

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Mestrado em Direito Processual

Marcelo Peixoto de Melo

A PRISÃO TEMPORÁRIA EM FACE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Belo Horizonte

2013

Marcelo Peixoto de Melo

A PRISÃO TEMPORÁRIA EM FACE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais para defesa pública diante de banca examinadora, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Marinho Marques.

Belo Horizonte

2013



FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M528p Melo, Marcelo Peixoto de
A prisão temporária em face do estado de direito democrático / Marcelo Peixoto de Melo. Belo Horizonte, 2013.
97f.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Prisão temporária. 2. Processo penal. 3. Estado democrático de direito. 4. Contraditório no processo judicial. 5. I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.24

Marcelo Peixoto de Melo

A PRISÃO TEMPORÁRIA EM FACE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal – PUC Minas

Prof. Dr. Magno Federici Gomes – Faculdade Arnaldo

Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo (Suplente) – PUC Minas

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2013.



*Nayara Belo Peixoto 'Linda',
Companheira, compreensiva, eterna cúmplice de uma
fantástica vida de conquistas a dois.*



AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Leonardo Marinho Marques, agradeço pela orientação da presente pesquisa sempre pautada na paciência, disponibilidade, compreensão e na forma peculiar, vocacionada e simples através da qual ensina, transmite os seus valiosos conhecimentos e conduz à reflexão.

Ao Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, em nome de quem agradeço e saúdo todos os Professores do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC-MG, uma vez que o considero como Professor que representa o saber em seu âmago, além de ensinar com prazer e propriedade a pesquisa acadêmica de qualidade, virtude dos gênios.

Ao Professor Guilherme Coelho Colen, pessoa cuja qual merece respeito pela forma legítima e engrandecedora que exerce, atualmente, o cargo de Diretor da Faculdade Mineira de Direito, mas que admiro como profissional pela inquestionável característica de retidão de caráter e pela forma proba com a qual exerce a docência, agradeço pelos valiosos conselhos e empréstimo de obras.

Ao Professor Vinícius Diniz, em nome de quem agradeço todos os Professores da Graduação e colegas de Mestrado, o faço por considerá-lo um amigo e um dos maiores talentos da nova geração de alunos do Programa e Professores da PUC-MG, para essa constatação, basta conhecê-lo.

Ao Professor Doutor Magno Federici Gomes, em nome de quem agradeço todos os Professores de Direito da Faculdade Arnaldo, primeira casa, instituição que sempre me compreendeu, apoiou e incentivou na elaboração do presente trabalho.

Aos meus Pais, eternos Professores, agradeço por último, mas cuja ordem se torna insignificante diante de terem me ensinado o verdadeiro valor da vida.



Tempo para tudo

Para tudo há um momento e um tempo para tudo o que se deseja debaixo do céu:

*Tempo de nascer e tempo de morrer,
Tempo de plantar e tempo de arrancar plantas,
Tempo de matar e tempo de curar,
Tempo de destruir e tempo de edificar,
Tempo de chorar e tempo de rir,
Tempo de lamentar e tempo de dançar,
Tempo de atirar pedras, e tempo de as ajuntar,
Tempo de abraçar e tempo de evitar o abraço,
Tempo de procurar e tempo de perder,
Tempo de guardar e tempo de atirar fora,
Tempo de rasgar e tempo de coser,
Tempo de calar e tempo de falar,
Tempo de amar e tempo de odiar,
Tempo de guerra e tempo de paz.*

*Que proveito tira das suas fadigas aquele que trabalha?
Eu vi a tarefa que Deus impôs aos filhos dos homens para que dela se ocupem.
Todas as coisas que Deus fez, são boas a seu tempo. Até a eternidade colocou no
coração deles, sem que nenhum ser humano possa compreender a obra divina do
princípio ao fim.
Eu concluí que nada é melhor para o homem do que folgar e procurar a felicidade
durante a sua vida. Todo o homem que come e bebe e encontra felicidade no seu
trabalho, tem aí um dom de Deus.*

(ECCLESIASTES 3, 1-8)



RESUMO

A presente dissertação foi desenvolvida em sede de mestrado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas tendo como título: A prisão temporária em face do Estado de Direito Democrático. O trabalho está atrelado à linha de pesquisa *O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito*, pauta-se na democratização constitucional do processo penal resultante na participação dos afetados pela decisão. O Estudo não pretende esgotar o tema, mas demonstrar o fato de que a primazia em respeitar os direitos fundamentais e às garantias constitucionais do cidadão consolida a base estrutural do direito no Estado Democrático. No decorrer do texto aborda-se a influência da biopolítica como fator desencadeador do desenvolvimento das políticas públicas de punição. Analisam-se os aspectos técnicos e contextuais da prisão temporária no Brasil, antes e após a edição de sua lei de regência (7960/89). Apontam-se as hipóteses para a decretação da Prisão Temporária durante a investigação e qual a relação entre a Temporária e a Preventiva. Confrontam-se o procedimento de prisão temporária e a necessidade de sua interpretação desafiada por uma leitura constitucionalmente adequada. Explicita-se o fato de que as partes não estão reduzidas a uma posição de sujeição e o processo, a mero instrumento técnico da jurisdição, motivo pelo qual o julgador não pode fundamentar a sua decisão de modo solipsista, demonstrando, sem debate, a presença dos requisitos previstos na lei. A constituição está alicerçada em instituir, garantir e preservar o Direito Democrático. O desrespeito às garantias conquistadas pelos cidadãos e sedimentadas na Constituição repercute em dificuldades para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do Estado de Direito Democrático, motivo pelo qual, necessário demonstrar a incompatibilidade da prisão temporária desassociada de uma interpretação constitucional. Avalia-se como a observância do contraditório isonômico e da ampla defesa, segundo a Teoria Neo-institucionalista do Processo, contribui para a efetivação da democracia no instituto da prisão temporária.

Palavras-Chave: Prisão Temporária. Processo. Estado de Direito Democrático. Contraditório.

Isonomia.



ABSTRACT

This essay was developed in the *Stricto Sensu* Post Graduation Course in PUC Minas, whose title is: *The temporary arrest in face of the Democratic Law State*. The work is inserted no the research line *The Process in Constucting the Democratic Law State* and based upon the constitutional democratization of criminal procedure, as a result of participations of the citizens wich are affected by the jurisdictional decisions. The essay cannot fulfill the theme completely, but may demonstrate that the respect for fundamental rights and constitutional guaranties forms the structural basis of the Democratic State. Along the text, it is said that the biopolitical influence in the public policies of punishment. Technical and contextual aspects of temporary arrest in Brazil, before and after the Act (Law) 7.960/80, are examined. The hypothesis and circumstances of Temporary Arrest are pointed out and compared with the ones of Preventive Arrest. The procedure of Temporary Arrest is also approached with the necessity of its examination through a constitutional reading. It is quoted that the participants should not be reduced to a subjugational position and the process is not a mere technical instrument of jurisdiction, therefore the judge cannot present justification to the sentences in a solipsist (“selfish”) way, pointing, without discussion, the law criteria. The Constitution bases upon instituting, ensuring and preserving Democratic Law. Disrespect for the citizens’ guarantees generates difficulties to the development of the Democratic Law State. That’s the reason why it’s necessary to show the incompatibilities of the Temporary Arrest outside a constitutional interpretation. It is finally evaluated how the isonomic contradictory and the wide defense guarantees, according to Neoinstitutionalist Theory, contributes to the effectiveness of democracy in the Temporary Arrest institute.

Keywords: Temporay arrest. Process. Democratic Law State. Contradictory. Isonomy.



LISTA DE ABREVIATURAS

ART - Artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil brasileiro

CPP – Código de Processo Penal brasileiro

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ – Diário da Justiça

HC – Habeas Corpus

LSN – Lei de Segurança Nacional

MIN - Ministro

PLS – Projeto de Lei do Senado

RJ – Rio de Janeiro

REsp – Recurso Especial

Rext – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça



SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 DEMOCRATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL..... | 12 |
| 2.1 A instituição jurídica constitucional do processo como vínculo da legitimidade da Lei e a atual realidade do Processo Penal..... | 16 |
| 2.2 A cidadania como fonte legitimadora do devido processo constitucional..... | 17 |
| 2.3 Do devido Processo Legal como Proteção aos Direitos fundamentais..... | 19 |
| 2.4 As garantias constitucionais como meio de pleno exercício dos Direitos Fundamentais..... | 24 |
| 3 DA PRIMAZIA DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO COMO REFERENTE JURÍDICO INSTITUCIONAL..... | 28 |
| 3.1 Estado Direito Liberal..... | 29 |
| 3.2 Estado Direito Social..... | 30 |
| 3.3 Estado De Direito Democrático..... | 32 |
| 3.4 Da influência da biopolítica como fator desencadeador do desenvolvimento das políticas públicas de punição no atual Estado de Direito Democrático..... | 34 |
| 4 A PRISÃO TEMPORÁRIA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA..... | 38 |
| 4.1 A Prisão temporária como uma nova espécie do gênero prisão cautelar..... | 38 |
| 4.2 Das hipóteses para decretação da Prisão temporária durante a investigação..... | 41 |
| 4.2.1 <i>Prisão Temporária x Prisão Preventiva: Qual a relação de dependência entre os institutos? A temporária de fato é essencial?</i> | 48 |
| 4.3 Prazo para decretação da Prisão temporária..... | 51 |
| 4.4 Alterações advindas na Prisão Temporária a partir da vigência da Lei 12.403/01 | 55 |
| 4.4.1 <i>A (necessidade) como um novo requisito para decretação da Prisão temporária....</i> | 56 |
| 4.4.2 <i>A (adequação) como um novo requisito para decretação da Prisão Temporária....</i> | 57 |
| 5 A PRISÃO TEMPORÁRIA SEM PROCESSO: FORMA VELADA E CLANDESTINA DE ASSEGURAR A SUBSISTÊNCIA DA PRISÃO POR AVERIGUAÇÃO..... | 59 |
| 5.1 Uma digressão no tempo quanto ao surgimento da Prisão temporária no Brasil.. | 62 |
| 5.2 A atual realidade da Prisão Temporária no Brasil..... | 65 |
| 5.3 Da participação dos afetados na decisão como forma de democratização do Processo Penal..... | 68 |
| 5.4 Prisão temporária mediante contraditório e isonomia um desafio a ser superado | 72 |
| 5.4.1 <i>O Contraditório atrelado ao princípio da isonomia conglobante.....</i> | 77 |
| 5.5 Das alterações na Prisão Temporária para sua coexistência com a nova realidade do Processo Penal..... | 78 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 85 |
| REFERÊNCIAS..... | 88 |



1 INTRODUÇÃO

Apresento a todos do meio acadêmico e jurídico a dissertação de mestrado: A Prisão Temporária em face do Estado de Direito Democrático, resultante de pesquisa desenvolvida no Programa de Pós-Graduação, *Strito Sensu*, em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

A presente pesquisa está atrelada na análise da Prisão Temporária a partir da democratização do Processo Penal e da sua relevância no atual Estado de Direito Democrático.

O trabalho possui como marco teórico a teoria neo-institucionalista, uma vez que os estudos se iniciaram tendo como referencial o fato de que o processo deve possuir sua autonomia jurídica e o texto constitucional ser elevado à categoria de instituição inviolável.

A dissertação está desenvolvida através de quatro capítulos assim divididos:

No capítulo inicial, aborda-se a necessidade de interpretação do Processo Penal atual a partir dos princípios e garantias da Constituição, bem como através de sua democratização compatibilizar o desejo da proteção coletiva com o respeito às liberdades individuais. Uma vez assegurado pela Constituição brasileira que todo o poder emana do povo, inconcebível um espaço do soberano através do qual não se oportuniza aos destinatários os fundamentos de suas decisões e se veda a fiscalidade popular. A primazia do respeito aos direitos fundamentais do cidadão consolida a base estrutural do Estado de Direito Democrático. Com o advento da Constituição de 1988, tornou-se vedado olvidar da supremacia da normatização constitucional em relação às leis ordinárias. No âmbito processual penal, isso significa que o Estado de Direito Democrático não pode se aparelhar contra a violência e a crescente criminalidade com instrumentos que ignoram garantias constitucionais e direitos fundamentais dos cidadãos, sob pena de produzir efeito contrário ao pretendido, ocasionando insegurança social pela arbitrariedade e violência da lei, em autêntica invocação da máxima de que os fins justificam os meios. Há uma exigência do texto constitucional no sentido de se submeter à jurisdição – ainda que focada no combate à criminalidade crescente – ao respeito e à manutenção dos direitos fundamentais com seu caráter normativo e vinculante das garantias constitucionais.

O capítulo seguinte trata da primazia do Estado de Direito Democrático como referente Jurídico Institucional partindo-se do entendimento por parte dos cidadãos de que o direito visa observâncias das normas de convivência. A violência da imposição do cárcere cautelar ao

cidadão necessita obedecer a procedimentos seguros, harmônicos e condizentes com as garantias de liberdade do indivíduo e com os direitos fundamentais. Analisa-se através da evolução das formas de Estado Liberal e Social que a expressão '*Democrático*' deve ser interpretada como uma característica do direito que rege o Estado, caracterizando o que denominamos Estado de Direito Democrático. Nesse contexto, a democracia passar a ser uma fonte de legitimação do poder cuja origem está nucleada no povo. Em um ambiente em que se torna imprescindível preservar a população, surge a biopolítica como forma de assegurar as riquezas do Estado que busca intervir no dia a dia dos cidadãos em prol de assegurar e proteger a circulação de bens. Partindo desse conceito analisa-se a influência da Biopolítica na Lei que instituiu a Prisão Temporária.

No quarto capítulo, parte-se do estudo da prisão temporária sob a ótica da legislação brasileira. Oportunidade em que abordamos a Temporária como nova espécie do gênero cautelar, esmiúça-se as hipóteses para a sua decretação durante a investigação policial, seja através da exposição do ponto de vista de diversos autores consagrados no meio jurídico, ou, por meio da contextualização da visão desse pesquisador. Questiona-se a necessidade de coexistência da Prisão Temporária com a Prisão Preventiva. Analisa-se também, a temporária quanto ao seu prazo e as alterações advindas com a Lei 12.403-11 e sua previsão no Projeto do Senado no que está sendo denominado como novo Código de Processo Penal.

Por fim, no capítulo final, parte-se da prisão temporária sem processo como forma velada e clandestina de assegurar a subsistência da prisão por averiguação. Para isso dividimos o estudo em cinco títulos secundários: O primeiro centra-se na digressão do tempo quanto ao surgimento da Prisão Temporária no Brasil. Para isso, parte-se da década de 30 do século XX até os dias atuais. O segundo aborda a realidade da Temporária no Brasil do século XXI onde se faz imprescindível combater a individualidade do julgador ao decidir e os critérios por ele utilizados como fundamento de sua decisão. O terceiro traz à tona a importância da participação dos afetados na decisão como forma de democratização do processo penal. O quarto invoca o desafio para se implementar no Procedimento da Temporária o contraditório. Entretanto, visando aprofundar nessa questão esse tópico é subdividido na necessidade de se atrelar o contraditório a isonomia conglobante. Por fim, o quinto e último ponto do capítulo final aborda o que definimos como sendo as alterações na prisão temporária para sua coexistência com a nova realidade do Processo Penal.



2 DEMOCRATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

Atualmente, a filtragem constitucional deve ser o ponto de partida para a pesquisa científica do tema proposto. Apesar de a sociedade reclamar por um discurso político que valorize uma punição mais severa dos delitos o que, infelizmente, para o senso comum está simplesmente em primar por uma “justiça sumária” a qualquer custo, a Prisão Temporária e o Processo Penal Atual devem necessariamente ser interpretados a partir dos princípios e garantias assegurados pela Constituição.

Assim, quando se faz referência ou menção às garantias e aos princípios “estamos nos referindo a todos os dispositivos jurídicos cuja missão é impedir um uso desmedido ou arbitrário da coerção penal”. (BINDER, 2003, p.27)

Através da democratização do Processo Penal se torna viável e possível atingir o equilíbrio entre a almejada proteção coletiva e o respeito às liberdades individuais.

