelo das ordens baseadas em ameaças é um modelo de apenas uma direção: o soberano comanda, e os súditos obedecem. Mas as normas [...] nas ordens jurídicas apresentam aplicação mais ampla do que as simples ordens, pois elas podem impor deveres a quem as editou, e não apenas aos destinatários imediatos. Além disso, os conjuntos normativos contemporâneos, cuja tarefa é a de facilitar a vida dos indivíduos, apresentam também normas que não encontram acomodação adequada nessa maneira de descrever as normas jurídicas. Sob essa perspectiva, lembra Hart as leis de elaboração dos acordos privados, as leis constitucionais, administrativas, de processo judicial etc. Essas ‘leis’ compreendem atribuições de poderes jurídicos, de procedimentos específicos, e de condições sem caráter de homogeneidade. Ou seja, não são normas impositivas de deveres e conseqüentes sanções caso sejam desobedecidas, mas sim conferem poderes jurídicos aos funcionários públicos, possibilitando a implantação de modificações no próprio conjunto normativo e a decisão de casos jurídicos”.

⁴⁴ Inseto na tradição positivista, Austin formulou sua teoria imperativista do direito, segundo Hart (apud, RODRÍGUEZ, 1997, p. 23) sobre a tese segundo a qual sempre que existir um sistema jurídico é necessário que haja “alguma pessoa ou corpo de pessoas que emitam ordens gerais respaldadas por ameaças e que essas ordens sejam geralmente obedecidas, e tem que existir a crença geral de que estas ameaças serão provavelmente feitas efetivas na hipótese de desobediência. Austin chama esta pessoa ou grupo de pessoas de ‘soberano’ e sustenta que em cada ordenamento jurídico este é o único, supremo e independente. O direito, nesta perspectiva, é um conjunto de ordens respaldadas por ameaças ditadas pelo soberano no exercício de seu poder legislativo ilimitado”.

Para Hart (apud, MORRISON, 2006, p. 424), Austin não chegou à mesma conclusão que a sua, pois, crendo estar comprometido com a ciência, adotou a metodologia de um observador imparcial, neutro, de maneira que, externamente, o que percebia em suas observações eram pessoas sendo exortadas a fazer isto ou aquilo, comandos que se sustentavam sempre em punições. Assim, Austin jamais chegaria a uma compreensão plena das regras apenas observando o processo em funcionamento.

Hart (apud, MORRISON, 2006, p. 425) ilustra o conteúdo de sua crítica através de um jogo de xadrez, demonstrando que embora um observador fique atento durante vários dias acompanhando de perto os passos dos jogadores, somente jogando terá uma atitude crítica reflexiva que lhe permita compreender o propósito de uma conduta do jogador; sem uma concepção interna do que está acontecendo, não há como jogar, pois a visão externa do jogo é irreal e incapaz de transmitir o verdadeiro significado dos movimentos⁴⁵.

Para ele, tal qual ocorre com o jogo de xadrez, que exige uma perspectiva interna para que se entenda o significado de seus movimentos, para compreender o direito é preciso adotar, portanto, uma concepção interna, isto é, de um cidadão que vive sob um sistema e compreende a finalidade das leis. Dito de outro modo: as regras só poderiam ser entendidas mediante sua inserção na sociedade.

Bem mais complexa do que a de Austin, a teoria proposta por Hart vislumbrava dois tipos de regras que conformam o sistema jurídico: as regras primárias e as regras

⁴⁵ C ezar Rodríguez (1997, p. 31-32) ensina na perspectiva de Hart “as regras jurídicas, como forma de regras sociais, podem ser vistas tanto de uma perspectiva externa como interna. O primeiro ponto de vista pode ser assumido por um observador interessado em registrar somente repeti es das condutas dos membros de uma sociedade ou por um membro que não aceita as regras jurídicas por considerá-las justificadas somente com o fim de evitar o castigo. Esta perspectiva subtrai o aspecto coercitivo das regras. Contudo, o ponto de vista interno assumido pelo participante destaca a dimensão normativa das regras, isto  , sua fun o justificadora de juízos de aprova o ou crítica. Graças a essa dimensão podemos falar em direitos e obriga es, e não somente de hábitos e coa o. O ponto de vista interno, assim,   o elemento que nos permite distinguir entre *estar obrigado a fazer algo* [...] e *ter a obriga o de fazer algo*”. Adrian Sgarbi (2006, p. 121), por sua vez, assinala que o aspecto interno hartiano consiste numa atitude crítica reflexiva em rela o a certos tipos de comportamentos enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (e autocr tica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas”

secundárias. As primárias seriam aquelas que impõe deveres positivos (de ações) ou deveres negativos (de omissões) aos membros de uma comunidade, como por exemplo, a regra que impõe a obrigação civil do pai de sustentar o filho e a regra que nos impede de roubar. As secundárias, por seu turno, outorgam poder ao particular ou às autoridades públicas para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das regras primárias, isto é, estipulam como e por quem as regras primárias podem ser estabelecidas, modificadas ou abolidas, como exemplo, aquelas normas constitucionais que cuidam da criação de leis ou que determina como o Congresso é composto (RODRÍGUEZ, 1997, p. 25-26).

As regras secundárias ainda podem ser subdividas em três espécies. Assim, as regras secundárias que conferem poderes aos particulares e aos legisladores de criarem regras primárias são denominadas de “regras de mudança”; as regras, por sua vez, que dispõem sobre o exercício da função judicial, Hart as chama de “regras de adjudicação” e, por fim, a terceira subespécie de regra secundária é a denominada pelo autor inglês de “regra de reconhecimento”, a qual constitui ponto chave de sua descrição do sistema jurídico (RODRÍGUEZ, 1997, p. 26).

A *regra de reconhecimento* representava para Hart a possibilidade de se identificar o direito vigente numa sociedade independente de parâmetros estabelecidos pela moral, objetivo incansavelmente perseguido pelo positivismo jurídico. Partindo, portanto, do pressuposto de que nas sociedades complexas contemporâneas as regras jurídicas estão organizadas hierarquicamente, de modo que uma busca seu fundamento de validade na outra regra hierarquicamente superior, Hart assinala que esta estrutura hierárquica permite determinar o pertencimento de uma regra ao sistema jurídico através de uma prova ou teste de origem que ele denomina de *pedigree*, ou seja, um teste da cadeia jurídica de derivação da qual a norma pertence (RODRÍGUEZ, 1997, p. 26-27).

Nessa senda, a validade de um decreto, por exemplo, seria aferida mediante sua subordinação à lei que estabelece o direito a ser regulamentado pela via de decreto.

Essa lei, por sua vez, pertenceria ao sistema jurídico se compatível com o estabelecido na Constituição Federal. E esta, onde buscaria seu fundamento de validade? Na regra de reconhecimento de um sistema jurídico vigente em cada comunidade. Para Hart (1994, p. 118) a regra de reconhecimento pode ser relativamente simples, como o que “a Constituição diz é direito”, ou, muito complexa, “ a Constituição dos Estados Unidos, com todas suas dificuldades de interpretação, pode ser considerada como uma única regra de reconhecimento”⁴⁶.

A regra de reconhecimento apresenta, destarte, um caráter jurídico-social⁴⁷, já que (a) é a fonte de validez do critério supremo, e assim, a última regra do sistema, e ao mesmo tempo (b) é a enunciação de um fato social, consistente na aceitação prática do critério supremo e de critérios subordinados como parâmetros de identificação das normas de dito sistema (RODRÍGUEZ, 1997, p. 28). Em síntese, na visão de Hart (1994, p. 128), duas eram as condições para existência de um sistema jurídico:

Por um lado, as regras de comportamentos são válidas segundo critérios últimos de validade do sistema e devem ser geralmente obedecidas, e por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento oficial de seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados *necessitam* de satisfazer: podem obedecer cada qual “por sua conta apenas” e sejam quais sejam os motivos por que o façam [...]. A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros.

Veja que para Hart a existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, somente existindo como prática complexa, “mas normalmente concordante, dos

⁴⁶ Na verdade, segundo Hart (2001, p. 113), na maior parte das situações a regra de reconhecimento não é enunciada, antes sua existência é aferida pelo modo como as regras concretas são identificadas pelos tribunais, funcionários e particulares. Deste modo, não há nenhuma regra capaz de conferir validade à regra de reconhecimento, uma vez que “validade e invalidade são predicados que dizem respeito às regras no interior do ordenamento jurídico, e não à prática que o reconhece” (SGARBI, 2006, p.135)

⁴⁷ Ao inserir um elemento fático na regra de reconhecimento, Hart rejeita “o postulado kelseniano segundo o qual essa norma ou regra básica não é um fato, mas sim o ‘pressuposto’ do esquema de validade de um sistema jurídico. Para Kelsen, a validade de uma norma superior de um sistema jurídico é pressuposta e a enunciação dessa pressuposição é a norma básica do sistema” (RODRÍGUEZ, 1997, p. 28). Assim, para Kelsen, como uma norma busca fundamento de validade em outra norma, o fundamento da Constituição só poderia ser uma norma pressuposta, jamais um elemento fático, como acrescenta Hart.

tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito por referência a certos critérios” (HART, 2001, p. 121). Assim, embora cada cidadão comum possa obedecer às normas jurídicas por motivos diversos, o simples fato das normas serem aceitas e obedecidas pela maior parte da população comprova a existência de um sistema jurídico e a vigência da regra de reconhecimento (HART, 2001, p. 126).

Analisando as idéias de Hart, Dworkin (2007, p. 34) afirma que a regra de reconhecimento é a única que carece de aceitação para lograr obrigatoriedade, de modo que querendo saber qual é a regra de reconhecimento adotada por dada comunidade basta observar de que modo se comportam os cidadãos, e, em especial, os funcionários públicos, pois em sua prática estará evidenciada a que regra de reconhecimento fundamental manifestaram aceitação.

Hart defendia, em oposição a Austin, que uma regra nunca pode ser obrigatória somente porque um indivíduo ou grupo dotado de força assim determine, antes é necessário que possua autoridade para promulgar a regra, caso contrário não se trata de uma regra. Em síntese, ou as regras são obrigatórias porque um grupo de pessoas através de suas práticas assim as aceita como um padrão de conduta, ou pelo fato de terem sido criadas de acordo com a maneira estipulada por alguma regra secundária, portanto, as regras só afiguram-se obrigatórias porque *aceitas* ou porque *válidas* (DWORKIN, 2007, p.32-33).

A partir dessas considerações, Hart construiu uma proposta acerca de temas centrais na teoria do direito, como a interpretação, os vínculos entre direito, moral e justiça etc. Nesta pesquisa, um dos aspectos tratados por Hart assume relevo, qual seja: a interpretação do direito e as decisões judiciais nos casos difíceis.

Sustentava Hart que a linguagem humana, em geral, e a linguagem jurídica, em especial, são muito limitadas, embora sejam suficientes para estabelecer a comunicação. César Rodríguez (1997, p. 33), traz a baila duas ordens de razões

elencadas por Hart pelas quais a vagueza ou a textura aberta são mais acentuadas nas regras jurídicas:

Em primeiro lugar, as regras jurídicas não estão dirigidas a pessoas ou coisas particulares, mas sim a “classes” de pessoas ou coisas [...] Em segundo lugar, permanecem vigentes durante períodos longos e, portanto, se aplicam a situações que não se podem ser previstas no momento de sua criação.

Hart ainda afirmava que toda expressão tem um núcleo duro de significado e uma zona de penumbra (apud, RODRÍGUEZ, 1997, p. 33), de modo que aqueles casos em que o significado atribuído à expressão na generalidade dos casos fosse suficiente para solucionar o caso, uma vez que quase todos os intérpretes estariam de acordo acerca de qual significado aplicar na situação, estar-se-ia diante de um típico caso simples, de fácil interpretação.

Agora, naqueles casos em que a textura aberta da linguagem dê azo a interpretações colidentes e que, *prima facie*, nenhuma se sobrepuje à outra, dificultando assim o encontro da única resposta, ou seja, quando a zona de penumbra fosse tão significativa que comprometesse o acordo acerca do sentido assumido pela expressão em dado caso, prejudicando, desta forma, a aplicação do direito, estaria configurado um caso difícil⁴⁸. Na mesma situação se veria o magistrado quando não vislumbrasse uma norma disponível para solução do caso analisado nos limites do direito posto. Nestes casos Hart (1994, p. 16-17), sustenta a possibilidade de várias respostas razoáveis para o mesmo caso, cabendo ao juiz escolher prudentemente dentre as saídas possíveis aquela que entende ser a mais adequada.

Nessas circunstâncias, o juiz não estaria aplicando o direito retroativamente, como lhe é ordinário fazer, antes estaria criando o direito para aquele caso concreto. Em resumo:

⁴⁸ Nesse diapasão, Vera Karam Chueiri (1995, p.93) assinala: “O positivismo de Hart cria artifícios – em face de sua estreita concepção do direito – dentre os quais destaca-se a idéia de discricionariedade. Sua ocorrência diz respeito à imprecisão que determinadas regras apresentam, de forma que as mesmas não são suficientes à descrição dos fatos, ou ainda, diz respeito à inexistência de regras próprias a esta situação. Essa textura aberta da regra permite entenda-se o sistema como aberto, apesar de sua autoregulamentação. Há aqui duas questões insurgentes: a primeira relativamente às lacunas existentes no direito e a inexistência de uma resposta (certa) a pretensão de um direito. A segunda relativamente ao poder discricionário do juiz de criar o direito.

abre-se para a discricionariedade judicial⁴⁹. Nesta certamente reside um dos pontos de maior conflito entre Dworkin e Hart, como se pode perceber pela transcrição abaixo:

O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre determinados casos não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulado pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer seu poder discricionário e criar o direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito (HART, 1994, p. 335)

Por ignorar o caráter normativo dos princípios, Hart defende que o juiz, inevitavelmente, em algum momento, se verá ante a uma situação em que se impõe a utilização da discricionariedade judicial e a conseqüente criação do direito, caso em que estará autorizada a sua atuação como verdadeiro legislador. Esta conclusão, como se verá adiante, será duramente criticada por Ronald Dworkin.

⁴⁹ Entendendo que em alguns casos o uso da discricionariedade é inevitável, Hart (1994, p. 16-17) assevera: “Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que suas decisões são a conseqüência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas, na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos caso mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente ‘significa’. É só a tradição de que os juízes ‘descobrem’ o direito e não o ‘fazem’ que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz. As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, em alguns casos pode até parecer difícil imaginar que surja discussão acerca do sentido de uma regra. [...] Contudo, todas as regras possuem uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas”

3.3.2 Dworkin e o Direito como integridade

Sucessor e ex-aluno de Hart na Universidade de Oxford, Dworkin tem sido considerado “um dos maiores representantes da teoria jurídica anglo-saxônica” (SGARBI, 2006, p. 147). Nas três obras mais difundidas do autor (*Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípio* e *O império do direito*) sua análise, de uma forma ou de outra, sempre importa em severas críticas ao positivismo jurídico, sobretudo, na versão hartiana, tida pelo autor como a mais refinada dentre as apresentadas até o presente momento.

O magistrado será a figura central na análise de Dworkin⁵⁰, já que, na sua visão, “é muito importante o modo como os juízes decidem os casos”, sobretudo, por duas ordens de razões (DWORKIN, 2002, p. 03). A primeira é pelo fato de que, nos processos judiciais, as pessoas depositam muito mais suas expectativas de ganhar de ou perder num aceno de cabeça do juiz do que em qualquer norma geral decorrente do Legislativo. Segundo, porque há inevitavelmente uma dimensão moral atrelada a um processo judicial e, portanto, um risco constante de alguma forma de injustiça pública. Caso um julgamento tenha se mostrado inequivocamente injusto, “então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros, por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como um fora-da-lei” (DWORKIN, 2007, p. 04).

Suas contribuições, portanto, se concentram na atividade judicial, mais especificamente, na decisão judicial, demonstrando como os modelos teóricos que lhe precederam (em especial, positivismo e utilitarismo) se pautavam numa visão

⁵⁰ Segundo Dworkin (2007, p. 15) “a maioria das pessoas tem opiniões bastante claras sobre o modo como congressistas, primeiros-ministros, presidentes ou ministros das Relações Exteriores devem desempenhar suas funções, e opiniões claras sobre o verdadeiro comportamento dessas autoridades. Mas a opinião popular sobre os juízes e o exercício da justiça é um caso lamentável de frases vazias, e aí, incluo as opiniões de muitos juízes e advogados em exercício sempre que escrevem ou falam sobre aquilo que fazem. Tudo isso é vergonhoso, o que é apenas uma parte do dano. Afinal, temos interesses pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é nossa instituição social mais estruturada e reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos

reducionista do direito e ofereciam saídas teóricas para aplicação do direito que findavam por sacrificar a legitimidade das decisões judiciais. Como dito, Hart será a versão do positivismo mais citada diretamente por Dworkin, mas a maioria de suas críticas pode ser direcionada às formulações positivistas em geral.

Para Dworkin, as maiores inconsistências teóricas apresentadas pelo positivismo jurídico decorre da negação do caráter normativo dos princípios, de modo que nem mesmo o modelo de Hart, bem mais sofisticado do que as versões anteriores, consegue oferecer uma resposta satisfatória às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Assim, o que não havia ficado claro aos seus predecessores é que:

[...] quando os juízes raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis [...] eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Lembrando Hart, Dworkin (2007, p. 36) afirma que o positivismo é indiscutivelmente um modelo de e para um sistema de regras e que sua tese central de um único teste fundamental para identificar o direito ignora os importantes papéis desempenhados por padrões que não são regras.

A referência a “princípios” em Dworkin (2007, p. 36) assume dois sentidos. Primeiramente ele utiliza a expressão para designar, de maneira genérica, todo o conjunto de padrões que não são regras. Esse sentido é o mais recorrente em suas obras. Num segundo momento, quando visa estabelecer uma distinção entre princípios e políticas⁵¹, a expressão alcança um sentido mais estreitado, indicando um padrão que “deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

⁵¹ Política para Dworkin (2007, p. 36) pode ser entendida, em linhas gerais, como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Aqui se utilizará a expressão “princípio” no primeiro sentido dito acima, isto é, como forma de se referir a padrões que não constituem regras. Pois bem. Para Dworkin, mesmo que Hart vislumbrasse duas espécies de regras, isto é, primárias e secundárias, esse modelo não contemplava em nenhum aspecto os padrões considerados princípios.

Na perspectiva de Dworkin (2007, p. 39), os princípios jurídicos se diferem das regras jurídicas por uma questão de lógica, de modo que ambos os padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, contudo, divergem quanto à natureza da orientação que oferecem.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, de forma que, ou são válidas e devem ser aceitas para solução do caso, ou são inválidas, situação em que não terão qualquer serventia para decisão. Nesse tipo de padrão, quanto mais exceções houver à regra, mais exato e completo será seu enunciado (DWORKIN, 2007, p. 40).

Já os princípios não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, como ocorre com as regras, e tampouco são passíveis de enumeração, eles simplesmente “enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessitam de uma decisão particular” (DWORKIN, 2007, p. 41). Os princípios contam ainda com a dimensão do *peso* ou *importância*, o que significa que quando dois princípios colidem, aquele que vai solucionar o conflito deve considerar a força relativa de cada um, não importando em invalidade de nenhum, ou seja, sobrevivem intactos mesmo quando não prevalecem (DWORKIN, 2007, p. 42).

Nesse sentido e realçando a obrigatoriedade que impõe os princípios, Dworkin (2007, p. 57) arremata:

Se um juiz acredita que os princípios que ele tem a obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória.

As regras jurídicas, por sua vez, por não possuírem tal dimensão, atuam com lógica distinta. Quando duas regras entram em conflito, uma delas será inválida. O modo pelo qual se decidirá qual é válida e qual é inválida leva em conta critérios que estão além das próprias regras em conflito, como o cronológico, o da hierarquia ou da especialidade (DWORKIN, 2007, p. 43).

Dworkin recorre aos princípios para demonstrar que é possível uma decisão que não se escampe para o caminho da discricionariedade judicial⁵² mesmo naqueles casos difíceis, pois, ao contrário do que sustenta o positivismo jurídico, mesmo naquelas situações não contempladas por uma regra clara, o juiz não possui qualquer discricionariedade para atuar como se legislador fosse.

A resposta mais elaborada que Dworkin irá ofertar em ataque, mormente, aos positivistas e aos utilitaristas é a tese do direito como *integridade*. A integridade, como veremos, permite que o juiz decida os casos difíceis nos limites estabelecidos pela ordem jurídica, através de uma interpretação construtiva do direito que se torna possível graças ao papel de destaque que os princípios assumem no modelo proposto.

A fim de melhor compreender as idéias de Dworkin, procurar-se-á seguir, de agora em diante, uma linha argumentativa trilhada pelo autor, sobretudo, em seu *O Império do Direito*, obra que traduz maior amadurecimento do autor e onde estão esposadas com maior riqueza suas conclusões acerca teoria da integridade.

⁵² Acerca da discricionariedade, Dworkin (2007, p. 51-55) informa que a expressão 'discricionariedade' pode ser entendida em dois sentidos: Um fraco e um forte. Usa-se o sentido fraco quando "alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade" quando "por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem uso da capacidade de julgar". Ou ainda, para dizer que "algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que não pode ser revista e nem cancelada por nenhum outro funcionário". Ele compara esse sentido de 'discricionariedade' ao vazio no interior de uma rosca. Já no sentido forte indica que, "em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão". Ou seja, não os limites da rosca, de sorte que a total "liberdade" na decisão tomada. Segundo Dworkin, é nesse sentido forte que os positivistas a utilizam, ou seja, para reforçar a idéia de que o juiz "não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõe obrigações a estes".

Ainda no início da referida obra, Dworkin (2007b, p. 05) assinala que os processos judiciais, ordinariamente, suscitam, pelo menos, três tipos de questões: questões de fato, questões interligadas de moralidade, política e fidelidade e questões de direito.

As primeiras buscam elucidar o que realmente aconteceu em dada ocasião, visa reconstruir o fato em discussão *sub judice*. Na divergência entre juízes sobre os fatos, segundo Dworkin (2007b, p. 06), não haveria qualquer problema já que concordam sobre o que estão divergindo e sobre que evidência resolveria a questão caso estivesse disponível.

Já as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade indagam se determinada decisão seria justa ou injusta. Caso seja injusta, indaga se poderia o juiz ignorar a lei e decidir de qualquer modo qual a melhor opção para o caso (DWORKIN, 2007b, p.06). Divergências dessa ordem, igualmente, não apresentaria maiores dificuldades quando apresentada no tribunal, uma vez que as pessoas, a todo tempo, divergem acerca do que acham certo ou errado, contudo, tais ordens de razões não são objeto do direito e não podem fundamentar uma decisão judicial, sob pena de subtraída sua legitimidade.

As questões de direito, por sua vez, são aquelas que perquirem, por exemplo, qual lei é pertinente naquele caso concreto. Será que a lei invocada pela parte autora lhe assegura o direito pleiteado? Aqui as divergências referem-se às próprias proposições jurídicas, ou seja, sobre as diversas afirmações que as partes fazem acerca daquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza (DWORKIN, 2007b, p. 06).

Essas últimas podem apresentar, ainda, duas ordens de divergências, que Dworkin (2007b, p. 08-09) denomina de *divergência “empírica” sobre o direito* e *divergência “teórica” sobre o direito*. Configurar-se-á uma questão de direito que recaia sobre uma *divergência “empírica” do direito* sempre que houver discordância com relação a quais palavras estão nos repertórios legislativos e nas decisões judiciais precedentes⁵³. Não

⁵³ Bom ressaltar que esta concepção é satisfatória para resolução de casos fáceis, em que é perfeitamente possível aplicar as regras segundo as condições necessárias e, de modo geral, suficientes de aplicação. Pelos casos fáceis se apresentarem como regra geral, Hart (1994, p.178) afirma que não

apresenta mistério, pois tal qual nas questões de fato, há acordo sobre o objeto de dissenso. A divergência “teórica” sobre o direito, por seu turno, já se apresenta bem mais séria e problemática, haja vista que recai sobre os próprios fundamentos do direito e o público, em geral, se mostra alheio a tal problema. Discordam se o *corpus* dos textos escritos e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito (DWORKIN, 2007b, p. 08).

Neste tipo de divergência vem a lume a questão de saber se os juízes “descobrem” ou “inventam” o direito que anunciam, o que traz subjacente a si a discussão acerca da legitimidade das decisões judiciais⁵⁴. Segundo assinala o referido autor, se atentarmos somente para o aspecto da novidade da decisão em anunciar uma regra, um princípio ou uma ressalva a alguma disposição, concluiremos que os juízes sempre inventam direitos quando julgam casos importantes.

Contudo, segue o autor afirmando que o correto é a compreensão de que essas novas reformulações jurídicas nada mais são do que *o relato aperfeiçoado daquilo que o direito já é* (DWORKIN, 2007b, p. 09), o que se dá em razão da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, mesmo que isso não tenha sido anteriormente reconhecido, ou até mesmo, negado. Portanto, não haveria que se falar, nesse sentido, em criação de direito pelo juiz em usurpação da função legiferante conferida ao Legislativo por primazia.

Aliás, essa era a maior preocupação na vigência do paradigma liberal, estabelecer limites à atividade interpretativa do magistrado a fim de que ele não pudesse criar ou

há necessidade de ficarmos apreensivos pelos poucos casos em que as condições de aplicação não são claras. Hart desconsidera que a cada dia as sociedades se tornam consideravelmente mais complexas, tornando os casos difíceis mais corriqueiros do que imaginava, e, por conseqüência, tornando a discricionariedade judicial uma prática recorrente.

⁵⁴ Vale aqui o exemplo apresentado por Dworkin (2007, p. 09): “Se alguém diz que os juízes descobriram a ilegalidade da segregação racial nas escolas, é porque já acreditava que a segregação era de fato ilegal, mesmo antes da decisão que a declarou como tal e ainda que nenhum tribunal tivesse afirmado isso anteriormente. Se alguém diz que eles inventaram essa parte do direito, quer dizer que a segregação não era ilegal antes, e que os juízes mudaram o direito com sua decisão. Esse debate seria suficientemente claro – e poderia ser resolvido com facilidade, pelo menos caso a caso – se todos estivessem de acordo quanto ao que é o direito, se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito”.

atualizar as normas jurídicas ao seu alvedrio. Cria-se que, para isso, por exemplo, a interpretação literal ou, em casos de dúvida, a consulta à vontade do legislador, que atuariam como alternativas para evitar que a atividade interpretativa assumisse um viés criativo.

Assim, qualquer comando judicial que destoasse da literalidade da norma, era considerado subversivo e atentatório ao princípio da separação de poderes. Isto ocorria, pois vigorava a compreensão de que o direito se encerrava na lei, na forma primária pensada pelo “onipotente” legislador, em respeito à soberania popular.

Mesmo para o positivismo de Kelsen ou de Hart, bem mais complexos que o modelo apregoadado na vigência do modelo liberal, já que admitiam a possibilidade de diversas interpretações para um mesmo texto jurídico, o *direito* se encerrava no direito posto pelo Estado na forma de lei, sem qualquer referência aos princípios como fontes do direito.

Entende Dworkin que o positivismo jurídico (de Hart) simplifica o direito ao descrevê-lo como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas a partir de um critério de pertencimento ou *pedigree* formal a partir do qual essa validade ou invalidade é mensurada, desconsiderando, por conseguinte, que o direito não opera dessa maneira, uma vez que referências diferentes das regras, como os princípios, fogem a essa medida (SGARBI, 2006, p. 151), isto é, os princípios não podem ser identificados por intermédio de uma regra de reconhecimento. Se assim é, então não há que se falar em discricionariedade judicial, antes naqueles casos difíceis os juízes devem recorrer aos princípios vigentes no Ordenamento Jurídico.