Uma comedida digressão histórica no estudo das Constituições revela o fato de que a partir do séc. XVIII, no momento em que se aprimorava a Teoria dos Direitos Naturais do indivíduo – limitadora dos abusos cometidos pelos poderes públicos, começam na Europa¹ as lutas em prol de uma Constituição, que se “imponha aos poderes, estabelecendo regras que eles devem respeitar”. Concomitantemente, vários fatores sociopolíticos acompanharam o desenvolvimento dos diversos textos e o respectivo conteúdo de suas disposições. No decorrer da história foram inúmeras pesquisas e estudos “*desde Aristóteles até os questionamentos atuais para a formação do conceito moderno de Constituição*”. (BARACHO, 2008, p. 205)

A Constituição pode ser definida como modelo normativo de organização estatal – noção deontológica; como uma organização pautada sobre determinados princípios de orientação política – noção política; e como, conjunto de normas que regulam a criação de normas jurídicas gerais - noção jurídica. (BARACHO, 2008, p. 211).

¹ Apesar de no presente texto a análise ser feita a partir da Europa, importante ressaltar, o exposto por José Carlos Moreira da Silva ao mencionar que a história da humanidade não se limita ao relato dos Europeus e por via de consequência, os ocidentais não são os únicos seres pensantes da humanidade. Destaca-se da obra de Filho “Da ‘invasão’ da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da inferioridade ‘latino americana’ ” a referência feita aos habitantes do novo mundo como sendo estes iguais ou até mais racionais que os europeus, nesse sentido, faz citação de que não sendo possível combater os lógicos e sólidos argumentos do chefe inca, os espanhóis promoveram o genocídio daquele povo, como forma de alcançar os seus objetivos. (FILHO, 2004, p.294-295)



Indubitavelmente é “considerada a escritura necessária do Poder” (GOYARD-FABRE, 1997, p.78). Neste passo, por representar o estatuto maior de poder de um Estado, deve procurar por meios de tutelar a ordem jurídica nela criada.

Contudo, independentemente de qual o conceito a ser adotado, não há como concebermos um Estado, qualquer que seja a sua definição, sem as normas do direito e sua estruturação legal, principalmente a lei constitucional, para o exercício da soberania Estatal, estatuto maior do poder político (BRETAS DE CARVALHO DIAS, 2010, p.59).

A imposição das garantias individuais diante de um poder soberano identificável é inerente ao surgimento do que se convencionou definir como Estado Atual.²

As garantias do indivíduo em face do Estado existem apenas a partir do instante em que há por parte desse uma organização dentro de certos critérios, bem como a “racionalização, centralização de poder e identificação daqueles que o detêm”. (CHOUKR, 1995, p.23)

Assim pode-se elencar um rol de direitos cujos titulares podem exercer em face de um corpo definido, e que tem como última finalidade servir de anteparo ao exercício destemperado daquele mesmo poder.

Por isso que, tradicionalmente, é colocado como marco inicial dessa forma de proteção do indivíduo em face do Estado, a Magna Carta de João Sem Terra, outorgada aos senhores feudais em 1215 e inúmeras vezes reiterada até que entrasse em vigor definitivamente. (CHOUKR, 1995, p.23)

A Constituição deve ser “a única fonte jurídico-institucional, e não mais o Estado instrumental ou outras esferas funcionais que só se legitimam em razão de nela terem origem” (LEAL, 2009 p.37).

O jurista jamais pode esquecer o fato de que atualmente o ordenamento jurídico é um sistema, motivo pelo qual a interpretação de qualquer dispositivo legal deve necessariamente passar pela mencionada filtragem constitucional.

A Constituição promulgada PROCESSUALMENTE pelo povo, e não outorgada por autoridades, mas cuja finalidade seja abarcar e proteger as instituições jurídicas, geradas a partir da vontade popular, institui um Estado de Direito Democrático. Ressalta-se ainda o fato de que

² “Estado não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento política surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu – libertando-se, de certa maneira, das suas condições originais e concretas de nascimento – a todo mundo civilizado” (SHIERA, 1986, p. 425)



ela deve ser “*construída e reconstruída*” pelo processo a fim de se alcançar a sua legitimidade. (LEAL, 1999)

A direção do estudo do processo deve estar centrada em sua autonomia jurídica e “na constitucionalização estrutural das Sociedades Políticas” (LEAL, 1999).

Sendo assim, corroboram-se o entendimento e os estudos que defendem a compreensão de que o texto constitucional articula e legitima as instituições jurídicas, uma vez que este não se limita em ser um estatuto da atividade estatal. A Constituição deve ser alçada à categoria de Instituição jurídica inviolável (LEAL, 1999, p. 48).

A fonte de poder na democracia deve ser a vontade legitimada pelo Devido Processo Constitucional, direito-garantia constitucional em que não há vínculo jurídico de sujeição de uma pessoa à outra. (LEAL, 2009, p.282)

Nesse contexto, o processo abandona a função de mero instrumento de aplicação e busca de uma “*paz social*”³ (DINAMARCO, 1999) – compatível com o Estado Social de Direito – para transformar-se⁴, definitivamente, em linguagem garantidora da construção de um Direito Democrático.

³ Segundo a escola instrumentalista o processo deve ser conceituado como um instrumento a serviço da paz social. Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem estar social turbado pela existência do conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordem de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição do Estado persegue sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.(DINAMARCO, GRINOVER, CINTRA, 1999)

⁴ A necessidade de superarmos a teoria da instrumentalidade do processo já estava presente em 2001, ainda que de forma tênue e sutil, nos dizeres de Ronaldo Brêtas, quando este assim escreveu: “Parece-nos que, a partir de importante obra de DINAMARCO, Cândido R. A instrumentalidade do processo. São Paulo: RT, s.d., o caráter instrumental do processo passou a ser mais enfatizado pelos processualistas brasileiros e constantemente invocado nas intermináveis reformas que têm sido introduzidas no Código de Processo Civil. No entanto, nos últimos tempos, temos a impressão de que uma exagerada ênfase à chamada instrumentalidade do processo, principalmente por parte dos juízes e tribunais em suas decisões, tem gerado um certo menosprezo ao princípio do devido processo legal, este concebido como o conjunto de garantias constitucionais mínimas, que devem ser concedidas às partes em qualquer processo, para protegê-las do arbítrio judicial. Em razão disso, o intitulado caráter instrumental do processo começa a sofrer uma revisão crítica, liderada por Calmon de Passos, em obra recente (Direito, poder, justiça e processo. 1 ed., 2 Tir., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67-69)”. Ronaldo Brêtas complementa o seu raciocínio citando Calmon de Passos de forma elucidativa: “ a relação entre o processo de produção do direito e o direito produzido, seja como enunciado, seja como decisão (dizer o Direito e aplicar o Direito) não é de caráter instrumental, meio-fim sim de natureza substancial, integrativa. O direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte de que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível, mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das conseqüências. O direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado. Se o direito é apenas depois de produzido, o produzir tem caráter integrativo, antes que instrumental e faz-se tão essencial quanto o próprio dizer o Direito, pois que o

Imprescindível que o processo seja visto como “*garantia constitutiva de direitos fundamentais*” (BARROS, 2009a; LEAL, 2009), pautado pelos seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa, isonomia) reunidos pelo instituto do devido processo legal.

Apesar de no Brasil se vivenciar um crescente aumento da violência urbana e do sentimento de insegurança face aos déficits de concretização de direitos fundamentais de saúde, educação, trabalho e previdência dignos (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, p.26-27) pelo Estado, vige o projeto constitucional de coexistência entre segurança social e manutenção das garantias individuais, sob a perspectiva de um Estado de Direito Democrático⁵.

Neste cenário há a necessidade de se formar um sistema de procedimento criminal visando assegurar e garantir proporcionalmente os anseios da sociedade e os interesses da liberdade individual, em prol de gerar segurança em todos os cidadãos, ao mesmo tempo em que “*inspira um terror saudável em todos os inimigos da ordem pública*”(BINDER, 2003, p.25)

A partir da Constituição da República de 1988 inicia o que entendemos por Estado de Direito Democrático. Desde então, imprescindível que o direito seja democrático, participativo, pluralista e aberto, conseqüentemente, houve uma enorme mudança na atividade de elaboração das leis, que, diante dessa exigência constitucional, ganha relevância. O Legislativo deve se

produto é, aqui, indissociável do processo de produção que sobre ele influi em termos de resultado. O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito. O processo, no âmbito jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial. Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional in (BRÊTAS CARVALHO DIAS, 2001, p. 69-70)

⁵ Dentro desse contexto e no fito de esclarecermos o tema, necessário transcrevermos os ensinamentos de André Del Negri, no que este define como “Breves anotações sobre a Teoria da Democracia”: “ Há ainda quem sustente que ‘democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo’. É uma retórica que nem chega perto da tensão que esta palavra carrega. Discursos como este, disfarçados de democracia, logo se transformaram na tragédia do Holocausto. O tema é muito mais tenso. A constituição Brasileira de 1988 trouxe a democracia de volta, se é que o Brasil um dia teve democracia estável e segura. Há alguns anos, entretanto, estamos sofrendo a falta de implementação das regras do Estado de Direito Democrático, por que a imensa maioria ainda não trabalha indexada a este marco teórico”. (DEL NEGRI, 2008, p.76-77)

reposicionar para que possa produzir um ordenamento jurídico de direito democrático. (DEL NEGRI, 2008, p.110).

O Processo Penal não pode ser definido simplesmente como um instrumento de combate à criminalidade, muito menos ser pensado apenas como um meio de garantias do indivíduo, mas sim ser desenvolvido em um ambiente amplo de proteção aos Direitos Fundamentais e romper com argumentações esporádicas que buscam alternadamente impor primazia ora ao interesse público, ora ao interesse privado. (MARQUES, 2009, p.172)

2.1 A instituição jurídica constitucional do processo como vínculo da legitimidade da Lei e a atual realidade do processo penal.

A Constituição, desde o preâmbulo e seu artigo primeiro, demonstra preocupação constante com instituir, garantir e preservar o Direito Democrático (MADEIRA, 2008, p. 35). Com essa premissa, colhe-se das lições Del Negri uma noção de caráter democrático da Lei, em um Estado de Direito Democrático:

O caráter democrático da lei, em um Estado de Direito Democrático, não consiste no simples ato de analisar se a lei foi produzida por um órgão competente e de acordo com o procedimento regular (validade), e muito menos pelo acatamento que a norma impõe (eficácia). Deve-se observar, acima de tudo, se a lei, na fonte de produção e de posterior concreção, está sendo elaborada e aplicada de forma legítima pela participação da soberania popular e se o procedimento preparatório para o provimento (lei) é capaz de assegurar a observância dos princípios democrático-constitucionais de contraditório, ampla defesa e isonomia. (DEL NEGRI, 2008, p. 11)

A legitimidade⁶ da lei está diretamente vinculada pela instituição jurídico-constitucional do processo, já que somente através deste é viável verificar se a produção e a aplicação da Lei ocorreram pelo devido Processo Constitucional e conseqüentemente se esta se deu de forma jurídico democrática.

⁶ Para melhor compreensão do significado da expressão legitimidade, imperioso a obra de Andréa Alves Almeida quando esta menciona o teorema do discurso do Direito Democrático, formula desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal e constantemente citada em suas aulas, através da qual este explicita o fato de que “validade(V) tende a legitimar-se pela testificação (T) legal continuada por hipóteses (H) conduzidas (argumentos) pela linguagem jurídica processual (LJP)” $V \rightarrow \text{LEG. TH}$ (ALMEIDA, 2005, p.97)

LJP

Ainda dentro desse contexto a interpretação jurídica contemporânea em busca de sua legitimidade “exige que o debate em contraditório resulte incorporado no pronunciamento jurisdicional”. (MARQUES, 2009, p.172)



O teor da norma é compatível com a ordem constitucional quando se averigua se os critérios de validade dela (norma jurídica) foram devidamente explicitados. (MACIEL, 2006, p.97)

Após a Constituição de 1988, não é dado ao legislador desconsiderar as modernas concepções de Estado, processo e procedimento, para editar leis antidemocráticas, em afronta a qualquer das garantias constitucionais integrantes desse paradigma⁷.

Descabem-lhe, também, privilegiar o exercício da função jurisdicional em critérios outros dissociados da constitucionalidade do processo, como se a jurisdição fosse o mero “*dizer o direito*” por algumas “*autoridades*” – os juízes (LEAL, 2009, p. 69).

Atualmente, há uma tendência, equivocada e precipitada, em desenvolver e valorizar para o cidadão políticas públicas de punição exacerbada das infrações penais e, conseqüentemente, a edição de leis infantis, fundadas, em última análise, na busca por justiça penalizadora (carcerizadora) a qualquer custo. Assim é que o Estado, sobretudo nos campos penal e processual penal, enfrenta “*profunda crise na sua capacidade de mediar o universal e o particular*” (CATTONI, 2009).

O processo penal enfrenta uma realidade extremamente complexa. De um lado observa-se o anseio da sociedade de apuração do fato e na reprovação de uma potencial infração penal. De outro, a eterna probabilidade da inocência e a preocupação com a liberdade e dignidade humana. (MARQUES, 2009, p.171)

Na contemporaneidade a democratização do processo penal não deve estar limitada, apenas em respaldar ao investigado as garantias constitucionais ou muito menos no combate à criminalidade, mas sim, na construção de um processo pautado, sobretudo, na argumentação jurídica participada e capaz de identificar no momento exato o direito fundamental do povo a ser tutelado. (MARQUES, 2009, p. 172)

2.2 A cidadania como fonte legitimadora do devido Processo Constitucional

O exercício da cidadania não está afeto ou relacionado apenas ao esporádico direito de votar ou da participação em eventos sociais na busca de se atingirem transformações ou

⁷ A palavra paradigma a partir das reflexões de Kuhn deve ser interpretada com zelo, pois já se tornou usual ser utilizada com um novo sentido além do seu sentido original. Face ao sobredito, partimos da compreensão de paradigma explicitada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias como “sistemas jurídico-normativos consistentes” (BRETAS DE CARVALHO DIAS, 2010, p.55-56)

mudanças na sociedade política. O voto é apenas um, dos vários pontos de apoio que o cidadão⁸ dispõe para o exercício da democracia⁹.

Muitos entendem que o eixo da democracia está no voto e faz ramificações do problema pela conexão democracia-voto-cidadania. A partir dessa conclusão, dizem que a aquisição da cidadania, na democracia, se dá mediante a retirada do título de eleitor. Não podemos pensar assim. Essas explicações foram malogradas, pois, ainda, se emboscam por trás da complexidade da Teoria da Democracia, que se exerce pelo cumprimento da Constituição, a qual é um projeto assegurado por lei para ser operacionalizado por todos (maiorias e minorias), pois, nas democracias, a maioria tem que se preocupar com as minorias, uma vez que a maioria não pode ser compreendida tão-somente pelo índice numérico. De conseguinte, o voto deve ser visto como uma parcela mínima da democracia, vez que o povo não se inclui no sistema somente pelos direitos políticos, mas pelo cumprimento de outros direitos fundamentais, que passam, obviamente, pelo exercício do Devido Processo Constitucional (reivindicação e fiscalização). (DEL NEGRI, 2008, p.76,77)

Um dos pontos fundantes do Estado de Direito Democrático está centrado no fato de que o conceito de cidadania não está perfeito e acabado e pode ser aperfeiçoado ou substituído por um melhor. (DEL NEGRI, 2009, p.77)

Com o advento da Constituição da República de 1988, referido conceito se prolonga à esfera social, motivo pelo qual imprescindível reverem-se os atributos da sociedade civil: cidadão, povo, Estado, decisão, jurisdição direitos fundamentais. Desde então, os cidadãos precisam participar das decisões políticas, não sendo mais necessário entregar “ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara”. (SILVA, 1996, p. 219)

A cidadania é “um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade a que se filiou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional”. (LEAL, 2002, p.151)

⁸ Por outro lado, a título de referência histórica e principalmente para demonstrarmos a primazia do cidadão no atual Estado de Direito Democrático cabe mencionar que Axel Honneth em “A superinstitucionalização da eticidade em Hegel” faz menção ao fato de que Hegel “considera o cidadão sobretudo no papel de súditos a serviço” (HONNETH, 2003, p. 93)

⁹ Brêtas escreveu que “a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo. Como povo, há de se entender a comunidade política do Estado composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político.” (BRÊTAS CARVALHO DIAS, 2010, p. 58-59)

Nesse contexto, destaca-se o fato de que “a cidadania, para sua efetivação plena demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia e dos princípios constitucionais do processo” (BARACHO, 1986, p. 9).