Nessa toada, são os ensinamentos de Alexandre de Castro Coura (2009, p. 240):

Segundo a perspectiva positivista, quando um determinado caso não puder ser precisamente subsumido a uma norma jurídica estabelecida previamente, o juiz deve decidir em um sentido qualquer, atuando discricionariamente. Contrapondo-se a essa perspectiva, Ronald Dworkin apresenta a tese de que é possível os juízes decidirem deferindo às partes um direito previamente assegurado, quando, aparentemente, nenhuma norma estabelecida puder

resolver o caso. Afirma-se, assim, que, no discurso, de aplicação normativa, os juízes devem descobrir, numa concepção deontológica, quais são os direitos das partes, em vez de criá-los. Portanto, segundo Dworkin, os juízes não devem tornar-se legisladores.

Possível solução a este grave equívoco cometido pelo positivismo que torna inevitável o caminho da discricionariedade judicial está, conforme sugere Dworkin (2007, p.71) em conferir aos princípios tratamento de efetivo direito, admitindo-se que:

[...] uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.

Como se infere da citação retro, em oposição ao positivismo, Dworkin concebe o ordenamento jurídico não somente como um conjunto de regras, mas, igualmente, de princípios, os quais também são idôneos a estabelecerem obrigações jurídicas.

Ao conceber os princípios como parte integrante do sistema jurídico, ao lado das regras, a perspectiva dworkiana deixa de depositar a legitimidade das decisões judiciais nas qualidades ou virtudes do juiz, antes, para Dworkin, a legitimidade de uma decisão é aferida a partir de sua integridade ao conjunto de princípios que conformam a ordem jurídica de determinada comunidade. Ao contrário da discricionariedade, a integridade não subtrai o caráter deontológico das proposições jurídicas.

De qualquer sorte, como dito alhures, para Dworkin, o modo como o juiz decide evidencia sua própria compreensão do que seja direito. De forma que quando responde se cria ou não direito, está, na verdade, refletindo sobre o que seja o direito, isto é, sobre seus próprios fundamentos. Por isso, quando num mesmo caso há repostas antagônicas é porque ficou patente a *divergência teórica sobre o direito*, isto é, acerca dos fundamentos do direito. Essa, sem dúvida, é a mais grave das divergências no âmbito judicial e a que Dworkin se propõe a resolver, já que, segundo ele, não há nenhuma teoria plausível acerca deste tipo de divergência (DWORKIN, 2007b, p. 10).

Ao revés, segue o autor, o que se percebe é um número cada vez mais crescente daqueles que concebem tal divergência como uma mera ilusão, apresentando mais evasivas do que soluções para a problemática. A essa perspectiva Dworkin denomina como *ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito*. São palavras do autor que esclarecem tal visão:

Afirmam que a divergência teórica é uma ilusão, que na verdade advogados e juízes estão de acordo quanto aos fundamentos da lei. Darei a isso o nome de ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito; aqui está uma exposição preliminar de suas principais alegações. O direito nada mais é do que aquilo que as instituições jurídicas, como legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. Se alguma corporação desse tipo decidiu que os trabalhadores podem ser indenizados por danos ocasionados por colegas de trabalho, será isso, então, o direito. Se a decisão for contrária, então este será o direito. Portanto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais. [...] Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser. Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade, fidelidade, não de direito. (DWORKIN, 2007, p. 10-11)

Realmente, tal ponto de vista afigura-se mais como evasiva do que como resposta, uma vez que o direito, para essa concepção, se esgota nos repertórios legislativos e nas decisões tomadas no passado. Não apresenta, portanto, qualquer compromisso com a história institucional de uma comunidade, bem como ignora a responsabilidade judicial de atualizar o sistema jurídico em respeito ao desenvolvimento natural da sociedade, que, por assumir feição cada vez mais complexa, reclama, em diversas ocasiões, um novo *relato aperfeiçoado daquilo que o direito já é*. Ignora, ainda, tal perspectiva, que o direito firmado no passado pelas instituições jamais poderão antecipar todas as hipóteses de aplicação de uma norma, razão pela qual esse papel atualizador do sistema deve ser desempenhado pelos princípios, já que, ao contrário das regras, não se dirigem a uma situação específica *a priori*.

Esse novo relato é possível, pois, para a teoria da integridade, o direito é, indubitavelmente, interpretativo, razão pela qual devemos compreender e aprimorar a interpretação a fim de aperfeiçoá-lo.

Dworkin converge aqui com a lição transmitida por Hans-Georg Gadamer (2004, p. 398) de que a tarefa da interpretação se apresenta quando o conteúdo do que é fixado por escrito é controverso e é preciso alcançar a reta compreensão da “informação”. Todavia, a “informação” transmitida pela norma nem sempre é aquilo que o orador ou o escritor disse originariamente, mas o que queria dizer caso eu tivesse sido seu interlocutor originário (GADAMER, 2004, p.398). O problema hermenêutico, portanto, na interpretação das “ordens”, por exemplo, é que estas devem cumprir-se “conforme seu sentido” e não ao pé da letra. Isto é o que precisa ser sedimentado contra a tradição positivista clássica perenizada entre nós e que certamente confere um lugar de destaque à hermenêutica jurídica. Ora, um texto não é um objeto dado, mas uma *fase na realização de um processo de entendimento* (GADAMER, 2004, p. 398).

Razão assiste a Gadamer (2004, p. 395) quando afirma que o diálogo vivo persegue o acordo. Isto implica que somente pela fala e réplica é possível buscar e encontrar as palavras apropriadas e acompanhá-las de ênfases e gestos adequados que as tornem acessíveis ao interlocutor. A escrita, de igual modo, quando não permite ao leitor participar na procura das palavras, deve de algum modo abrir no próprio texto um horizonte de interpretação e compreensão que o leitor mesmo deve preencher de conteúdo (GADAMER, 2004, p. 395). Por isso, “escrever é mais que a mera fixação do que é dito. É verdade que a fixação escrita remete sempre ao que é dito originariamente, no entanto, deve olhar também para adiante” (GADAMER, 2004, p. 395).

Ocorre que, conforme relata Dworkin (2005, p. 217-249), embora o direito seja interpretação, tal conclusão não nos exime de certos riscos. Isso pelo fato de que muitos afirmam ser o direito interpretação tão somente pela compreensão (equivocada) que possuem do que seja interpretação. Assim, em diversas situações, por entenderem ser a lei ou, até mesmo, a Constituição, vaga ou obscura em algum ponto, a pretexto de interpretarem recorrem a “técnicas de interpretação”, que, na maior parte das vezes, buscam descobrir a intenção dos autores quando se utilizaram determinada expressão.

Insistem, deste modo, em aplicar o direito passado sem adequá-lo ao presente, sem atentar às necessidades e peculiaridades de seu tempo.

Mas, pior ainda que isso, na visão de Dworkin (2005, p. 220), seria aqueles casos em que a afirmação de alguns juízes de estarem na busca da intenção por trás de determinada legislação equivaleria a “uma cortina de fumaça atrás da qual eles impõem sua própria visão acerca do que a lei deveria ter sido”. Por isso, ele criticará severamente a tese da “intenção do locutor”, que resume o Direito às decisões tomadas no passado por pessoas ou instituições, como se um sentido pudesse se fixar de uma vez por todas na História vinculando todas as gerações futuras⁵⁵. Censura, igualmente, o pragmatismo jurídico por focar-se unicamente no futuro, desconsiderando as decisões legislativas e judiciais do passado⁵⁶.

Daí a defesa acalorada por Dworkin (2007b, p. 271) de uma perspectiva jurídica que vai totalmente de encontro às concepções positivistas e utilitaristas do direito, qual seja: a idéia de integridade⁵⁷ no direito:

O Direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam meros relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o Direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

⁵⁵ Segundo Dworkin (2007, p. 272), “o convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que o juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos”.

⁵⁶ O pragmatismo, para Dworkin (2007, p. 272-273), “exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmático utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a idéia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade.

⁵⁷ Vale destacar que Dworkin também defende uma integridade a ser observada pelo legislativo, que deveria empenhar esforços a fim de fazer leis coerentes moralmente.

O princípio da integridade no direito, portanto, indica que os juízes, ao identificar os direitos e deveres legais, devem, na medida do possível, partir da premissa de que os mesmos foram criados por um mesmo autor, qual seja, a comunidade personificada, razão pela qual impõe-se uma concepção coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

Na compreensão do direito como integridade, as proposições jurídicas só serão verdadeiras se “constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272). É, ao mesmo tempo, o produto da interpretação abrangente da prática jurídica bem como sua fonte de inspiração, exigindo que o juiz continue interpretando o material que ele próprio entende já ter interpretado com sucesso (DWORKIN, 2007, p. 273).

Em última análise, a integridade se apresenta como o dever inafastável de coerência entre a decisão jurídica e o conjunto de princípios que comandam a comunidade política. Impõe o reconhecimento de que todas as pessoas possuem direitos iguais, merecendo, assim, serem tratadas com igual consideração e respeito. Toda vez que este dever de coerência restar malferido, prejudicada estará a legitimidade da decisão.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito como integridade tem início no presente, na situação que visa solucionar, não se prendendo às razões ou motivos que justificaram a criação das normas no passado. Senão vejamos:

O direito como integridade [...] não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, as ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando o juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta

interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da parte jurídica e a justifica, oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 2007b, p. 274).

Na verdade, apesar das várias tentativas de definição do que seja o princípio da integridade, a forma mais marcante e didática de explicá-lo, e, por conseguinte, de compreendê-lo, é pela via da formulação de um exemplo. Para tanto, Dworkin (2007, p. 275) se socorre da literatura. Aliás, a linguagem literária é quase uma constante em suas obras. Traça, assim, um comparativo entre a integridade no direito e um gênero literário artificial que ele chama de “romance em cadeia”. Para ele, tal qual um crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou em um poema complexo, o magistrado também é desafiado a impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando. Os juízes, portanto, atuam como críticos e autores, o que aumenta a responsabilidade.

Neste “romance em cadeia”, a ideia sugerida é a de que um grupo de romancistas escreveria a obra em série, de modo que cada romancista da cadeia ao receber o romance, necessariamente, interpreta os capítulos anteriores para, então, lhe escrever o atual, e, assim, sucessivamente. Todos têm o compromisso de escrever o melhor romance possível, que guarde o máximo de coerência com o que já fora escrito, como se fosse obra de um único autor, e, não, como realmente é o caso, de diversas mãos (DWORKIN, 2007b, p. 276).

Veja, destarte, que o magistrado não está autorizado a desconsiderar as decisões institucionais do passado, que, como vimos, são fruto da comunidade personificada, como faz o pragmatismo jurídico, antes, tem o dever de interpretá-las da melhor forma possível, a fim de que possa manter a incólume a unidade e a coerência, atributos exigidos de qualquer sistema ou ordenamento⁵⁸, o que só é possível dado o papel que os princípios assumem na órbita jurídica.

⁵⁸ Afirma Dworkin (2007, p. 279) que “não podemos estabelecer uma distinção muito nítida entre a etapa em que um romancista em cadeia interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou. Ao começar escrever, ele poderia descobrir naquilo que escreveu uma interpretação diferente, talvez radicalmente diferente. Ou poderia achar impossível escrever de acordo com o tom ou o tema que escolheu da primeira vez, o que o levaria

Outro exemplo bastante elucidativo trazido por Dworkin (2007b, p. 57-65) e que muito contribui para melhor compreendermos sua proposta de integridade no direito é o das “regras de cortesia”. Aqui, ele trata de uma comunidade fictícia, em que seus membros seguem, em diversas situações sociais, um conjunto de regras denominadas de “regras de cortesia”. Assim, por exemplo, os membros da dita comunidade sustentam e aceitam que “a cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres”, regra que com o passar do tempo assume caráter de verdadeiro tabu, já que é cumprida por todos sem qualquer questionamento.

Mas, é possível, embora lentamente, que isso mude, na medida em que os membros da comunidade passam a exercer uma complexa atitude interpretativa com relação a tais regras. Para Dworkin (2007b, p. 57), essa atitude possui dois componentes básicos. O primeiro é o pressuposto de que tais regras existem e possuem um valor para a comunidade, já que, provavelmente, serve a algum interesse, propósito ou até mesmo reforce um princípio. O segundo, considerado adicional, é o que reconhece que as exigências de cortesia, isto é, o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza, não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem. Ao contrário, tais regras sempre estão suscetíveis à sua finalidade, podendo, por isso mesmo, serem ampliadas, modificadas ou até mesmo atenuadas segundo essa finalidade.

Segundo Dworkin (2007b, p. 57), é justamente neste momento que a instituição da cortesia deixa de ser algo estritamente mecânico e passa a assumir um significado e reestruturar-se a partir do mesmo. Segue Dworkin exemplificando, ainda sobre as “regras de cortesia”. Suponha que todos os membros da comunidade presumam que a finalidade dessas regras está justamente na oportunidade que ela confere de prestigiar os membros de hierarquia social superior com um gesto de respeito. Não se questiona em nenhum momento se as melhores formas de demonstração de respeito são aquelas

a reconsiderar outras interpretações que num primeiro momento rejeitou. Em ambos os casos, ele volta ao texto para reconsiderar as linhas que esta torna aceitáveis”.

que eles praticam. Simplesmente procedem em conformidade com a norma, até porque as únicas opções disponíveis seriam a obediência ou a revolta.

Na situação hipotética colocada, para Dworkin (2007b, p. 57-59), a atitude interpretativa só se perfaz plenamente no momento em que as pessoas começam a exigir, naturalmente, a título de cortesia, formas de deferências antes desconhecidas, ou, até mesmo, a rejeitar as formas anteriormente adotadas, sem qualquer revolta, tão-somente por entenderem que o verdadeiro respeito é mais bem explicitado pelo que elas fazem do que por aquilo que as gerações anteriores faziam. Segue-se, nas palavras de Dworkin (2007b, p. 59), a possibilidade da interpretação repercutir na prática alterando sua “forma, e a nova forma incentiva sua reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado na etapa imediatamente anterior”.

O autor alemão, Klaus Günther (2004, p. 405-406), ao discorrer sobre o que considera a vantagem da teoria de Dworkin, assim aduz:

A vantagem na teoria de Dworkin consiste em explicar a idéia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação. Ela não se restringe à interpretação da lei. O juiz ao “interpretar a lei, confirma..., em uma determinada formulação legal, princípios e argumentos objetivos que, diante das responsabilidades do legislador, fornecem a melhor justificação dessa formulação. Com isso, a norma, por sua vez, inserida novamente em um contexto de justificação que pode ser ligado a diversos outros princípios e objetivos (virtualmente todos). Entre eles estão ao lado do legislador, a Constituição e o Direito escrito, ao lado do Direito consuetudinário, os casos precedentes, o “tecido sem costuras” [...] A teoria que, com isso, deseja-se formular, descreve, no caso ideal, uma quantidade de princípios que “harmoniza entre si todas as disposições existentes do Direito escrito e os casos precedentes”. Se a justificação que ele constrói fizer distinções arbitrárias e desenvolver princípios não convincentes, ela nem sequer poderá ser considerada justificação”. Isso significa que será possível derrubá-la, apontando aspectos que deixaram de ser considerados.

Em última análise, a integridade se apresenta como o dever inafastável de coerência entre a decisão jurídica e o conjunto de princípios que comandam a comunidade política. Impõe o reconhecimento de que todas as pessoas possuem direitos iguais,

merecendo, assim, serem tratadas com igual consideração e respeito. Toda vez que este dever de coerência restar malferido, prejudicada estará a legitimidade da decisão.

A distinção do modelo de comunidade proposto por Dworkin dos demais que remontam a reflexões de racionalidade pragmática objetiva ou à submissão a um conjunto abstrato de regras é que ela se estrutura sob condições concretas de reconhecimento mútuo, não permitindo outras decisões a respeito do que deva ser considerado correto, a não ser aquelas que sejam devidamente justificadas por princípios aceitos por todos (GÜNTHER, 2004, p. 409).

Dworkin ainda se utiliza de outras teses que permitem uma melhor reflexão acerca a integridade no direito. Uma delas é a existência de uma *única resposta correta* na solução de casos difíceis⁵⁹. Para Dworkin a busca por esta resposta não constitui tarefa fácil, já que exige considerável esforço do magistrado no sentido de conceber o direito “não como uma sequência de decisões ou atos normativos isolados, que podem ser livremente tomados e interpretados, de forma casuística e aleatória” (COURA, 2009, p.244), mas como um todo coerente, que retrabalhe construtivamente as decisões judiciais predecessoras e as instituições legislativas firmadas no passado por intermédio de princípios que assegurem justiça e equidade e que jamais perca de vista as particularidades do caso concreto⁶⁰.

⁵⁹ Casos difíceis, no dialeto dworkiano, são aqueles em que há incerteza, seja porque existem diversas normas que determinam decisões distintas, ou porque não existe uma norma exatamente aplicável ao caso.

⁶⁰ Oportuno aqui as palavras de Klaus Günther (2004, p. 398-399): “As reflexões feitas até aqui mostram, no entanto, que a indeterminação não é um problema da estrutura da norma, contudo uma perífrase do procedimento de aplicação imparcial. Se uma norma só puder ser aplicada de modo imparcial, sob a consideração de todos os sinais característicos de uma situação, a propriedade da indefinição se aplica a cada norma. Conseqüentemente, estamos obrigados, no caso de cada norma, a ingressar em argumentações de adequação, e isso independentemente do grau de “definição” das circunstancias inalteráveis, sob as quais ela tenha sido aceita como válida. As reflexões a respeito da lógica da adequação nos levaram à seguinte questão: apenas uma exaustão coerente de todas as normas que possam ser aplicadas a uma descrição situacional completa cumpre o princípio de aplicação imparcial. Uma concepção análoga se encontra nas teorias hermenêuticas da aplicação do Direito que o contexto de consideração de especificidade situacional entre os pontos de vista normativos relevantes em uma situação, naturalmente com a “concepção prévia do aplicador da norma”.

Na opinião do professor Menelick de Carvalho Netto (2004, p. 37-38), o paradigma do Estado Democrático de Direito, pela essência participativa, plural e aberta que possui, ostenta uma concepção distinta em relação aos modelos constitucionais anteriores acerca da atividade hermenêutica ou interpretativa desempenhada pelo magistrado. Há, por isso, na visão do mestre mineiro, no atual paradigma constitucional, um incremento correspondente de exigências quanto à postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais este hauriria a norma, “mas, inclusive diante dos casos concretos, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade integram, necessariamente, o processo de densificação normativa ou de aplicação do direito” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38).

Dentre os autores que assentam suas teorias sobre esse novo incremento, certamente está Dworkin. Ao contrário do que alguns defendem, Dworkin não foi ingênuo ao apresentar a tese da única resposta correta, sabia do desafio do que estava propondo, que não seria uma missão trivial encontrar a tal resposta para cada situação, mas ao mesmo tempo não podia ignorar que cada caso possui traços que o diferem de outros milhares no tempo e no espaço. É justamente na individualidade de cada caso e na argumentação ventilada pelas partes que se encontra a individualidade da resposta apresentada. Daí porque ele, de regra, apresenta o caso, para depois tecer suas considerações e conclusões, isto é, sua atividade interpretativo-constructiva inicia-se com o fato, respeitando-se tanto as instituições jurídicas passadas como o impacto da decisão no futuro, procurando construir assim, um futuro melhor.

De qualquer sorte, para o mestre norte-americano, a tese da única resposta correta a ser buscada pela razão em dada situação não significa uma resposta pronta, uniforme e acabada, que possa ser demonstrada para todos como correta, de forma inequívoca e incontestável, até porque “a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos uma resposta certa é diferente da questão de se poder ou não demonstrar se tal resposta é certa” (Dworkin, 2007, p. XIII). Assim, arremata Dworkin (2003, p. 205):

Sem dúvida que nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juízes de todos os tribunais, irá produzir sentenças uniformes,

assegurar decisões que você aprove ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade; somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história.

Ao se prenderem à idéia fixa de como poderia ser provada a existência de uma única resposta correta, tida equivocadamente como decisões uniformes, muitos críticos perderam a oportunidade de lerem Dworkin sob a melhor luz, como, inclusive, ele mesmo solicita, desprezando, com isso, as inúmeras contribuições que sua teoria pode nos trazer.

Mais uma vez, indispensável se faz, conquanto extensa, a transcrição literal das palavras de Menelick Carvalho Netto (2004, p. 37-38) sobre a tese da única resposta correta, considerada um dos pontos mais polêmicos na teoria de Dworkin. Vejamos:

Dworkin, é claro, sabe tão bem quanto Kelsen que qualquer texto possibilita várias leituras, o problema da decisão judicial, no entanto, é que a mesma se dá como solução de um litígio concreto e envolve igualmente a interpretação dos *atos* que configuram uma situação de aplicação única e irrepitível. Esses *atos*, como revelam a própria ciência e sua teoria, por exemplo, através do conceito de “paradigma” em Thomas Kuhn, são, na verdade, *equivalentes a texto*, ou seja, somente apreensíveis por meio da atividade de interpretação, mediante uma atividade de reconstrução da situação fática profundamente marcada pelo ponto de vista de cada um dos envolvidos. Por isso mesmo, aqui, no domínio dos discursos de aplicação normativa, faz-se justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão capaz de se colocar no lugar de cada um dos envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racional ou fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta. Com essa abertura para a complexidade de toda situação de aplicação, o aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico apresenta-se diante dele, não através de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações.

Veja, portanto, que a tese da única resposta correta de Dworkin não quer significar a única decisão verdadeira, como se a verdade existisse de uma vez por todas. Mas aquela construída pelas partes em um processo argumentativo que lhes garanta

simetria de participação na construção da decisão judicial, “que melhor justifique e explique o direito histórico e o direito vigente” (CALSAMIGLIA, 1999, p. 14).

Tal tese pressupõe um juiz que considere que a atividade jurisdicional é muito mais do que a mera opção ou escolha do magistrado pelas diversas normas e possibilidades interpretativas *a priori* disponíveis no sistema jurídico, como num restaurante *a la carte*, como fazia o positivismo ao se ancorar numa discricionariedade em sentido forte. Conta com um magistrado inteiramente consciente da complexidade da atividade judicial, a qual não se volta somente para leitura de textos, mas, igualmente, de fatos concretos, que lhe exigem o esforço hercúleo de ajustamento entre a unicidade da conduta analisada e a norma a ser aplicada, invocando para tanto argumentos de princípios, capazes de garantir, simultaneamente, o respeito à equidade, justiça e devido processo legal.

Com sua tese, Dworkin procura desmitificar a ideia positivista da discricionariedade judicial ante aos casos difíceis, indicando que o juiz deverá empreender o máximo de energia a fim de manter-se íntegro ao direito, uma vez que a discricionariedade não respeita o caráter deontológico das proposições jurídicas, ancorando-se em argumentos alienígenas, que permitem que a atividade judicial assumam verdadeira feição legislativa.

A. Calsamiglia (1999, p. 21), no prólogo que faz da edição espanhola de *Levando os Direitos a Sério*, ao discorrer sobre a tese da *única resposta correta*, destaca quatro motivos pelos quais o modelo de Dworkin evita sérios problemas importantes. O primeiro se deve ao fato de que o modelo de Dworkin, ao impedir a fuga para a discricionariedade judicial, se torna plenamente compatível com o princípio da separação de poderes, visto que o juiz estaria subordinado à lei e ao direito. Segundo, porque impede que o juiz arvore-se como legislador, já que sua função na teoria de Dworkin é a de garantidor de direitos preestabelecidos. Terceiro, porque a tese da resposta correta rechaça a teoria silogística e defende que o juiz não tem nem pode ter poder político. Por último, porque em Dworkin, nos casos difíceis os juízes não fundam

suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas, mas sim com bases em princípios que fundamentam direitos.

Por fim, para cumprir a tarefa que Dworkin reputa um desafio, ele usa a figura do Juiz Hércules. Este sempre respeita a integridade do texto legislativo. Não imagina que vai aprimorar uma lei só pelo fato de projetar nela suas próprias convicções, já que conhece a importância das declarações legislativas enquanto veiculadoras da opinião pública (DWORKIN, 2007, p. 271). Contudo, também é ciente da importância e do impacto de suas decisões para o futuro.

A tarefa de Hércules, para não incidir no problema de se “criar direito”, como ocorre “com os juízes do “Modelo de Regras”, é a de encontrar princípios aplicáveis que façam parte do direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade em apreço” (SGARBI, 2006, p. 162)

Por isso, o juiz Hércules é resultado de um processo interpretativo ponderado, que reconhece a importância dos pactos realizados no passado, representados por nossas instituições legislativas, mas vê no presente o compromisso que temos de aprimorá-las para o futuro.

O juiz Hércules não nos faz reféns do passado, mas também não nos libera para construir um futuro que considere as páginas escritas até aqui como páginas em branco. Sabe que somos sujeitos da História e que, portanto, podemos intervir em seu curso. Admite que o que une diversas gerações sob a égide de uma mesma lei, fazendo com que decisões tomadas outrora, das quais não tenhamos diretamente participado, nos vinculem e continuem vinculando gerações futuras é a leitura atualizadora e consentânea com a complexidade de cada geração realizada princípios jurídicos do direito vigente.

São os princípios jurídicos que permitem que a alteração de sentido de uma norma seja possível sem qualquer alteração textual. Vale citar aqui, como exemplo do que estamos

a dizer, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. A escolha do exemplo, neste caso, decorre única e exclusivamente, do fato de que seu texto, com exceção de algumas poucas emendas de lá para cá adicionadas, ainda é o mesmo, sobrevivendo há séculos e a incontáveis vicissitudes históricas. Sob a expressão “povo” americano, encontrada em diversos pontos do Texto, até o início do século passado ainda não abarcava a população negra, fato que até os dias atuais ainda justifica a existência de inúmeras ações afirmativas voltadas para inserção deste grupo. Foi a releitura do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, realizada, mormente, pela Suprema Corte, que promoveu a inserção dos negros no cenário político-social dos Estados Unidos da América.

A diferença basilar da teoria de Dworkin para o positivismo jurídico é que, para a teoria da integridade, o aperfeiçoamento do direito se dá pelo próprio direito, através da atualização de sentido do texto normativo proporcionada pelos princípios. Por negarem a natureza normativa dos princípios, a alternativa que restava para manter a unidade e a coerência do sistema jurídico era apelar para discricionariedade judicial. Como bem coloca Dworkin (2007, p.72), o positivismo jurídico, enquanto sistemas de regras, tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, mas se vencermos o desafio e superarmos este modelo de regras “poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas práticas”.

4 PRISÕES PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: A DIFÍCIL CONVIVÊNCIA

4.1 PRISÕES CAUTELARES NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Sob qualquer prisma que se queira analisar a prisão, seja ela provisória ou definitiva (pena), ela será sempre a antítese da liberdade. O aspecto da liberdade que adquire maior relevo quando se fala em prisão é que, uma vez submetido a esta, o indivíduo fica impossibilitado de locomover-se da maneira que lhe aprouver, ou seja, resta privado da liberdade de ir e vir, permanecendo, portanto, fisicamente enclausurado. Na verdade, justamente pelo fato de a prisão importar em restrição à liberdade individual, direito fundamental consagrado no Texto Constitucional e basilar de um Estado Democrático de Direito, é que ela deve ser encarada como uma medida excepcional, sob pena de albergar sérios arbítrios.

Ordinariamente, o instituto da prisão é analisado sob dois aspectos: o da prisão provisória e da prisão-pena ou definitiva. Por isto, embora não seja objetivo desta pesquisa o aprofundamento da prisão enquanto sanção ou pena, necessário se faz alguns apontamentos a fim de uma melhor distinção entre ela e a prisão provisória.

Diz-se prisão-pena ou prisão-sanção quando o encarceramento decorre da efetiva aplicação de uma sanção estatal, imposta após o “desenvolvimento de uma persecução penal donde se logrou, obedecido o devido processo legal substancial, um édito condenatório atingido pela imutabilidade da coisa julgada” (SAMPAIO JUNIOR; CALDAS NETO, 2007, p.70).