Enfatiza-se ainda que o povo¹⁰, para o Direito Democrático, não está adstrito a eleger um único representante nem carece, para o exercício do seu direito, de interlocutores, interpretes. Ao contrário, como “ente participativo e fiscalizador, aparece como centro gravitacional do pensar jurídico” (MADEIRA, 2008, p.28) são as pessoas que se “tornaram locutores autorizados e não há mais mestres” (WOLFF, 1996, p.81).

2.3 Do Devido Processo Legal como Proteção aos Direitos Fundamentais

No Estado de Direito Democrático tornou-se essencial reconhecer e resguardar ao povo os direitos fundamentais¹¹ conformadores da existência humana e necessários à concretização da dignidade, liberdade, igualdade, não discriminação, proteção a honra, intimidade e segurança assegurados pela Constituição e diretamente relacionados à existência da pessoa.

Leal ao analisar a teoria da democracia e o republicanismo diante da regência pelo Devido Processo expõe:

(...) Nas repúblicas a res é o direito de todos de fiscalidade abstrata e concreta do ordenamento jurídico pelo devido processo constitucional, não significando, como querem os comunitaristas, um governo jurisdicional pelas decisões ou votos majoritários populares, diretos ou indiretos, uma vez que a teoria da democracia só acolhe o republicanismo quando todos os integrantes da comunidade jurídica possam de, per si ou

¹⁰A expressão povo deve se interpretada segundo os ensinamentos de Friedrich Müller “ ‘Povo’ evidencia-se com um conceito não naturalista, a ser encontrado por via da ciência empírica. Não é ele também simples, mas complexo e artificial, uma interferência a partir de uma concepção e não a partir de um fato. Ele chega mesmo a ser um termo prescritivo, muitas vezes necessitado, empregado e gasto normativamente, nesse tríptico sentido do termo alemão “gebraucht”. Quando o termo “povo” aparece em textos de normas, sobretudo em documentos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), deve ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado *lege artis*” (MULLER, 2010, p. 67)

¹¹Buscando conceituar o que seriam normas de direitos fundamentais Robert Alexy, escreveu: “Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais”. O autor assim sintetizou o seu raciocínio: “ Uma resposta simples poderia ser: normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição”(ALEXY, 2006)

litisconsórcio, instaurar procedimentos (com regência Pelo Devido Processo) em todos os níveis da jurisdicionalidade, sem quaisquer ônus, ao controle como atividade reconstrutiva legitimamente dos direitos positivados no ordenamento jurídico de paradigma democrático. (LEAL, 2002, p.179)

Com o advento da Segunda Grande Guerra Mundial e, principalmente, diante das barbáries e atrocidades praticadas pelo homem contra a própria raça humana durante o mencionado conflito, inicia-se no mundo um movimento universal em defesa dos direitos humanos.¹²

As barbáries ocorridas e os horrores praticados principalmente pelos alemães em detrimento dos judeus nos campos de concentração estão eternizados pela história da humanidade e são bem retratados em diversas obras escritas e cinematográficas que se tornaram um marco indelével na história da humanidade.

O extermínio de aproximadamente seis milhões de judeus é apenas uma das gravíssimas conseqüências do conflito que ora se destaca. Com o final da Segunda Guerra (1939-1945) ocorreu à inclusão da proteção dos direitos humanos nos textos, tratados¹³ e Constituições¹⁴ mundiais nascidos após o término do conflito.

¹²Elucidando qual a correlação da expressão direitos fundamentais e direitos humanos imperioso transcrevermos Ronaldo Brêtas: “(...)a expressão direitos fundamentais despontou na França, por volta de 1770, em contexto cultura social e político que gerou a Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão, em 1789. Posteriormente, o termo direitos fundamentais recebeu consagração normativa expressa na Alemanha, quando elaborados os textos da Constituição de Weimar (1919) e da Lei fundamental de Bonn (1949), como era chamada a Constituição da República Federal da Alemanha. A literatura jurídica francesa também tem adotado a terminologia liberdades públicas, como forma vocabular de consagração jurídica dos direitos humanos, por influência de textos constitucionais franceses(artigo 25, da Constituição de 1852, e artigo 34, alínea 2, Da Constituição de 1958) Contudo, exame da doutrina constitucional contemporânea revela propensão em se chamar de direitos fundamentais os direitos humanos que tenham adquirido posituação no ordenamento jurídico-constitucional do Estado, atingindo, por conseguinte, grau maior de certeza e efetiva possibilidade de serem garantidos. Assim, direitos fundamentais do ser humano são direitos constitucionalizados sob técnica especial do reconhecimento e definição assentados nas Constituições dos Estados contemporâneos, não raro, sob influência dos pactos internacionais, formando uma categoria dogmática do moderno Direito Constitucional: (BRÊTAS CARVALHO DIAS, 2010, p.69)

¹³Gilmar Mendes, através de sua obra intitulada Jurisdição Constitucional, assim dispôs sobre a aprovação e aplicabilidade do tratado na legislação pátria “ Ao contrário do sistema adotado na Alemanha, O congresso Nacional aprova o tratado mediante a edição de decreto legislativo(CF, art. 49, I) ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. Tal como observado, o decreto legislativo contém a aprovação do Congresso nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República o ratifique em nome da República Federativa do Brasil. Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no território nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio do decreto do Chefe do Executivo, recebe aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória.” (MENDES, 2009, p.211)

¹⁴A primazia da Constituição como norma suprema é explicitada pelos ensinamentos de Baracho “A Constituição, como norma jurídica suprema, sua exigibilidade, obrigatoriedade e efetividade decorrem de seu efeito normativo.



A partir desse cenário, o atual constitucionalismo¹⁵ processual busca a realização concreta dos direitos fundamentais e sua efetivação pelo crescimento dos instrumentos difusores do processo constitucional.

Ademais, com os direitos fundamentais assegurados pelas Constituições, faz-se necessário a criação de mecanismos essenciais à efetiva proteção destes, tornando-os eficazes.

No que se refere o Direito Processual Penal a decisão deve sempre estar norteada no “horizonte dos direitos fundamentais”

Apoiando-se, na hermenêutica pós-positivista, pode-se dizer que o processo penal partirá sempre do caso concreto, devidamente problematizado, para encontrar, na imensidão do Direito, a resposta adequada para cada situação. O importante é que a decisão mire o horizonte dos direitos fundamentais. (MARQUES, 2009, p. 172)

A primazia do respeito dos direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional nas decisões jurisdicionais contribui para a consolidação da democracia:

Todo legitimado ao processo tem nos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos os mecanismos por meio dos quais pode contribuir com a implementação da democracia efetiva na produção de cada ato (decisão) estatal. O cidadão torna-se, assim, corresponsável pela concretização democrática dos direitos fundamentais. Quanto àqueles que exercem profissionalmente o Direito, tal responsabilidade é ainda mais evidente. (MONTEIRO DE BARROS, 2011, p.16)

Ainda assim, não se pode negar o fato de que o direito positivado pode falhar, contudo mencionada falibilidade não autoriza sejam desconsiderados ou desrespeitados os direitos fundamentais constitucionalizados, ou quiçá, em contra partida, permitir a outorga de poderes supremos a uma autoridade, o juiz¹⁶.

Destaca-se também o controle das omissões que afetam o caráter normativo da constituição, sendo que nem sempre a força normativa da Constituição se identifica com as normas operativas.” (BARACHO, 2008)

¹⁵“O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. (CANOTILHO, 2003, p.52)

¹⁶Aroldo Plínio Gonçalves demonstrou com maestria os motivos pelos quais devemos superar a idéia de aplicação da justiça adstrita apenas as qualidades de sabedoria do julgador, pois assim escreveu: “O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz, simbolizada pelo “Fenômeno Magnaud”. Esse critério é substituído por uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança, no processo, que estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmo predicados.”(GONÇALVES, 1992, p.45-46)

A relevância em tecer uma breve consideração sobre a figura do juiz existe, uma vez que o acusado não deve ser abandonado às convicções pessoais do julgador e ao que este entende por decisão justa.

Na atual realidade do Processo Penal muitos juristas ainda sonham com a utópica e fantasiosa busca de paz social, contudo, o julgador não deve estar adstrito à letra fria da Lei ou muito menos em demonstrar através de suas decisões um saber superior, inatingível.

O juiz vocacionado para o exercício do seu mister é aquele capaz de compreender as suas limitações como ser humano e tecnicamente preparado para interpretar o direito respaldado na legislação vigente, nos princípios e nas garantias norteadoras de um Estado de Direito Democrático.

O magistrado, julgador deve sempre ter como limite de suas decisões a devida fundamentação jurídica pautada pela busca da reprodução do fato através da prova produzida durante o Processo e da necessária argumentação das partes.

Quando se tenta construir a figura do juiz moderno, imune às armadilhas do sistema inquisitório, tenta-se, principalmente, resgatar a natureza humana do juiz, inclusive com a consciência de sua imperfeição. Definitivamente, chegou o momento de romper com o mito do juiz inquisidor e aceitar que o juiz humano não tem o poder divino de extrair a verdade do processo, pois este depende essencialmente da atividade humana, que se desenvolve na reconstrução do fato, na produção da prova, na argumentação e na interpretação do direito. Nesse aspecto, não é possível mais afastar-se da realidade. É preciso compreender que a atuação humana é sempre limitada, em razão de sua natureza imperfeita. (MARQUES, 2007, p.159-174)

A frágil idéia de justiça das decisões pautada no inatingível conhecimento do julgador é muito bem explicada por Leal nos seguintes termos:

A tomada de decisões, na atualidade do direito democrático, não mais comporta a aceitação de uma fenomenológica casualidade espaço-temporal e sintetizadora das angustiosas contradições do existir humano pelos corolários intersticiais e escatológicos dos mitos e das utopias que possam marcar *ad aeternum* e pendularmente o destino das sociedades políticas. A idéia de justiça das decisões substantivadas em saberes, poderes e autoridade, com escopos metajurídicos, por interpretações solipsistas extraídas das bases axiológicas da sociedade, deriva dessa MÍTICA sociologista avassaladora da aprendizagem democrática e impeditiva da inclusão de todos no espaço discursivo da problematização dos conteúdos jurídicos da estabilidade pelo devido processo constitucional. (LEAL, 2002, p.157)

O considerado juiz moderno se norteia no processo e no amparo das garantias por ele asseguradas na sua incessante luta da superação da dúvida em prol de se buscar a certeza



necessária para uma condenação, uma vez que injustificável a busca da verdade a qualquer custo. (SUANNES, 199, p.131)

A solução mais adequada às limitações humanas é a absolvição do imputado. *In dubio pro reo* é como se expressa essa humanização do processo. Não mais a procura da verdade a qualquer preço, mas a superação da dúvida, a ser promovida pela observância de regras éticas de comportamento não apenas por parte do acusador, mas, mui especialmente, por parte do encarregado pelo Estado de julgar o acusado. (SUANNES, 199, p.131)

Atualmente, a sociedade brasileira impelida pelos antecedentes de injustiça social norteadores da história do nosso país desde a sua colonização até a sua recente democratização, tem através do senso comum, dos formadores de opinião e principalmente da imprensa, equivocadamente, clamado por justiça a qualquer custo.

O julgamento pelo Supremo tribunal Federal da Ação Penal n. 470 – caso “mensalão”¹⁷ - demonstra o culto por parte da imprensa que se apresenta como “empresária da moralidade” da figura do super-juiz, justiceiro como se esse fosse o paladino da justiça.

Julgar cidadãos em uma sociedade democrática – sejam eles, brancos, negros, pobres ou banqueiros – e avaliar provas não tem nada de político ou espetacular. Espera-se de um julgamento e das decisões nele proferidas que estas sejam serenas, conscientes e justas. Leia-se: provimentos jurisdicionais subordinados as garantias constitucionais, processuais e penais do indivíduo. (COLEN, 2012, p.20)

A interpretação do Direito pelo exercício da função jurisdicional passa pela compreensão por parte do magistrado da tutela dos direitos fundamentais. A norma e o texto legal que a compreende “não é um ente autopoiético que se compreende por si mesmo”. (MADEIRA, 2008, p.41)

Entretanto, referida normatização, se analisada isoladamente, pode conter falhas ou até mesmo obnubilar formas veladas de poder de um ditador ou ainda servirem como um instrumento de “dominação legítima”.¹⁸

¹⁷“O neologismo ‘mensalão’ foi utilizado pela primeira vez pelo então deputado federal Roberto Jefferson em referência ao suposto pagamento pelos dirigentes do PT de uma “mesada” de R\$30 mil para que parlamentares da base aliada votassem de acordo com os interesses do governo federal. Imediatamente, o escândalo se alastrou e atraiu para dentro dele diversos políticos, banqueiros, empresários, os quais tradicionalmente, no Brasil, ficavam fora da zona de alcance das ações de natureza penal e das duras consequências do Direito Penal: a pena de prisão”. (COLEN, 2012, p.20).

No Estado de Direito Democrático a interpretação deve ocorrer de forma compartilhada, (LEAL, 200, p. 121) uma vez que a legitimação das decisões judiciais passa pela participação simétrica e por considerar o que foi argumentado pelas partes.¹⁹

2.4 As garantias constitucionais no pleno exercício dos Direitos Fundamentais

As garantias constitucionais devem ser compreendidas como as garantias processuais estabelecidas pela Constituição e que asseguram o pleno exercício dos referidos direitos fundamentais. A concreta proteção dos direitos fundamentais ocorre em sede jurisdicional pelos mecanismos de realização jurisdicional nos quais destacamos o direito de ação e de defesa judicial, bem como, também, os remédios constitucionais. (BARACHO, 2008, p.47)

O Processo Constitucional se consolida como uma das garantias fundamentais e se mostra interligado à Jurisdição Constitucional, uma vez que ambos os institutos (processo e jurisdição) possuem um vínculo e são figuras umbilicalmente constitucionalizadas.

Assim, a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e leis infraconstitucionais há um “*bloco compacto*”²⁰ de direitos para salvaguardar as pessoas e suas liberdades contra quaisquer atos de abusos de poder. Segundo ensina Eduardo Cambi que se fundamentou em Perez Lunõ :

No atual estágio de desenvolvimento jurídico, os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação do poder público. Definem uma cultura jurídica e política, limitando o poder do Estado. Por isto, o moderno Estado de Direito democrático e constitucional deve ser denominado de Estado de Direitos Fundamentais. O Estado de Direito é uma categoria interdependente dos direitos fundamentais, porque somente são soberanas as leis que constituam manifestação externa das exigências da racionalidade e de liberdade, não da vontade arbitrária daqueles que detêm o poder. (CAMBI, 2009, p.24)

¹⁸Max Weber através de um brilhante artigo denominado “Três tipos puros de dominação legítima”, explicita e esclarece o que define como formas de denominação, quais sejam: legal, carismática e tradicional. (WEBBER, 2001, p. 128-141)

¹⁹Leonardo Augusto Marinho Marques elucida ainda que a decisão jurisdicional deve ser soberana, mas democrática e para isso, deve ser resultante da análise do que foi exposto em contraditório pelas partes: “É essencialmente importante que o provimento jurisdicional se referencie na argumentação das partes. Em detrimento de um decisão soberana e unilateral, propõe-se a construção de uma decisão igualmente soberana, mas democrática, porque resultante da análise dos pontos de vistas contrários. (MARQUES, 2009, p.178)

²⁰Expressão utilizada por Brêtas ao fazer referência ao reconhecimento dos direitos fundamentais em textos constitucionais e infraconstitucionais de forma consolidada, bem delimitada, definida e compacta. In: (BRÊTAS CARVALHO DIAS, 2010, p. 70)

Nesse contexto o processo jamais deve ser visto como um simples instrumento de resolução de conflitos, mas sim como uma garantia de “fruição de direitos fundamentais líquidos, certos e imediatamente exigíveis, e de criação, reconstrução, manutenção, aplicação ou extinção normativas de direitos”. (LEAL, Modelos Processuais e Constituição Democrática, 2012, p.73-86)

O devido processo²¹ busca explicitar e assegurar garantias constitucionais às partes e deve ser também, o maestro no exercício da função jurisdicional do Estado de Direito Democrático e sua regência ser pautada pelo respeito da legalidade, a observância da principiologia processual e o respeito às diferenças teóricas..