Como é cediço, na sistemática jurídica brasileira o trânsito em julgado de uma sentença só se opera quando coberta pelo manto da coisa julgada, qualidade que impede sua discussão pela via recursal. Assim, pode ocorrer, por exemplo, que pela perda do prazo processual para recorrer da sentença proferida, as partes vislumbrem o trânsito em julgado da mesma ainda no juízo de piso. Contudo, nada impede que, valendo-se dos recursos disponíveis em nosso sistema processual, as partes levem eventual inconformismo até o Superior Tribunal de Justiça ou até mesmo ao Supremo Tribunal Federal, desde que observados alguns requisitos.

Configurando-se, pois, em qualquer momento, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pela perda do prazo processual, seja pelo esgotamento da via recursal disponível, encerrado estará o processo de conhecimento, iniciando, deste modo, o processo de execução da pena imposta na sentença ou em acórdão. Somente aqui é que se pode falar em prisão-pena, já que sepultada estará a discussão acerca da culpabilidade do réu. Por esta razão, a prisão-pena não se encontra amparada pelo princípio da presunção de não culpabilidade, mas, por outros, próprios da execução penal, os quais visam tutelar não mais o acusado, até então presumivelmente não culpável, antes a figura do definitivamente condenado.

Vale dizer que a prisão-pena, hoje presente nos ordenamentos jurídicos de quase todo mundo, é fenômeno verificado somente na Modernidade, indicando a análise histórica deste instituto que até os fins do século XVIII a prisão era utilizada somente como custódia cautelar, portanto, provisória (KATO, 2005, p.15).

Segundo Foucault (2005, p. 12-13), no fim do século XVIII e início do século XIX, a despeito de algumas fogueiras ainda utilizadas como pena, a melancólica festa de punição vai desaparecendo, de modo que a punição, através da pena, pouco a pouco deixou de ser uma cena ou um espetáculo, passando a assumir um caráter burocrático dentro da Administração, através da instituição da prisão como sanção.

A partir daí, toda sanção que implicasse em espetáculo passa a ter cunho negativo, já que na maior parte das vezes a pena aplicada ao crime traduzia tanta selvageria, que o Estado acabava se igualando ao criminoso, e, em matéria de crueldade, muitas vezes até ultrapassando-o (FOUCAULT, 2005, p. 12). Por isso, a justiça não mais assumia publicamente a parcela de violência que sempre esteve ligada ao seu exercício⁶¹, fazendo com que a execução da pena fosse se tornando um “setor autônomo, em um mecanismo administrativo que desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena” ((FOUCAULT, 2005, p. 13)

Infelizmente, a história de violência nas prisões, relatada por Foucault em sua célebre obra *Vigiar e Punir*, décadas atrás, ainda traduz muito bem a situação caótica vivenciada por aqueles que se encontram submetidos ao sistema penitenciário. Realmente, embora não se dê mais publicamente, a execução da pena continua sendo um espetáculo de violência, só que agora sigiloso, afinal, o Estado não pode se igualar ao condenado.

O Estado do Espírito Santo, por exemplo, em que pesem as correntes notícias veiculadas pelos meios de comunicação de massa dando conta de ser este o Estado brasileiro que mais investe na construção de presídios, tem submetido seus presos a condições precárias, para não dizer subumanas, levando, inclusive, a Ordem dos Advogados do Brasil a ameaçar o governo desse Estado a denunciá-lo perante cortes internacionais pela violação a direitos humanos da população carcerária.

⁶¹ Nesse sentido, Foucault (2005, p. 13) assevera que o fato de ela (justiça) “matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa impor. As caracterizações da infâmia são redistribuídas: no castigo-espetáculo um horror confuso nascia do patíbulo; ele envolvia ao mesmo tempo o carrasco e o condenado: e se por um lado sempre estava a ponto de transformar em piedade ou em glória a vergonha infligida ao supliciado, por outro lado, ele fazia redundar geralmente em infâmia a violência legal do executor. Desde então, o escândalo e a luz serão partilhado de outra forma, é a própria condenação que marcará o delinqüente com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir”.

Carlos Eduardo Ribeiro Lemos, juiz titular da 5ª Vara Criminal de Vitória, no Estado do Espírito Santo, publicou, em 2007, sua dissertação de mestrado intitulada *A dignidade humana e as prisões capixabas*. Nesta, o autor demonstra, com fotos, dados e relatórios, que no atual estágio de precariedade em que se encontra o sistema penitenciário capixaba não se pode falar, sob qualquer prisma que se observe, em dignidade da pessoa humana. Informa, por exemplo, que em unidades penitenciárias com capacidade máxima para 244 presos, encontravam-se presos 722, isto é, um excedente de 478 presos, o que representa 195, 90% acima da capacidade (LEMOS, 2007, p.230). Esse é um dos motivos pelos quais muitos consideram a prisão, enquanto sanção, um mecanismo falido, uma escola de formação de delinquentes, um projeto mal sucedido do Estado para cuidar de seus condenados.

A prisão provisória, por sua vez, esta sim, estreitamente ligada ao objeto deste trabalho, consiste no aprisionamento de alguém antes que se possa afirmar ser ele culpado pela prática de infração penal, por ausente decisão a respeito devidamente transitada em julgado (MARTINS, 2009, p. 71). Veja, destarte, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é o divisor de águas entre a prisão provisória e a prisão-pena. Antes do mesmo, tem-se a primeira; após, configura-se a segunda.

Ao contrário da prisão-pena, que adquiriu contornos mais definidos somente a partir do século XVIII, a prisão cautelar tem suas origens bem mais remotas. Para muitos a prisão provisória já era admitida na Grécia Antiga, bem como na Roma Imperial. Em Roma, a prisão provisória era admitida desde que houvesse a confissão do acusado e visava assegurar a pena definitiva (BARROS, 1982, 66-72).

Na Idade Média, por conta do processo inquisitório, certamente houve um retrocesso, considerando-se que o acusado era preso justamente para que se obtivesse uma confissão, o que, obviamente, se dava mediante torturas (MARTINS, 2009, p. 68).

No direito lusitano, a partir do século XIII, pela influência dos direitos canônico e romano, fundiram-se dois tipos de processos, o acusatório e o inquisitório, de modo

que, no ano de 1358, D. João I promulgou lei restritiva das prisões preventivas (MARTINS, 2009, p. 68).

No século XVII, com a promulgação, em Portugal, da Lei da Reformulação da Justiça de 1612, ficou estabelecido que ninguém poderia ser preso antes da culpa formada, salvo naquelas hipóteses em que se provasse que o acusado merecesse pena de morte (MARTINS, 2009, p. 68-69).

Como legado da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 também contribuiu imensamente para a restrição das prisões provisórias, na medida em que consagrou o princípio da presunção de inocência em seu art. 9º, afirmando que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada [...], em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas as garantias necessárias à sua defesa”.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 informava que, à exceção do flagrante delito, a prisão somente poderia ser executada em razão de ordem escrita emanada da autoridade legítima; já o Código de Processo Criminal do Império consagrava a faculdade da prisão provisória, prevendo as condições para a adoção da medida (BARROS, 1982, p. 73-74).

Já no período republicano, a Constituição de 1891 atribuiu aos Estados Membros a faculdade de legislar em matéria processual, ao passo que a Constituição de 1934 afirmava que, salvo a prisão em flagrante, havia imprescindibilidade de ordem escrita da autoridade competente, isto é, como exigência para que se procedesse à prisão de alguém (MARTINS, 2009, p. 69). Na Carta Constitucional de 1937, por se tratar de texto redigido em período ditatorial, restaram excluídas das garantias processuais constitucionais a comunicação da prisão e a fiança (MARTINS, 2009, p. 69).

As Constituições brasileiras de 1946 e 1967, com a Emenda Constitucional de 1969 regularam de forma idêntica a prisão provisória, reinserindo as disposições excluídas acima referidas pela Constituição de 1937 (MARTINS, 2009, p. 69). A Atual Constituição, por sua vez, procurou tratar da forma mais completa possível a questão das prisões provisórias, trazendo em seu bojo diversos dispositivos que envolvem a temática, fazendo questão de tratá-los como direitos e garantias fundamentais. Senão vejamos:

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

(...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; LXI – 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, definido em lei; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança.

Clara, destarte, a preocupação do constituinte de 1988 com a questão das prisões provisórias, sobretudo por esta ser um meio de obstar a liberdade individual daquele que se presume não culpável até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Sendo assim, toda prisão provisória, por lidar com aquele que deve ser considerado e tratado como presumivelmente não culpável, por força do princípio constitucional inserto no art. 5, LVII, dever atender a fins de cautelaridade, caso contrário, a privação da liberdade individual se dará em claro caráter de antecipação da pena por parte do Estado, o que subtrai por completo a legitimidade da medida constritiva.

Deve ficar claro que, no processo penal, não há que se falar em execução provisória de julgamento condenatório recorrível. Felizmente, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 482.006 (BRASIL, DJ 13.12.2007), no qual figurou como relator o Min. Ricardo Lewandowski, corrigiu o equívoco na interpretação lá dominante de que pela ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário admitia-se a execução provisória da sentença condenatória recorrível. O equívoco decorria,

sobretudo, da clara tentativa de adequar o texto constitucional à legislação infraconstitucional, importando em verdadeira subversão do sistema jurídico.

De qualquer sorte, vale destacar que, quando se fala em prisão provisória como espécie de medida cautelar, a maior parte dos autores recorrem aos requisitos tradicionalmente consagrados no sistema processual civil, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, a fim de justificarem a *cautelaridade* desta medida processual penal. Nesse sentido, por exemplo, entre outros, estão Antonio Scarance Fernandes (1992, p.78-89) e Fernando da Costa Tourinho Filho (1992, p. 339). Contudo, sustenta-se aqui, conforme também defendem Aury Lopes Junior (2009, p. 55-56) e Roberto Delmanto Junior (2001, p.83-86) a impropriedade da aplicação de conceitos próprios do Direito Processual Civil ao Direito Processual Penal sem atentar para as categorias jurídicas próprias deste último.

Sendo assim, conceitos como *fumus boni juris* e *periculum in mora* não se ajustam com exatidão ao tratamento das medidas cautelares restritivas de liberdade individual contempladas no sistema processual brasileiro. Razão pela qual muitos teóricos se utilizam das expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, na linha dos ensinamentos de Giovanni Conso e Vittorio Grevi (DELMANTO JUNIOR, 2001, p. 84)

Nesta esteira, afirma Roberto Delmanto Junior (2001, p. 84) que o *fumus commissi delicti* aponta para a materialidade do delito e para a existência de graves indícios de sua autoria (que são os pressupostos da prisão cautelar), ao passo que o *periculum libertatis* indica a ocorrência de perigo concreto que a manutenção da liberdade do indivíduo representa para a instrução do processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos). Assim, não restando provada a materialidade do delito, nem indicando as provas ser o acusado autor da infração penal, nem tampouco demonstrada que a liberdade do acusado representa efetiva ameaça ao normal desenvolvimento e julgamento da ação penal ou à eventual e futura execução penal, não há que se falar em prisão provisória, devendo manter-se a situação de normalidade do cidadão, que é, sem dúvida, a de liberdade.

Daí a importância que a fundamentação das decisões judiciais assume em termos de prisão provisória, já que somente pela explanação do magistrado, demonstrando claramente a presença, no caso concreto, dos pressupostos e requisitos ditos acima é que se terá por legal, justa e legítima a restrição do direito à liberdade. O pior de tudo, conforme dito outrora, quando analisado o princípio da imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais, é que entre a teoria e a prática ainda há um abismo, sendo corrente a violação deste direito constitucional, o qual, além de permitir ao acusado conhecer as razões pela qual a autoridade judiciária entende necessária a constrição de sua liberdade, ainda permite que seja levado eventual inconformismo às instâncias superiores.

Ainda com relação à prisão provisória, insta lembrar, com Eladio Escusol Barra, citado por Roberto Delmanto Junior (2001, p. 84), que todas as medidas cautelares têm em comum as seguintes características ou elementos estruturais: judiciariedade, instrumentalidade e provisoriedade. A primeira decorre do fato de que, mesmo em se tratando de prisão em flagrante, logo deverá ser submetida ao crivo do magistrado, sob pena de albergar ilegalidades. Já a segunda, implica que toda medida cautelar deve se dar em função do processo, para assegurar seu devido processamento, julgamento e eficácia da sentença proferida. A terceira e última tem a ver com a premissa de que toda medida cautelar só pode subsistir enquanto permanecerem os requisitos que a ensejaram, sob pena de assumir feição de pena antecipada⁶².

⁶² O professor Aury Lopes Junior (2009, p. 59-69) elenca as seguintes características como comuns a todas as medidas cautelares: jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade. A *jurisdicionalidade* assume o mesmo sentido dito no decorrer do texto, ou seja, não há prisão que se fundamente por si só, à míngua de uma decisão judicial fundamentada que lhe sustente. Já a segunda, denominada pelo autor como *provisionalidade*, identifica-se com a denominada pelos mais diversos autores como provisoriedade e diz com o fato de que a prisão só se mantém frente a permanência dos motivos que a ensejaram. O que ele denomina de *provisoriiedade*, por sua vez, refere-se não a manutenção dos motivos ensejadores da medida constritiva, mas sim com o fator tempo, de modo que toda prisão deve (ria) ser, nesse sentido, temporária, de breve duração. A excepcionalidade, lida em conjunto com o princípio da presunção de não culpabilidade, impõe que a medida restritiva seja utilizada como *ultima ratio* do sistema, ficando reservada somente para casos mais graves, de comprovada necessidade. Por fim, destaca o autor que a *proporcionalidade* seria o principal sustentáculo das prisões provisórias, na medida em que o magistrado deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sempre tendo em vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Não obstante as prisões provisórias, enquanto típicas medidas cautelares, reclamem todas as características descritas acima, o que se percebe na práxis é a utilização indiscriminada do instituto, acarretando o que Aury Lopes Junior (2009, p. 66), em leitura de Ferrajoli, denomina de “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.

Não é exagero afirmar que um dos males, senão o maior, perpetrado pelo Estado pela via do processo penal é a decretação de prisões provisórias sem qualquer resquício de cautelaridade, tornando o indivíduo previamente condenado, muitas vezes, antes mesmo do ajuizamento da ação penal. Conforme dito alhures, o sistema penitenciário encontra-se reconhecidamente falido, não dando conta de garantir nem sequer a integridade física do preso, que se vê obrigado a dividir um espaço pensado para uma pessoa, muitas vezes, com mais de vinte. Esse fato não pode ser ignorado, sobretudo, pelo magistrado no momento de decretação da prisão provisória, reclamando assim uma análise minuciosa acerca da imprescindibilidade da medida cautelar.

Carlos Eduardo Ribeiro Lemos (2007, p. 159), traz como dado estarrecedor o elevadíssimo índice de presos provisórios, havendo determinados estabelecimentos prisionais em que o número de presos provisórios era imensamente maior do que o de condenados, como é o caso do Presídio de Segurança Máxima de Viana, que em 2006 contava com 195 presos condenados, ao passo que o número de presos provisórios totalizava 443 (LEMOS, 2007, p.159).

É por situações como essa que uso indiscriminado e abusivo de prisões provisórias no Brasil tem chamado a atenção de órgãos internacionais. Segundo Juan Mendez, presidente da *International Bar Association's Human Rights Institute* (IBAHRI), fundada em 1947 e considerada a maior organização internacional de profissionais do direito, associações de classe e sociedades civis, “o governo brasileiro está deixando muito a desejar no cumprimento das obrigações constitucionais que garantem os direitos humanos aos quais todos os brasileiros têm direito” (ALVES, 2010), demonstrando que as prisões provisórias têm sido manejadas no intuito de reduzir a criminalidade.

O relatório, formulado pela *International Bar Association's Human Rights Institute*, clama por urgentes reformas, incluindo alternativas à prisão preventiva, aumento do acesso à representação legal, e um tratamento judicial adequado aos presos provisórios (ALVES, 2010).

O Brasil já conta com a quarta maior população carcerária do mundo, sendo comum o relato de brasileiros que passam anos em prisão preventiva ou são mantidos na prisão mesmo depois de cumpridas suas sentenças, tudo graças ao sistema incompetente e burocrático, além das falhas sistêmicas (ALVES, 2010). Denúncias em razão de super lotação, condições sanitárias deploráveis, violência de gangues e tortura não são situações raras (ALVES, 2010) na amada pátria Brasil.

OS dados apresentados são estarrecedores, demonstrando um rápido e vultoso crescimento da população prisional, perto de 3.000 novos prisioneiros por mês, exaurindo, assim, um sistema já em colapso, levando, ainda, a um enorme número de casos de reincidência e um atraso incalculável nos julgamentos (ALVES, 2010). Há a estimativa de que 80% dos prisioneiros não podem pagar por um advogado, e, considerando que o reduzido número de defensores públicos no país é inadequado para lidar com aqueles que necessitam de sua assistência, indaga-se acerca da “justiça” promovida nos julgamentos que estão sendo conduzidos (ALVES, 2010).

Ante a esse quadro caótico é que na conclusão de Ferrajoli (2000, p. 553) a perversão mais grave observada no instituto da prisão provisória foi sua transformação de instrumento estritamente processual, a ser utilizado em casos de comprovada necessidade, para um instrumento de prevenção e defesa social a fim de impedir o acusado de cometer outros delitos, isto é, assumindo a prisão provisória feição de verdadeira execução antecipada da pena.

Não bastassem as inúmeras prisões decretadas sem qualquer motivação razoável que justifique a necessidade da medida constritiva, o indivíduo presumivelmente não culpável, portanto, preso provisoriamente, dividirá o mesmo estabelecimento com o

preso definitivo, colocando, em diversas situações sua integridade física, moral e psíquica em risco.

Tudo isso demonstra que o Estado procura, já alegando excessivo esforço, “proteger” a sociedade do criminoso, cuida para que os portões não sejam abertos, para que não se torne público o festival de violência exibido diariamente sob sua responsabilidade. Enquanto isso, o interior das prisões tem se mostrado “terra de ninguém”, ou melhor, dos grupos ou facções que as conquistarem.

Entretanto, não muito longe, há quem sonhe que a pena cumprirá seu papel de ressocialização, que o princípio da inocência sobrevive incólume, e por ser a escória social quem habita a quase totalidade das prisões em todo mundo, essa realidade não traduz maiores inconvenientes, pelo menos imediatamente. Em meio a tudo isso, uma conclusão desponta como óbvia: o direito e o processo penal ainda trabalham com a presunção de culpabilidade. A realidade comprova isso. Cabe aqui, sem maiores indagações, a afirmação de que *contra fatos não há argumentos*. Trabalhasse o Estado com a perspectiva de que o indivíduo encarcerado tem alguma chance de ser declarado inocente ao final, não infligiria ao acusado o tratamento cruel e desumano de que se tem notícia. É por isso que, para Ferrajoli (2000, p.776), um dos graves desvios da prisão provisória é que ela, na maior parte das vezes, castiga para depois processar, ou melhor, castiga processando.

No Brasil, antes do advento das Leis nº. 11.689/08 e 11.719/08, as modalidades de prisões provisórias contempladas em nosso Ordenamento Jurídico eram: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível. Mas, com a entrada em vigor das referidas leis, foram revogadas as duas últimas modalidades enquanto modalidades autônomas, podendo somente ser decretada a prisão preventiva, caso presentes os requisitos desta. Portanto, como espécies efetivas de prisão provisória restaram apenas: prisão temporária, prisão em flagrante e prisão preventiva. Discorrer-se-á a seguir a respeito de cada uma delas, ressaltando que, como o objetivo principal

desta pesquisa não é exame aprofundado acerca das prisões provisórias, serão apenas apontados aspectos gerais que identificam cada uma delas, com o intuito de poder esclarecer em qual delas é oportuno se falar em liberdade provisória⁶³.

4.1.1 Prisão preventiva

Esta, sem dúvida, é a principal modalidade de prisão cautelar prevista no sistema jurídico brasileiro, tanto que, para Roberto Delmanto Junior (2001, p. 162), ela acabou se projetando sobre as demais espécies de prisão provisória, afigurando-se quase que suficiente, de per si, para assegurar o bom andamento do processo penal e a eficácia de suas decisões. Para o autor, dentre os fatores que contribuíram para essa projeção da prisão preventiva, dois assumem relevo, quais sejam: o advento da Lei nº. 5.349/67, que extinguiu a prisão preventiva obrigatória⁶⁴, conferindo nova redação ao art. 312 do CPP e a promulgação da Lei nº. 6.416/77, que acrescentou o parágrafo único ao art. 310 do CPP, impossibilitando que a prisão em flagrante se mantenha quando ausentes os pressupostos e requisitos da prisão preventiva.

Após nova alteração em 1994, pela Lei nº. 8.884, que incluiu a possibilidade de decretação da prisão preventiva para *garantia da ordem econômica* e substituiu a expressão “indícios suficientes da autoria” para “indício suficiente de autoria”, a redação

⁶³ Não será abordado aqui a prisão temporária, já que não guarda relação direta com o problema desta pesquisa.

⁶⁴ Sobre a prisão preventiva obrigatória, Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 467) explica que em oposição a esta se falava em prisão preventiva facultativa. Vejamos: “Quando vigorava entre nós a prisão preventiva obrigatória, para os crimes cuja pena de reclusão fosse, no máximo, igual ou superior a 10 anos, havia, também, outra modalidade de prisão preventiva cuja decretação ficava ao prudente arbítrio do juiz. Era a denominada facultativa. Abolida aquela, permaneceu esta com a mesma denominação. Embora o Código não usasse a expressão prisão preventiva facultativa, era assim que a doutrina designava aquela modalidade de preventiva que ficava subordinada a outros requisitos além da prova do fato e da autoria. A expressão, contudo, foi criada em oposição à preventiva compulsória. Se esta não mais existe, não há razão que justifique a conservação daquele nome, mesmo que tal denominação dá a falsa idéia de que a prisão preventiva fica subordinada exclusivamente à vontade do Juiz, o que não é verdade. [...] Não se pode, pois, denominá-la obrigatória nem facultativa. Não é obrigatória porque a lei não impõe ao Juiz o dever de decretá-la; não é facultativa porque não fica exclusivamente subordinada, condicionada, à vontade do Magistrado”.

atual do art. 312 do CPP é: “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da materialidade e indício suficiente de autoria”

Como se percebe, em termos gerais, a prisão preventiva visa justamente tutelar a efetividade do processo, encarcerando o acusado sempre que este representar algum risco significativo ao desenvolvimento salutar do processo. Destarte, sempre que a conduta do acusado subsumir-se a uma das hipóteses do art. 312 e não restar nenhum outro meio menos gravoso para sanar o problema, a medida excepcional de restrição da liberdade individual restará justificada a título de prisão preventiva.

A prisão preventiva, por ser permitida desde o início da persecução penal (fase de investigação) até após a prolação da sentença (art. 387 e art. 492, I, d, CPP) possui enorme campo de incidência, abarcando praticamente todas as circunstâncias e/ou situações da realidade que indicam risco para o processo, à exceção da prisão temporária, que visa unicamente assegurar o bom andamento das investigações criminais (OLIVEIRA, 2009, p. 487).

Esta espécie de prisão provisória, de clara natureza cautelar, assume, na visão de Walter Nunes da Silva Junior (2008, p. 829) feição de (a) *medida de segurança*, quando visa garantir a ordem pública ou econômica, de (2) *meio de instrução*, nos casos em que visa à conveniência da instrução criminal e de (3) *garantia de eficácia do processo*, naquelas situações em que se busca assegurar a aplicação da pena.

De qualquer sorte, a excepcionalidade da medida sempre deverá ser demonstrada mediante uma fundamentação clara e precisa, que aponte para a presença, no caso concreto, do *fumus commissi delicti* (prova da materialidade e indício suficiente de autoria) e do *periculum libertatis* (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Quanto ao *fumus commissi delicti* é necessário que haja sinais externos, com suporte real fático, extraídos dos atos de investigação realizados, em que, através de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita-se deduzir a comissão de um delito, cuja realização e consequências apontam para um sujeito concreto (LOPES JUNIOR, 2009, p. 105). Mister, portanto, que reste demonstrada a probabilidade da ocorrência de um delito⁶⁵.

Além disso, conforme nos ensinam José Cirilo de Vargas e Juarez Cirilo de Vargas (1992, p.120), o magistrado, no momento de análise do pedido de prisão preventiva, jamais poderá se esquecer de que o crime é uma ação a que se somam atributos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, de maneira que “não haverá prisão preventiva sem a prova destes três elementos: bastaria, no entanto que o juiz se convencesse da inexistência do dolo para não decretá-la”. Certamente que a análise do elemento subjetivo é imprescindível, uma vez que pode apontar tanto para a atipicidade da conduta como para desclassificação para crime culposos, casos em que não há que se cogitar em prisão preventiva. Incabível, outrossim, quando se verificar a ocorrência de causas de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa etc) ou da culpabilidade (erro de proibição, inexigibilidade de conduta diversa etc).

Uma vez, então, presentes os pressupostos para decretação da medida cautelar constritiva (prova da materialidade e indício suficiente de autoria), isto é, o *fumus commissi delicti*, parte-se para análise dos seus fundamentos (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal), os quais constituem o *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma medida restritiva da liberdade individual poderá ser decretada, diga-se, se o acusado livre não representa nenhum risco efetivo para as situações tuteladas pela lei (art. 312, do CPP) deve ser mantido seu *status libertatis*, basilar de toda democracia (materializada).

⁶⁵ O magistrado deve passar a “compulsar, nos elementos do processo, a presença de dois outros requisitos indeclináveis à custódia preventiva, a saber: a certeza material do fato criminoso, isto é, de que houve um crime; e a presença daquele mínimo de indícios necessários a tranquilizar a consciência do juiz de que o agente de quem suprime a liberdade foi o seu provável autor ou partícipe” (SAMPALTO JUNIOR; CALDAS NETO, 2007, p. 178).

A primeira situação ou circunstância idônea a autorizar a decretação da prisão preventiva, segundo o art. 312 do CPP, é a *garantia da ordem pública*⁶⁶. Segundo afirma Aury Lopes Junior (2009, p. 108), trata-se de conceito tão vago e indeterminado que se presta a qualquer *senhor*, dada a assustadora maleabilidade conceitual que traduz, fato que o torna o fundamento predileto na decretação da referida prisão⁶⁷.

⁶⁶ Há enorme celeuma doutrinária e até mesmo jurisprudencial com relação à cautelaridade deste fundamento para decretação da prisão preventiva, já que, em última análise, ao garantir a ordem pública está se tutelando não o processo, antes, interesses a ele estranhos, mais especificamente, a própria Sociedade. João Gualberto Garcez Ramos (p. 140-141), trazendo à baila os ensinamentos de José Frederico Marques, destaca: “De fato, a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, embora seja motivada por situação urgente, seja formal e materialmente sumária, fundada na aparência, temporária e ineficaz de gerar a coisa julgada material, não é cautelar por faltar-lhe um requisito essencial: a referibilidade. José Frederico Marques foi o autor que mais advertiu disso na doutrina processual brasileira, escrevendo o seguinte: ‘Desde que a permanência do réu, livre e solto possa dar motivos a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social [...] cabe ao juiz decretar a preventiva ‘como garantia da ordem pública’. Nessa hipótese, a prisão preventiva perde seu caráter de providência cautelar, constituindo, antes, como falava Faustin Hélie, verdadeira medida de segurança. [...] A *potestas coercendi* do Estado atua, então, para tutelar, não mais o processo condenatório a que está instrumentalmente conexa, e sim [...] a própria ordem pública’”. Discordando de tal posição, José Herval Sampaio Junior e Pedro Rodrigues Caldas Neto (2007, p. 197) enfatizam: “Infelizmente, quando se divisa a garantia da ordem pública, isoladamente, como medida de segurança estatal, isto é, sem se constituir providência precaucional do processo, mesmo que de menor intensidade, é raciocínio jurídico que não podemos sustentar, pois acarretaria a própria ruína do sistema de constitucionalização do direito, visto que malferiria de morte o princípio da presunção de não culpabilidade, que somente admite prisão antes da sentença condenatória passada em julgado, quando demonstradas a sua necessidade, razoabilidade e proporcionalidade ao processo, aferidas em cada concreto. Portanto sendo possível a constatação de que um provimento precaucional pode conter carga tanto de segurança social como processual, de maior ou menor intensidade, conforme o caso em concreto, é que, uma vez presente a carga protetora da efetividade do provimento judicial a ser proferido na persecução penal, ter-se-á delineada a idéia de referibilidade que cerca as providências cautelares também no processo penal, entre quais se inclui a prisão preventiva para garantia da ordem pública”.

⁶⁷ O STF, no julgamento do HC 84981/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 22.04.2005, p. 32) manifestou que “a periculosidade do agente justifica a custódia preventiva como garantia da ordem pública”. No julgamento do HC 84658/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 03.06.05, p. 48) entendeu que “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, a evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos [...] a periculosidade e o risco de reiteração criminosa e de evasão do distrito de culpa são suficientes para manutenção da segregação cautelar”. Até mesmo situação de intranquilidade social já foi utilizada pelo STF como fundamento para o encarceramento precoce com base na garantia da ordem pública. Vejamos: “[...] No julgamento do HC 80.717, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal reafirmou a ilegalidade da segregação, quando embasada na hediondez do delito ou no clamor público. Nesse julgado a corrente que prevaleceu registrou que o modo e a execução do crime, bem como a conduta do acusado antes e depois do delito, poderiam servir de respaldo para legitimar a prisão preventiva com base na ordem pública. Para tanto, é preciso que se evidencie a intranquilidade no meio social que o réu, em liberdade, poderia causar” (HC 84680/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU 15.04.2005, p. 28)

Ao referir-se ao cárcere precoce do acusado sob este fundamento, Aury Lopes Junior (2009, p. 116) afirma ser medida substancialmente inconstitucional, já que:

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medida de segurança pública.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública [...] nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifacismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos de discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do direito para fazer valer seus atos prepotentes.

O segundo fundamento, fortemente criticado⁶⁸, que daria azo à prisão preventiva é a garantia da ordem econômica, inserido no art. 312 do CPP por ocasião da Lei nº. 8.884/94 (Lei Antitruste). Tal fundamento visa tutelar o risco proveniente de algumas condutas que, uma vez levadas a cabo, findariam por prejudicar a tranquilidade e a harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou, até mesmo, do mercado de ações e valores⁶⁹ (LOPES JUNIOR, 2009, p.109). Para muitos⁷⁰, trata-se de verdadeira espécie da prisão

⁶⁸ Aury Lopes Junior (2009, p.120) é incisivo na crítica que direciona a este fundamento para restrição da liberdade individual antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Diz ele: “Num país pobre como o nosso, ter uma prisão preventiva para tutelar o capital especulativo é envergonha o processo penal. É elementar que se o objetivo é perseguir a especulação financeira, as transações fraudulentas, e coisas do gênero, o caminho passa pelas sanções à pessoa jurídica, o direito administrativo sancionador, as restrições comerciais, mas jamais pela intervenção penal, muito menos de uma prisão preventiva”.

⁶⁹ Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p.489.490) em crítica à decretação da prisão preventiva a este título destaca que “a magnitude da lesão não seria amenizada nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu suposto autor. Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar que nos parece mais adequada é o seqüestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas. Se no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas, e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública, já prevista antes da Lei nº. 8.884/94”.

⁷⁰ Nessa linha, Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 583) assevera: “[...] trata-se de uma espécie do gênero anterior que é a garantia da ordem pública. Nesse caso, visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômica financeira de uma

para garantia da ordem pública, já que o impacto na ordem econômica idôneo a reclamar a segregação cautelar do acusado há de ser significativamente relevante, a ponto de afetar a própria ordem pública, isto é, não há risco para a ordem econômica que não o seja primeiro da ordem pública.

Também figura como fundamento desta modalidade de prisão provisória, a *conveniência da instrução criminal*. O termo “conveniência” já vem sendo alvo de críticas por ser vago e comportar extrema discricionariedade. De modo que não seria possível a restrição do direito fundamental à liberdade individual pela mera conveniência da instrução criminal, mas tão-somente quando houver o efetivo risco para o regular desenvolvimento das investigações criminais, como, por exemplo, quando existirem fortes indícios de que o acusado esteja destruindo provas, ameaçando testemunhas, subornando peritos etc.

Insta lembrar que não se justifica a prisão do acusado simplesmente para ser interrogado ou, ainda, por conta de sua recusa em participar de algum ato probatório, como, por exemplo, um reconhecimento ou uma acareação, já que, no primeiro caso, restou solidificado ser o interrogatório um meio de defesa, ao passo que no segundo caso há explícita violação ao direito ao silêncio e, em especial, ao *nemo tenetur se detegere*.

O último fundamento para decretação da prisão preventiva está em *assegurar a aplicação da lei penal*. Em linhas gerais, doutrina e jurisprudência atribuíram à medida restritiva de liberdade com este fundamento o fim de impedir a fuga do acusado. Isto porque eventual fuga esvaziaria o próprio sentido de eventual sentença penal condenatória, uma vez que a pena cominada não poderia ser aplicada. Como ressalta Aury Lopes Junior (2009, p.110) “o risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio

instituição financeira ou mesmo de órgão de Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área”.

processo)”. Contudo, para o autor, esse risco não pode jamais ser presumido, antes deve estar fundado em circunstâncias concretas.

O professor Aury Lopes Junior (2009, p. 126), em suas reflexões, não questiona o caráter cautelar destes dois últimos fundamentos da prisão preventiva, mas, sim, a sua necessidade, indicando que a realidade tem apontado para o fato de que, mesmo sob estes argumentos, a prisão cautelar assume aspecto de verdadeira pena antecipada, permitindo que o imputando fique preso até mesmo durante anos provisoriamente, desmantelando, assim, o princípio da presunção de não culpabilidade.

Por isso, Ferrajoli (2000, p. 555) adota posição extrema, sustentando a inviabilidade da prisão provisória, sob o fundamento de sua incontornável falta de coerência lógica. Nesse diapasão, afirma:

Los principios éticos-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, sob pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que um ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales”. Em este aspecto tenía razón Manzini: “y em fin, de que inocencia se trata? Y entonces por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? Por qué no se abole la prisión provisional?”⁷¹

Sem dúvida que o maior desafio que se coloca quando se fala em prisão provisória é sua harmonização com o princípio da presunção de não culpabilidade. Nem sempre a autoridade judiciária se compromete a analisar minuciosamente o caso concreto, precipitando-se, por isso, na decretação da medida extrema sem que esteja provada a imprescindibilidade da mesma. Como consequência, tem-se o *periculum libertatis* fundado em meras presunções.

⁷¹ Tradução livre: Os princípios ético-políticos, como os de lógica, não admitem contradições, sob pena de sua inconsistência: podem romper-se, mas não plegarse a placer; e uma vez admitido que um cidadão presumidamente inocente possa ser encarcerado por “necessidades processuais”, nenhum jogo de palavras pode impedir que o seja também por “necessidades penais”. E neste aspecto teria razão Manzini: “enfim, de que inocência se trata? E então por que não se aplica o princípio com todas suas consequências lógicas? Por que não se abole a prisão provisória?”

Ante a tudo isso, importante frisar que ao lidar com qualquer das espécies de prisão provisória não se deve perder de vista que as mesmas constituem medidas de exceção, só podendo se efetivarem quando, no caso concreto, a autoridade judiciária competente se convencer da real necessidade (e não meras suposições) de restringir a liberdade do acusado, presumivelmente não culpável até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Evidentemente que eventual encarceramento precoce do acusado só pode perdurar enquanto subsistirem os motivos que o ensejaram. Tão logo se perceba a derrocada dos motivos que legitimavam a prisão, deverá o acusado ser posto imediatamente em liberdade⁷², não havendo, de maneira alguma, que se falar em liberdade provisória, já que à míngua das razões que justifiquem a cautelaridade da medida, erige-se a condição normal do indivíduo, que é de liberdade, sem qualquer vinculação, o que se conclui, outrossim, em tributo ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Insta consignar, ainda, que mesmo se tratando de crimes mais graves, para as quais a lei tenha previsto pena de reclusão, a natureza da infração, por si só, não se mostra suficiente para fundamentar a necessidade do encarceramento precoce. Tanto o é que o art. 313 do CPP prevê hipóteses de prisão preventiva para casos de crimes apenados com detenção. Tampouco o clamor público pode ser erguido como fundamento da medida extrema, já que, como é cediço, o espetáculo que a mídia cria em determinados delitos facilmente conduz a opinião pública, esta notadamente manipulável. Basta lembrar-se do crime que mais impactou o Brasil, ou melhor, mais explorado pela mídia no ano de 2008, qual seja: a suspeita de que a menina Isabela teria sido morta pelo casal Nardoni. Pela opinião pública, massa de manobra da mídia, o casal já estaria condenado antes mesmo de findar a investigação policial, quiçá preso preventivamente.

⁷² Nesse sentido manifestou o STF no julgamento do HC 80. 282/SC (BRASIL, DJ 02.02.2001) que teve por relator o Min. Nelson Jobim: “A prisão preventiva deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade. Não mais subsistentes os motivos que levaram à sua decretação, como no caso concreto, impõe-se que seja revogada”.

Por tudo isso, somente mediante uma fundamentação idônea, que não perca de vista a conjugação necessária entre as peculiaridades do caso concreto e as hipóteses legais autorizativas da restrição da liberdade individual, é que se demonstrará a imprescindibilidade da medida extraordinária de constrição da liberdade.

4.1.2 Prisão em flagrante

Segundo o professor Teles Castelo Branco (1986, p. 19), a origem da prisão em flagrante remonta à Lei de XII Tábuas, onde havia menção expressa do extermínio de ladrões quando presos em flagrante. Desde seu nascedouro até os dias atuais, o que se percebe é que o estado de flagrância sempre agravou a situação do acusado. Isto porque como a própria expressão que qualifica a prisão em questão induz (*flagrante*), o delito ainda está fervilhando, é o momento da perpetração, que confere uma evidência absoluta ao fato que acabara de acontecer, que foi visto e ouvido, e, por isso, seria um absurdo ou impossível negá-lo⁷³ (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 389).

Nas palavras de Francesco Carnelutti (1950, 77-78) a flagrância está intimamente relacionada com a chama, que indica com certeza a ocorrência de combustão, de maneira que quando se vê a chama, é certo que alguma coisa queima, tornando a flagrância, assim, nada mais do que a *visibilidade do delito*.

É essa certeza visual da ocorrência de um crime que gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os órgãos particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para isso, deter o autor (LOPES JUNIOR, 2009, p. 70).

⁷³ O art. 302 do CPP (BRASIL, 2010, p.395) estabelece: “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 o autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”. Na verdade, esta certeza somente absoluta somente é alcançada na primeira hipótese, isto é, no inciso I, já que nas demais o estado de flagrância decorre de presunção.

Tal modalidade de prisão sempre esteve presente na história das Constituições brasileiras, sendo que, no atual Texto Constitucional, a autorização para esta medida constritiva está inserida no art. 5º, LXI, que possui a seguinte dicção:

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 lei

É possível que, por meio de uma leitura apressada e desavisada do referido dispositivo, que se imagine que o constituinte originário teria criado uma efetiva espécie de prisão cautelar, que à exceção das demais, não carece de ordem escrita e fundamentada. Isso não é verdade.

Na verdade, o que está autorizado pela Constituição é tão-somente a prisão-captura, a mera detenção realizada pela autoridade policial ou por qualquer do povo que presencie uma situação de flagrante delito. Ora, não seria razoável se exigir daquele que vislumbrou a perpetração de um delito ou que vivenciou uma situação em que, dadas as circunstâncias, se presume que determinado sujeito foi o autor da infração, que apresente mandado de prisão expedido pela autoridade judiciária competente. Em face das circunstâncias excepcionais que caracterizam o estado de flagrância seria até ilógico uma exigência deste jaez.

Não se pode perder de vista, contudo, que nem mesmo uma situação de flagrância autoriza a supressão do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, que deve informar toda atividade persecutiva estatal, sob pena de aplicação da pena sem o aperfeiçoamento de um justo e devido processo legal. Nesse sentido, portanto, pode se afirmar que a prisão em flagrante não subsiste como modalidade autônoma de prisão cautelar, a se sustentar pelo simples fato de ter sido o agente capturado no momento da prática do crime, logo após ou em situação que o faça presumir autor do delito. Pudesse uma prisão se ancorar-se simplesmente nestes motivos, estar-se-ia diante do estabelecimento de verdadeira pena, antes mesmo da instauração da ação penal pertinente.

Não se pode olvidar que o que se busca com o flagrante nada mais é do que (a) proteção do bem jurídico atacado e (b) a mais fácil colheita de elementos probatórios que apontem para a autoria e materialidade do fato. Com a prisão, a primeira justificativa perde a razão de ser. Caso a permanência do indivíduo em liberdade ainda represente risco, deverá o magistrado se socorrer da prisão preventiva, limitando-se aos seus requisitos autorizadores. No segundo caso, uma vez preservada a fonte de prova posterior e necessária à persecução penal, também não mais se justifica o encarceramento do acusado por força do flagrante. Se assim o é, impõe-se que a prisão do agente seja imediatamente submetida à análise de sua necessidade pelo Poder Judiciário, único legitimado a declarar em que medida a custódia do indivíduo é imprescindível para garantir o resultado útil do processo.

Aliás, cumpre mencionar, com relação à prisão em flagrante, o Projeto de Lei n.º 4.208-C, (BRASIL, 2010) de avançada tramitação no Congresso Nacional, que traz a seguinte redação para o art. 310 do CPP:

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 ato nas condições constantes do inciso I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 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.

Como se infere da leitura do projeto de lei em tela, resta clarividente a preocupação do legislador infraconstitucional com a questão das prisões em flagrante, que sempre foi lócus de inconstitucionalidades. Uma vez aprovado o projeto de lei, não restarão mais dúvidas de que é imprescindível a fundamentação da decisão judicial pelo magistrado, independente da atitude (necessária) que possa tomar. Sepultaria de vez a famosa prática de ‘manutenção do flagrante’, de maneira que, sendo ilegal a prisão, imediatamente deverá ser relaxada, sendo legal e presentes os requisitos do art. 312

do CPP, deverá ser convertida em preventiva, ou por fim, impõe-se a concessão da liberdade provisória. Por enquanto, só resta torcer para que o projeto em comento seja aprovado e logo.

Enquanto isso, na esteira do que prescreve o art. 302 do CPP, a primeira hipótese configuradora da prisão em flagrante é quando o indivíduo *está cometendo a infração penal*, sendo, deste modo, surpreendido praticando o verbo nuclear do tipo, podendo a prisão evitar, em certos casos, a própria consumação. Nesta situação diz-se flagrante próprio. Para Aury Lopes Junior (2009, p. 74-75) essa hipótese de flagrante é a detentora de maior credibilidade, uma vez que o acusado é surpreendido durante o “iter criminis”, praticando a conduta do tipo penal, sem ter, contudo, o percorrido integralmente.

A segunda situação elencada no rol do art. 302 do CPP, que também constitui flagrante próprio, é quando o indivíduo *acaba de cometê-la*, isto é, no momento em que já cessou a prática do verbo nuclear do tipo, mas não há um lapso temporal relevante entre a prática do crime e a prisão efetuada, permitindo, em algumas situações, o imediato socorro à vítima. (LOPES JUNIOR, 2009, p. 75).

Já as situações previstas nos incisos III (o sujeito é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração) e IV (o agente é encontrado logo após, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração), configuram o que se convencionou denominar de “flagrante impróprio” ou “quase-flagrante”.⁷⁴

O inciso III do art. 302 do CPP revela uma situação em que a perseguição inicia-se logo após o crime, ainda que esta perdure durante diversas horas. O que se exige, então, é que a perseguição seja iniciada imediatamente, de modo que haja contato visual com o

⁷⁴ Para o professor Aury Lopes Junior (2009, p. 75) as denominações “flagrante impróprio” e “quase-flagrante” em referencia aos incisos III e IV do art. 302 do CPP não são adequadas. Isto, pois, a primeira expressão transmite a idéia de antagonismo com aqueles que seriam próprios, o que é um equívoco. No segundo caso porque traduz a idéia de que não se trata de flagrante, o que seria um erro, considerando que na sistemática do CPP esses casos são igualmente flagrante delito.

agente ou, pelo menos, uma proximidade que permita a autoridade ir ao encalço do agente.⁷⁵

A última situação de flagrância inserta no inc. IV do referido dispositivo legal, exige, concomitantemente, que o agente seja “encontrado”, “logo depois” numa situação que imponha “presunção de autoria” (LOPES JUNIOR, 2009, p. 77). Vale dizer que o “encontrar” é no sentido de que se esteja a procura do agente do crime perpetrado, não no sentido de encontrar casualmente. Também exige que seja logo após a prática do delito não podendo haver intervalos significativos entre a prática delituosa e o encontro, já que a depender do intervalo, o encontro seria casual, frustrando, assim, o flagrante.

Mas, como destaca Aury Lopes Junior (2009, p. 79), “encontrar” é substancialmente distinto de “perseguir”, de maneira que “perseguir” há que se estar próximo, enquanto “encontrar” permite um intervalo temporal mais dilatado entre o crime e o encontro com o agente. Em resumo, tanto no inciso III como no IV exige-se que o flagrante se dê logo após a prática delituosa, contudo, o lapso temporal na última hipótese é mais extenso do que em caso de perseguição.

Insta registrar, outrossim, que além das hipóteses elencadas no art. 302 do CPP, ainda há possibilidade de flagrante na situação descrita no art. 303 do mesmo Diploma, qual seja, nas infrações permanentes⁷⁶, persistindo o estado de flagrância enquanto não cessar a permanência. Os tipos permanentes:

[...] não se completam na produção de determinados estados, porque a situação típica criada se prolonga no tempo conforme a vontade do autor, como o seqüestro ou cárcere privado (art. 148), a violação de domicílio (art. 150), em que a consumação já ocorre com a realização da ação típica, mas permanece

⁷⁵ O art. 290 do CPP (BRASIL, 2010, p. 394), em seu §1º dispõe: “Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando: a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista; b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

⁷⁶ Segundo ensina Claus Roxin (1997, p. 329), delitos permanentes “são aqueles em que o crime não está concluído com a realização do tipo, senão que se mantém pela vontade delitiva do autor por tanto tempo como subsiste o estado antijurídico criado por ele mesmo [...] são, em sua maioria, delitos de mera atividade, mas também podem ser delitos de resultado, no caso em que determinado resultado constantemente volte a realizar-se de novo, mantendo-se o estado antijurídico”.

em estado de consumação enquanto dura a invasão da a protegida pelo tipo penal (CIRINO apud, LOPES JUNIOR, 2009, p. 79)

Agora, independentemente da hipótese em que o flagrante tenha se dado, uma vez efetuada a prisão-captura, esta deverá ser imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente, o que pela leitura do art. 306 do CPP, deverá ser feito num prazo máximo de 24 horas. Uma vez submetida ao magistrado, este, se entender presente algum dos requisitos do art. 312 do CPP, decretará a prisão preventiva. Verificando, entretanto, a configuração de algumas das causas excludentes da ilicitude ou, mesmo sendo o crime inafiançável, ausente os requisitos do art. 312, impõe-se a concessão da liberdade provisória, mediante o termo de comparecimento a todos os atos do processo⁷⁷.

Não podendo subsistir pelos seus próprios fundamentos, assume a prisão em flagrante, portanto, natureza de uma medida pré-cautelar⁷⁸, que como explica Banacloche Palao (apud, LOPES JUNIOR, 2009, p.70) “não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma medida verdadeiramente cautelar”. Pode se dizer, então, que a prisão em flagrante é:

⁷⁷ O art. 310 do CPP (BRASIL, 2010, p. 396) estabelece que “Quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante o termo de comparecimento a todos os atos do processo sob pena de revogação. Parágrafo único: Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (art. 311 e 312)”.

⁷⁸ Vale a pena transcrever o teor da ementa da decisão proferida no Habeas Corpus nº. 70016357089, 7ª Câmara Criminal, do TJRS, que teve como relator o Des. Nereu Giacomolli, julgado em 31 de agosto de 2006. Vejamos: “HABEAS CORPUS. POSSE E DISPARO DE ARMA DE FOGO. FLAGRANTE. MEDIDA PRÉ-CAUTELAR. AUSENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. O paciente foi preso em flagrante por posse de arma de fogo e por ter efetuado disparo em via pública. O auto de prisão em flagrante foi homologado, não havendo notícia de decreto de prisão preventiva. 2. O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Contudo, não basta por si só. Trata-se de uma medida pré-cautelar, devido a sua precariedade (único previsto constitucionalmente em que a prisão pode ser realizada por particular ou autoridade policial sem mandado judicial), devendo ser submetida ao crivo do julgador que a homologará ou não. Não está dirigida a garantir o resultado final do processo ou a presença do sujeito passivo. Destarte, é preciso que o magistrado, após requerimento formulado pela acusação, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão cautelar, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não sendo possível a conversão automática do flagrante em prisão preventiva. 3. Além disso, o auto de prisão em flagrante não foi devidamente fundamentado, estando em desacordo com o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. 4. Delito praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Paciente com condições pessoais favoráveis à manutenção da liberdade concedida liminarmente”.

[...] uma medida pré-cautelares, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente estará justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não (LOPES JUNIOR, 2009, p. 72).

Sem dúvida que andou muito bem o legislador na redação ofertada ao §1º do art. 306 do CPP pela Lei nº. 11.449, de 15 de janeiro de 2007. Assim, ao estabelecer um prazo máximo de 24 horas para que a autoridade policial encaminhe o auto de prisão em flagrante, juntamente com as oitivas colhidas, ficou claramente evidenciado que toda e qualquer prisão só se sustenta ante a análise minuciosa, pela autoridade judicial competente, da imprescindibilidade da mesma, o que deve ser feito com a maior brevidade possível, já que milita em favor do acusado o princípio da presunção de não culpabilidade.

Mas, como dito outrora, ao analisar o princípio da fundamentação das decisões judiciais, o que tem ficado patente em se tratando de prisão em flagrante é que a autoridade judiciária tem se limitado à sua simples homologação, sem qualquer análise acerca da necessidade da prisão, que sempre deverá ser considerada a última *ratio*.

Mais uma vez, salutar trazer à baila a conclusão de Fabiana Costa Oliveira Barreto de pesquisa que realizou acerca da prisão em flagrante, em casos de furtos, em cinco cidades brasileiras. Na ocasião, constatou-se que o flagrante ainda é o “vilão” das prisões provisórias, mantendo-se mesmo à míngua de uma fundamentação razoável. São palavras da autora:

Os dados apresentados mostram que nas cidades de Recife, Belém e São Paulo, os autos de prisão em flagrante resultaram em prisão provisória após a comunicação à autoridade judicial na quase totalidade dos casos (Recife, 97,8%; São Paulo, 98,3%; e Belém, 99,6), no Distrito Federal em 80,3% e Porto Alegre em 45,75%. Essa realidade indica que no momento em que o juiz é comunicado da existência do flagrante a regra é manter a prisão, o que nos leva a concluir o controle do flagrante realizado pelo poder judiciário na maioria das localidades pesquisadas, diferentemente do que dispõem as regras brasileiras, é meramente formal. Ou seja: não há decisão motivada da autoridade judicial determinando a prisão, de forma que a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial tem sido suficiente para justificar a custódia.

Acrescenta ainda, que segundo as pesquisas realizadas nas referidas cidades brasileiras, a quase totalidade das prisões em flagrantes verificadas ultrapassam o prazo máximo de 24 horas, tanto para comunicação do magistrado, bem como para a análise da necessidade da medida, ficando o acusado preso durante meses e até anos sem uma análise particular das circunstâncias que justificam sua custódia. Isso demonstra que o flagrante, infelizmente, tem funcionado como fator de relativização do princípio da presunção de não culpabilidade, e, como consequência, como justificativa para antecipação da pena. Para isso também contribuem alguns posicionamentos do STF que vêm se mantendo no sentido de que a manutenção da prisão em flagrante não carece de fundamentação, salvo naqueles casos em que há pedido de liberdade provisória. Este é o teor, por exemplo, da ementa do julgamento do HC nº. 62166/SP (BRASIL, DJ 31.10.1984):

O parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal não impõe ao juiz exarar, de ofício, despacho fundamentado de toda e qualquer prisão que lhe seja comunicada, se entender não configurado qualquer dos pressupostos da prisão preventiva. Todavia, cabe-lhe a obrigação de fundamentar a decisão sempre que a liberdade provisória é postulada e denegada.

Clarividente é a incompatibilidade deste entendimento com a Constituição Federal, uma vez que o magistrado tem o dever de informar a necessidade da custódia ao manter o flagrante, já que este, por si só, não pode manter o indivíduo encarcerado. Imagine, por exemplo, que o indivíduo preso em flagrante possua uma situação de comprovada insuficiência financeira. O auto de prisão em flagrante é remetido, até 24 horas, ao juiz, sendo uma cópia enviada à Defensoria Pública. Considerando a falta de infra-estrutura deste órgão e o número reduzido de defensores, suponha que eventual pedido de liberdade provisória só venha ser formulado após 30 dias, a contar da a prisão em flagrante. Ora, na linha da ementa retrocitada, mesmo que o juiz verifique a ausência de qualquer dos requisitos da prisão preventiva, ele manteria o agente preso até que eventual pedido de liberdade provisória viesse a ser formulado, ocasião em que estaria obrigado a fundamentar. Isso seria um absurdo, um golpe contra o direito fundamental à liberdade. O juiz jamais poderá manter-se indiferente a uma prisão desnecessária. O flagrante perde a razão se existir no momento em que o juiz toma conhecimento do

fato. Nesta ocasião, caso entenda pela ausência dos elementos que justifiquem a preventiva, é caso de concessão da liberdade provisória, nos termos do art. 310, parágrafo único. Por isso, a rigor, não há manutenção de flagrante pela autoridade judicial, mas, sim, decretação da prisão preventiva, caso se esta mostre imprescindível para assegurar as situações tuteladas no art. 312 do CPP.

Incontestável, pois, que a prisão em flagrante tem denunciado uma prática totalmente desapegada das orientações constitucionais e legais que orientam as prisões provisórias, acarretando como subproduto trágico o vilipêndio de uma série de direitos fundamentais do acusado como: o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da presunção de não culpabilidade e da fundamentação das decisões judiciais.

Contribui para isso, sem dúvida, o sentimento de “justiça” realizada que fica evidenciado perante a sociedade que, ante a “certeza” de que o indivíduo praticara um delito, reclama uma atitude imediata e severa do Estado através de seus órgãos de persecução penal, a fim de reprimir o agente. Pelo senso comum (que já alcançou o Judiciário), no momento do flagrante já se firmou a culpa do agente, que passa a prescindir de uma sentença que assim o declare ou do trânsito em julgado desta para ser condenado. Isso, por exemplo, é o que ficou patente na pesquisa já mencionada acerca das prisões em flagrantes, que denunciou um exército de encarcerados única e exclusivamente por força do flagrante.

Não se pode negar, contudo, em especial na hipótese de flagrante do inc. I, do CPP, isto é, quando o indivíduo é apanhado na prática do crime, que, dada a maior facilidade que denota na colheita dos elementos probatórios que demonstrem a autoria e a materialidade do fato, que parece impróprio se falar em presunção de não-culpabilidade, já que a visibilidade do delito torna incontestes o fato de o agente incorrido na prática de um delito.