Assim, os princípios institutivos do Devido Processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) são primordiais para legitimá-lo, motivo pelo qual adotamos nesta dissertação a Teoria Neoinstitucionalista²² para a qual o processo é uma instituição jurídica, detentora de princípios afins que alicerçam, formam, instituem e abrigam o instituto do devido processo.

A cognição jurisdicional não pode sofrer nenhuma restrição quanto aos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) a não ser que se queira obter somente um rito, uma forma, uma ilusória aparência de processo. Portanto, caso o

²¹Adotamos a expressão “Devido Processo” para explicitar tanto os modelos procedimentais como as garantias constitucionais, pois a partir do Processo Constitucional, inerente a definição e ao conceito de Processo, vinculá-lo as garantias constitucionais, motivo pelo qual não fazemos a diferenciação entre o devido processo constitucional (principiologia constitucional e direitos fundamentais) e devido processo legal (modelos procedimentais traçados previamente pela lei). (LEAL, 2009, p.63)

²²Teoria elaborada pelo processualista, pesquisador e epistemólogo do direito, o mineiro prof. Rosemiro Pereira Leal. Cabe esclarecer que o vocábulo instituição nesta teoria não tem o mesmo significado daquele da teoria de Guasp, já que a instituição não é utilizada como sendo o bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Assim, necessário trazer a lume os esclarecimentos de Rosemiro sobre a palavra instituição: “conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais(devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.” (LEAL, 2009, p.86) Segundo a teoria Neo-institucionalista, a sua base legitimadora é um direito democrático legitimado na soberania popular, cidadania (fundamento de uma democracia). A jurisdição não é mais atividade do juiz, mas sim uma atividade construída pelas partes tendo como referência os conteúdos da Lei. O juiz está submetido às normas constitucionais e é um funcionário do povo. Segundo ensina o professor Rosemiro o processo não se limita a um mero Procedimento realizado em contraditório, pois - o contraditório - é um direito garantia constitucionalizado, um princípio regente do procedimento . A referida teoria vai além dos estudos de Fazzalari, pois “a base legitimante da teoria neo-institucionalista são os princípios constitucionais na construção, reconstrução e fiscalização do Direito. De consequente, mesmo que a legislação não estabeleça a obrigatoriedade da instauração do contraditório no Procedimento, há necessidade de aplicação imediata desse princípio regente do Direito Democrático” . Sendo assim, para a Teoria Neo-institucionalista o processo é uma Instituição Constitucional que rege o procedimento e portadora de garantias fundamentais (contraditório, ampla defesa e isonomia), já que segundo esta teoria devemos praticar a democracia pelo processo sendo este o regente dos direitos fundamentais.

juiz (ou qualquer outro agente governativo) suplante ou reduza um dos princípios institutivos do processo quando da atividade cognitiva estará cometendo ilegalidade que culminará na anulação do provimento exarado, haja vista que ilegítimo e inconstitucional. Não é correto afirmar que os direitos fundamentais e os princípios institutivos do processo possam ser afastados ou suprimidos em prol do interesse público, pois, além de ser impossível a delimitação do que venha a ser interesse público, alguns princípios, como os institutivos (ampla defesa, contraditório e isonomia) são absolutamente inafastáveis. (MADEIRA, 2008, p.129-130)

Ao se assegurar a “ampla defesa” como um direito fundamental, importante seja assegurado, também, o direito de fala das minorias no mesmo local, “espaço-tempo procedimental processualizado das maiorias e vice-versa”, pois assim a democracia no sentido pós-moderno passa a existir o que conseqüentemente irá propiciar com que cada ser possa se enxergar e passar a ser capaz constitucionalmente de poder apontar aporias nos discursos normatizados. (LEAL, 2006, p.675).

A minoria de hoje para se tornar maioria de amanhã tem que ter a possibilidade de apontar falhas e suscitar dúvidas, bem como de questionar a realidade presente.

Os Direitos Fundamentais possuem um caráter normativo e vinculante no sistema, sendo que são auto-executivos (líquidos) e infungíveis (certos), não importando a forma em que se apresentam, seja como regras, princípios ou institutos jurídicos. (LEAL, 2003, p. 342-343)

Um direito à vida sem a possibilidade do exercício lingüístico do instituto do contraditório conceberia essa vida em um plano vegetativo. Da mesma forma que não há como falar em Direito à dignidade sem o exercício da ampla defesa, e Direito à igualdade-liberdade sem invocarmos a isonomia. O direito à vida, dignidade e igualdade-liberdade deve ser abordado através das características do seu direito construtor. (LEAL, 2006, p.672)

Direitos fundamentais de liberdade, vida e dignidade, como direitos humanos por uma garantia que não seja a de um direito prévio constitucionalizado ao exercício irrestrito e incessante de compreensibilidade e da atuação de pressupostos lingüísticos (devido processo) que criassem, recriassem e testificassem tais direitos fundamentais (processo jurídico-procedimental), consolida-se um esquecimento mitologizado das rotas de formação dos saberes e direitos ao longo da interação humana. (LEAL, 2006, p. 675)

Adotamos a Teoria Neoinstitucionalista do processo como marco teórico por ser essa a que melhor assegura o exercício popular prescrito na Constituição e a que possibilita a “auto inclusão” (LEAL, 2002, p.172) dos destinatários da norma, garantindo o pleno exercício dos direitos fundamentais.



Contudo, referida Teoria como todo conhecimento humano não é insuperável ou muito menos insuscetível de críticas²³, mas apenas o porto seguro através do qual ancoramos o nosso conhecimento e o referencial para o nosso marco teórico.

²³ No intuito de demonstrar que o conhecimento humano não é infalível e deve ser submetido a crítica avaliativa cabe citarmos Popper quando este diz “Deveríamos abandonar a idéia de fontes supremas do saber e admitir que todo conhecimento humano é humano e está mesclado com nossos erros, preconceitos, sonhos e esperanças; que só podemos tatear em busca da verdade, mesmo que ela esteja fora do nosso alcance. Muitas vezes, nosso esforço é inspirado, mas devemos nos precaver contra a crença, que experimentamos profundamente, em que nossa inspiração tem alguma autoridade, seja divina ou de outra natureza. Em todo o campo dos nossos conhecimentos, por mais que tenham penetrado no desconhecido, não existe autoridade fora do alcance da crítica. Se admitirmos isso, poderemos conservar sem perigo a idéia de que a verdade está além da autoridade humana. Devemos conservá-la. Sem essa idéia não pode haver padrões objetivos de investigação, nem críticas a nossas conjecturas, nem o tatear em busca do desconhecido, nem a procura do conhecimento”. (POPPER, 2010, 55-59)



3 DA PRIMAZIA DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO COMO REFERENTE JURÍDICO INSTITUCIONAL

Atualmente, o Direito atinge a sua função “estabilizar expectativas de comportamento” e o seu objetivo de preservar e garantir um processo democrático através de uma compreensão por parte dos cidadãos do respeito de normas de convivência e acerca do justo para todos e do que seja ideal enquanto comunidade. O Direito democraticamente justificado substitui o espaço ocupado pelas crenças divinas e passa a ser o meio através do qual os cidadãos devam se reconhecer como titulares de direitos fundamentais. (CATTONI, 2002, p.51-52).

Tendo como paradigma o Estado Democrático de Direito a constituição da República no Brasil através do seu artigo 1º prescreve que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e como fundamentos*”.

Todavia, apesar de nossa Constituição ter como referência o Estado Democrático de Direito, nesta dissertação, adotaremos a referida expressão de forma invertida, qual seja: Estado de Direito Democrático. Para tal inversão fundamos no fato de que o Estado, ainda que despótico será um Estado de Direito²⁴. Ademais, todo e qualquer Estado Democrático, logicamente será de Direito. A rigor apesar de se respeitar opiniões diversas, entendemos que a expressão Estado Democrático de Direito é um pleonasma. (DEL NEGRI, 2009, p.72-73) O Direito, pela sua principiologia processualizada – contraditório, ampla defesa e isonomia – cria o Estado e constitui a sociedade democrática (comunidade política) (LEAL, 2009)

Por outro lado a Democracia, precisamente a expressão - Democrático - passa a ser uma característica do direito que rege o Estado, já que o mencionado Estado, em um momento pretérito, pode se superado por um procedimento evolutivo atravessando formas de um Estado Liberal, ou até mesmo Social.

Nesse sentido, “quando falamos na contemporaneidade, em Estado, queremos saber se esse Estado é regido por um Direito social, liberal ou por um Direito democrático, pois, de maneira indubitável, há uma acentuada diferença” (DEL NEGRI, 2009, p.73).

²⁴“Em um Estado de direito, é o Direito que limita o poder para preservar a dignidade de todas as pessoas. Só assim o Estado de Direito passa a ser a ordem dos homens livres e igualmente dignos e se diferencia das regras que ordenam as atividades dos escravos. As normas podem ser tanto instrumentos de domínio como de liberdade”. (BINDER, 2003, p. 10)



3.1 O Estado de Direito Liberal

O Estado Liberal, objetivamente, evocava três pilares fundamentais: igualdade, liberdade e propriedade. A partir e em torno de um novo termo, indivíduo, havia o que pode ser definido como liberdade.

Trata-se de uma sociedade em que existe liberdade para cada um através do seu livre arbítrio. Nessa época, o Estado se limitava a cumprir suas funções essenciais, já que imprescindível garantir os direitos conquistados pela burguesia, principalmente sua liberdade.

Nesse cenário, a Constituição almejava uma separação entre aqueles “indivíduos” que livremente defendiam os seus interesses e o próprio Estado que estava focado no bem comum. (BAHIA, 2004, p.304)

Há a proteção da propriedade e principalmente a Liberdade econômica, identificada pela inexistência da interferência do Estado na Economia.

Os liberais criaram uma forma de interpretar as leis, através da qual o juiz estava estritamente limitado ao texto legal. Nesse contexto, a interpretação se restringia em elucidar tópicos nos quais a lei não fosse clara. Uma vez que a legislação codificada à época, auxiliada pelo que pode ser denominado de razão “absoluta,” positivou o Direito Natural “Racional”, não se cogitava a possibilidade do aplicador do direito não encontrar na Lei a regra ideal para solucionar o caso (via subsunção)²⁵. Ocorreria, no máximo, algum ponto obscuro, para cuja compreensão seriam necessários os esclarecimentos dos “comentadores”. (CARVALHO NETTO, 2000, p.479)

O Estado Liberal parte do pressuposto de que a Constituição (...) é concebida como um mecanismo ou instrumento de governo, capaz de regular o embate entre os vários atores políticos que concorrem entre si, e que a Democracia nada mais é do que o processo de eleição e o exercício de um governo legitimado pela maioria. (OLIVEIRA, 2000, p.41)

Nesse período os juízes deveriam aplicar as leis literalmente, como diziam os liberais, o julgador era apenas a boca da lei. Essa mordaza imposta aos juízes se justificava pelo fato de ainda se desconfiar da possibilidade de juízes terem uma herança vinculada com ideais absolutistas.

²⁵ O ato de subsumir segundo a doutrina de Kant, considera um indivíduo como compreendido numa espécie, um fato como sendo a aplicação de uma Lei, uma idéia como dependente de uma idéia geral.



O liberalismo, através do seu positivismo jurídico de origem iluminista, buscava “a criação de um Estado neutro quanto a valores”. (SILVA, 1996, p. 193)

Contudo referido Estado entra em colapso a partir do final do Século XIX através da enorme exploração que provocava do trabalho humano sem precedentes na história, o que gera um oceano de desigualdades e uma população de miseráveis. Sindicatos buscavam reconhecer condições mínimas de trabalho, no mesmo momento em que o trabalhador rural era forçado a sair do seu meio para buscar melhores condições nas cidades que se iniciavam sem qualquer infraestrutura.

Diante dessa conjuntura os Estados Liberais começam a ceder e cresce a noção de que não bastava elencar direitos para garantir liberdade, igualdade e o acesso à propriedade, imperioso, a materialização dos mencionados direitos em “declarações” ordenamentos devidamente estruturados. Não basta dizer-se igual, imprescindível reconhecer as desigualdades e proteger o mais fraco.

3.2 O Estado de Direito Social

O advento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) é um marco para discernir o Estado Liberal do Estado Social, já que a partir dela surge um Estado paternalista, focado no bem-estar social e que repudia as premissas do capitalismo.

Referido Estado é intervencionista e centrado no desenvolvimento social seja ele relacionado à família, à saúde ou à educação.

O interesse público passa a preponderar sobre o individual.

Todavia, com o fortalecimento do Estado a interferência na liberdade dos cidadãos ganha relevância, uma vez que o direito de ir e vir, ainda que de forma incipiente, começa a ser comprometido.

Contudo essa realidade proporcionada pelo Estado de Direito Social se limitou a época, principalmente, a alguns poucos países da Europa, sendo que nesse mesmo período no Brasil, mesmo com o advento da Constituição de 1934 se enfrentava um enorme déficit de serviços públicos essenciais como é o caso da educação e da saúde. Ainda assim, se buscou assegurar alguns direitos sociais principalmente àqueles afetos aos Direitos Trabalhistas como foi o caso com a criação da jornada mínima de trabalho.



Cattoni escreveu sobre o Estado Social:

O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se afirma após a Segunda, intervém na economia, através de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo através de uma proposta de bem estar (*Welfare State*) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim com a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. Tal ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos de vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada “materialização” do Direito. O cidadão-proprietário do estado Liberal passa a ser encarado como o cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços. (CATTONI, 2002, p.59)

No que se refere ao Poder judiciário caberia o exercício da função jurisdicional aplicando o Direito material vigente aos casos concretos. Cabia ao magistrado no exercício de sua função jurisdicional garantir sob o princípio da igualdade a “Justiça no caso concreto”²⁶. Sob esse paradigma o juiz passa a ser o guardião do direito²⁷ e o poder judiciário, alçado a um papel de destaque. Madeira completa: “Se o Estado liberal se encarregou de mitificar a lei, O Estado social mitificou o julgador”. (MADEIRA, 2008, p.95)

Ainda hoje, mesmo com a alteração constitucional de paradigma, grande parte dos juristas e legisladores ainda é influenciada pelo Estado do bem-estar social, daí por que se comumente encontrar, que seja em livros, que seja em leis infraconstitucionais, nacionais ou estrangeiros, expressões do tipo “julgamento por equidade”, “interesse público”, “bem comum”, entre outras.

Sendo assim, o Estado passa a interferir na sociedade e diretamente na vida do cidadão, ainda que para isso seja necessário o aumento na arrecadação de impostos, na tentativa de se buscar um maior “bem estar”. Tal cenário faz com que seja necessária a criação de meios para contê-lo, pois, caso contrário, haveria um retorno ao Estado despótico.

A solução é desconsiderar a “velha pergunta de Platão, Hegel e Marx: quem serão os governantes? Por uma mais real: Como poderemos domá-los?” (POPPER, 1987, t.2, p.140)

Nas décadas de 1970 e 1980 como forma de superar um discurso jurídico autoritário, inicia-se um movimento constitucionalista visando assegurar o direito das minorias e o respeito

²⁶ Aprofundando sobre o tema, Judiciário no Estado Social, recomenda-se a leitura de (CAPPELLETTI, 1993)

²⁷ Corroboramos o entendimento de Rosemiro Pereira Leal ao defender que o provimento jurisdicional do Estado, pautado pelo devido processo constitucional, não se faz por critérios do saber judicial do decisor, mas é construído pelos argumentos jurídico-procedimentais dos legitimados ao processo (LEAL, 2002, p.44) nesse sentido, adequado os dizeres de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira quando diz: “não é necessário ser Hércules (Dworkin), para se cumprir a tarefa jurisdicional”(CATTONI, 2001, p.154)

às diferenças, momento em que consolida o que pode ser definido como Estado Democrático de Direito.

3.3 Estado de Direito Democrático

A democracia deve ser analisada como uma fonte de legitimação do poder, cuja origem está centrada no povo, motivo pelo qual nos Estados Democráticos há uma superação dos modelos anteriores, pois nele está assegurado que todo o poder emana do povo (parágrafo único, art. 1º da CRFB).

O Estado de Direito Democrático se mostra imprescindível no atual momento histórico, uma vez que estabelece que o exercício do poder pelo Estado²⁸ se deve emanar a partir do povo, considerando-se assim poder de Direito. O Estado Democrático se estrutura na legitimação do exercício desse poder pelo Estado, consolidado na soberania e na vontade do povo que o faz através de uma participação marcante na solução dos problemas por via das formas estabelecidas pela Constituição Federal, por meio do Processo Constitucional e do devido processo legal. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2010, p.60-64)

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos. (MENDES, MÁRTIRES COELHO E GONET BRANCO, 2008, p.149)

²⁸Importante salientarmos que o exercício do poder, principalmente no que pode ser definido como sociedades capitalistas, não se limita ao poder pelo Estado, existem outros meios e formas de poder que são exercidas paralelamente na sociedade, nesse sentido utilizamos dos ensinamentos de FOUCAULT: “o poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer a sua ação” (FOUCAULT, 2004, p. 183)



Com o advento da democracia jurídica não há mais o mito²⁹ da Lei - Estado Liberal - e o mencionado mito da autoridade – Estado Social. O novo marco teórico do Estado repudia decisões arbitrárias; em síntese, extingue-se a idéia da lei infalível e a do julgador poderoso e sábio.

Na sociedade atual, a compreensão unitária do Juiz sobre um determinado caso deve ceder lugar a uma visão compartilhada, plural, e abrangente que se aproxima bem mais da intrincada realidade. Exatamente por esse motivo, é que a contribuição das partes é indispensável. (MARQUES, 2009, p.178)

A partir desse momento se busca que os cidadãos possam participar das decisões. A Lei deve ser interpretada de forma compartilhada, sendo que referida interpretação não se apóia no bem-estar social, mas sim na regência dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. O julgador continua a desempenhar um papel crucial na formação do provimento, mas não mais importante que o papel das partes. A interpretação da lei é compartilhada entre os destinatários do provimento.³⁰ “O provimento é fruto de um debate amplo, ocorrido entre as partes, sendo que o decididor deve julgar com as partes, e não apesar delas (MADEIRA, 2008, p 97)

No Brasil o Estado Democrático de Direito é consolidado com a Constituição de 1988. Todavia, mesmo com o seu advento sancionam-se leis ordinárias – é o caso da Lei da Prisão temporária, 7960-89 comprometida com um direito despótico.

Com o advento do direito democrático, o eixo epistemológico do processo é deslocado para os direitos fundamentais, alicerce do Estado de Direito Democrático (LEAL, 2009).

²⁹Fábula que relata a história dos deuses, semideuses e heróis da Antiguidade pagã. Interpretação primitiva e ingênua do mundo e sua origem. Tradição que sob a forma alegórica, deixa entrever um fato natural, histórico ou filosófico. Exposição simbólica de um fato. Enigma. Utopia. Pessoa ou coisa incompreensível. In: (Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 1977, p.1153)

³⁰Aroldo Plínio Gonçalves ensina: “O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgão no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. No exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional o Estado pratica vários atos que não se revestem de imperatividade e que são necessários na dinâmica de sua atuação. Mas quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente, deve ser precedido de atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico. Em razão de seu caráter imperativo, o provimento se distingue de todos os demais atos (sejam atos dos órgãos da administração, dos órgãos legislativos e dos órgãos judiciários), Pois no Estado de Direito o poder se exerce nos limites da lei e o Estado cumpre suas funções dentro do quadro legal que disciplina suas atividades. A atividade preparatória do provimento é o procedimento que, normalmente, chega-se a seu termo final com a edição do ato por ele preparado, por isso, esse mesmo ato de caráter imperativo geralmente é a conclusão do procedimento, o seu ato final” (GONÇALVES, 1992, p.102,103).

Como dito anteriormente, na contemporaneidade é mais do que necessária a aproximação entre o Direito Constitucional e o Processo, para a implementação efetiva da democracia.

Sendo assim, fulcrado no constitucionalismo democrático “não há espaço par a retórica da primazia do interesse público sobre o interesse individual. Portanto, como regra o documento escrito, produzido exclusivamente pelo Estado, jamais pode fundamentar a sentença.” (MARQUES, 2009, p. 176)

3.4 Da influência da biopolítica como fator desencadeador do desenvolvimento das políticas públicas de punição no atual Estado de Direito Democrático.

Ao longo da história da humanidade a proteção à população está relacionada à idéia de riqueza, bem como às práticas governamentais, que se utilizam do saber biopolítico para proteger a circulação de bens.

Segundo Foucault, a população é um personagem novo que nunca havia sido percebido e que tem a sua entrada triunfal no século XVIII. Sobre o nascimento da população assim escreveu “*que nunca havia existido que não havia sido percebido, reconhecido, de certo modo, recortado até então. Esse novo personagem faz uma entrada notável, e logo notada, aliás, no século XVIII – a população*” (FOUCAULT, 2008, p. 87-88).

Porém, o surgimento da população não teria qualquer sentido sem mencionarmos, antes a ‘*razão de estado*’, pois, para o citado filósofo francês, é ela que dava ao soberano o direito de matar, mas para fazer viver.

Nesse cenário, nasce a biopolítica, pois, apresenta-se em um ambiente em que se torna necessário a preservação da população, já que ela assegura as riquezas do Estado, bem como faz surgir à força produtiva e a de consumo.

Tendo como marco inicial o século XVIII, há uma biopolítica da população centrada em interferências políticas a partir de várias intervenções e regulações diretamente no controle da vida das pessoas e, também, como consequência direta, em políticas que asseguram uma maior longevidade e protegem a circulação de bens. Porém, preocupada ainda com a proteção do mercado, “*a arte de governar é regulada pela razão do próprio governo: cuidar para que o mercado funcione*”. (GONTIJO, ARCELO, 2009, p. 5894)



Atualmente, há um novo mercado através do qual a própria função da norma pode ser questionada, bem como a imutabilidade dos Direitos Fundamentais, já que tudo passa a ser negociável, até mesmo no campo do Direito Processual Penal e do Direito Penal: “penas negociadas, liberdade tarifada, mitigação da obrigatoriedade da ação penal etc.”. (ROSA, CARVALHO, 2010, p.13)

Na última quadra do Século passado, diante do dito “progresso do neoliberalismo”, em nome do pode-tudo-que-quiser-em-nome-da-liberdade operou-se um declínio deste lugar de Referência, a saber, a “norma” deixou de ter a função de limitar a satisfação, entregue a um mercado vazio e iluminado de satisfações, em que tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria Direitos Fundamentais é extinta – se verá – e tudo passa a ser direito de propriedade, negociado no “Grande Mercado Globalizado”, inclusive no campo do Direito e Processo Penal.

Apesar do exposto, a biopolítica não se limita a uma política que estabelece entre vida e morte, já que em grande parte dos países considerados emergentes ela possui também outra conotação: é uma política que faz:

Mortos vivos, pela negação de sua cidadania, uma população que tem seus direitos fundamentais preteridos em função dos direitos liberais. O governo nestes casos não está preocupado com a tutela jurisdicional da população, mas sim, com a sua produção econômica. (GONTIJO, ARCELO 2009, p. 5895)

Nestes países, a biopolítica³¹ pode ser definida, também, pela capacidade que o estado possui de não propiciar ao cidadão comum as mínimas condições humanas para que possa crescer, desenvolver e se estruturar em sociedade (educação, saúde, moradia), mas que, ao mesmo tempo, tem o poder de unilateralmente relegá-lo ao esquecimento e isolá-lo do convívio social caso ele tenha, ainda que de forma incipiente, indícios simples da probabilidade de pôr em

³¹Lucas Gontijo e Adalberto Arceolo ao analisarem a biopolítica em países em crescimento escreveram: “A biopolítica nos países denominados em desenvolvimento constitui a política de invisibilidade daqueles que se desqualificaram na condição de cidadãos pelo simples fato de serem potencialmente capazes de pôr em risco a estabilidade da sociedade civil. São invisíveis como titulares de direitos fundamentais, mas são evidentes como infratores ou potenciais infratores e novamente invisíveis se deixarem de ser ameaça ao patrimônio, uma vez presos. O narcotraficante, o assaltante e, de maneira generalizada, o morador dos bolsões de pobreza (favelas) são estereotipados como reais “homens sacros” constituem, pois, o que Agamben chama de vida ‘matável’. Cabe desta sorte, ao poder de polícia estabelecer as técnicas preventivas de segurança, verdadeiras tanato-políticas. Por trás da tanato-política policial encontram-se o que Foucault havia se preocupado em determinar as tecnologias de subjetivação na qualidade de discursos que legítima tais práticas. São exatamente as economias políticas que sob o manto de ciências produzem normalizações, como, por exemplo, a economia carcerária. A noção de que o preso custa caro à sociedade civil contribuinte de impostos justifica tacitamente o extermínio. Ou seja, o delinquentes é um duplo inimigo público, porque quando não mais é uma ameaça à segurança da sociedade detentora de bens, é uma despesa.” In: (GONTIJO, ARCELO, 2009,p.5895, 5896)



risco a sociedade civil e conseqüentemente comprometer toda a cadeia de produção e consumo estabelecida via mercado capitalista.

Para o Estado, estas pessoas são colocadas à margem da sociedade desde o momento em que podem ser rotuladas como infratores. A partir deste estigma, cidadãos são tolhidos da liberdade e se tornam invisíveis ao sistema e, conseqüentemente, deixam de ser um risco aos patrimonializados (LEAL, 2005, Processo Civil e Sociedade Civil).

Segundo critérios biopolíticos, crescente a idéia de que o preso é caro para a sociedade, e que sendo assim, justifica implicitamente o seu extermínio. “*o delinquente é um duplo inimigo público, porque quando não mais é uma ameaça á segurança da sociedade detentora de bens, é uma despesa*” (GONTIJO, ARCELO 2009, p. 5896). No mesmo sentido dispõe FOUCAULT (2005, p. 130) “*São mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros*”. ROSA sustenta:

(...) Há muita gente no mundo que não consome cujos custos de manutenção são altos. Como não se os pode matar diretamente, porque seria complicado assim se defender, exclui-se o suficiente para que as doenças, o cárcere e ausência de comida os matem. O discurso Neoliberal não pode dizer sua pretensão latente diretamente. Deve escamotear, sempre, via discurso manifesto e humanitário. Por isto uma adubação ideológico-midiática anestesiante da crítica, assimilada pelo buraco negro do Mercado e seu direito reflexivo.” (ROSA, 2010, p.14)

Por outro lado, tendo como referencial o Estado de Direito Democrático tornou-se essencial reconhecer e resguardar ao povo os direitos fundamentais inerentes à existência humana e necessários à concretização da dignidade, liberdade, igualdade, não discriminação, proteção à honra, intimidade e segurança, assegurados pela Constituição e diretamente relacionados à existência do ser.

Inadmissível em um Estado de Direito Democrático a vigência e aplicação da lei da prisão temporária nos moldes atuais.

Jamais se pode olvidar que após a Constituição de 1988 há direitos fundamentais dos cidadãos a serem respeitados. Em pleno século XXI, inapropriado a lei 7.960-89 ainda se fundar em critérios biopolíticos para desqualificar cidadãos do povo e impor a estes como punição o cárcere. Referida vilanização do ser humano ocorre fundada na simples presunção de este temporariamente pôr em risco a estabilidade da sociedade civil (LEAL, 2005).



In casu, o referido risco social está pautado simplesmente na subjetividade das expressões “*imprescindibilidade das investigações*” e “*indícios de participação do investigado em crimes elencados pelo legislador*”.

A presença da Biopolítica como fator influenciador da Lei que instituiu a prisão temporária pode ser confirmada, também, com o fato de que o legislador fez questão de inserir de forma expressa como uma das possibilidades da temporária os crimes contra o sistema financeiro, ou seja, contra as Leis do mercado.



4 A PRISÃO TEMPORÁRIA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.

4.1 A prisão temporária como nova espécie do gênero prisão cautelar.

A prisão temporária é uma coação estatal, prevista em Lei 7960/89. Analisá-la sob o simples fato da sua previsibilidade em nossa legislação é o que podemos definir como garantia básica da *nulla coactio sine lege*, princípio esse que se fundamenta na necessidade de que toda coação seja necessariamente revestida de um caráter de legalidade no atual Estado de Direito Democrático.

Nesse sentido, caba trazermos a baila os ensinamentos de Brandão sobre o princípio da Legalidade:

Se for através da legalidade que se limita a intervenção penal, é porque ela tem a função de garantir o indivíduo do próprio Direito Penal (e processual), delimitando o âmbito de atuação do Estado na inflição de pena. Neste espeque, podemos fazer a ilação de que é a Legalidade que torna o homem a figura central de todo o Ordenamento Penal, valorizando-o em sua dignidade. (BRANDÃO, 2002, p.39)

Por outro lado, caso a Temporária fosse estudada unicamente sob o aspecto das garantias e princípios constitucionais ou ainda sob a ótica dos inúmeros tratados internacionais vigentes no nosso país não teria espaço de coexistência no atual Estado de Direito Democrático em que vivemos apesar de sua previsão legal.

Todavia, não podemos também relegar ao ostracismo e desconsiderar completamente do nosso estudo os argumentos contrários que se pautam no aspecto social gerado pela alta crescente e constante dos índices de criminalidade, para buscar neles a justificativa para se impor um maior rigor na legislação Processual Penal brasileira e, por via de consequência, justificar a manutenção da Prisão Temporária.

Apesar do atual sucateamento da legislação Processual Penal infraconstitucional ainda existem entorno do legislador fortes pressões externas da sociedade visando recrudescer os mecanismos repressivos de combate a constante alta da violência e criminalidade, “*com os quais se torna impossível conviver, lançando constantemente a idéia de que o processo penal vive em ‘crise’*”³². (CHOUKR, 1995, p.26)

³² No concernente a denominada atual crise que enfrenta o Processo Penal pertinente as observações de Fauzi Hassan Choukr quando esse escreveu: “A concepção dominante ante o notório quadro de defasagem entre o aparelho

Afastemos o ranço do espírito conservador, sem ficarmos, entretanto, tomados pela sedução de ingênuas aventuras. (JARDIM, 1997, p.292).

Considerando o atual Estado de Direito Democrático ainda há situações excepcionais em que inegavelmente a Prisão Temporária pode se mostrar eficaz para aplicação do direito e a realização da justiça motivo pelo qual não seria aconselhável sustentarmos simplesmente nesse momento a sua abolição por completo.

Entretanto, infelizmente de forma indiscriminada e proporcional ao crescente aumento da criminalidade e do sentimento de insegurança do cidadão e da necessidade do Estado em combater a violência social, vem-se assistindo de forma desordenada e atrelada a um fantasioso interesse midiático, sensacionalista e mercantilista à utilização generalizada da prisão provisória *“deixando esta de ser instituto de exceção para atuar como principal ação contra o problema da criminalidade”* (COLEN, 2002 p.100)

Indubitavelmente, o grande problema das medias cautelares consiste em que, se não se as adotam, corre-se o risco da impunidade, e se adotadas, criam-se o perigo da injustiça. Todavia, a questão fundamental não é de encontrar argumentos para justificar ou invalidar a aplicação, mas a de buscar meios, evitando-se, assim, abusos e desrespeitos a esses direitos. (COLEN, 2002, p.101)

Considerando esse contexto, necessário adequarmos a Prisão Temporária à atual realidade Brasileira. A violência da imposição do cárcere cautelar ao cidadão necessita obedecer a procedimentos seguros, harmônicos e condizentes com as garantias de liberdade do indivíduo e com os direitos fundamentais inerentes ao Estado de Direito Democrático.

Nesse passo, parte-se da compreensão do processo como garantia, e não mero instrumento de realização de escopos metajurídicos.