Ante essa situação, que pode gerar enormes prejuízos para o acusado em decorrência do afastamento ou da restrição do princípio constitucional da não culpabilidade, que,

aliás, impõe o dever de tratar o réu como inocente até que sua culpa reste declarada em sentença condenatória irrecorrível, que alguns defendem, na esteira do modelo americano⁷⁹, a admissão de um procedimento mais abreviado nas situações de flagrante, dando ao réu a possibilidade de admitir sua culpa e encerrar desde logo o processo, concedendo-lhe, por isso, uma pena menor (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p.66).

Mas, o que precisa ficar sedimentado, por ora, é que a prisão provisória, qualquer que seja a espécie, jamais pode prescindir da excepcionalidade, devendo a autoridade judiciária explanar com clareza as razões pelas quais o agente merece permanecer encarcerado, não podendo, neste momento, o flagrante atuar como fundamento de *per si*, como se verifica na práxis forense, onde se vislumbram inúmeras decisões que se limitam a declarar “mantenho o flagrante pelos seus próprios fundamentos”. Ora, o flagrante só atua como “fundamento” para a prisão-captura realizada pela autoridade policial ou por qualquer pessoa do povo, jamais para o magistrado, o qual, se entender necessária a custódia do agente deverá ancorar-se nos fundamentos do art. 312 do CPP.

⁷⁹ A esse respeito, Barbosa Moreira (apud, BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 66) alude: “Merece especial atenção o caso dos processos penais. A baixa porcentagem dos que chegam ao tribunal explica-se, principalmente, nos Estados Unidos, pelo costumeiro êxito do *plea bargaining*, no qual o réu concorda em declarar-se culpado de uma infração em troca da promessa do acusador de pleitear aplicação de pena menos grave, ou de abster-se de oferecer a denúncia por segundo crime, ou de tomar atitude favorável, de algum modo, ao suposto infrator. Trata-se de pena cotidiana no foro norte-americano, chancelada e não raro estimulada pelos juízes”. Segundo Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 66-67), tal procedimento não se mostra inconstitucional nem arbitrário, pois, “(a) será sempre uma opção do réu, que não é nenhum incapaz e sabe a extensão da conduta que praticou e as suas conseqüências, podendo usufruir da redução de pena; (b) a duração razoável será, por fim, materializada, sendo que a observância de todas as garantias do rito procedimental transforma-se em mero ritual simbólico, com total desprestígio para a efetividade; (c) a confiança na certeza da punição provoca um ciclo favorável ao interesse do Estado e da sociedade; (d) a vítima também é beneficiada, porque presencia uma resposta estatal à violação de seu bem jurídico tutelado”. Autor que brasileiro que tem se destacado na defesa de uma via consensual no processo penal é Nereu José Giacomolli, em obra intitulada *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal (2006)* em que indica diversos ordenamentos que tem obtido êxito com esta prática. Contudo, importante destacar que a maior parte dos processualistas penais brasileiros se posiciona totalmente contra qualquer “verdade consensuada” nos moldes do *plea negotiation*, por entenderem, sobretudo, que a via malfere o devido processo legal, dando azo a condenações infundadas e sem provas. Nesse sentido Aury Lopes Junior e Antonio Scarance Fernandes.

5 A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM FACE DOS CRIMES HEDIONDOS E DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Considerando toda a linha argumentativa e premissas que traçamos até aqui, neste último capítulo nos debruçaremos sobre o objeto central desta pesquisa, que é justamente a análise acerca da possibilidade de concessão da liberdade provisória nos casos de crimes hediondos e de tráfico de entorpecentes. Dito de outro modo, analisar-se-á se é possível compatibilizar eventual concessão da liberdade provisória em tais espécies delitivas com o plexo de direitos e garantias fundamentais consagrados no Diploma Constitucional, em especial, a presunção de não culpabilidade e a exigência de fundamentação das decisões judiciais.

5.1 ALGUMAS ANOTAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Como bem registra Aury Lopes Junior (2009, p. 155), não há como tratar do instituto da liberdade provisória sem antes considerar sua matriz fortemente autoritária, o que se depreende da própria expressão “provisória” que segue o termo liberdade. Aliás, tratando-se o Código de Processo Penal de legislação claramente inspirada no modelo italiano de 1930, portanto, fascista, não poderia ser de outro modo.

Como é notório, o sistema penal-processual penal, brasileiro consagrado no limiar da década de 1940, regia-se sob a premissa da presunção de culpabilidade do réu ou indiciado, não havendo em nível constitucional qualquer norma que conspirasse contra tal concepção inquisitória e antidemocrática⁸⁰. Nesse ambiente, soava perfeitamente

⁸⁰ Nem mesmo a Constituição Democrática de 1946 deu conta de mudar essa concepção autoritária que norteava, e, ainda norteia o Código de Processo Penal. O desafio ainda continua. Não é uma Constituição democrática que garante uma efetiva democracia. A Constituição, sem dúvida é uma

natural se falar em prisões cautelares compulsórias, sobretudo, em face da prisão em flagrante, que, como visto, atuava a fim de legitimar verdadeira antecipação da pena por parte do Estado.

Consoante prevê o art. 5º, XLVI, da Constituição Brasileira “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 2010, p. 22). Inere-se na norma constitucional em comento que o constituinte originário não cuidou de definir ou delinear os contornos do instituto, o que ficou a cargo da legislação infraconstitucional e da doutrina, limitando-se a assegurá-lo como direito fundamental daquele que se submete à lei penal e processual penal.

Como a lei não cuidou de conceituar o instituto da liberdade provisória, a doutrina, cumprindo então seu papel, a partir da conjugação de dispositivos legais e constitucionais que regem a matéria, tratou de definir a liberdade provisória como aquela concedida ao indiciado ou réu, preso em decorrência do flagrante⁸¹ “que, por não necessitar ficar segregado, provisoriamente, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, deve ser libertado, sob determinadas circunstâncias” (NUCCI, 2005, 519-520). Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 523), a liberdade provisória pode ser compreendida como:

[...] um estado de liberdade, circunscrito em condições e reservas, que impede ou substitui a prisão cautelar, atual ou iminente. É uma forma de resistência, uma contracautela, para garantir a liberdade ou a manutenção da mesma,

importante diretriz; um excelente norte rumo à transformação da realidade; mostra onde uma comunidade pretende chegar. Contudo, não se pode olvidar que o direito, enquanto fenômeno social, registra suas maiores conquistas na arena das lutas sociais, através de posturas comprometidas com a democracia e com a promoção dos direitos humanos. Se não houver comprometimento com a materialização do Estado Democrático de Direito por parte daqueles que dia a dia escrevem a história do processo penal, nossa Constituição de 1988 não passará de mera *folha de papel*, para utilizar a expressão de Ferdinand Lassale.

⁸¹ A liberdade provisória só se mostra pertinente em caso de prisão em flagrante legal. Isso, pois, sendo caso de flagrante ilegal, a hipótese será de relaxamento. Caso a prisão decretada tenha sido a preventiva, o magistrado, verificando que não mais se encontram presentes os requisitos que sustentam a mesma, deverá imediatamente revogá-la. Por fim, sendo caso de prisão temporária, uma vez expirado o prazo da mesma ela será imediatamente revogada. Importante destacar que não há mais que se falar em prisão decorrente de pronúncia ou de sentença condenatória transitada em julgado, uma vez que as mesmas foram revogadas por força das Leis nº 11.689/08 e nº. 11.719/08, dando lugar, se for o caso, à prisão preventiva.

ilidindo o estabelecimento de algumas prisões cautelares. [...] É um favor e não o direito.

A liberdade provisória, portanto, pressupõe uma prisão em flagrante anterior, que tenha sido formalmente válida. Entretanto, por não restarem configurados os requisitos que justifiquem a decretação da prisão preventiva, não deve subsistir, já que, como dito, o flagrante não autoriza a manutenção da prisão por si só, sob pena de a medida funcionar como fator de antecipação da pena, o que não se admite.

Assim, a despeito do crime e da prisão efetuada, em tributo ao princípio da presunção de inocência, não se admite, na égide de um Estado Democrático de Direito, a permanência de alguém na prisão à míngua de uma necessidade excepcional e devidamente fundamentada pelo magistrado. E, quando nos referimos a “decisão fundamentada”, não estamos fazendo menção tão-somente a uma decisão escrita emitida pela autoridade judiciária competente, mas àquela que se comprometa a externar os caminhos percorridos pelo juiz para que conclua pela imprescindibilidade da medida constritiva. A mera referência a um dos motivos elencados no art. 312 do CPP ou a mera homologação da prisão em flagrante não constituem motivos idôneos a satisfazerem o conteúdo das normas constitucionais insertas no art. 93, IX e art. 5, XLI.

De todo modo, pela sistemática do CPP a liberdade provisória⁸² pode ser concedida com fiança ou sem fiança e com o cumprimento de obrigações ou não.

A liberdade provisória sem fiança e sem vinculação é aquela em que o infrator de livra solto compulsoriamente, sem qualquer exigência ou constrangimento, ou seja, não se impõe nenhuma condição para sua concessão, devendo a autoridade policial lavrar o auto e em seguida liberar o agente, nos termos do art. 309 do CPP. Terá lugar nas hipóteses de ínfima gravidade elencadas pelo art. 321 do CPP, quais sejam: naquelas

⁸² Há autores que classificam a liberdade provisória em razão da admissibilidade legal, de modo as espécies seriam: (a) liberdade provisória obrigatória: que se refere ao direito incondicional do infrator, que permanecerá em liberdade mesmo que tenha sido surpreendido na prática delituosa; (b) liberdade provisória permitida: dá-se quando não estiverem presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva e quando a lei não vedar expressamente; (c) liberdade provisória vedada: quando couber prisão preventiva ou quando a lei estabelecer expressamente a vedação.

infrações cuja pena de multa é a única cominada e naquelas cujo máximo de pena privativa de liberdade, seja isolada, cumulada ou alternada, não ultrapasse a três meses (BRASIL, 2010, p.397)

Outra modalidade de liberdade provisória é a prevista no art. 310 do CPP e seu parágrafo único, que autoriza a concessão do instituto sem fiança⁸³, mas com vinculação, isto é, embora não se exija a fiança, o acusado deve se submeter a algumas exigências legais, sob pena de ter seu pedido negado e, portanto, permanecer preso. Terá cabimento quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, duas situações: (a) que o agente praticou o ato respaldado por uma excludente de ilicitude⁸⁴, ou (b) a incoerência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Na prática, esta é a modalidade de liberdade provisória mais recorrente, devendo o agente se comprometer a comparecer a todos os atos do inquérito e do processo, para os quais tenha sido devidamente intimado.

Por fim, há a liberdade provisória mediante fiança⁸⁵. Importa aqui destacar a diferença entre fiança e liberdade provisória mediante fiança. Na visão de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 533), a fiança consiste justamente no fato de “caucionar a obrigação alheia, importando, pois, em abonação ou responsabilidade.

⁸³ Há ainda a situação prevista no art. 350 do CPP, que dispensa a fiança quando se tratar de agente considerado financeiramente hipossuficiente. Como não seria justo nem razoável manter o indivíduo preso por ser pobre, ele terá direito à liberdade provisória sem fiança, contudo, condicionada.

⁸⁴ Salutar observação faz o professor Aury Lopes Junior (2009, p. 161), no sentido de que quando se analisa o art. 310 “caput” o comparando com o art. 314, ambos do CPP, “constatamos que a prisão preventiva não poderá ser decretada quando o agente tiver praticado o fato nas condições do art. 23 do Código Penal (ou do abrigo de uma cauda de exclusão da culpabilidade). A regra é bastante lógica. Para decretar-se a prisão preventiva, é necessária a fumaça da prática de um crime, vista como a probabilidade de que a conduta seja típica, ilícita e culpável. Não havendo essa probabilidade, não está presente um elemento genético da prisão cautelar. Ocorre que o art. 314 foi alterado pela Lei nº. 5.349/67, e o caput do art. 310 remota a redação originária do CPP, ou seja, 1941. Logo, vale a lei posterior que disciplinou a matéria, fazendo com que a liberdade concedida nesse momento seja plena e sem qualquer daquelas vinculações ali estabelecidas. [...] Assim, tendo o agente praticado o fato – aparentemente – ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, o melhor caminho é a aplicação do art. 314 do CPP, com a homologação do flagrante e a concessão de liberdade plena (sem qualquer tipo de vinculação), pois incabível a prisão preventiva.

⁸⁵ Cumpre destacar que não obstante o instituto da fiança envolva diversas questões polêmicas e enriquecedoras, neste trabalho serão traçados apenas alguns aspectos gerais acerca da mesma, haja vista que nos crimes hediondos e de tráfico de entorpecentes, objeto desta pesquisa, defende-se a imposição de liberdade provisória sem fiança.

Teria conotação fidejussória⁸⁶, sendo a expressão da confiança em alguém, que se obrigaria por outrem, suprindo sua falta”. Já a liberdade provisória mediante fiança é:

[...] o direito subjetivo do beneficiário, que atenda aos requisitos legais e assuma as respectivas obrigações, de permanecer em liberdade durante a persecução penal. É contracautela destinada ao combate de algumas prisões processuais, imprimindo uma implementação financeira e condicionando o beneficiário a uma série de imposições. Com isso, se ele está preso, será libertado; se está na iminência do cárcere, a prisão não se estabelece. Negada arbitrariamente, dá ensejo a constrangimento ilegal sanável pelo remédio heróico do HC, além de constituir em abuso de autoridade (art. 4, alínea “e”, da Lei n.º 4. 898/65)

Ao contrário da liberdade provisória sem fiança, esta é sempre condicionada, impondo ao agente, além do implemento financeiro, diversas obrigações, como, por exemplo, comparecer perante a autoridade toda vez que for intimado; não poderá mudar de residência sem prévia autorização da autoridade competente, nem tampouco se ausentar por mais de oito dias de sua residência sem que comunique à autoridade competente onde poderá ser encontrado etc⁸⁷. Na verdade, o objetivo último da fiança é garantir a presença do agente a todos os atos do inquérito e do processo, sem necessidade, para tanto, de impor-lhe privação de liberdade, recurso que sempre deve ser vislumbrado como a última *ratio*.

Ao arbitrar a fiança, que deverá ter seu valor fixado em salários mínimos, a autoridade levará em conta, consoante indica a leitura os artigos 325 e 326 do CPP (BRASIL, 2010, p. 398), a pena em abstrato cominada para o delito, da situação financeira do acusado, natureza da infração, periculosidade do agente, importância provável das custas, vida pregressa, natureza da infração. Além do depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos e títulos da dívida federal, estadual ou municipal, a fiança poderá ser prestada por hipoteca⁸⁸.

⁸⁶ Cumpre destacar que “o tratamento legal toma a fiança, por sua vez, como uma garantia real de cumprimento de obrigação do beneficiário. Não existe mais a fiança fidejussória no processo penal comum. A confiança na palavra cedeu espaço à prestação financeira. A fiança é uma caução, uma prestação de valor, para acautelar o cumprimento das obrigações do afiançado (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 533)

⁸⁷ A respeito das obrigações do afiançado, conferir os arts. 327, 328 e 341, todos do Código de Processo Penal.

⁸⁸ As modalidades de fiança estão dispostas no art. 330 do CPP.

Para estabelecer os crimes passíveis de fiança, o legislador infraconstitucional adotou uma técnica negativa, isto é, elencou, nos arts. 323⁸⁹ e 324⁹⁰, ambos do CPP, as hipóteses em que a mesma encontra-se vedada, indicando que, em todos os demais casos, está permitida.

Vale dizer que a liberdade provisória com fiança era adotada como regra na sistemática processual penal até fins da década de 1970, ou seja, havia vinculação necessária entre a fiança e a liberdade provisória, e, ainda assim, naqueles casos de infrações de menor gravidade. Pela sistemática original do CPP, outrossim, naqueles casos em que a pena cominada, máxima, era igual ou superior a dez anos, configurada estaria a prisão preventiva obrigatória. A prisão provisória, portanto, era a regra. Walter Nunes da Silva Junior (2008, p. 809), nesse sentido, assinala que, “quanto aos crimes mais graves, por medida de segurança, o acusado respondia, por força de lei, ao processo encarcerado, até porque eles eram inafiançáveis”.

Ocorre que, com o advento da Lei nº. 6.416/77, que inseriu o parágrafo único no art. 310 do CPP, o instituto ora tratado passou por uma revolução, gerando, nas palavras de Aury Lopes Junior (2009, p. 163) “a inutilidade do instituto no regime atual” por conta do grave paradoxo legislativo.

Assim, aos acusados por delitos de menor gravidade se impôs a liberdade provisória mediante fiança, ao passo que aos acusados por delitos mais graves, restou a possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança, sempre que ausente os

⁸⁹ Assim dispõe o art. 323 do CPP (BRASIL, 2010, p. 397-398): “Não será concedida a fiança: I – Nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos; II – nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei de Contravenções Penais; III – nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; IV – em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio; V – nos crimes punidos com reclusão, que comprovem clamor público ou tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça”.

⁹⁰ O art. 324, do CPP (BRASIL, 2010, p. 398), por seu turno, estabelece: “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 refere o art. 350; II – em caso de prisão por mandado de juiz do cível, de prisão disciplinar ou administrativa; III – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva”.

motivos para decretação da prisão preventiva, consoante lição do art. 310, parágrafo único, do CPP, paradoxo que findou por esvaziar substancialmente o conteúdo da fiança.

Alguns autores, como o professor Walter Nunes da Silva Junior (2008, p.820), defendem que, por conta desse grave paradoxo, a fiança, para fins de concessão da liberdade provisória estaria revogada, já que não é possível, na atual ordem constitucional, conferir um tratamento mais severo a quem pratica crime menos grave do que aquele que incorre em delito de maior gravidade. Outros sugerem, em face disso, a generalização da fiança, isto é, que ela também abarque os delitos mais graves, só podendo esta ser afastada em caso de comprovada insuficiência financeira do agente.

Pode se afirmar, destarte, que o enxerto do parágrafo único ao art. 310, do CPP, representou um grande avanço em matéria de prisão processual, tanto esvaziando o sentido da fiança, como também o da prisão em flagrante, que agora não mais subsiste sem a presença de qualquer dos requisitos autorizativos da prisão preventiva do art. 312 do CPP. Enfim, serviu para corroborar o “dogma” de que nenhuma prisão poderá ser mantida ao arrepio das diretrizes constitucionais, donde se conclui que a necessidade de uma prisão só pode ser extraída da inafastável fundamentação exarada pela autoridade competente, ou seja, jamais a necessidade de custódia, na égide de um Estado que se assuma democrático e de Direito, poderá ser deduzida de um flagrante, por mais grave que seja a infração, uma vez que a prisão provisória só se mantém em razão de sua cautelaridade, sendo subtraída sua legitimidade toda vez que uma postura autoritária lhe confere contornos de pena antecipada.

5.2 A LIBERDADE PROVISÓRIA EM FACE DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

A vedação do tráfico de drogas no Brasil não é obra da Lei nº. 11.343/06⁹¹. Em 1940, o Código Penal já contava com dispositivo específico que disciplinava a matéria em sua parte especial, qual seja: o art. 281, o qual contemplava punição tão-somente para os comerciantes de drogas.

Na década de sessenta, conforme observa Salo de Carvalho (2010, p. 13), em razão da popularização da maconha e do LSD, sobretudo, por sua vinculação à contracultura e aos movimentos de contestação, o uso de entorpecentes surge como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando, assim, as primeiras dificuldades às agências de controle penal.

A associação do consumo de drogas com posturas reivindicatórias e libertárias, juntamente com outros elementos da cultura (música, literatura, artes plásticas, vestuário e sexualidade) delineava o quadro de manifestações estéticas das políticas de ruptura (CARVALHO, 2010, p.14), trazendo todo um glamour para aqueles que constantemente se rendiam aos efeitos dos entorpecentes. O problema, segundo Salo de Carvalho (2010, p. 14) é que, a partir de então, o consumo de drogas ganhou o espaço público, aumentando sua visibilidade, e, conseqüentemente, o pânico moral que culminou com intensa produção legislativa em matéria penal.

Em diversos países foram idealizadas campanhas que apontavam para transnacionalização do controle de entorpecentes, o que culminou com a *Convenção*

⁹¹ A Lei nº. 11.343/06 institui, conforme informa seu art. 1º, “o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2010, p. 897).

Única sobre Estupefacientes, aprovada em 1961, em Nova Iorque (CARVALHO, 2010, p. 14). A partir de então, o combate ao tráfico de drogas passou a ser assunto globalizado, mormente, em face da rápida expansão do consumo de entorpecentes em todo o mundo. No preâmbulo da Convenção citada havia referência expressa à necessidade de manutenção da saúde física e moral da civilização, sendo a toxicomania considerada um perigo social e econômico para a humanidade, exigindo, o combate a esse “mal”, uma ação conjunta e universal, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns (CARVALHO, 2010, p. 15).

Concomitante ao processo de transnacionalização do combate às drogas, outro processo se tornou perceptível, qual seja, o de “demonização das drogas face à consolidação da ideologia da diferenciação⁹²”, facilitando o uso político dos entorpecentes pelas agências de repressão através da nomeação de novos inimigos (CARVALHO, 2010, p. 16).

O reflexo no Brasil foi imediato, de modo que a Lei nº. 4.451, de 4 de novembro de 1964 modificou o art. 281 do Código Penal para acrescentar a ação de *plantar*. Em 1969, por obra do Decreto-lei nº. 385, a matéria foi novamente alterada. Nesta ocasião a mudança foi mais radical, de modo que o Brasil, opondo-se à orientação internacional e ao discurso de diferenciação, alterou o referido artigo do Código Penal para criminalizar o usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante (CARVALHO, 2010, p. 16).

Posteriormente, foi a vez da Lei nº. 5.726, de 29 de outubro de 1971, a qual substituiu o Decreto-lei nº. 385/69 e, descodificando a matéria, regulamentou as medidas

⁹² Concernente à ideologia da diferenciação, Rosa del Olmo (apud, CARVALHO, 2010, p. 15) afirma que ela reflete “um duplo discurso sobre as drogas, que pode ser chamado de médico-jurídico, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico sanitário e o modelo ético-jurídico). Assim, a ideologia estabelecerá a diferença entre consumidor e traficante ou entre o doente e o delinqüente. [...] a ideologia da diferenciação pode ser concebida igualmente como discurso de fragmentação das respostas ofertadas aos autores do desvio dependendo de sua condição social: o discurso ainda em moda diferencia os malvados fornecedores dos e usuários pobres, dos bons filhos, dos bons filhos (ricos) de família, que cederam às tentações. Para os ricos, tratamento. Para os pobres, internações (Baratta). Esta ideologia da diferenciação serve para justificar o injustificável, lançando mão do velho recurso retórico da distinção”.

preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que importem em dependência física ou psíquica (BACILA, RANGEL, 2007, p.04). Em 1976, acompanhando as orientações político-criminais adotadas por países centrais e refletidas nos tratados e convenções internacionais, a Lei nº. 6.368, regulamentada pelo Decreto nº. 78.992/76, foi a responsável por tratar da matéria. Nesta legislação, o que mais sobressaía não eram as condutas criminalizadas, mas, sim, a nova graduação de penas, cujo efeito reflexo foi “a definição do modelo político-criminal configurador do estereótipo do *narcotraficante*” (CARVALHO, 2010, p. 19) Na verdade, a consolidação do processo de globalização do controle penal se dá com a aprovação em 1971, em Viena, da *Convenção Única sobre Substâncias Psicotrópicas*, que contou com a ratificação de mais de cem países.

Interessante fenômeno é analisado por Salo de Carvalho (2010, p. 19) nos Estados Unidos da América, onde, apesar dos esforços repressivos da política externa, o problema se agravava internamente, com o aumento expressivo do consumo e do comércio doméstico, o que levou o Governo Nixon, com importante ação de representação dos EUA nos grupos de trabalho sobre drogas da Organização das Nações Unidas (ONU), capitaneada por George Bush, a eleger a cocaína e a heroína como inimigos internos da nação.

Mas, o maior problema, segue o autor, ainda não era esse, e sim a substituição ou projeção do inimigo interno para um externo, culminando com a responsabilização de países marginais pelo consumo interno de drogas nos EUA, como ocorre, por exemplo, com os países andinos em razão da produção de cocaína.

Todo esse clima de repressão e intolerância que permeava a política internacional de combate às drogas encarnou-se de forma oficial no sistema jurídico brasileiro com a Lei nº. 6.368/76, redundando “na instauração de um modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de *guerras internas*” (CARVALHO, 2010, p. 21).

Rosa del Olmo (apud, CARVALHO, 2010, p. 21) denuncia que enquanto nos países periféricos os estragos gerados por um discurso jurídico-político eram catastróficos, a posição dos países centrais era bastante cômoda, uma vez que o resultado era exportado e imposto do centro à periferia, alheio, portanto, à historicidade, às questões sociais, políticas e econômicas, bem como a relação cultural entre as drogas e os grupos sociais envolvidos.

Enfim, a Lei nº. 6.368/76, agregou um papel político à figura do traficante, o do inimigo, autorizando constantes abusos não só na pena, no que tange à sua quantidade e forma de execução, mas, igualmente, no próprio curso do processo rumo à formação da culpa do acusado. Sua face perversa era ocultada pela aparente política de recuperação de usuários e dependentes que anunciava.

A partir da década de 1990, já começava a articulação, no Congresso Nacional, para confecção de uma nova legislação a respeito de drogas no Brasil, uma vez que a legislação então vigente apresentava uma enorme defasagem conceitual e operacional. O principal texto em discussão entre os congressistas foi o do Projeto de Lei nº. 1.873/91, cognominado Projeto Murad, que segundo anota Salo de Carvalho (2010, p. 59) foi:

Fruto das conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Narcotráfico de 1991, instaurada para a investigação da Conexão Rondônia – rede de tráfico de drogas existente na Amazônia, que demarcava a posição brasileira de país trânsito do comércio internacional – o projeto marcou a política de recrudescimento do sistema de controle das teias do comércio, estabelecendo novas categorias de delitos, sobretudo daquelas condutas associadas às organizações criminosas e suas políticas de financiamento.

Paralelamente, o Conselho Federal de Entorpecentes (COFEN) também apresentou propostas para discussão. Ao final dos diversos debates em torno dos projetos apresentados no Congresso Nacional, restou aprovada a Lei nº. 10.409/02, que, entre outras coisas, manteve o caráter delitivo para conduta de porte para uso pessoal e incrementou a punitividade com a inserção de novas figuras típicas, como a incriminação autônoma do agente financiador de grupo ou associação destinada ao tráfico.

Ocorre que embora aprovada pelo Poder Legislativo, o Capítulo III, da Lei nº. 10.409/02, referente aos delitos e as penas, foi vetado em sua inteireza pelo então Presidente da República, entrando em vigor apenas a parte processual da referida Lei. O aspecto material continuou sendo tratado pela Lei nº. 6.368/76.