Assim, a prisão temporária deve coexistir entre as novas exigências constitucionais que respaldam as garantias do cidadão e a crescente necessidade de proteção e manutenção da

dogmático e a realidade social é a de que há necessidade urgente de uma reforma global – muito embora não se saiba exatamente qual o caminho que ela deverá seguir – pois não se pode conviver com a crise do sistema (...) A idéia de crise, além de sustentar uma falsa premissa para a solução do quadro problemático, tem um efeito colateral devastador. É, por assim dizer, um raciocínio que induz a uma “volta ao passado”, na busca de uma “época de ouro” onde tudo funcionava a contento quando por alguma mazela do destino foi perdido o padrão ideal de funcionamento do aparelho judicial. O efeito devastador reside justamente nesse eterno retorno a um passado inexistente, induzindo, até inconscientemente, à rejeição de regras “modernas”, vez que projetadas para um futuro incerto e tenebroso, onde a terra é desconhecida. Daí também se entender o caráter altamente conservador do discurso doutrinário processual penal”.(CHOUKR, 1995, p.27, 28)



segurança coletiva da sociedade perante o crescente sentimento de insegurança provocado pelo crime.

A Constituição de 1988 assegura a liberdade aos cidadãos e estabelece o estado de inocência³³ (OLIVEIRA, 2001, p. 301) ou presunção de inocência, consagrada no art. 5º LVIII como princípio reitor do Processo Penal e balizador da atuação persecutória estatal contra qualquer investigado, acusado, denunciado ou processado: “*princípio fundamental de civilidade*” (FERRAJOLI, 1997, p. 549).

Proclamou ainda “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada da autoridade judiciária competente*” (art.5, LXI), além de assegurar que “*a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente...*” (art 5, LXII), que “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*”(art5 LXV) e, ainda, que “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*”(art. 5 LXVI).

Neste diapasão, veda a privação da liberdade sem o devido processo legal (artigo 5.º, LIV e LVII). “*Parafraseando GOLDSCHMIDT, se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles.*” (LOPES JÚNIOR, 2011, p.56)

Neste passo, indubitável que o constituinte visou submeter às formas de prisão provisória, cautelares, à apreciação do Judiciário.

(...) mais do que atribuir com exclusividade aos órgãos jurisdicionais o exame das condições para qualquer prisão, o texto constitucional fixou balizas para o exercício da atividade correspondente, ao garantir “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art.5º, LIV)”. (GOMES FILHO, 1991. P. 78)

Gomes filho completa o seu raciocínio:

Em face dos referidos enunciados, infere-se que a restrição ao direito de liberdade do acusado precisa resultar, não simplesmente de uma ordem judicial, mas basicamente de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas. (GOMES FILHO, 1991, p.78)

³³O princípio da inocência é, efetivamente, estrutural, na medida em que se localiza na raiz de qualquer modelo processual com pretensões garantistas. Com efeito, uma vez afirmada e reconhecida a inocência, não como presunção, mas como verdadeira realidade ou concretização jurídica, dessa realidade, entendida como posição do sujeito diante das normas da ordenação, resultarão também direitos subjetivos públicos, a serem exercidos em face do Estado, que haverá de justificar sempre, ou em lei ou motivadamente – quanto judicial a decisão – quaisquer restrições àqueles direitos. (OLIVEIRA, 2004, p.174)

Sob o enfoque da arcaica legislação ordinária brasileira³⁴, estabeleceu-se, mesmo após o advento da Constituição de 1988, a prisão temporária, uma nova espécie do gênero de prisão cautelar, a qual se encontra disposta na Lei 7.960/89.

Segundo Carnelutti (2000, p. 134), cautelar é o procedimento que, “*em lugar de ser autônomo, serve para garantir (constitui uma cautela para) o bom final de outro processo (definitivo)*”.

Fazzalari (2006, p. 313) aborda especificamente os provimentos cautelares de ordem penal no CPP italiano, dividindo-os em medidas coercitivas pessoais e medidas reais. Fazzalari (2006, p. 314) indica que os provimentos pessoais são úteis nos planos instrutório e de mérito, para assegurar os efeitos de eventual condenação, evitar o cometimento de outros delitos e a fuga do imputado, bem como resguardar os efeitos de eventual condenação à prestação pecuniária.

A prisão cautelar, pois, é instituto jurídico (procedimento cujo provimento é medida coercitiva pessoal) que autoriza privação de liberdade do cidadão não apenado. Então, com a execução da prisão temporária, fica claro que, de acordo com a Constituição do Brasil – CRFB, não se está a aplicar pena, mas a cumprir, por meio da privação de liberdade, função acauteladora de um procedimento penal principal.

4.2 Das hipóteses para decretação da prisão temporária durante a investigação policial

O inquérito policial é procedimento principal, em relação ao qual a prisão temporária é acessória (cautelar). Em outras palavras, a prisão temporária permite constrição de liberdade do cidadão exclusivamente na fase inquisitorial, mediante preenchimento de algumas condições³⁵, a saber:

³⁴A prova mais robusta sobre a imprestabilidade de alguns princípios e normas processuais presentes no sistema de processo penal codificado em 1941 encontra-se na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo a qual: “De par com a necessidade de coordenação temática das regras do processo penal num Código único para o Brasil, imputam-lhe o seu ajustamento ao objetivo de maior eficácia e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos cidadãos, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.”

³⁵Art. 1º Caberá prisão temporária: (Lei 7960/89)

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;



a) quando se mostrar imprescindível para as investigações na fase de inquérito (artigo 1.º, I, Lei 7960/89);

b) quando o indiciado não possuir residência ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (artigo 1.º, II, 7960/89);

c) quando há fundadas razões de autoria ou participação do indiciados em determinados crimes³⁶ (artigo 1.º, III, 7960/89).

Todavia, apesar da existência dessas hipóteses, a prisão temporária só pode ser decretada na presença dos requisitos da cautelaridade:

I - *fumus commissi delicti* como sendo a “probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito)”;

II - *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.³⁷

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986

³⁷“Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de um a prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*; enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Seguindo a mesma linha de CALAMANDREI, a doutrina considera, equivocadamente, o *periculum in mora* como outro requisito das cautelares. Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento. Em segundo lugar, a confusão aqui vai mais longe, fruto de uma equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. Para CALAMANDREI, o *periculum in mora* é visto como o risco derivado do atraso inerente ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo. Tal conceito se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado. Sem embargo, nas medidas coercitivas pessoais, o risco assume outro

A tônica da cautelaridade da prisão temporária, segundo a interpretação de alguns autores do que está disposto pela Lei, não se confunde com a da prisão preventiva (artigos 312 e seguintes do CPP). Naquela, há necessidade de que os requisitos constantes dos incisos I ou II, que delineiam as situações de ameaça às investigações (*periculum libertatis*), coexistam com o do inciso III, que estabelece os delitos autorizadores da privação cautelar da liberdade em prol da investigação, do artigo 1.º da Lei 7960/89, a fim de se evitarem situações absurdas.

Por outro lado, para a decretação da prisão preventiva, necessário demonstrar a presença de um dos seus pressupostos: haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, atrelado a qualquer um dos seus requisitos: a) garantia da ordem pública; b) da ordem econômica; c) a conveniência da instrução criminal; ou e) a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, (art. 312 do CPP)

Comparando-se a Prisão Temporária³⁸ com a Prisão Preventiva e a respectiva necessidade de incidência, bem como sobre uma pseudo correlação entre elas, cabe citarmos o posicionamento de Greco Filho sobre o tema: “ *a prisão temporária é uma antecipação da prisão preventiva, tem requisitos menos rigorosos que ela, mas não será decretada se manifestamente não se decretaria aquela*”.(GRECO FILHO, 1991, p.240)

Considerando a análise dos três incisos previstos pelo artigo 1º da Lei 7960/89 como hipóteses para a Prisão Temporária, de fato, não há lastro jurídico para a leitura isolada dos mencionados requisitos. Pois, caso se assim o fizéssemos, estaríamos diante de situações a ensejar, por exemplo, a prisão de uma testemunha sob o argumento de que tal fato seria imprescindível para investigação; ou a prisão de um investigado de crime de pequeno potencial ofensivo (como a injúria, artigo 140 do CP); ou, ainda, a prisão de um investigado simplesmente por não ter sido possível esclarecer sua identidade.

caráter. Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criado pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da Prova). O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado (LOPES JUNIOR, 2011, p. 58/59)

³⁸Rogério Lauria Tucci ao conceituar a Prisão Temporária, a conceituou com um encarceramento prévio na fase de investigação antes de se verificar a possibilidade de reunião dos elementos da preventiva, já que assim disse: “como o encarceramento prévio do indiciado no lapso temporal entre a iniciação da *informatio delicti* mediante portaria (inocorrente, portanto, a prisão em flagrante delito) e o momento em que se verifica a possibilidade de imediata reunião dos elementos necessários à decretação da prisão preventiva.”(TUCCI, 1993, p. 339-340)



Além disso, admitir o cabimento da prisão temporária mediante a coexistência de no mínimo dois dos requisitos acima mencionados, conforme entendimento jurisprudencial majoritário (STJ, HC 91318/RJ, Habeas Corpus 2007/0225932-8, publicado 21/06/2010³⁹), evita a inconcebível hipótese de alguém ser preso pelo só fato de figurar como investigado em um inquérito policial.

Na hipótese de considerarmos como condição *sine qua non* para a decretação da Temporária a necessidade de serem satisfeitas todas as três hipóteses dos respectivos incisos do art. 1º da Lei 7960/89, segundo sustentam determinados autores a Lei se tornaria praticamente “letra morta”⁴⁰, já que como o inciso II sustenta como exigência “*o indiciado não possuir residência ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (artigo 1.º, II, 7960/89)*”; bastaria ter o investigado residência determinada e identificação para que a prisão não tivesse cabimento.

Por outro lado, Oliveira (2004), mesmo antes do advento do artigo 282 introduzido pela Lei 12.403/2011, ainda contemplava uma leitura diferenciada das hipóteses da Temporária. Segundo Oliveira (2004), para a decretação da prisão, superados os requisitos cautelares, bastava a presença da situação descrita pelo inciso I, do artigo 1.º, imprescindibilidade da investigação policial, e da mencionada pelo inciso III do referido artigo, fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes relacionados pelo citado dispositivo legal.

Nesta linha de raciocínio, a hipótese do inciso II, ausência de residência fixa ou não fornecimento de elemento para a identificação, estaria contemplada pela aplicação do inciso I, já que o inciso II expressa uma das várias hipóteses enquadráveis no inciso I:

³⁹"STJ - HC. PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO TEMPORÁRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA LEI 7.960/89. SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.7.9601. Cabe prisão temporária quando esta for imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, e quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes que a lei lista, dentre eles o de tráfico de drogas 2. A existência de indícios de participação em organização criminosa, a qual se dedica, principalmente, ao tráfico de drogas, demonstra a imprescindibilidade da decretação da prisão temporária para a garantia da investigação criminal. 3. Ordem denegada." (STJ - HC 91318 RJ 2007/0225932-891318 RJ 2007/0225932-8, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura; 6ª Turma; 21/06/2010).

⁴⁰Ada Pellegrini Grinover sustenta o seu raciocínio da seguinte forma: “Creio que deve ser afastada a posição que exige a presença concomitante dos três requisitos. Bem como observa Patrícia dos Santos André, essa solução é inaceitável, porquanto nesse caso a prisão temporária só caberia se o indiciado, além das outras condições, preenchesse a de ser pessoa de identidade duvidosa ou de domicílio incerto, o que circunscreveria a aplicabilidade da medida a hipóteses raríssimas. Essa solução tampouco está no espírito da lei. Disponível também em In:<http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731130327.pdf>. Acesso em 19 jan. 2013.

(...) Devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade da investigação policial, quanto aquela do III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I. Assim, a prisão temporária somente poderá ser decretada, e desde que presentes os requisitos cautelares (indícios de autoria e prova da materialidade), quando imprescindível para as investigações policiais e quando se tratasse dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º. (OLIVEIRA, 2004, P. 532)

TUCCI, por outro lado, afirma ser necessária a verificação do inciso I, do já mencionado artigo 1º acompanhado do inciso II, ou do III, ou seja; segundo ele a restrição da liberdade necessariamente deve ser imprescindível para investigação e estar acompanhada da não identificação, falta da residência fixa, ou, ainda, alternativamente, do cometimento dos crimes elencados do inciso III. (TUCCI, 1993, p.342)

GRINOVER possui, por fim, outro entendimento, já que para ela sempre será necessária a ocorrência do inciso “III”, que representa o “*fumus boni iuris*”. Assim, para a caracterização do “*periculum libertatis*” bastará a coexistência do inciso III com um dos dois requisitos do inciso I ou inciso II.

Penso, assim, que à presença da condição prevista no inciso III (configurando o *fumus boni iuris*) é suficiente que se cumule um dos dois requisitos previstos nos incisos I e II (caracterizadores, ambos, do *periculum libertatis*). Esta interpretação, também adotada por PATRÍCIA DOS SANTOS ANDRÉ⁴¹, é a que melhor atende às regras de hermenêutica, moldando-se perfeitamente aos princípios e às normas constitucionais.” (GRINOVER, 1995, p. 35)

Assim, a partir de uma análise detida do posicionamento doutrinário dos referidos autores, prematuro concordar com Oliveira (2004), no sentido de que toda ausência de endereço ou de identificação mediante documento oficial enseje dificuldade às investigações (artigo 1.º, II, da Lei 7960/89), sobretudo se considerarem os índices alarmantes e ainda crescentes de exclusão social brasileira. Isto é, a maioria da população não frui por completo do direito fundamental de moradia (artigo 6.º da CFRB) e, por mais essa omissão estatal, pode se ver às voltas com a incerteza de residência. Tolher a liberdade desses cidadãos nessa condição, a título de prisão temporária, é mais um mecanismo incrementado de punir os pobres (WACQUANT, 2007)

Discordamos, também, com o devido respeito ao renomado prestígio de TUCCI e GRINOVER no cenário jurídico nacional, do posicionamento de ambos quanto às hipóteses para

⁴¹A citada autora mencionada por Grinover e cujo raciocínio corrobora, Patrícia dos Santos André, escreveu “Prisão temporária: medida cautelar para crimes leves?”, in RT 691/396)

a Temporária. Para tanto, corroboramos na integralidade com o entendimento de DELMANTO JUNIOR⁴². Assim, o fazemos sob o fundamento de que o inciso I faz referência à palavra imprescindível para as investigações na fase de inquérito, ou seja, segundo o legislador, estaríamos diante de uma situação em que a prisão temporária seria “necessária”, o que DELMANTO JUNIOR⁴³ define como “indispensável”.

Qual(is) seria(m) a(s) hipótese(s), em que estaria configurada a necessidade da prisão para investigação? A resposta para muitos estaria:

a) na previsão legal da necessidade de que a autoridade policial tem de ouvir o ofendido art 6º, inciso IV do CPP;

b) Na hipótese da necessidade de se proceder a uma acareação, art 6º inciso VI do CPP;

Como contraponto a estas assertivas basta mencionar o direito constitucional ao silêncio, assegurado ao preso e previsto no artigo 5.º, LXIII, da CRB, bem como no próprio CPP, quando este prescreve ao acusado que “*O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.*” Art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal

O privilégio contra a auto-incriminação – que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito – traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Celso de Mello: (Celso de Melo, 2000, HC 79812 SP)⁴⁴

⁴²Recomenda-se aqui a leitura da obra: “As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração”, uma vez que através dessa obra o autor analisa de forma exaustiva e perfunctória as hipóteses que entende como sendo aquelas de incidência da Prisão Temporária. (DELMANTO JUNIOR, 1998, p.128-138)

⁴³“Se “imprescindível” é o necessário, o indispensável, em que reside a indispensabilidade da prisão do indiciado para investigação, estritamente falando? (DELMANTO JUNIOR, 1998, p.133)

⁴⁴“O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes”. HC 79812 SP, Relator, CELSO DE MELLO, Julgamento: 07/11/2000, Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 16-02-2001 PP-00021 EMENT VOL-02019-01 PP-00196, EMENTA:

Face ao sobredito e ainda no fito de demonstrarmos o respaldo do Supremo Tribunal Federal dessa importante conquista, importante citarmos trecho da seguinte ementa do Tribunal:

DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. A primeira indagação a ser feita no curso desse controle há de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação? Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma faculdade. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade. Sendo a privação da liberdade a mais grave das constringências que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão. Ordem concedida. (HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640) Disponível em:

c) Na hipótese de se argumentar a necessidade do acusado proceder à reprodução simulada do fato; (art. 7º do CPP)

Quanto a este argumento basta mencionar o fato de que suspeito poder apresentar a sua versão do ocorrido e o consagrado princípio *nemo tenetur se detegere* através do qual está assegurado o direito de não produzir prova contra si mesmo, art. 5º, LXIII, da CRFB. Ressaltando que mencionado direito não é garantido apenas a quem está preso, mas a qualquer acusado. Ademais, o referido direito de não produzir prova contra si próprio é também, uma garantia internacional, pois previsto no artigo 8º, §2º g, do Pacto de San José da Costa Rica, onde está prescrito o direito que toda pessoa tem de “*não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”.