Em 2006, após 30 anos de vigência da Lei nº. 6.368/76, a mesma fora revogada pela Lei nº. 11.343, que também revogou a Lei nº. 10.409/02. Para Salo de Carvalho (2010, p. 68-69) a Lei revogadora herdou das Leis revogadas, juntamente com o incremento da repressão às inúmeras formas de comercialização e financiamento de organizações voltadas ao tráfico, modelos de intervenção psiquiátrico-terapêutica, em usuários e dependentes. Pondera ainda o autor:

Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o. Neste sentido, a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 70 é consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos alternativos (descriminalizadores) moldados a partir das políticas públicas de redução de danos. O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressiva às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstinências (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas (CARVALHO, 2010, p. 68)

Na verdade, o programa punitivista estatal, independente da ideologia que o sustente, sempre contou com funções declaradas e funções reais no trato da delinqüência, de maneira que o direito penal e processual penal liberal, voltado para o respeito da legalidade e da igualdade e demais direitos fundamentais, ficou reduzido ao plano das funções declaradas, enquanto a função real continuava marcada pela beligerância do sistema repressivo, isto é, a excepcionalidade da violência institucional restou

permanente, fazendo com que a retórica humanista acabasse adquirindo um papel dissimulador frente à programação autoritária (CARVALHO, 2010, p. 72)

O mais lamentável é que a realidade hoje vivenciada ainda se mostra pior, pois as condições de violência e repressão genocidas, antes restringida às práticas subalternas (não declaradas), agora passam a conformar discursos oficiais, já potencializando a violência na nova realidade que se pretende criar, ou seja, considerando o caráter autoritário e antidemocrático dos discursos atualmente oficiais (declarados), as esperanças de um futuro melhor começam a esmaecer e a certeza de que se vive num estado permanente de exceção começa a se solidificar.

O reconhecimento crescente de novos riscos a serem tutelados pela norma penal, delineando o fenômeno da *expansão do direito penal* e a identificação, conseqüente, de novos inimigos a serem combatidos, informam que o único modelo estatal que pode corresponder ao atual quadro é o Estado de exceção. Aliás, a respeito deste, afirma Giorgio Agamben (2004, p.131)

[...] o estado de exceção, hoje, atingiu exatamente o seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.

A guerra contra as drogas, sem dúvida, é um claro exemplo do paradoxo que envolve o atual paradigma constitucional, o qual, teoricamente, não convive com qualquer espécie de formulação autoritária; contudo, na prática, se perfaz sob sua égide verdadeira política criminal do terror, que só não está mais em evidência por se tratar de violência institucionalizada, que se promove em nome da defesa da coletividade, o que é suficiente para atrair o apoio das massas populares.

Qualquer olhar, portanto, sobre a Lei nº. 11.343/06, não pode se afastar da premissa de que o discurso oficial já declarou o traficante como verdadeiro inimigo do Estado e da

Sociedade, motivo pelo qual se procura legitimar, em diversas circunstâncias, o tratamento cruel e desumano que lhe é dispensado.

São inúmeros os aspectos materiais e processuais da Nova Lei de Entorpecentes que poderiam ser aqui abordados e que reforçam esse caráter repressivo dispensado pelo Estado, em especial, ao traficante. Contudo, pela necessidade de fidelidade ao objeto desta pesquisa, será analisada apenas a vedação da liberdade provisória inserta em seu art. 44, *caput*⁹³.

A Lei nº. 11.343/06 trouxe a vedação expressa à concessão da liberdade provisória para algumas condutas delituosas que se convencionou denominar de “tráfico ilícito de entorpecentes” em homenagem à expressão cunhada no texto constitucional, no art. 5, XLIII⁹⁴, não obstante não haja um tipo específico denominado “tráfico de entorpecentes” na Lei em análise.

De qualquer sorte, quando se diz que a liberdade provisória não pode ser concedida aos agentes de determinados delitos, está se afirmando que, havendo captura em flagrante, a prisão deverá se perpetuar por todo o processo ainda que ausente os elementos que definem a cautelaridade da medida, isto é, ainda que o juiz não vislumbre qualquer dos requisitos do art. 312 do CPP. Deverá manter o agente encarcerado, uma vez que, nestes casos, a custódia decorre da “vontade” da própria lei, ou seja, a decisão que mantém o sujeito preso não é judicial, antes legislativa.

Por mais teratológica que soe uma conclusão como essa, o STF⁹⁵ tem, reiteradamente, se manifestado no sentido de que a Lei de Entorpecentes foi precisa ao estabelecer a

⁹³ Assim dispõe o art. 44, da Lei nº. 11.343/06: “Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 desta Lei, são insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional, após a cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico” (BRASIL, 2010, p. 903).

⁹⁴ O art. 5, XLIII, da Constituição Federal, assim dispõe: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (BRASIL, p. 20, 1988).

⁹⁵ Neste sentido conferir o HC nº. 94872/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ 18-12-2008.

vedação da liberdade provisória aos presos em flagrante pela prática de tráfico de entorpecentes, razão pela qual o juiz deverá observar a disposição legal.

Na verdade, o STF foi até mais longe, afirmando que a vedação da liberdade provisória, nestes casos, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição Federal, no art. 5, XLIII, não padecendo, portanto, de qualquer vício de inconstitucionalidade. É o que se extrai, por exemplo, da ementa que se segue, do julgamento do HC nº. 98.548/SC⁹⁶ (DJ 10.12.2009), que teve por relatora a Min. Carmen Lúcia:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ordem denegada.

Como a quase totalidade dos argumentos que podem ser utilizados para afastar tal tese conclusiva do STF em relação ao tráfico ilícito de entorpecentes também, como se verá adiante, aplicam-se em relação aos crimes etiquetados como hediondos, a fim de não prejudicar a análise da questão e evitar desnecessárias repetições, passar-se-á à análise destes últimos, e, sempre que necessário, referir-se-á expressamente à Lei nº. 11.343/06.

⁹⁶ O Inteiro teor deste julgamento encontra-se anexo ao final deste trabalho

5.3 A LIBERDADE PROVISÓRIA EM FACE DOS CRIMES HEDIONDOS

Ao prefaciar a terceira edição da clássica obra *Crime Hediondos*, do professor Alberto Silva Franco (2007), Ranulfo de Melo Freire afirma que “a História do Brasil – antiga, moderna – é como a História do mundo: comportamento humanitário e barbárie se cruzam, se alternam”.

Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 funciona como claro divisor de águas entre o longo período de barbárie patrocinado pelo governo dos militares e o período de redemocratização que ali se iniciava.

Assim, a partir de outubro de 1988, um desafio estava posto à sociedade brasileira como um todo: portar-se, como, de fato, numa democracia. Mas, considerando o longo período vivenciado na égide de uma ditadura, pode-se dizer que tratava-se de verdadeiro processo de nascimento da democracia e, não somente, de redemocratização, haja vista que os brasileiros começariam a escrever uma nova página de sua História, onde era necessário envidar grande esforço para trazer a sufragada democracia à memória. Começar-se-ia praticamente do zero, realizando um forte processo retrospectivo a fim de se retomar as premissas de um governo democrático e, ao mesmo tempo, adequá-las à nova realidade, muito mais complexa.

Foi assim, num cenário conturbado de virada de página, de paradigma, de conceitos, de valores, de princípios e de Constituição, que surgiu a Lei nº. 8.072/90, que cuida dos crimes hediondos e equiparados. Como é cediço, todo processo de transição é marcado pela entrada em cena do novo e retirada do antigo. Isto, todavia, nem sempre se dá de uma forma automática, ao contrário, na maior parte das vezes leva anos, e, até mesmo, décadas para que o antigo caia e o novo se firme e os comportamentos comecem a ser compatíveis com o modelo inaugurado.

Prova disso, é a enxurrada de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal mesmo após mais de vinte anos de nossa Carta Constitucional, demonstrando que a supremacia das normas constitucionais ainda encontra considerável resistência em nosso meio.

No âmbito penal e processual penal pode-se afirmar, com toda convicção, que a Lei nº. 8.072/90, ao lado da mais recente Lei de Entorpecentes, constitui um dos temas mais polêmicos e controversos na doutrina e na jurisprudência, tendo diversos de seus dispositivos questionados quanto à sua compatibilidade com o sistema de direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Federal.

Nesta pesquisa, limitar-se-á a analisar se há ou não possibilidade de concessão da liberdade provisória naqueles crimes rotulados pelo legislador infraconstitucional como hediondos.

Na verdade, a celeuma envolvendo a questão da liberdade provisória nos crimes hediondos é contemporânea à própria promulgação da Lei nº. 8.072/90. De lá para cá diversas vezes se levantaram propugnando a inconstitucionalidade de seu art. 2º, II, que previa expressamente a vedação à concessão da liberdade provisória.

Arguia-se, para tanto, os mesmos argumentos que ainda hoje são invocados para sustentar a inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº. 11.343/06, isto é, a inadmissibilidade de uma lei estabelecer vedação de caráter absoluto ao direito fundamental à liberdade individual, tornando possível que, mesmo ausente os requisitos previstos no art. 312 do CPP, o indivíduo permaneça preso, sem uma análise minuciosa do caso concreto pelo juiz. Afirmava-se não ser possível, em face do novo paradigma constitucional inaugurado em 1988, conceber uma espécie de prisão compulsória, de triste lembrança de um período ditatorial que o Brasil amargou há não muito tempo atrás.

Aliás, este já foi pensamento dominante no STF, conforme se extrai do julgamento realizado no ano de 2000, do Habeas Corpus nº. 80.379/SP (BRASIL, DJ 18.12.2000), que teve por relator o Ministro Celso de Mello. Na ocasião, o citado ministro reiterou que qualquer que seja a natureza da infração imputada ao réu, não se justifica a restrição autoritária do direito fundamental à liberdade por parte do Estado. Isso porque, conclui o relator, a prisão cautelar - que tem função exclusivamente instrumental - não pode converter-se em forma antecipada de punição penal, uma vez que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justificando em hipóteses estritas, jamais podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário, isto é, aqueles circunscritos nos art. 312 do CPP.

Ocorre que, aos poucos, este entendimento foi cedendo à outra tese, qual seja, a de que a vedação à liberdade provisória não encontraria óbice somente no texto legal (art. 2º, II, da Lei nº. 8.072/90), mas, outrossim, na própria Constituição Federal ao estabelecer no art. 5º, XLIII, a inafiançabilidade de tais delitos⁹⁷.

Por assim concluir, o STF (BRASIL, HC nº. 93.302/SP, DJ 08.05.2008) adotou o posicionamento de que a Lei nº. 11.464/07, que retirou do art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos, a expressão “liberdade provisória”, permanecendo, tão-somente, a vedação à concessão da fiança em tais delitos, não teve o condão de alterar o curso da vedação da liberdade provisória que, portanto, continua vedada tanto para os crimes hediondos como para o tráfico de entorpecentes.

Em resumo, o advento da lei revogadora definiu dois posicionamentos totalmente antagônicos. De um lado, aqueles que defendiam a inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei de Crimes Hediondos. Para estes, como era lógico de se esperar, com o advento da referida Lei em 2007, houve grande avanço na matéria, sepultando-se, em definitivo, a celeuma que circundava a questão. Isto, pois, o próprio legislador, ao retirar a vedação, havia sinalizado que, não obstante a gravidade em abstrato de tais crimes, o

⁹⁷ Nesse sentido, conferir: STF, HC nº. 80886/ RJ, DJ 22/05/2001.

magistrado estaria livre para apreciar, ante a cada situação concreta, a efetiva necessidade da restrição da liberdade.

Para estes, em outras palavras, o legislador sinalizou ter compreendido o retrocesso que uma vedação deste jaez traz para uma democracia que prima pela tutela dos direitos e garantias fundamentais, já que criava, via transversa, uma modalidade de prisão obrigatória, em claro sacrifício ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, que informa e conforma toda atividade persecutiva estatal. Até porque, a admissão de um raciocínio que conclua que em tais delitos estaria prevista uma modalidade de prisão compulsória, ressuscita entre nós premissa própria do perverso sistema inquisitorial, que se mantinha e orientava-se por uma lógica de presunção de culpabilidade do réu. Ora, nem é necessário realizar tantas digressões para se perceber as mazelas que tal conclusão gera na esfera dos direitos fundamentais daqueles que se submetem ao processo penal, já que a via processual deixa de atuar como instrumento de limitação ao poder punitivo estatal, e passa atuar como verdadeiro instrumento (arma) de antecipação da pena e de vingança estatal.

De outro, sem embargo a todas essas considerações que já apontavam para a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória no Diploma Legislativo ora tratado, figura o entendimento atualmente predominante no STF, encabeçado, sobretudo, pela Ministra Carmen Lúcia. Na visão desta, não seria possível se falar em concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos mesmo após o advento da lei revogadora, já que a autorização para tal vedação vinha do próprio texto constitucional, que no art. 5, XLIII prevê a inafiançabilidade de tais delitos⁹⁸. Desta feita, inócua fora a alteração legislativa, que só atuou retirando uma redundância do texto legal.

Assim, para aquela Corte, inconstitucional seria se o legislador infraconstitucional autorizasse a concessão da liberdade provisória, mas, vedando, não fez mais do que cumprir sua incumbência constitucional. É o que se extrai da ementa abaixo do

⁹⁸ Neste sentido, conferir no STF: HC nº. 97883/MG, HC nº. 95848/RO, HC nº. 95604/SC, HC nº. 97463/MG, HC nº. 96833/SP, HC nº. 98464/SP, HC nº. 99890/SP, HC nº. 98548/SC, HC nº. 97883/MG, HC nº. 95671/RS.

Julgamento realizado pelo STF no HC 95.584/SP (BRASIL, DJ 05.02.2009), que teve como relatora a ministra retrocitada:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

2. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente.

3. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 4. Ordem denegada.

Contra argumentos desta natureza, considerado verdadeiro retrocesso no trato dos direitos fundamentais, sobretudo, em se tratando de Corte a que se atribui a função de “guardiã da Constituição” e de ministra forjada no campo das discussões constitucionais, é que essa pesquisa pretende se insurgir.

A linha argumentativa traçada na jurisprudência citada desconsidera o avanço que a matéria liberdade provisória, com ou sem fiança, experimentou desde a inserção do parágrafo único ao art. 310 do CPP. Realmente, antes de tal inovação, a leitura que se fazia era a de que a liberdade provisória só era cabível nos casos de crimes afiançáveis. Sendo caso de delito inafiançável, cuidava-se de hipótese de prisão obrigatória.

Contudo, o parágrafo único do referido dispositivo do CPP demonstrou, em resposta à concepção predominante anteriormente, que a prisão só pode se sustentar ante a

extrema e comprovada necessidade da custódia cautelar, não podendo a mera gravidade do delito em abstrato impor punição antecipada do possível agente infrator, presumivelmente não culpável até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Daí porque, um dos requisitos, senão o principal, para concessão da liberdade provisória ser justamente a ausência dos requisitos que autorizam a preventiva (art. 312 do CPP).

Assim, recebido o auto da prisão em flagrante, a autoridade judiciária, caso a prisão tenha sido legal, verificará imediatamente se estão presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Não estando, impõe-se a concessão imediata da liberdade provisória.

Dada esta necessidade impostergável de manifestação do magistrado com relação à necessidade da prisão, é que, como já dito, muitos autores defendem que a prisão em flagrante não se sustenta como modalidade autônoma de prisão, já que o juiz não poderá simplesmente homologá-la ou mantê-la, antes deverá, se entender pela preservação, justificá-la dentre os motivos do art. 312 do CPP, caso em que a mesma se convolará em prisão preventiva⁹⁹. Isto porque, tecnicamente, autoridade policial ou alguém do povo não realiza prisão, apenas detém o infrator.¹⁰⁰

Outro problema que a questão aqui ventilada traz é que o indivíduo se veria impedido de ter as circunstâncias do caso concreto analisadas pelo magistrado para lhe conceder ou não a liberdade provisória, tão somente porque fora preso em flagrante. Isto porque, se assim não fosse, mesmo em se tratando dos crimes aqui abordados o juiz teria o dever de analisar os requisitos da preventiva, somente podendo decretá-la quando cabalmente demonstrada a cautelaridade da medida, o que, por si só, soa desarrazoado para não dizer teratológico.

⁹⁹ Neste sentido, conferir Walter Nunes (2008, p. 878-882) e Aury Lopes Junior (2009, p. 69-74).

¹⁰⁰ Por isso, alguns autores, como Walter Nunes da Silva Junior (2008, p. 878), entendem ser a prisão em flagrante verdadeiro ato administrativo, mera detenção ou prisão-captura até de que a autoridade judiciária se manifeste. Outros, asseguram que, na origem, a prisão em flagrante é genuíno ato administrativo. Contudo, quando o juiz é chamado a manifestar-se pela decretação da preventiva ou conceder a liberdade provisória, passa assumir natureza judicial.

Na verdade, o efeito catastrófico de permanecer preso durante todo o processo, e, quiçá, até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, sem, inclusive, uma decisão efetivamente fundamentada, adviria tão-somente para aquele que teve o azar de ter sido preso em flagrante na prática do crime, enquanto seu semelhante, preso por igual delito, por não satisfazer os requisitos do art. 312 do CPP, restaria livre caso o magistrado entendesse pela desnecessidade da medida restritiva. Nem precisa dizer que o princípio da isonomia restou solapado.

Aliás, como dito alhures, a prisão em flagrante tem sido constantemente palco de diversas críticas envolvendo o exercício arbitrário do poder punitivo estatal. Uma delas é que, uma vez submetido o auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária competente, o dever de fundamentação das decisões judiciais não tem sido observado, revelando uma distancia abissal entre o discurso garantista e a prática violadora.

Esta foi, inclusive, a conclusão já explorada nesta pesquisa, a que chegou Fabiana Costa Oliveira Barreto (2007). Na verdade, essas cinco cidades pesquisadas pela autora funcionam como verdadeiro espelho da situação nas demais cidades brasileiras. Na ocasião, constatou-se um enorme contingente de presos sem qualquer análise ou motivação da necessidade da medida constritiva, limitando-se a autoridade judicial a homologar, de forma genérica e imprecisa, a prisão-caputur, denunciando a inobservância dos preceitos constitucionais que exigem fundamentação das decisões judiciais, mormente, em se tratando de restrição a direitos fundamentais. A prisão em flagrante tem sido tratada pela prática forense como verdadeiro fator de relativização do princípio da presunção de não culpabilidade, legitimando a própria antecipação da pena por parte do Estado, o qual, aliás, tem se mostrado o maior violador de direitos fundamentais, paradoxo com o qual ainda convive o atual paradigma constitucional.

O dever de fundamentação das decisões judiciais se afigura indispensável à densificação dos ideais de um Estado Democrático Direito, sobretudo, em se tratando da seara penal e processual penal, nas quais o indivíduo desde o início se percebe

sujeito às agruras de um processo estigmatizante, desumano e ditatorial. Sem uma explanação suficientemente clara, atenta ao caso concreto e que ofereça condições ao indivíduo de insurgir-se contra a decisão emanada de modo satisfatório, não há como entender realizado o comando constitucional inserto no art. 93, IX.

Qualquer modalidade efetiva de prisão deverá passar pelo crivo judicial a fim de que se decida, fundamentadamente, pela sua imprescindibilidade ou não. Por isso, soa extremamente preocupante a afirmação do STF (BRASIL, HC nº. 93.302/SP, DJ 08.05.2008) de que nos crimes hediondos e equiparados, onde se insere o tráfico de entorpecentes, é irrelevante a existência, ou não, de fundamentação cautelar, já que, em última análise, é o que impõe a lei (no caso de tráfico de entorpecentes) e a Constituição.

Ignora o STF, nesta questão, que o intérprete, no atual modelo constitucional é convidado a tecer uma argumentação consentânea com a democracia, onde os direitos fundamentais assumem condição de possibilidade da mesma e, por consequência, obstam qualquer sentido de texto isolado que se queira impor, ainda que de extração constitucional, às custas de sério retrocesso dos direitos humanos até aqui conquistados.

Mas, para entender a forte carga autoritária que circunda a questão da liberdade provisória na Lei de Crimes Hediondos, torna mister uma pequena digressão de como tal legislação foi inserida em nosso sistema jurídico.

Inicialmente, cumpre destacar que, indubitavelmente, a Lei de Crimes Hediondos afigura-se como claro exemplo de legislação penal emergencial, que, aproveitando-se da tenra idade de nossa democracia, cedeu às tentações e retomou premissas próprias de um modelo inquisitorial.

Assim, sob forte influência dos meios de comunicação de massa, claramente mobilizados em razão de extorsões mediante sequestro que haviam vitimizado

importantes figuras da elite econômica e social do País, a exemplo do caso Martinez, caso Salles, caso Diniz, caso Medina, etc., surge a Lei nº. 8.072/90 (FRANCO, 2007, p. 93)¹⁰¹ a fim de regular o art. 5, XLIII, da Constituição Federal, que estabelece que a lei “considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” (BRASIL, 2010, p. 20), devendo por eles responderem tanto os mandantes, como os executores, e, ainda, aqueles que, podendo evitá-los, se omitirem.

A primeira dificuldade que se apresenta na análise da referida legislação é que, não obstante a Constituição Federal tenha se referido a crimes “hediondos”, ela não cuidou de defini-los, o que deixou a cargo do legislador infraconstitucional. Este, por sua vez – embora o projeto inicial enviado ao Congresso Nacional sugerisse uma definição – preferiu adotar a técnica do etiquetamento, com a expressão “hediondo” daqueles tipos já descritos no Código Penal e nas leis penais especiais, caracterizando a hediondez por verdadeiro processo de colagem (FRANCO, 2007, p. 93-96).

Nilo Batista (apud, FRANCO, 2007, p. 96), destaca a inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos em razão da não observância do preceito constitucional que lhe fora dirigido no art. 5º, XLIII. Para este autor, o constituinte direcionou medidas restritivas àqueles ilícitos definidos como crimes hediondos. Ao invés, então, continua ele, de defini-los, o legislador simplesmente apresentou um cardápio, “a Constituição pediu-lhe uma definição, uma declaração de essência-significado dos crimes hediondos, e ele

¹⁰¹ Alberto Silva Franco (2007, p. 93) O autor assevera que “a influência que os casos concretos de extorsão mediante seqüestro, principalmente o caso Medina, exerceram sobre os meios de comunicação social e sobre o Congresso Nacional foi ressaltada pelo Professor Miguel Reale Jr. (Avanços e retrocessos. Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: RT, 1992, p. 275): *A Lei de crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do seqüestro de Roberto Medina, sem que o legislador sopesasse as vantagens em matéria de execução de pena das limitações impostas, que quebram o sistema do Código Penal, com a exigência de cumprimento integral da pena em regime fechado, gerando-se uma fera no meio prisional que nada tem a perder. O importante, no entanto, é verificar que, editada a lei bem mais rigorosa, aumentaram vertiginosamente os seqüestros, a mostrar nenhuma correspondência entre a gravidade da pena e a redução da criminalidade*”. Continua, ainda, Alberto Silva Franco, ao expor pensamento do Professor Licínio Barbosa: “No Governo Collor, o agravamento dos crimes de extorsão mediante seqüestro contra festejado empresário carioca que se notabilizaria, nacionalmente, pela promoção dos festivais de *rock'n roll* denominados ‘Rock in Rio I e II’, o Congresso Nacional decidiu acelerar a tramitação de iniciativas legislativas que resultariam na Lei nº. 8.072/90, a qual dispõe sobre crimes hediondos, nos termos do art. 5º, XLIII, da CF e dá outras providências”

respondeu com uma seleção arbitrária, uma rotulação sem método ou critério”, malferindo, desta forma, o princípio da legalidade.

O maior problema da ausência de elementos de composição conceitual é que finda dando azo a distorções totalmente injustas, já que parte de uma seleção feita pelo legislador de modo extremamente abrangente e, pior, igualmente abrangente será sua aplicação pelo magistrado, que, de certa forma, se limitará a observar se a conduta legal imputada ao agente subsume-se ou não ao rol legal.

Sem uma definição, portanto, o art. 1º, da Lei nº. 8.072/90 inicia-se com um catálogo de delitos a que o legislador infraconstitucional reputou de natureza hedionda¹⁰². O caput do artigo 2º, por seu turno, trouxe os crimes considerados equiparados aos hediondos, como a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

Importante destacar, como bem observa Alberto Silva Franco (2007, p. 91), que, ao contrário de diversos dispositivos constitucionais que carecem de atuação do legislador para que assumam eficácia plena e que até hoje esperam atuação do Legislativo, a Lei 8.072/90, que cuida dos crimes hediondos e equiparados, regulando o art. 5º, XLIII, da CF/88, fora aprovada imediatamente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, indicando os efeitos da pressão realizada pela opinião pública e pela mídia sobre o Legislativo.

¹⁰² Dicção literal do art. 1º, da Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 2010, p. 638): “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); VII-A – (VETADO); VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.”

Juntamente com o projeto de lei elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que culminou com a referida Lei, seguiam as razões elaboradas pelo prof^o. Damásio Evangelista de Jesus. Nestas, se colocava em evidencia tratar-se de verdadeira “guerra contra o crime” (FRANCO, 2007, p. 91). Em trecho das razões que procuravam justificar a imprescindibilidade de uma lei como a de Crimes Hediondos, argüia-se que a criminalidade, principalmente, a violenta, tinha o seu momento histórico de intenso crescimento, aproveitando-se “de uma legislação penal excessivamente liberal. Surgiram duas novas damas do direito criminal brasileiro: a justiça morosa e a legislação liberal, criando a certeza da impunidade” (FRANCO, 2007, p. 91).

Em tom de discurso, afirmava-se que a reforma de 1984 não foi suficiente para conter os crescentes índices de criminalidade que assolavam a sociedade brasileira, razão pela qual o instrumental jurídico de contenção do crime deveria ser aprimorado (FRANCO, 2007, p. 91). Repare se as razões explanadas não lembram mais as Exposições de Motivos do CPP do que uma Lei pós-1988:

A criminalidade violenta não diminuiu. Ao contrário, os índices atuais são alarmantes. Uma onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante seqüestro etc. vêm intranquilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta mais severa, um dos meios de controle deste tipo de criminalidade. [...] visando proteger a sociedade, tutelando os bens jurídicos mais importantes dos cidadãos, para tanto reforçando o jus puniendi do Estado e munindo a autoridade de instrumentos hábeis à contenção da criminalidade violenta (FRANCO, 2007, p. 91).

Como se percebe, há manifestação deliberada de se resolver o problema da segurança pública através da confecção de leis penais e processuais penais mais rígidas, já que a perspectiva liberal do direito penal e processual penal, de proteção aos direitos individuais, apresentava-se, na visão exposta, verdadeiro entrave à proteção da sociedade contra a criminalidade em ascensão. Tal conclusão é a expressão indubitável de que o direito penal e processual penal são largamente utilizados pelo Estado como instrumentos de política de segurança pública.

Como já destacado anteriormente, o discurso subjacente a essas leis intolerantes e de caráter meramente simbólico é sempre o de proteção da sociedade indefesa frente a um *inimigo* que precisa ser urgentemente abatido. Procura-se legitimar o sacrifício a direitos individuais sempre que estes concorrerem com direitos coletivos ou difusos. É a idéia ameaçadora da democracia de que não há nenhum problema em se sacrificar o direito de um quando o de todos está em jogo.

Não podemos ceder aos fortes apelos de leis autoritárias que se arvoram com a pretensão de solucionar o problema da falta de segurança pública que de perto nos rodeia. Enquanto os Estados não resgatarem o compromisso de efetivarem os direitos sociais, em especial, saúde, trabalho, educação e lazer, o problema da segurança pública continuará a ocupar um dos primeiros lugares nas pautas governamentais. É na mesma medida em que o Estado Social se materializa que a criminalidade tende a recuar.

Evidentemente que a criminalidade não decorre somente de fatores de ordem econômico-social, mas, sem dúvida, que se os decorrentes dessa ordem de fatores fossem solucionados, o Estado não teria maiores dificuldades na contenção dos remanescentes.

A manifestação de violência é um risco latente e inerente à convivência social, mas a omissão do Estado no oferecimento de condições mínimas a uma existência digna torna a violência não um risco, mas uma realidade certa.

O próprio Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (apud, PANTANO, 2007, p. 34), responsável pela confecção da Lei de Crimes Hediondos, mais de uma década depois, confessou, em parecer sobre a referida Lei em que se debatia a inserção de novos tipos como hediondos, o que já era óbvio à época de sua promulgação:

Este conselho é uníssono e claro ao dizer que a Lei de Crimes Hediondos está longe de ser a correta solução para conter a criminalidade crescente. Para o

conselho a sociedade [...] é induzida a não pensar nas raízes do problema, na possibilidade de enfrentá-lo em suas origens e simplesmente demandar mais repressão, novos tipos penais, mais prisão [...] e com isso assegura a permanência de um círculo vicioso, propugnando um lugar de medidas de cunho preventivo (de curto, médio e longo prazo), a vingança, o castigo, especialmente o aprisionamento, na ingênua ilusão de que essa forma se possa refrear a ascensão da criminalidade.