Por fim, a título de ilustração, cabe citarmos a quinta emenda à centenária Constituição dos Estados Unidos da América onde consta que ninguém:

Original: “shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.” Tradução Livre: “será obrigado em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo”.



Isso feito, para a compreensão da Prisão Temporária ser “imprescindível para investigação do inquérito”, conforme previsto no já mencionado inciso I do artigo 1º da Lei, resta ainda a seguinte probabilidade:

d) Hipóteses de coação, suborno de testemunhas, destruição de provas, notícias de fuga;

Nesses casos, segundo sustenta Delmanto, não estaríamos diante de uma hipótese de temporária, mas sim de preventiva, que pode ser decretada no Inquérito para a aplicação da Lei Penal ou até mesmo conveniência da instrução criminal. Contudo, para tal se faz necessário o pressuposto de que essa esteja acompanhada “da prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria”, conforme determina o artigo 312 do CPP.

Assim, para DELMANTO JUNIOR, a única diferença perceptível entre os pressupostos da Preventiva e a Temporária está no fato de que enquanto essa faz menção no seu art 1º inciso III a expressão ‘fundadas razões... de autoria ou **participação**’, aquela menciona através do seu art 312, apenas, indícios de **autoria**, ou seja, a Prisão Temporária, permitiria nessa hipótese a prisão do autor, coautor e também do partícipe.

Aliás, no que concerne ao *fumus comissi delicti*, o art. 312 do Código de Processo Penal, que cuida da prisão preventiva, faz menção a “indícios suficientes de autoria, enquanto que como visto o referido inciso III do art. 1º da Lei 7960/89 exige ‘fundadas razões...’ de autoria ou participação’. Ora, como ‘fundadas razões e indícios suficientes são expressões muito próximas, a única diferença seria a de que a nova lei admitiria a prisão não só do coautor, mas também a do partícipe (DELMANTO JUNIOR, 1998, p.136)

Após o sobredito, só resta uma indagação que entendemos como um dos pontos nevrálgicos da presente pesquisa, o que conseqüentemente faz que seja tratado através de um tópico específico.

4.2.1 Prisão Temporária x Prisão Preventiva: Qual a relação de dependência entre os institutos? A temporária de fato é essencial?

O que justifica a coexistência da Prisão Temporária com a Prisão Preventiva no nosso atual ordenamento? Haveria alguma hipótese na nossa legislação de decretação da temporária que não caberia a Prisão Preventiva?



De início, ousamos discordar de DELMANTO no ponto específico em que o referido autor sustenta, conforme supra informado, que a principal diferença entre a temporária e a preventiva está afeta ao fato de que a Temporária permite, mas a Preventiva não permite, a prisão do partícipe.

Entendemos como insuficiente esse argumento que se apóia, exclusivamente, na teoria do concurso de agentes, para nele justificar a necessidade da temporária, ou seja, se funda no fato de que a preventiva caberia apenas para a prisão do autor e coautor, enquanto a Temporária poderia ser utilizada, também, para a prisão do partícipe.

Para tanto e visando fundamentarmos o nosso raciocínio, necessário socorrermos ao atual artigo 29 do Código Penal que regulamenta o concurso de pessoas e assim dispõe:

Art. 29 do CP: Quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Analisando apenas a redação do respectivo dispositivo legal, conclui-se que o Código Penal teria recepcionado a Teoria Monista ou Unitária⁴⁵, já que, em princípio, todos os participantes respondem pelo crime incidindo na respectiva pena abstratamente cominada.

Contudo, apesar do sobredito, o legislador pátrio procurou regras para distinguir a autoria e participação, conforme previsto na própria exposição de motivos do Código Penal (Lei 7209-84), item 25:

DO CONCURSO DE PESSOAS - Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do concurso de Pessoas”, decerto mais abrangente, já que a coautoria não esgota as hipóteses do concursus delinquentium. O Código de 1940 rompeu a tradição originária do código Criminal do império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22. Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de

⁴⁵Segundo os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias sobre a teoria unitária da autoria: “Visa, no princípio e no limite, tratar unitariamente – e, por conseguinte, por modo fundamentalmente igual – todos os participantes no mesmo facto ilícito típico e, na verdade, tratá-los como autores. Autor é assim aquele que de uma qualquer forma executa o facto na acepção de que oferece um contribuição causal para realização típica, seja qual for a sua importância ou o seu significado. Diferenças intercedentes entre os diversos contributos causais só podem relevar para efeito de medida concreta da pena, mas não devem assumir significado dogmático ou prático-normativo para quaisquer outros efeitos (conceito extensivo de autor). Por isso este modelo – que remontando a Farinacius, foi, nos tempos modernos, propugnado em certa medida por Feuerbach e encontrou acolhimento no ProjPG de Eduardo Correia – louva-se, além do mais, na extrema simplificação que parece oferecer a toda a doutrina da participação e à conseqüente aplicação da Lei. (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p.760)

decisões reconhecidamente injustas. Disponível em:
<<http://direitoexlepepenal.blogspot.com.br/2011/02/exposicao-de-motivos-da-nova-parte.html>>. Acesso em: 23 jan. 2013>.

Diante do que alguns taxaram como decisões injustas, o legislador ainda buscou, conforme se infere do §1º do art. 29, distinguir autoria e participação para individualizar aos acusados adequadamente a resposta punitiva. Percebe-se do referido dispositivo de Lei a redução da pena quando a participação for de menor importância, ou seja, analisando a contribuição de cada um dos agentes para o fato típico, indiscutivelmente, há no autor uma contribuição mais relevante, enquanto no partícipe uma de importância menor.

Assim, a distinção atual entre autor e partícipe tem como principal objetivo atribuir penas diferenciadas a autores e partícipes, ou seja, individualizar a pena de cada um.

Nesse passo, de grande valia citarmos o entendimento de que *“Autoria e participação são conceitos cunhados para produzir determinados efeitos práticos e não estão condicionados pela natureza das coisas, como pretendem alguns doutrinadores”* (GALVÃO, 2011 p. 510). Assim, ao se transportar a análise do instituto da autoria e participação consolidados pelo direito material para o estudo do direito processual e, exclusivamente, para as espécies do gênero prisões provisórias, prisão sem pena, ou prisões processuais, percebe-se de plano ser injustificável limitar apenas na natureza dos institutos para justificar através dela a sua inaplicabilidade, eventual distinção ou até mesmo fundar eventuais restrições na diferenciação entre a Prisão Temporária e Preventiva.

Ademais, por estarmos falando em espécies de prisões cautelares, conseqüentemente, não há sequer uma imposição de pena.

Em outras palavras, a distinção entre autoria e participação somente é necessária se o legislador entender conveniente atribuir respostas diferenciadas a autores e partícipes. Naturalisticamente, todas as contribuições são igualmente necessárias para realização do fato típico, da forma como ocorreu. A identificação da contribuição mais relevante decorre de tomada de posição sobre o fato natural, ou seja, do ponto de vista de quem interpreta a realidade objetiva. A identificação do autor e partícipe no concurso de pessoas permite individualizar a pena de cada um (GALVÃO, 211, p. 509-510)

Com base nesses argumentos e principalmente atrelado a uma política criminal mais eficaz e menos intervencionista, mas, ainda assim, atenta a cruel realidade social brasileira no concernente à crescente alta da criminalidade, sem desconsiderarmos os fundamentos tendenciosos pela imposição da Lei e da Ordem, potencializamos o fato de que, *in casu*, a necessidade da prisão provisória está



diretamente relacionada ao seu caráter cautelar, ou seja, não podemos desconsiderar por completo a busca pelo regular andamento do trâmite processual.

Assim, advogamos pela defesa da linha de argumentação da inexistência de qualquer tipo de óbice, para que a Prisão Preventiva, prisão sem pena e de natureza cautelar, desde que presentes todos os requisitos legais, possa, com fundamento na Teoria Monista e observado o prazo estritamente necessário, incidir sobre o partícipe, ao contrário do sustentado por DELMANTO.

Finalizamos esse tópico com a conclusão e com a resposta à indagação inicial no sentido de que: Há uma relação direta de dependência da Prisão Temporária com a Prisão Preventiva, pois, apesar de a doutrina atual conceituar a Temporária e a Preventiva com espécies do gênero Prisão Provisória, entendemos a partir do estudo da Temporária que esta na verdade seria uma subespécie da Prisão Preventiva.

Ademais, ambas podem perfeitamente ser decretadas durante a fase de investigação policial, no transcorrer do inquérito policial desde que presentes as hipóteses legais. Todavia, concluímos com a afirmação de que em todos os casos de decretação da Prisão Temporária, necessariamente estaremos diante de situações em que caiba o decreto da Preventiva.

Por fim, cabe destacar que essa assertiva não invalida a temporária, ao contrário, já que faz apenas que esta seja decretada com a observância de critérios mais objetivos e que resguardem um número maior de garantias aos cidadãos.

4.3 Prazo de duração para a decretação da prisão temporária

O prazo de duração das prisões cautelares é mais um elemento a ser considerado dentro da presente análise.

O acusado possui o direito de ser julgado em prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII, da CRFB) ou ser posto em liberdade (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 9º, 3 2ª parte; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica art. 7º, 5, 2ª e última partes), não se admitindo dilações indevidas (Pacto de Nova Iorque, art. 14, 3, c). É do direito do acusado jovem ser julgado o mais rápido possível (Pacto de Nova Iorque, art. 10, 2, b; Pacto de San José, art. 5º, 5). Todos os mencionados dispositivos foram devidamente recepcionados pela CRFB e têm eficácia plena, conforme se infere através do art. 5, § 2º.



De uma forma geral as legislações alienígenas também estão preocupadas em reduzir o tempo em que um cidadão está acautelado sem existir uma decisão final que o considere inocente ou culpado.

A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo sem limitação temporal, do encerramento do processo penal. (FRANCO, 1994, pag.365)

O passar do tempo é crucial, extremamente relevante, motivo pelo qual várias legislações estrangeiras têm, também, neste ponto a preocupação em impedir o excesso de prazo para as prisões provisórias.

Nesse passo, citamos a constituição, espanhola, portuguesa e italiana que prescrevem que a lei ordinária definirá o prazo máximo de prisão cautelar⁴⁶

Constituição Espanhola

Art. 17(...) 4. *La ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.*

Constituição Italiana

Art. 13. (...) *La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.*

Constituição Portuguesa

Art. 28º(...) 4. A prisão preventiva, antes e depois da formação da culpa, está sujeita as prazos estabelecidos na lei.

A prisão temporária possui a excepcionalidade de ser controlada no tempo. Pois, é a única espécie do gênero prisão cautelar com prazo de duração previamente definido, determinado e conseqüentemente previsto em Lei.

Como se não bastasse, há uma sanção prevista na hipótese de descumprimento do limite fixado pela Lei. O investigado, findo do prazo, deve imediatamente ser colocado em liberdade, (art. 2º, §7º, da Lei 7960/89)⁴⁷ pois, caso contrário, restaria demonstrada a infração penal de abuso de autoridade, cuja previsão está na Lei 4898/67, art. 4.º, I.⁴⁸

⁴⁶Referida citação a legislação alienígena foi retirada da obra de Roberto Delmanto Junior, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.210.

O prazo inicial estabelecido pela Lei para duração da temporária era de cinco (05) dias prorrogados por mais cinco na eventualidade de extrema e comprovada necessidade. (art. 2º da Lei 7960/89)⁴⁹

Todavia, após a Lei de Crimes Hediondos, o prazo de duração da temporária foi alterado, uma vez que passou na hipótese de decretação da prisão para os referidos crimes hediondos para o tempo máximo de trinta (30) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (art. 2º, § 4º, da Lei 8072/90)⁵⁰

Cabe observar que a prisão temporária só pode ser decretada durante o Inquérito Policial. O prazo para conclusão do Inquérito Policial na hipótese de indiciado preso, segundo o disposto pelo Código de Processo Penal, é de 10 dez dias, conforme estabelecido pelo CPP (art. 10 do CPP)⁵¹, referido prazo é improrrogável estando o indiciado preso.

Há exceções a essa regra, conforme é o caso dos crimes de competência da Justiça Federal, cujo prazo para conclusão do Inquérito Policial é de quinze (15) dias, prorrogáveis pelo mesmo período (art. 66 da Lei 5.010/66, que organiza a Justiça Federal)⁵², bem como o disposto pela Lei de Tóxicos (art. 51 parágrafo único da Lei 11.343/2006)⁵³ que estabelece o prazo para conclusão do inquérito de indiciado preso de trinta (30) dias, podendo referido prazo ser duplicado pelo juiz, desde que exista justificativa da autoridade de polícia judiciária e após ouvido o Ministério Público.

⁴⁷Art. 2º, § 7º da Lei 7960/89. “Decorrido o prazo de 5(cinco) dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada a prisão preventiva.”

⁴⁸Art. 4º da Lei 4898/67 “Constitui também abuso de autoridade: i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade”.

⁴⁹Art. 2º da Lei 7960/89. “A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. (art. 2º da Lei 7960/89)

⁵⁰Art. 2º, §4º da Lei 8072/90. “A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei. N. 7960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30(trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

⁵¹Art. 10 do CPP. “O inquérito deverá terminar no prazo de 10(dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

⁵²Art. 66 da Lei 5.010/66. “O prazo para conclusão do inquérito policial será de quinze dias, quando o indiciado estiver prêso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo”.

⁵³Lei 11.343/06 Art. 51. “O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto. Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária”.

Assim, diante do que estipula o Código de Processo Penal e Legislação Especial, Lei 5.010/66, bem como o assegurado pela Constituição Brasileira no que se refere à igualdade de todos perante a Lei, resta evidenciado que o mencionado art. 2º, § 4º da Lei de Crimes hediondos, ao estabelecer para a temporária o prazo de 30 dias prorrogáveis por mais uma vez, extrapolou critérios de razoabilidade, bem como, por via de consequência, impôs àquele preso temporariamente um tratamento diferenciado e com um rigor injustificado, a título de exemplo: Se “A”, preso em flagrante por homicídio qualificado (Crime hediondo), terá necessariamente o seu Inquérito Policial concluído em 10 (dez) dias sob pena de ser colocado em liberdade por excesso de prazo, por outro lado, “B”, que não foi preso em flagrante, mas que teve a sua prisão temporária decretada e pautada em fundadas razões de autoria pelo mesmo crime de homicídio qualificado, poderá ficar preso temporariamente e durante as investigações sem que caracterize qualquer excesso por até (60) sessenta dias, (‘30’ trinta + ‘30’ trinta).

Sendo assim, entendemos que nessa hipótese o prazo estabelecido pela prisão temporária é inconstitucional, tanto pela sua irrazoabilidade como por violar ao devido processo penal.

A irrazoabilidade (consequentemente, a inconstitucionalidade, por afronta ao devido processo penal) do disposto no § 3º do art. 2º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, dilatando o prazo da prisão temporária para trinta dias, prorrogável por mais trinta (inclusive com total abstração do disposto nos arts. 10 e 46 do CPP...). (TUCCI, 1993, pag. 290)

Complementamos o nosso raciocínio concluindo que a inconstitucionalidade do § 3º do art. 2º da Lei 8.072/90 tem a sua aplicação aos crimes submetidos ao procedimento estabelecido pelo CPP e àqueles da Lei 5.010/66.