O problema de legislações emergenciais, como a Lei nº. 8.072/90 e a 11.343/06, é que embora tais leis possuam um caráter simbólico, não se prestando a atender os fins (declarados) a que se destinam, geram graves efeitos práticos, aumentando, significativamente, a população carcerária com prisão decretada antes do advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, pior, sem a comprovação de qualquer elemento cautelar que justifique o encarceramento precoce.

Aliás, como já demonstrado alhures, a cada dia que passa o número de presos provisórios aumentam, gerando uma imensa população carcerária vivendo em condições subumanas sob a custódia estatal. Como os investimentos do Estado no sistema carcerário e em políticas criminais de um modo geral, não acompanham o ritmo acelerado e crescente da criminalidade, chegou-se ao extremo de se ter, no Estado do Espírito Santo, presos provisórios em contêineres, conforme largamente noticiado pela mídia local e nacional.

O tema aqui debatido possui, portanto, consequências não só jurídicas, em razão do desmantelamento de uma série de direitos e garantias individuais do réu ou indiciado, mas, também, forte impacto social, já que cada vez que o indivíduo se submete às agruras do falido sistema penitenciário, aumentam as chances da sociedade tê-lo de volta ainda mais revoltado e violento, tornando a reincidência inevitável.

Por isso, é tão tendencioso e falacioso o discurso que põe os direitos individuais em contraste com o direito à segurança pública de titularidade da sociedade, sugerindo, sempre, a prevalência deste. No final das contas, será a própria sociedade que amargará as conseqüências por não ter respeitado as regras do jogo democrático e

suprimido as garantias daquele que se expõe ao processo penal. Se numa sociedade que proclama-se democrática, os indivíduos não se tratarem com igual respeito e consideração – respeitando, portanto, os direitos individuais – jamais haverá lugar seguro. Voltar-se-á ao *estado de natureza* delineado por Hobbes, usando a violência para aplacar a violência. Se for para ser assim, o *contrato social* não valeu a pena, a sociedade não evoluiu para uma sociedade civilizada.

Importante destacar, outrossim, que para autores como Alberto Silva Franco (2007, p. 80-81), o constituinte originário concorreu para a celeuma aqui destacada a respeito da liberdade provisória. Segundo ele, o art. 5, XLIII, da Constituição Federal demonstra claramente o repúdio a algumas espécies delitivas, consideradas mais danosas à sociedade, restringindo a concessão de diversos benefícios previstos na lei penal e processual penal. Segundo ele, a preocupação constitucional em catalogar ou criar uma categoria de crime hediondo revela, de forma inequívoca, a adoção de política criminal característica do Movimento da Lei e Da Ordem pelo legislador constituinte, que considera o crime uma doença infecciosa e o criminoso o agente patogênico, merecedor, portanto, de medidas repressivas e extremadas, internalizando, o que o alemão Günther Jakobs denomina de “inimigo no direito penal”.

Mas, ainda que legislador constituinte tivesse cometido algum tipo de precipitação na redação oferecida, gerando por isso equívocos interpretativos, isto não pode configurar óbice para que se realize uma leitura atual e democrática das normas constitucionais. Aliás, não é nenhuma novidade para a hermenêutica jurídica moderna de que o conteúdo ou o sentido das decisões legislativas tomadas no passado são atualizados pelos intérpretes das normas jurídicas, ajustando-os às exigências de justiça e equidade de seu tempo, o que se torna possível pela leitura atualizada que se faz dos princípios.

A exemplo do que estamos a dizer, *mutatis mutandis*, podemos trazer a lume a mudança de entendimento observada no Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2008, no que se refere à prisão do depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII, da

Constituição Federal, no julgamento do HC nº. 87.585/TO (BRASIL, DJ 25.06.2009). Não obstante reste incontestado a previsão de tal modalidade de prisão civil no Texto Constitucional, a aplicação de tal norma leva ao sacrifício extremado de outros direitos constitucionais fundamentais, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana, ignorando o avanço universal que provou os direitos humanos após a confecção do *Pacto San José da Costa Rica* (Convenção Americana de Direitos Humanos).

Embora a tese vencedora no STF, dirigida pelo Ministro Gilmar Mendes, tenha sido a que conferiu o caráter de supralegalidade à Convenção retrocitada, a qual veda, terminantemente, a prisão civil por dívida, não há como negar que este caráter apenas foi uma forma de prestar utilidade à dicção constitucional do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Assim, o efeito prático do entendimento do STF é que no Brasil não há mais que se falar em prisão do depositário infiel, vez que qualquer lei que pretenda regular a norma constitucional será hierarquicamente inferior ao Pacto San José da Costa Rica. Há, portanto, entre a norma constitucional e a legislação que poderia regular a prisão do depositário infiel uma barreira intransponível, uma norma supralegal.

Sem embargo à eventual natureza que se atribua à Convenção Americana de Direitos Humanos, tal entendimento só foi possível, conforme aduziu o ministro Cezar Peluso (BRASIL, HC nº. 87.585/TO, DJ. 25.06.2009), em razão do reconhecimento de que no atual estágio da democracia a prisão como “estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o *corpus vilis* (corpo vil), sujeito a qualquer coisa”.

Enfim, embora por caminhos diversos, a conclusão a que chegou o STF é que, embora se mantenha incólume o texto constitucional, está sepultada a prisão do depositário infiel, entendimento que representa considerável ampliação de direitos e garantias fundamentais, na medida em que confere eficácia restringível ao art. 5º, da Constituição Federal.

Se o STF empreendeu tamanho esforço para, de certa forma, compatibilizar a norma constitucional com a prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual atribuiu o caráter supralegal, *a fortiori* deveria se esforçar para harmonizar normas igualmente constitucionais, como é o caso da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII. Isso, pois, caso se entenda que a mesma possui o sentido de vedar a liberdade provisória de modo absoluto, sacrificado estará princípios como o da presunção de inocência, da fundamentação das decisões judiciais, da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Entendendo o STF que o entrave para efetivação de direitos fundamentais, no caso dos crimes hediondos e de tráfico de entorpecentes, encontra-se na própria Carta Política que rege a nação, talvez seja um bom momento para se falar, até mesmo, no fenômeno da mutação constitucional, método indicado para alteração informal da Constituição. Para Hsü Dau-Lin (1998, p. 29), a mutação constitucional é um fenômeno de atualização das Constituições escritas, as quais se permitem alterar informalmente em decorrência de uma contraposição entre a norma constitucional e a situação real, já que a realidade para qual as normas constitucionais foram emanadas se alterou significativamente. Assim, não obstante o texto constitucional permaneça intacto, a prática constitucional é alterada, o que um dia era direito pode deixar de sê-lo, já que o inalterado texto recebe outro conteúdo (DAU-LIN, 1998, p. 45).

Segundo defende o ministro Celso de Mello (BRASIL, HC nº. 87.585/TO, DJ 25.06.2009), a mutação constitucional é plenamente legítima, já que possibilita, mediante uma exegese atualizadora, a adequação da própria Constituição da República. Assim, através da interpretação do Poder Judiciário, a mesma é adequada sempre que imperioso compatibilizá-la com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

Para hermenêutica jurídica constitucional moderna, em se tratando de direitos fundamentais, impõe-se a interpretação que privilegie sua efetivação, dando, curso,

desta forma, à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, de modo a dispensar-lhe a mais ampla proteção possível.

Desta feita, a proclamação constitucional inserta no art. 5º, XLIII (inafiançabilidade), não pode inviabilizar o acesso do indiciado ou réu, de regra, indivíduos pertencentes a grupos sociais notadamente mais vulneráveis, ao sistema institucionalizado de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Portanto, mesmo que se admita que o constituinte de 1988 tenha imprimido à inafiançabilidade o sentido de prisão obrigatória, por ser a democracia um projeto aberto, plural e em constante construção, sua leitura hodierna não admite mais a prevalência de tal sentido. Como bem observa Adriano Sant'Ana Pedra (2009), “uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e efetiva-se constantemente”.

Por isso, o magistrado, como sugere Ronald Dworkin, possui o compromisso de fazer da narrativa das práticas sociais as melhores possíveis, tendo, muitas vezes que decidir contra a literalidade da norma ou contra o próprio sentido fixado originariamente, o que não significa, necessariamente, decidir contrário ou fora do direito, como fazia o positivismo jurídico apelando para discricionariedade judicial, e sim realizar um *relato aperfeiçoado daquilo que o direito já é*.

A bem verdade, a admissão ou não da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados traduz aquilo que Dworkin denomina de *divergência teórica sobre os fundamentos do direito*, ou seja, em última análise, a resposta emitida traduz a própria concepção que o intérprete possui do que seja o *Direito*, ou, pelo menos, daquilo que ele compreenda como o *Direito*. Essa sim é uma divergência emblemática.

Entender que não é possível a concessão da liberdade provisória simplesmente pelo fato de existir uma norma vedatória, como se verifica no caso de tráfico de

entorpecentes, denuncia um apego exacerbado à Lei, um retorno às premissas do convencionalismo, externando uma visão do sistema jurídico que mais se aproxima daquela que o concebe como um conjunto, ainda que complexo, de regras. Uma visão como esta evidencia a falta de compreensão acerca do papel dos princípios na órbita jurídica, ignorando que toda regra traduz ou reforça um princípio e que eventual colisão só se resolve na dimensão do caso concreto, já que nenhum princípio torna-se inválido por eventual contradição com outro. Só o juiz, atento ao caso *sub judice*, poderá dizer, legitimamente, qual princípio terá curso em dada situação por assumir maior *peso* na solução da questão.

Além disso, uma norma, como a inserta no art. 44, caput, da Lei 11.343/06, que veda expressamente a liberdade provisória, não abrindo qualquer espaço para aferição da necessidade da prisão pelo magistrado no caso concreto, parte do pressuposto de que o legislador previamente foi capaz de antecipar todas as hipóteses de aplicação da norma. E pior, concluiu-se que em nenhum caso se imporia exceção à mesma, de modo que poderia estabelecer uma vedação de cunho absoluto. Num só momento ele cumpriu atividade legiferante e jurisdicional, subtraindo do juiz sua incumbência constitucional. Não se pode olvidar que generalidade e abstração são características próprias das leis, fato que, por si só, frustra qualquer pretensão de antecipação de hipóteses de aplicação pelo legislador.

Por razões como essas, não há como sobreviver, no atual modelo constitucional, com um dispositivo que afaste, por completo, do juiz, a análise da necessidade da medida, sobretudo, por se tratar de medida que importa em restrição da liberdade de quem merece ser tratado como presumivelmente não culpável pelo Estado. Nesses termos, não há outra saída senão entender pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei de Entorpecentes, no que se refere à vedação da liberdade provisória, já que o Poder Legislativo usurpou competência própria do Poder Judiciário, imiscuindo em questões de aplicação do direito que não são da sua alçada.

Mesmo se tratando de crimes de maior gravidade, nenhuma presunção de necessidade de custódia se afigura possível face, sobretudo, ao princípio da presunção de não culpabilidade, que impõe que mesmo ante à captura em flagrante do agente na prática delituosa, sua liberdade só poderá ser cerceada mediante uma decisão judicial suficientemente fundamentada, que explicita os motivos pelos quais o juiz entende pela necessidade da prisão, que deve ser vislumbrada sempre como última *ratio*.

O magistrado, evidentemente, não está autorizado a desconsiderar as decisões institucionais do passado (leis, por exemplo), como faz o pragmatismo jurídico. Contudo, tem o dever de interpretá-las da melhor forma possível, a fim de que possa manter incólumes a unidade e a coerência, atributos exigidos de qualquer sistema ou ordenamento, o que só é possível dado o papel que os princípios assumem na órbita jurídica.

Princípios como o da presunção de inocência, da imprescindibilidade de fundamentação da decisão judicial, da liberdade e da dignidade da pessoa humana assumem relevância ímpar no contexto da discussão aqui abordada e indicam para a impossibilidade tanto de uma interpretação constitucional que ao estabelecer a inafiançabilidade de alguns delitos teria imposto a vedação da liberdade provisória, bem como de uma lei infraconstitucional que exponha expressamente tal vedação, como no caso do tráfico de entorpecentes.

Furtar-se ao compromisso de efetivar direitos e garantias fundamentais tendo como pretexto o apego ao sentido originariamente atribuído pelo constituinte originário a uma expressão, na linha do que tem feito o STF, como se um sentido pudesse se fixar de uma vez por todas na História é ignorar todo o avanço experimentado pela hermenêutica jurídica moderna.

De maneira brilhante Dworkin já criticava a versão mais ortodoxa da hermenêutica jurídica fundada na intenção legislativa, a qual denominou de “teoria da intenção do locutor”. Esta teoria implica em revelar os motivos ou a intenção do legislador quando

da confecção das leis. Para estes a legislação é concebida como *um ato de comunicação que deve* “ser entendido através do modelo simples de locutor e audiência, de modo que a pergunta mais importante na interpretação legislativa é o que um locutor individual ou grupal “quis dizer” em algum ato canônico de enunciação”. (DWORKIN, 2007, p. 416)

A objeção do mencionado autor a tal teoria é que nela as soluções sempre deverão convergir para um momento específico da história, aquele em que o sentido da lei se fixa definitivamente. São palavras de Dworkin (2007, p. 416):

O método Hércules [...] rejeita a hipótese de um momento canônico no qual a lei nasce e tem todo – e o único- significado que sempre terá. Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estenda para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando. Não identifica certas pessoas como criadores exclusivos de uma lei [...]

Na mesma linha, até mesmo o mestre italiano Francesco Ferrara (2003, p. 30), um dos arautos da hermenêutica jurídica tradicional, dispõe:

[...] o comando legal tem um valor autônomo que pode não coincidir com a vontade dos artífices e redatores da lei, e pode levar a conseqüências inesperadas e imprevisas para os legisladores. Como diz Thöl, pela sua aplicação a lei desprende-se do legislador e contrapõe-se a ele como um produto novo, e por isso a lei pode ser mais previdente do que o legislador.

A propagação de pensamentos como esses contribuiu em muito para que aos poucos os aplicadores da norma fossem tomando consciência da importância de sua função na atual conjuntura, não mais como mero boca da lei, mas como instrumento de transformação do *statu quo*, como autênticos guardiões dos direitos e garantias fundamentais. Aquela hermenêutica tradicional que dispensa a mediação do intérprete na construção de sentido precisa ser definitivamente sepultada.

Nem mesmo a Constituição, suprema que é em nosso sistema jurídico, dispensa a mediação do intérprete na construção de sentido. Por isso, na sugestão hermenêutica de Gadamer (2004, p. 398), na interpretação de “ordens” devemos procurar cumpri-las

“conforme seu sentido” e não ao pé da letra. Um texto (inclusive, o constitucional) não é um objeto dado, mas uma *fase na realização de um processo de entendimento* (GADAMER, 2004, p. 398). Todo texto, segundo Gadamer, há que ter um horizonte de interpretação e compreensão que o leitor mesmo deve preencher de sentido.

Nas reflexões de Adriano Sant’Ana Pedra (2009) a interpretação assume papel relevantíssimo na jurisdição constitucional, já que:

[...] proporciona a atualização e a vivificação constante do sentido de um dispositivo constitucional. A interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário lhe confere considerável parcela de sua força normativa. Como leciona Konrad Hesse, o desenvolvimento da força normativa da Constituição não depende apenas de seu conteúdo, mas de sua *praxis*, que se efetiva por uma interpretação adequada, ‘que é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação’.

Mas, infelizmente, quando se fala em interpretação jurídica, ainda há uma tendência de estreita ligação com aqueles métodos clássicos de interpretação. De modo que alguns doutrinadores entendem que as técnicas de interpretação, como a gramatical, a lógico-sistemática, a axiológica ou teleológica, entre outras, estão a indicar procedimentos apropriados à atividade jurisdicional de forma vinculativa. A maior parte dessas técnicas interpretativas identificadas na doutrina remonta a Savigny, com exceção da teleológica, e ele nunca viu nestas técnicas uma maneira de se chegar a um resultado previsível e objetivo do significado da norma (CAMARGO, 2003, p. 3-4). Limitou-se apenas a indicar os elementos constitutivos de uma norma passíveis de serem considerados numa interpretação, isto é, os elementos que informam e orientam a lei sem, contudo, sobrepor-se ao comando do problema, ou seja, a dimensão prática e concreta do caso (CAMARGO, 2003, p. 4).

Como se percebe, muitos não compreendem que não existe nenhuma técnica, por si só, capaz de garantir que o juiz julgará bem. O desafio que se apresenta para o Judiciário na égide do presente paradigma constitucional é justamente o de tomar decisões que retrabalhem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do Direito vigente para que satisfaçam, simultaneamente, a exigência de consolidar a

crença tanto na legalidade, compreendida como segurança jurídica, como também na certeza do Direito, entendida como o sentimento de justiça realizada, decorrente do ajustamento da decisão proferida às peculiaridades do caso concreto (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38)

Nesse intento, afigura-se indispensável a sensibilidade do magistrado para as particularidades que envolvem a demanda, pois a idéia de realização de justiça perpassa, necessariamente, pela análise detida do núcleo essencial dos direitos fundamentais vislumbrados no caso *sub judice*. Uma análise meramente silogística é incapaz de fornecer subsídios para efetivação dos direitos e garantias fundamentais que permeiam determinado pleito, e, assim, manter incólume a o macroprincípio da dignidade da pessoa humana.

A imparcialidade, tão exigida do magistrado pelo positivismo jurídico clássico enquanto sinônimo de neutralidade, agora apresenta um novo viés, traduzindo-se na:

[...] capacidade de o juiz levar em conta a reconstrução fática de todos os afetados pelo provimento e, desse modo, fazer com que o ordenamento como um todo, enquanto pluralidade de normas que concorrem entre si para reger situações, se faça presente, buscando então qual a norma que mais se adéqua à situação; qual norma que, em face das peculiaridades específicas daquele caso visto como *hard case*, promove justiça para as partes, sem deixar resíduos de injustiças decorrentes da cegueira à situação de aplicação (CARVALHO NETTO, 200, p. 484).

Por isso, estamos com Dworkin quando impõe a observância da integridade no Direito a todos os juízes, como condição indispensável à legitimidade das decisões judiciais. As decisões consentâneas com a integridade sopesam na medida certa passado, presente e futuro. O juiz não pode esquecer que ao decidir é chamado a resolver um problema hodierno. Contudo, a história (caso concreto) que se apresenta *sub judice* encontra limites no passado, no repertório legislativo e jurisprudencial que envolve a questão. O juiz simplesmente dá curso a mais uma parte do romance em cadeia, mas não de qualquer jeito, e sim de maneira coerente.

Cada situação concreta traduz um evento único e irrepetível, localizado no tempo e no espaço. Pode ser que em determinada situação não concorram os motivos ou as

razões para aplicação da norma proibitiva, razão pela qual insistir em aplicá-la traduziria enorme injustiça. Por outro lado, verificando a ocorrência de qualquer dos motivos que justificam o encarceramento precoce terá o magistrado o dever de decretá-lo.

Imagine, por exemplo, que num churrasco entre amigos num domingo, José e João, ambos, pais de família, empregados de uma mesma empresa há mais de quinze anos, sem qualquer registro de antecedentes criminais, e muito queridos por todos se envolvem numa calorosa discussão. João, que havia excedido na ingestão de bebida alcoólica, começou a expor segredos que José lhe havia confidenciado, de maneira que José se sentiu extremamente ridicularizado e traído por João. Transtornado e em posse de arma de fogo, a qual possuía a devida licença para portar, José ameaça João lhe obrigando a retirar o que havia dito a seu respeito. Como João insiste nas insinuações José lhe desfere cinco tiros fatais em meio a todos. Em seguida, José é imobilizado pelos demais presentes que o conduzem à delegacia.

Na ocasião, após a oitiva das testemunhas, a autoridade policial lavra o auto de prisão em flagrante, indiciando José por homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, I, do Código Penal. Uma vez submetido o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ele logo percebe que não obstante se trate de crime capitulado como hediondo pelo art. 1º, I, da Lei nº. 8.072/90, o indiciado não apresenta qualquer risco nem para as investigações e nem para o processo, não se tratando de criminoso contumaz, ao contrário, o indivíduo informa ter cometido o delito no calor do momento, da discussão e que sabe das conseqüências de seus atos e que pretende aguardar o julgamento do processo em liberdade. Mas, mesmo convencido da ausência de qualquer dos requisitos do art. 312 do CPP que autorizam a custódia preventiva, o juiz não concede a liberdade provisória, pois entende, na linha do STF, que nada pode fazer se a Constituição impõe a prisão deste indivíduo ao considerar o crime que lhe é imputado inafiançável.

E o pior, neste caso, é que a aferição de uma qualificadora, elemento que torna o crime hediondo, fica a cargo, única e exclusivamente, da autoridade policial, já que só

posteriormente o Ministério Público indicará os limites da acusação imputada ao agente, podendo, inclusive, entender não se verificar a hediondez suscitada no auto de prisão em flagrante, situação que deflagra extrema injustiça e incoerência.

Em outra situação hipotética, Júlia é presa pela polícia no momento em que realiza a entrega de 300 gramas de cocaína para seu parceiro. Presa em flagrante, ela é indiciada pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº. 8.702/90. Submetido o auto de prisão à autoridade judicial competente, esta verifica que Júlia possui residência fixa, não conta com qualquer registro em sua folha de antecedentes criminais, é mãe de duas filhas menores e que trabalha no mesmo emprego a mais de cinco anos, não contando com qualquer reclamação de seus empregadores, pelo contrário, informam que neste período ela sempre teve um comportamento exemplar. Enfim, por qualquer ângulo que o juiz analisasse ele não conseguia vislumbrar uma razão cautelar para manter Júlia presa durante toda persecução criminal a não ser que realizasse um juízo de antecipação da culpa. Mas, ainda assim, homologou o flagrante, entendendo que com base no art. 44, caput, da Lei 11.343/06 e art. 5, XLIII, da Constituição Federal, está proibida a concessão da liberdade provisória para o caso narrado.

Para os crimes praticados por José e por Júlia, o Ordenamento Jurídico já impôs penas em abstrato levando-se em conta a gravidade e as circunstâncias dos mesmos, devendo a autoridade judicial apenas ajustá-las, considerando a situação fática. No caso hipotético de José e de Júlia, provavelmente, ao final do processo, os dois restarão condenados, devendo, uma vez transitada em julgado a sentença que assim os declare, passar ao cumprimento da pena imposta.

Entretanto, não se pode confundir prisão-pena com prisão provisória. Isto parece simples, mas não é. Explica-se: embora os indícios de autoria e prova da materialidade encontrem-se latentes nas duas situações acima narradas, por conta do flagrante, o Estado ainda não percorreu a via inafastável (processo penal) para formação de culpa, a qual deve ser formalmente declarada por sentença, e esta, por sua vez, deve transitar em julgado para que o acusado passe a cumprir efetivamente a

pena imposta. Há, portanto, um caminho a ser seguido pelo Estado na persecução de seus infratores. O devido processo legal deve ser atendido em sua inteireza e a prisão só se justifica para atender fins cautelares.

Por isso, nenhuma norma pode trazer uma vedação absoluta à liberdade provisória, já que inverte a lógica constitucional, tornando a prisão provisória a regra e a liberdade, exceção. De igual modo, não podemos insistir em perpetrar injustiças alegando o apego a um sentido supostamente fixado inicialmente pelo constituinte originário à norma constitucional. No atual estágio da hermenêutica jurídica, tal conclusão desponta como sério retrocesso às premissas do convencionalismo, que vê na intenção do legislador originário um sentido fixo, imutável, ao qual deve subsumir toda e qualquer situação posterior.

Vale aqui lembrar aqui a ilustração utilizada por Dworkin acerca das “regras de cortesia”. Explica o autor que embora por longo período elas tenham sido utilizadas como verdadeiro tabu, a partir de determinado momento ela começou a abarcar novos comportamentos sem qualquer alteração textual, simplesmente pelo desenvolvimento de uma atividade interpretativa complexa em relação a tais regras.

Pode ser que hoje o princípio que informa tais regras não autorize mais uma interpretação que pode ter sido considerada legítima à época da feitura da norma. A evolução é inerente à própria dinâmica humana e social. Ao aplicar uma norma o juiz há que perquirir qual princípio ela reforça. Pode ser que neste momento o magistrado se dê conta de que o comportamento que a regra evoca ou os juízos que ela autoriza, não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem. Ao contrário, tais regras sempre estão suscetíveis à sua finalidade, podendo, por isso mesmo, serem ampliadas, modificadas ou até mesmo restringidas segundo essa finalidade.

Para Dworkin, no momento em que o juiz consegue fazer uma leitura que aponte para uma solução diversa daquele juízo evocado pela norma, ou, contrário ao sentido que

ela fixou durante muito tempo, a atividade interpretativa alcança seu ápice de complexidade. Isto pelo fato de que o juiz entendeu que o caso que se apresenta, por suas infinitas peculiaridades, pode clamar uma decisão, que embora pareça inovar no mundo jurídico, nada mais faz do que reforçar a crença, concomitante, no direito e na justiça. Assim a decisão emanada serve para aperfeiçoar o direito, que não pode mostrar-se indiferente às mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais de uma comunidade.

No caso da liberdade provisória nos crimes aqui tratados, a atitude interpretativa pode nos conduzir a rejeitar as formas interpretativas anteriormente adotadas, sem qualquer revolta, tão-somente por entender que o verdadeiro respeito aos direitos fundamentais é mais bem explicitado pelo que hoje compreendemos do que por aquilo que as gerações anteriores faziam. Assumem relevo aqui as palavras de Dworkin, ao indicar a possibilidade da interpretação repercutir na prática alterando sua forma, e a nova forma incentiva sua reinterpretação, de modo que “a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado na etapa imediatamente anterior” (DWORKIN, 2007, p. 59).

Com a inserção do parágrafo único ao art.310 do CPP pela Lei nº. 6.416/77, ainda na égide de um sistema ditatorial, permitindo a concessão da liberdade provisória naqueles crimes inafiançáveis, sinalizou-se uma luz democrática, que apontava não mais se sustentar uma modalidade de prisão obrigatória para aqueles crimes de maior gravidade. Assim, em face da ausência de motivos que justificassem a necessidade do encarceramento, a referida lei impunha a concessão da liberdade provisória imediatamente. Pode-se dizer, portanto, que o parágrafo único do aludido artigo representou um giro no trato da liberdade provisória nos de crimes inafiançáveis.

Ora, se na égide de uma Constituição antidemocrática, que pautava a atividade persecutiva penal no princípio da presunção de culpabilidade, se concluiu não se manter mais a prisão compulsória decorrente da inafiançabilidade, esvaziando, com isso, inclusive, o instituto da fiança no Brasil, soa uma verdadeira fraude contra as

bases democráticas que sustentam nossa atual Carta Política impor à inafiançabilidade o sentido de prisão obrigatória, em claro retrocesso aos direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, após a evolução experimentada pela inserção do parágrafo único ao art. 310 do CPP, a inafiançabilidade não pode mais representar prisão obrigatória. Com muito mais razão, pós-1988 a inafiançabilidade não pode atuar reforçando o princípio da presunção de culpabilidade, antes, qualquer construção de sentido que se queira erigir, deverá, necessariamente, submeter-se à uma lógica que materialize o princípio da presunção de não culpabilidade, o da fundamentação das decisões judiciais e o da dignidade da pessoa humana, sem os quais nosso Estado Democrático de Direito não passa de mera quimera.

Não se pode olvidar que direitos fundamentais e processo penal constituem duas faces da mesma moeda e que, portanto, a utilização da via processual penal só se legitima quando assegurado ao réu todas as garantias individuais que tornam possível a materialização de um devido processo legal.

Indiferente a isso, havia quem sustentasse, na doutrina, antes do advento da Lei nº. 11.464/07, a constitucionalidade daquela vedação expressa à liberdade provisória contida no art. 2º, II, da Lei 8.072/90. Neste sentido, são palavras de Antonio Lopes Monteiro (2002, p. 138-139):

Esta última parte do inciso, contudo, tornou-se extremamente polêmica. Estaríamos diante de um dispositivo inconstitucional? Entendemos que não. [...] Com todo respeito à opinião dos que assim pensam, entendemos nós de forma diversa. A inconstitucionalidade de uma lei deve ser analisada sob o prisma da possível ofensa a alguma disposição expressa da Constituição, ou a alguns dos chamados princípios fundamentais constitucionais. Ora, em nenhum dispositivo constitucional é defeso que lei ordinária venha proibir a concessão da liberdade provisória neste ou naquele caso. Por outro lado, ao mesmo tempo em que se afirma a garantia da liberdade provisória com ou sem fiança (art.5º, XLVI) ressalva-se a necessidade de uma lei permiti-la. Note-se que a forma redacional do inciso – ‘quando a lei admitir’ – não dá o caráter absoluto a este direito garantia, deixando como que pendente a exigência de uma lei ordinária para lhe dar eficácia plena.

Efetivamente, com a devida vênia, não há como comungar com tal exegese, típica do positivismo. Repare que o autor apresenta extrema dificuldade em fazer uma leitura sistemática e construtiva da Constituição, imaginando que deveria haver uma norma constitucional que rezasse expressamente acerca da proibição da vedação à liberdade provisória. Para ele, o texto não é somente uma referência para a interpretação, antes seu próprio fim. Nele se inicia e nele se esgota. Discorre parecendo não fazer qualquer associação entre a prisão compulsória que a Lei de Crimes Hediondos antes estabelecia e o plexo de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República. Mas, ele não está sozinho, haja vista que essa é a linha (esdrúxula) seguida pela maioria no Supremo Tribunal Federal.

Certamente que posicionamentos desta natureza não se coadunam, em nenhuma medida, com os reclames de justiça e de legitimidade que permeiam as decisões judiciais no atual paradigma constitucional, ao revés, reforça o caráter vingativo que o direito penal e processual penal ainda assumem, mesmo sob a égide de um Estado Democrático de Direito, propagando a ideia que atrai ainda multidões de que o rigor punitivo é uma eficiente arma contra os altos índices de criminalidade que assolam a humanidade.

O curioso, aliás, no entendimento do Supremo Tribunal Federal é que, em alguns momentos, ele se arvora como autêntico guardião dos direitos fundamentais. Vale lembrar sua decisão acerca da progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, explanadas no julgamento do HC 82.959-7/SP (BRASIL, DJ 01.09.2006), em que ele declarou inconstitucional a disposição legislativa que vedava a progressão de regime por afrontar o direito fundamental do réu à individualização da pena¹⁰³. Em outras situações, como a aqui ventilada, ele simplesmente se acomodou

¹⁰³ Para Adriano S'Antana Pedra (2009) o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos constitui verdadeiro exemplo de mutação constitucional, já que anteriormente ao HC nº. 82.959/SP o sentido predominante, no STF, para o direito fundamental à individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, era o de que ela se limitava ao momento da dosimetria, subtraindo-se, portanto, a execução da pena. Posteriormente ao julgamento do writ citado, fixou o entendimento que a individualização da pena alcança, inclusive, a execução, já que contribui para que o indivíduo mantenha um bom comportamento

no que reputa ser a dicção literal de um dispositivo constitucional, como se nada pudesse fazer para salvaguardar os direitos fundamentais em questão e os acusados por tais crimes tivessem que tomar conta com o próprio constituinte originário.

Indubitavelmente, tudo isso denuncia uma atuação extremamente contraditória, denotando uma Corte que ainda não compreendeu seu papel no atual modelo constitucional. Deste modo, ora o STF se utiliza de uma hermenêutica extremamente emancipatória a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais, ora lança mão de uma interpretação extremamente silogística, representando séria afronta ao princípio da vedação do retrocesso, que circunda os direitos humanos.

Espera-se que, em se tratando de vedação à liberdade provisória, não seja preciso contar com a alteração do quadro de ministros que compõem o STF para que esse entendimento seja mudado, antes, contamos, com uma compreensão hermenêutica que evolua no sentido de conferir o máximo de efetividade ao sistema de direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República. O STF não pode atuar ignorando a responsabilidade que detém, sobretudo, pela influência incontestável que seus posicionamentos possuem na estrutura no Poder Judiciário brasileiro, que inspirará milhares de decisões em todo país pela força da autoridade que seu argumento possui, gerando, por conseqüência, inúmeras prisões arbitrárias e tornando ainda mais perverso e desumano o sistema penitenciário, já há muito reconhecidamente falido.

No Superior Tribunal de Justiça, a questão encontra maior divergência. Na Quinta Turma, o entendimento predominante é aquele que reproduz o atual posicionamento do STF, cuja ementa segue transcrita:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O

tendo em vista a concessão do benefício, no que a própria sociedade ganha, já que aumenta a possibilidade de ter indivíduo regenerado para o novo convívio social quando posto em liberdade.

ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que os crimes definidos como hediondos constituem crimes inafiançáveis. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança.
2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a vedação ao deferimento de liberdade provisória aos crimes hediondos decorre do texto constitucional (HC 76.779/MT, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 4/4/08).
3. Proferida sentença condenatória, resta prejudicado o pedido de reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal.
4. Ordem denegada. (BRASIL, HC nº. 117711/PA, DJ 16.11.2009)

A Sexta Turma, por sua vez, afinada com o atual paradigma constitucional, está entre aqueles que defendem que a Lei nº. 11.464/07 pôs fim a uma discussão antiga, sendo certo que agora está permitida a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, cabendo ao juiz o ônus, que sempre lhe coube, de fundamentar a necessidade da medida restritiva, o que deverá fazer sempre atento às peculiaridades do caso *sub judice*, este sim, vetor na apreciação da concessão ou negativa da liberdade provisória. A ementa abaixo bem sintetiza o entendimento da Sexta Turma do STJ (BRASIL, HC nº. 99889/SP, DJ 19.05.2008):

HABEAS CORPUS – LATROCÍNIO – EXCESSO DE PRAZO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PRISÃO CAUTELAR – LIBERDADE PROVISÓRIA – GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME – INVIABILIDADE – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA COM BASE EM FATORES CONCRETOS – PRECEDENTES DESTA TURMA – ORDEM CONCEDIDA.

- 1- O prazo para a conclusão do processo não é absoluto, podendo ser dilatado em função da complexidade do feito, em atenção ao Princípio da Razoabilidade.
- 2- A gravidade abstrata do delito atribuído ao paciente é insuficiente para a manutenção de sua custódia provisória.
- 3- A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória do paciente deve ser devidamente fundamentada com dados objetivos do processo, sob pena de lhe causar ilegal constrangimento.
- 4- A Lei 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva. Precedentes desta 6ª Turma.
- 5- Ordem concedida para garantir a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo para os quais for previamente intimado, sob pena de revogação do benefício. (grifo nosso)

Andou bem a Sexta Turma negando-se a dar curso a entendimento do STF que desprestigia a unidade e a coerência das normas constitucionais. Realmente, tivesse a Constituição albergado uma espécie de prisão *ope legis*, cair-se-ia na velha discussão acerca das normas constitucionais inconstitucionais. Como o sistema jurídico brasileiro não acolhe tal teoria, possível solução encontra-se no campo de uma hermenêutica que respeite a integridade do direito, onde as proposições jurídicas só serão verdadeiras se “constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272).

Sem dúvida que a linha argumentativa adotada pelo STF, que concebe, em plena democracia, uma modalidade de prisão obrigatória que exime o magistrado do dever de fundamentar a necessidade da medida cautelar, não atende, em nenhum aspecto, a ditames de justiça, equidade, e, muito menos, de um devido processo legal. Sendo assim, tal lógica está longe de se configurar a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de nossa comunidade.

O dever de manter incólume a integridade do direito, imposto a todo e qualquer magistrado, exige que se continue interpretando o material que ele próprio entende já ter interpretado com sucesso (DWORKIN, 2007, p. 273).

A cada novo caso concreto que se apresenta *sub judice*, destarte, o magistrado é desafiado a tecer uma argumentação principiológica consentânea com o Estado Democrático de Direito, que sacrifique o menos possível os princípios em questão. Afinal, a colisão entre princípios é fenômeno que só pode ser perfeitamente delineado na situação concreta, admitindo-se que os princípios submetem-se à dimensão do *peso* ou *importância* e que sua *concordância ou harmonização só se verifica na prática*¹⁰⁴.

Ainda acerca dos princípios, Günther (2000, p.90-95) ensina que, na aplicação dos princípios, é imprescindível que se realize um *juízo de adequabilidade*, considerando

¹⁰⁴ A esse respeito, conferir Robert Alexy (2002, p. 89-94).

que, em dada circunstância, determinado princípio pode excepcionar a aplicação de outro, tudo irá depender de qual princípio, dadas as particularidades do caso concreto, assume maior *peso*. Embora dois ou mais princípios sejam aplicados *prima facie* à mesma situação, somente um conduzirá a uma decisão que densifique, respectivamente, ideais de justiça, de racionalidade e de legitimidade¹⁰⁵.

Se, no trato dos princípios, se insistir em dá-los um sentido *a priori*, em abstrato, estabelecendo um núcleo fundamental dissociado da situação concreta, findar-se-á por reduzi-los à condição de regras. E, caso isso ocorra, em nada se terá avançado, ao revés, ter-se-á retrocedido ao positivismo clássico, que acreditava que as regras poderiam controlar suas próprias condições de aplicação.

Certamente que uma postura crítico-reflexiva na aplicação das espécies normativas pode contribuir em muito para solução daqueles casos difíceis. Por meio de uma argumentação construtiva, que respeite o direito vigente, e, ao mesmo tempo, considere as particularidades do caso concreto, será possível uma decisão que respeite a exigência de integridade no Direito, tão sonhada e defendida por Dworkin.

Ao afirmar que a vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos e no tráfico de entorpecentes decorre da própria inafiançabilidade prevista no texto constitucional para tais delitos, O STF já antecipou, em abstrato, que no confronto entre o disposto no art. 5, XLIII, da Constituição Federal e demais dispositivos constitucionais como art. 1º, III (dignidade da pessoa humana), art. 5º, caput (liberdade), LVII (presunção de não culpabilidade), art. 93, IX (fundamentação das decisões judiciais) sempre prevalecerá o primeiro, conferindo, assim, primazia absoluta à norma que prescreve a inafiançabilidade, independentemente do que a situação fática possa revelar em favor da prevalência de outros princípios.

¹⁰⁵ A respeito do “discurso de aplicação” em Günther, Alexandre de Castro Coura (2009, p.225) discorre: “No discurso de aplicação outras pretensões normativas igualmente válidas e a primeira vista cabíveis ao caso, devem ser consideradas como ‘argumento’, não contra a validade de determinada norma, mas contra sua ‘adequação ao caso, descrito de forma completa”.

Pensando sob a perspectiva sistemática, tal raciocínio coloca em xeque toda a coerência interna do sistema jurídico, já que confere a uma determinada norma constitucional (art. 5º, XLIII) destaque que ela mesma não possui frente às demais igualmente constitucionais. Se não há hierarquia entre normas constitucionais, então todas devem contribuir harmonicamente no sentido de reforçar um sistema efetivamente democrático. Tal tarefa só se mostra possível nos limites da situação concreta, pois só esta poderá determinar com precisão o princípio que merece curso naquele caso. Toda tentativa de ponderação de princípios em abstrato gera enormes prejuízos aos direitos fundamentais em jogo, pois traz subjacente a si a crença de que é possível antecipar todas as hipóteses de aplicação e daí conferir um valor praticamente absoluto a determinados princípios.

Em favor da integridade, toda vez que o magistrado se deparar com uma situação de prisão em flagrante por crime capitulado como hediondo ou de tráfico de entorpecentes, deve se lembrar que é sua vez de dar continuidade ao romance de muitas mãos. Nesta difícil missão, deve indagar (a) se impor prisão a alguém quando sua liberdade não importa em qualquer sacrifício para o processo ou para as investigações constitui o melhor relato de nossas práticas jurídicas; (b) se seu papel, numa democracia, se limita a repetir desfechos anteriores, ainda que equivocados ou que as exigências de seu tempo reclame posturas diferentes; e por fim (c) se as instituições passadas constituem importantes pontos de referência a serem considerados numa interpretação construtiva, mas que podem e devem ser desconsiderados toda vez que o relato hodierno de nossas práticas se mostrar mais consentâneo com os princípios de justiça, equidade e devido processo legal.

Caso o juiz responda afirmativamente à primeira hipótese, o processo penal será em suas mãos uma arma de incalculável potencial destrutivo, a serviço de um sistema ontologicamente punitivista e autoritário. Esta, infelizmente tem sido a resposta mais corrente, em virtude da resposta também afirmativa da segunda questão. Sendo assim, os juízes respondem afirmativamente à primeira análise por não terem uma compreensão clara de seu papel no contexto de uma democracia, de forma que ainda

estão atrelados a um modelo positivista que deifica o direito posto sem considerar que sua aplicação mecânica pode importar em conseqüências drásticas na realidade não só daqueles que estão diretamente ligados ao processo penal, mas da sociedade como um todo.

Crê-se, por tudo isso, que a terceira hipótese é a que mais se harmoniza com o dinamismo ínsito às democracias, pois sugere um intérprete que respeita as instituições legislativas, mas que se opõe a elas sempre que sua permanência representar retrocesso para os direitos humanos. Um intérprete consciente de que se opor ao direito vigente (posto) sempre que este representar um entrave às instituições democráticas é uma exigência do próprio direito (enquanto conjunto de princípios). Que se perceba como sujeito da História e, portanto, com aptidão para intervir no seu curso e lhe escrever um capítulo melhor.

A teoria da integridade, portanto, apresentada como sugestão teórica para análise do problema proposto, mostra que possível solução, perpassa, necessariamente, pela concepção do intérprete do que seja direito. Se com Austin, Kelsen e Hart a concepção prevalecente for a que concebe o direito como um conjunto fechado de regras a resposta irá variar pouco daquela ofertada pelo STF, mas, se com Dworkin, por exemplo, o Ordenamento for visto como um conjunto complexo não só de regras, mas igualmente de princípios, que impõe uma análise coesa do repertório institucional que melhor realize os princípios aplicáveis à hipótese, poder-se-á contribuir um pouco mais para materialização de nosso jovem Estado Democrático. Como assinala o próprio Dworkin (2007, p. 291):

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado a partir de um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentarem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Este estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.

Enfim, talvez a maior virtude da teoria da integridade explanada por Dworkin é que ela atrai para o Direito um duplo desafio: transformar a realidade e justificar nos seus

próprios limites essa transformação, isto é, sem que para isso se enverede por argumentos políticos. Ela respeita o princípio da separação de poderes e reforça que eventuais mudanças que propugna é na tentativa de aperfeiçoar o direito, que jamais pode mostrar-se indiferente a realidade que pretende regular, “sob pena de caminhar sozinho e sem sentido, incapaz de aproximá-la de si” (BARCELLOS, 2002, p. 03).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no decorrer desta pesquisa, tanto a Lei de Crimes Hediondos como a de Tráfico de Ilícito Entorpecentes despontam como legislações penais e processuais penais emergenciais, que visam dar respostas a um clamor público, que, ludibriado por uma mídia sensacionalista, crê que a confecção de leis mais rígidas poderá garantir dias melhores.

Como já dito, uma das características dessas leis emergenciais, responsáveis por deflagrarem a vigência de um estado de permanente exceção é o caráter simbólico das mesmas, de modo que em nada contribuem para alcançar os fins declarados que perseguem, antes, são utilizadas, em diversas ocasiões, como verdadeiras manobras para permanência no poder.

Mas embora de caráter simbólico no que se refere aos resultados anunciados, o efeito catastrófico (real) que tais leis geram na esfera dos direitos individuais daqueles por elas alcançados é imensurável. Assim, a partir de um programa repressivo punitivista que rotula o acusado como verdadeiro “inimigo” do Estado e da Sociedade, adota-se uma série de medidas que visam desconstituí-lo do próprio *status* de pessoa humana, autorizando, assim, toda sorte de barbárie institucionalizada.

O pior é que essa forma de violência institucionalizada é percebida pelo senso comum como fator de eficiência da máquina estatal. A equação que tem norteado as políticas criminais tem sido: quanto mais cruel o tratamento dispensado a essas classes de criminosos, mais legítima será a medida. As normas penais e processuais penais, nesse contexto, passam a atuar como poderoso instrumento de defesa da sociedade contra o malfeitor.

Acrescenta-se, ainda, como já se teve a oportunidade de destacar, que de uma forma geral há uma forte identificação entre a comunidade e a vítima, a exemplos dos

inúmeros linchamentos noticiados pela mídia, o que favorece a idéia de que o direito da sociedade à segurança pública sobrepõe-se a eventuais direitos individuais que tutelem o acusado.

Viu-se, ainda, que esta concepção é fruto de uma visão dicotômica entre os direitos individuais e os direitos sociais e difusos, oriunda, sobretudo, de uma classificação histórica dos direitos fundamentais que os separam em gerações, dando sempre a ideia de que os direitos de primeira geração sucumbiram perante os direitos fundamentais distribuídos entre as demais gerações. Assim, as construções teóricas que apontam para prevalência dos direitos individuais sobre metaindividuais, refletem a tentativa de reconstrução do paradigma Liberal, ao passo que aquelas que acenam para primazia dos direitos metaindividuais sobre os individuais, delineiam premissas próprias do Estado Social. Tanto num caso como noutro, cai-se na armadilha, denunciada por Habermas, da reconstrução de paradigmas concretos, postura que desconsidera o nexu indissolúvel entre autonomia pública e privada.

Além disso, o STF, responsável por uniformizar a matéria constitucional, tem demonstrado que, mesmo após os avanços experimentados pela hermenêutica jurídica moderna (a qual provou que nenhum texto pode pretender um sentido imutável, desprendido de um contexto fático), o positivismo jurídico, modelo teoricamente superado, ainda se encontra subjacente à sua atuação, revelando uma práxis que desconsidera que toda e qualquer jurisdição constitucional, na égide de um Estado Democrático de Direito, só se legitima ante a observância e a efetivação dos direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, a exegese que conclui pela existência de uma modalidade de prisão compulsória nos casos de crimes hediondos e de tráfico de entorpecentes, resgata premissas de um sistema inquisitorial, que se funda e se mantém pelo princípio da presunção de culpabilidade, mormente, em se tratando de prisões em flagrantes, largamente utilizada como fator de relativização dos direitos fundamentais do acusado.

Em face de princípios constitucionais como o da presunção de não culpabilidade e do dever inafastável de fundamentação das decisões judiciais, qualquer norma erigida no sentido de vedar a liberdade provisória de forma absoluta, é inconstitucional, uma vez que confere à prisão cautelar verdadeiro caráter de pena, e, pior, decretada pelo próprio legislador.

No atual modelo constitucional, a prisão provisória só pode subsistir quando restar cabalmente demonstrada sua cautelaridade (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*), jamais podendo a prisão em flagrante assumir feição de pena antecipada. Nesse sentido, a necessidade da medida constritiva deverá ser exposta pela autoridade judicial a fim de que se tornem conhecidos os motivos que poderão conduzir à eventual inconformismo a ser manifestado pelo acusado. Nenhuma referência genérica à norma vedatória (como no art. 44, da Lei nº. 11.343/06) ou ao texto constitucional que impõe a inafiançabilidade (estampado na Carta Federal, no art. 5, XLIII), ou, ainda, aos requisitos do art. 312 do CPP, constituem motivos idôneos e suficientes para atender ao preceito constitucional inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal, que estipula a imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais, uma vez que qualquer destes argumentos remontam a preceitos gerais e abstratos, carentes, portanto, da dimensão concretizadora realizada pelo intérprete.

Sendo assim, ainda que determinada norma, constitucional ou não, estabeleça tratamento mais severo para alguns delitos, jamais os efeitos poderão operar-se *ope legis*, dispensando a mediação do juiz na aplicação da norma, já que o legislador é naturalmente incapaz de antecipar todas as hipóteses de aplicação da norma confeccionada. Nenhuma norma, portanto, pode subtrair do Judiciário e, muito menos, atribuir ao Legislativo, a incumbência de aferir a necessidade da medida constritiva caso a caso.

Caso se entenda, na linha sustentada pelo STF, que a sede do problema, para os presos em flagrante por crimes capitulados como hediondos ou por tráfico ilícito de entorpecentes, é constitucional, no sentido de que o constituinte originário tenha

imprimido à inafiançabilidade o sentido de vedar a liberdade provisória, então, é hora de se pensar em mutação constitucional, fenômeno de alteração informal da Constituição. O que não se admite, em hipótese alguma, é este órgão escusar-se do debate escondendo-se atrás de suposta “intenção” ou “sentido” fixado pelo constituinte originário.

Além disso, enquanto essa alteração informal não ocorra, é plenamente possível resolver a situação se valendo de uma hermenêutica constitucional que liberte o intérprete do sentido da lei fixado originariamente, sempre que a situação provar que aplicar tal sentido consumará imensa injustiça. Cada geração é livre para adotar sentidos que maximizem e efetivem a democracia, lembrando que esta perpassa, necessariamente, pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais e pela vedação do seu retrocesso.

Conforme extraído das lições de Dworkin, uma proposição normativa só pode ser verdadeira se deriva de princípios de equidade, justiça e devido processo legal. Só assim uma comunidade poderá fazer de suas narrativas jurídicas as melhores possíveis.

Nesse sentido, a teoria da integridade, mostrou, em resposta a Hart e aos demais positivistas, que a natureza normativa dos princípios permite a solução de casos difíceis, sem que para isso seja necessário incorrer na discricionariedade judicial em sentido forte, esbarrando-se, deste modo, na teoria da separação dos poderes. Isso porque, embora a integridade exija respeito às instituições legislativas, a complexa atividade interpretativa construtiva que propõe permite o aperfeiçoamento do direito através da leitura atualizada dos princípios que informam determinado ordenamento jurídico.

Enfim, a integridade no direito impõe que haja coerência ao lidar-se com esse fenômeno social, complexo e argumentativo que é o Direito. Se chegou o momento de se dar continuidade ao “romance de muitas mãos”, deve-se ter a hombridade de fazê-lo

de forma coerente, sabendo que o cenário sobre qual se passa a história narrada é uma democracia, e como tal, reclama construções teóricas dignas de seus postulados.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

ALVES, Flávia. O uso abusivo da prisão preventiva deve ser discutido. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 fev. 2010. Disponível em: <<www.conjur.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARBOSA, Ruy. **Criminologia e Direito Criminal: Seleções e Dicionários de pensamentos**. Campinas: Romana, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Flaviane Magalhães. **(Re) Forma do Processo Penal: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº. 11.690/08 e nº. 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar na pós-Modernidade**. Zahar: Rio de Janeiro, 1998.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios no Processo Penal: Entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora da UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Os Poderes Desarmados: à margem da ciência política, do direito constitucional e da história – Figuras do passado e do presente**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Código de Processo Penal. In: **Códigos Penal, Processo, Processo Penal e Constituição Federal** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Códigos Penal, Processo, Processo Penal e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. In: **Códigos Penal, Processo, Processo Penal e Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. In: **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal e Legislação Complementar**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. In: **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal e Legislação Complementar**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Projeto de Lei nº. 4208/2001**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=26558> Acesso em: 16 de dezembro de 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Classe: HC – Processo: HC nº. 99.889, UF: SP, Sexta Turma, Rel. Min. Jane da Silva. Data da publicação: 29/04/2008. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 10 de dezembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo: HC nº. 11.7711, UF: PA, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Data da publicação: 16/11/2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 10 de dezembro de 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Classe: HC – Processo nº. HC 94.013, UF: SP, Data da publicação: 10/02/2009. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 11 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 68.202, UF: SP, Data da publicação: 15/03/1991. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 11 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 95.671, UF: RS, Segunda Turma, Data da publicação: 19/03/2009. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 17 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 94.872, UF: SP, Data da publicação: 18/12/2008. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em:

<www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 17 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 98.548, UF: SC, Data da publicação: 10/12/2009. Rel. Min. Carmem Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 20 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 80.379, UF: SP, Data da publicação: 18/12/2000. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 21 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 93.302, UF: SP, Data da publicação: 08/05/2008. Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 21 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 94.013, UF: SP, Data da publicação: 12/03/2008. Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 22 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 82.959, UF: SP, Data da publicação: 01/09/2006. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 28 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. RE 482.006, UF: MG, Data da publicação: 13/12/2007. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 29 de novembro de 2009.

_____. Classe: HC – Processo nº. HC 95.584, UF: SP, Data da publicação: 05/02/2009. Rel. Min. Carmem Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 28 de novembro de 2009.

CALSAMIGLIA, A. Prólogo. In: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Penas e Garantias**: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004, p. 25-44.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**, v.3, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI, Marcelo. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004, p.47-78.

_____. Processo e Jurisdição Constitucional. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004, p.447-467.

_____. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*. Pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental no Estado Democrático de Direito. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Coord. Marcelo Cattoni. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004, p.79-120.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

CIRILO DE VARGAS, José; VARGAS, Juarez Cirilo. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In) Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

_____. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores”. In: CATONNI, Marcelo (Org.) **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998.

DONNICI, Virgílio Luiz. **A criminalidade no Brasil: Meio milênio de repressão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 94.

DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. In: Caderno de pesquisa, V. 5, n. 124, jan./abr. 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Comentado**. v. III, Campinas: Bookseller, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón: Teoria Del garantismo penal**. 4. ed. Madrid: Editora Trotta, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas prisões**. 32. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREIRE, Ranulfo de Melo. Prefácio. In: FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: Complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Consenso e Oportunidade no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: Justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

_____. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica**. Trad. Leonel Cesarino Pessôa. In: Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6, 2000.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Facticidad e validez**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte II**. Trad. Maria de Sá Cavalcanti. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

JACOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. São Paulo: Paulus, 2010. Capítulo 7. (no prelo)

_____. **Direitos Humanos Fundamentais: Diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

KUHN, Thomas. **A estruturadas Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Identidades e Identificações: da possibilidade de construção de uma ética universal nas sociedades cosmopolitas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17 de fev. de 2010.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prisão Provisória: Medida de Exceção no Direito Criminal Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes Hediondos: Textos, comentários e aspectos polêmicos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEUMANN, Ulfrid. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Antonio Martins. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 69, Novembro-dezembro de 2007, ano 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 156-177.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Evolução jurisprudencial de direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso**. In: Anais do IV Encontro Anual da ANDHEP. Disponível em: <<<http://www.andhep.org.br/downloads/trabalhosIVencontro/AdrianoPedra.pdf>>> Acesso em: 10 de dezembro de 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no Processo Penal**. São Paulo, Malheiros, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência do processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Reflexões teóricas sobre o processo penal e a violência urbana: Uma abordagem crítica construtiva à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: 2008.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROBINSON, Jeffrey. **A globalização do crime**. Tradução de Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: al debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores Universidad de los Andes, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval; CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de prisão e soltura sob a ótica constitucional**. São Paulo: Método, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança Pública e prisão preventiva no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: ICC: Freitas Bastos, 2000.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ANEXOS

ANEXO A – Inteiro teor do HC nº. 95.671/RS.....	222
ANEXO B – Inteiro teor do HC nº. 98.548/SC.....	234
ANEXO C – Inteiro teor do HC nº. 93.302/SP.....	245