Não se pode deixar de mencionar que, se limitarmos a Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06) por se tratar de uma Lei Especial, tal qual a Lei de Crimes hediondos, se torna constitucionalmente possível, diante do disposto pelo seu art. 51, o inquérito policial ser concluído no caso de investigado preso em até 60 dias, o que consequentemente irá permitir que a temporária nessa hipótese seja decretada também por até sessenta dias, obviamente, caso não tenham cessado os seus motivos.

Por fim, cabe evidenciar que, quando se trata de prazo máximo, não há nenhum impeditivo para que o investigado permaneça preso por um período menor que o estipulado na eventualidade de não se justificar ou mostrar-se desnecessária a custódia por mais tempo.



Isso posto, nos utilizamos da Lei 12.403/2011 para concluir que com o seu advento e a respectiva inserção por ela de um rol de medidas diversas à prisão, não se torna mais sustentável a Prisão Temporária por mais de 05 dias, já que superado esse prazo poderá o julgador substituir a prisão por uma outra medida alternativa, que possa também permitir seja controlado o risco de fuga ou de preservação da prova (LOPES JUNIOR, 2011, p.164)

4.4 Alterações advindas na Prisão temporária a partir da vigência da Lei 12.403-11

A Lei 12.403/2011 não alterou diretamente o procedimento afeto à prisão temporária, contudo a nova redação do art. 282 do CPP⁵⁴, modificado na legislação após a vigência da mencionada Lei, passou a ser aplicado a qualquer medida cautelar, motivo pelo qual tem incidência, também, sob a Lei 7.960/89 (Lei da Prisão Temporária).

A partir dessa nova diretriz passam a existir novos referenciais para a decretação da temporária: necessidade e adequação, ou seja, deve-se ser analisado se a medida é realmente necessária para a investigação e para o conjunto probatório que lastreia o Inquérito Policial, bem como se ela adapta-se ao fim proposto e as condições pessoais do investigado/indiciado. *“Deve o juiz verificar, portanto, se os objetivos buscados não podem ser alcançados por meio de medidas cautelares diversas e menos gravosas para o investigado”* (LOPES JUNIOR, 2011, p.161)

Referida análise ganha relevância uma vez que jamais podemos nos esquecer do amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão e que estão previstas na legislação pátria após o advento das alterações introduzidas pelo art. 319⁵⁵, com nova redação trazida pela Lei

⁵⁴ **Art 282** . As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

- I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado

⁵⁵ **Art. 319**. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

12.403/2011. Essas novas medidas diversas da prisão a podem substituir e são, inquestionavelmente, menos gravosas para o investigado.

4.4.1 A “necessidade” como novo requisito para decretação da prisão temporária

O vocábulo necessário é definido como sendo: “que não pode deixar de ser ou de fazer; que é de absoluta necessidade; essencial, indispensável; inevitável; subsistente por si mesmo (oposto a contingente); procedente de impulsos invencíveis (em opção a livre); preciso, conveniente; oportuno proveitoso, útil; exigido reclamado, requerido”⁵⁶.

A comprovação da “*necessidade do cerceamento de liberdade*” como requisito prévio para decretação da prisão temporária implica na necessária demonstração - através da prova acostada no Inquérito Policial - da inexistência no caso concreto de outro modo ou forma para que seja aplicada a Lei Penal, assegurando a investigação e a instrução criminal, bem como para que seja evitada a prática de infrações penais.

Assim, deve ser avaliada a imprescindibilidade da privação de liberdade do investigado/indiciado, em prol da efetividade da função estatal.

Todavia, como não há dúvidas de que a regra seja a liberdade, já que a prisão é uma excepcionalidade no Estado de Direito Democrático, imprescindível é a demonstração de que essa medida extremada decorra de um dano iminente ao direito da acusação ao Processo.

A medida extremada da prisão deve ser “*dedutível pela inviabilização da aplicação da lei penal após o provimento final, pela destruição ou ocultação dos elementos de prova necessários à investigação da conduta ou à instrução do processo, como se deflui do art. 282, I, do CPP.*” (BARROS, 2011, p.46).

Por fim, outra situação que expõe, também, a “*necessidade da Prisão Cautelar*” e que está prescrita pelo artigo 282, inciso I, do CPP está relacionada à precaução de se evitar pelo Estado a prática de infrações penais pelo agente. Referida hipótese como fundamento para

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

⁵⁶Apresente definição foi extraída do dicionário brasileiro da língua portuguesa. (DICIONÁRIO BRASILEIRO, 1977, p. 1195)

explicitar a “necessidade” da prisão temporária requer uma análise cautelosa, já que se refere a uma suposição, conjectura, uma vez que não há como prever se o indivíduo irá praticar novas infrações penais sem que seja fundamentado o raciocínio jurídico no direito penal do autor⁵⁷, em que se pune o cidadão pelo seu histórico de vida, ao contrário do direito penal do fato em que se pune a conduta ou omissão criminosa, sistemática essa adotada pelo direito Penal Brasileiro.

Privar alguém de sua liberdade pelo eventual risco de se praticar novos crimes aproxima-se de uma prevenção geral ante *factum* e não *pos factum*, como ocorre no processo penal. Logo não se protege o direito da acusação, mas, em verdade pretende-se evitar novas acusações, impedindo o sujeito de cometer novos crimes. Há, portanto, um sério perigo de ser uma medida voltada ao direito penal do autor, que não pune a conduta, mas, sim a trajetória de vida do agente. (BARROS, 2011, p.47)

Ademais, a consagrada e já mencionada garantia constitucional da presunção de inocência ou estado de inocência impede que um cidadão seja preso temporariamente ainda durante a investigação sob a frágil hipótese de uma probabilidade de que este possa vir no futuro a cometer uma infração penal.

4.4.2 A adequação como novo requisito para decretação da prisão temporária

Quanto à adequação prevista no artigo 282 inciso II do CPP, é, também, mais um requisito da medida cautelar, porém, subsidiário ao da necessidade, pois se refere à pertinência da medida à situação concreta, o que deverá ser analisado pelo julgador somente após demonstrado ser a referida medida necessária.

Por outro lado, a adequação se vincula ao princípio da proporcionalidade das medidas cautelares pessoais, eis que não se deve impor uma medida cautelar pessoal que venha a ser mais gravosa que a eventual pena advinda de uma possível sentença penal condenatória. (BARROS, 2011, p. 50).

⁵⁷Claus Roxin, traduzido para o Espanhol por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal assim definiu o Direito Penal do autor “ Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad Del autor y sea su asocialidad y El grado de la misma lo que decida sobre la sancion. ‘ Lo que hace culpable aqui AL autor no ES ya que haya cometido um hecho, sino que solo El que El autor sea tal se convierte em objeto de la censura legal, allí donde entre los presuupuestos de la conminacion penal se incuye algo distinto y más que El si y El cómo de uma acción individual, y donde esse algo más debe buscarse em la peculiaridad humana Del autor, estamos ante um sistema em que la pena se dirige AL autor como tal” (Roxin, 1997, p. 176-177)



A prisão cautelar como medida de defesa social se norteia pela lógica da busca utópica de restabelecimento da ordem, política, social ou econômica. Através dessa linha de raciocínio há uma predominância da segurança pública sobre as garantias individuais, característica dos estados totalitários ao instigarem uma disparidade equivocada entre o cidadão e o Estado, prevalecendo à disciplina e a ordem em relação a qualquer manifestação de diversidade (ROXIN, 200, p.258)

Em prol da estabilidade social, os Estados totalitários superdimensionam a eficiência da intervenção penal e, conseqüentemente, exageram na importância da prisão processual como medida de cautela. Contra a proposta repressiva do Código, a maioria dos autores brasileiros vem enfatizando a necessidade de conjugar a intervenção penal com a proteção à liberdade. Opondo a presunção de inocência ao discurso de segurança, os processualistas tratam a prisão como medida excepcional, cabível em situações de comprovada necessidade. (MARQUES, 2002, p. 231-240)

No Estado de Direito Democrático, as garantias não podem ser suprimidas ou sacrificadas em prol de se alcançar a sonhada ordem social, já que esta medida em nada contribui para que seja diminuída a criminalidade ou para a concretização da democracia.

Como procedimentos técnicos, o inquérito e a prisão temporária possuem estruturas normativas específicas, no curso das quais há possibilidade de lesão ou ameaça a direitos fundamentais de vida, liberdade, igualdade e dignidade humanas. Por tal razão, a decretação de prisão temporária no curso de inquérito policial não dispensa a efetiva participação das partes. Sem participação das partes na construção das decisões jurídicas, entre as quais a que decreta a prisão temporária, não se pode falar em democracia.



5 A PRISÃO TEMPORÁRIA SEM PROCESSO: FORMA VELADA E CLANDESTINA DE ASSEGURAR A SUBSISTÊNCIA DA PRISÃO POR AVERIGUAÇÃO

Apesar do nosso atual Código de Processo Penal poder ser comparado a uma vetusta senhora com mais de 70 anos de idade, uma vez que foi publicado em 3 de outubro de 1941 e vige desde 01 de janeiro de 1942, o direito brasileiro ainda se utiliza corriqueiramente de alguns dos seus dispositivos, expressões e artigos com resquícios ditatoriais autoritários para fundamentar decisões judiciais.

Forma inequívoca da manifestação autoritária do Código de Processo Penal é a utilização de uma expressão vaga e sem qualquer referencial semântico como “ordem pública” para fundamentar a prisão preventiva, conceito este que fica extremamente ao sabor de interpretações ocasionais, e que a jurisprudência, ao longo de toda uma vida de código ainda não conseguiu padronizar” (CHOUKR, 1995, p.26)

Na contramão das reformas que já acometeram países latino americanos⁵⁸, alguns deles com democracias mais titubeantes e economicamente desfavorecidas do que a brasileira, o Brasil não revogou por completo a sua legislação Processual Penal, mas optou apenas em fazer tardiamente reformas parciais em relação a capítulos do Código ou a editar leis específicas sobre determinados temas, como foi o caso da Lei 11.689/2008 (Tribunal do Júri), Lei 11.690/2008 (Provas) e Lei 11.719/2008 (Sentença e Procedimento).⁵⁹

Todavia, apesar do enorme obstáculo a ser superado no Brasil quando se fala em repensar por completo o sistema processual e, principalmente, a partir dos parâmetros exigidos

⁵⁸Na Bolívia, o Código de Processo Penal era vigente desde 1973 e foi alterado em 25 de março de 1999, com período de *vacatio* de 24 meses; no Chile, o Código de Processo Penal estava em vigor desde 1907, tendo o novo sido promulgado em 30 de setembro de 2000 quanto ao Equador, cujo Código de Processo Penal era vigente desde 1983, teve-se um novo Código de Processo Penal em janeiro de 2000 no que tange ao Peru, o Código de Processo Penal era vigente desde 1940, conjuntamente com alguns artigos do Código de Processo Penal aprovado em 1991 e foi alterado em 1997 na Venezuela o Código anterior era de 1962, tendo sido o atual aprovado em 1998 e tendo entrado em vigor em 1999. Na Colômbia, o atual Código veio em substituição ao vigente desde 1991, entrando em vigor em janeiro de 2001.(BINDER, 2003)

⁵⁹“No que se refere ao processo penal e às reformas do CPP o movimento de reformas parciais foi mais tardio. Essas alterações pontuais se deram a partir de estudos elaborados por uma comissão do instituto Brasileiro de direito Processual (IBDP), presidida por Ada Pellegrini Grinover, que apresentou ao Ministério da Justiça um estudo, contendo sete anteprojetos de reformas do CPP. As propostas foram encaminhadas ao Congresso Nacional em 2001 e deram origem aos Projetos de Lei n 4.203 (Tribunal do Júri), n. 4204(interrogatório do acusado), n.4.205(Provas), n. 4.206(Recursos), n.4.207(sentença e procedimentos), n.4.208 (Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória) e n. 4209 (investigação criminal). Dos projetos propostos, o de número n. 4.203-2001 se transformou na Lei n.11.689-2008, o de número 4.205-2001 na Lei n. 11.690-2008 e o de número 4.207 na Lei 11.719-2008, entrando todos em vigor em agosto de 2008. Alguns dos projetos (4.206, 4.208 e 4.209), em 2008, encontravam-se em tramitação nas casas legislativas. Do projeto inicial Pl n. 4.208 de 2001 à redação final que culminou no texto da Lei n. 12.403 de 2011, algumas modificações foram feitas.” (BARROS, 2011, p.2)

pela Constituição, há ainda o que pode ser definido como “luz no final do túnel” quando nos referimos a determinados pontos sobre a reforma do CPP e sua alteração, através do atual Projeto nº 156/2009.

A comissão que elaborou o anteprojeto, hoje Projeto nº 156/2009-PLS, em verdade partiu da idéia de que para se fazer um novo código seria imprescindível compatibilizar a estrutura toda com a Constituição, hoje com quase 22 anos. O esforço foi nesta direção, logo, tudo o que se fala a respeito deste tema deve ser visto, em primeiro lugar, pelas lentes da CR, sob pena de qualquer crítica se tornar vazia e desacreditar seu autor. Por evidente que se precisa de críticas mas, para que elas sejam produtivas, deve-se levar em conta a Constituição, anteparo primeiro da Comissão: é nela que está um modelo de processo penal que só pode ser estruturado no sistema acusatório. Afinal o processo do sistema inquisitório é incompatível com o devido processo legal, só para começar. (COUTINHO, 2010, p.17)

A comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, em 07 de dezembro de 2010, apresentou a redação final ao mencionado Projeto de Lei do Senado através do Parecer de nº 1.636 de 2010.

A Prisão temporária está contemplada dentre as modalidades de prisões cautelares, na secção IV, sob o Título Prisão Temporária através dos seguintes artigos: 563, 564, 565, 566. Também há referência a ela pelo disposto nos arts. 556, §§ 1º, 2º e 3º, e 557⁶⁰.

⁶⁰**Art. 563.** Fora das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, o juiz, no curso da investigação, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, poderá decretar prisão temporária, quando não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação dos seguintes crimes:

I – homicídio doloso (art. 121, caput e § 2º, do Código Penal);

II – sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput e §§ 1º e 2º, do Código Penal);

III – roubo (art. 157, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal);

IV – extorsão (art. 158, caput e §§ 1º e 2º, do do Código Penal);

V – extorsão mediante sequestro (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal);

VI – estupro e estupro de vulnerável (arts. 213 e 217-A do Código Penal);

VII – epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º, do Código Penal);

VIII – envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285, do Código Penal);

IX – quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal);

X – genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

XI – tráfico de drogas e condutas correlatas (arts. 33, caput e § 1º, 34, 35, 36 e 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006);

XII – crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

§ 1º Aplica-se à prisão temporária o disposto nos arts. 556, §§ 1º, 2º e 3º, e 557.

§ 2º A medida cautelar prevista neste artigo não poderá ser utilizada com o único objetivo de interrogar investigado.

Art. 564 Ressalvadas as disposições da legislação especial, a prisão temporária não excederá a 5 (cinco) dias, admitindo-se uma única prorrogação por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, o juiz poderá condicionar a duração da prisão temporária ao tempo estritamente necessário para a realização do ato investigativo.

O projeto nº 156/2009 inova ao tratar o tema da Prisão Temporária, mas o faz de forma extremamente comedida, conservadora e ainda com resquícios inquisitoriais e por via de consequência em dissonância com o assegurado pela Constituição brasileira.

Pode-se exemplificar o sobredito através da simples argumentação de que o texto legal do referido projeto sequer assegura ao indiciado/investigado, dentre outras, a imprescindível e

§ 2º Findo o prazo de duração da prisão temporária, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, poderá convertê-la em prisão preventiva, desde que presentes todos os pressupostos legais da nova medida cautelar.

Art. 565 Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 1º A decisão que decretar a prisão temporária deverá ser prolatada no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 2º O juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e da defesa, determinar que o preso lhe seja apresentado, submetê-lo a exame de corpo de delito, bem como solicitar informações e esclarecimentos ao delegado de polícia.

§ 3º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em 2 (duas) vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 4º Decorrido o prazo de 5 (cinco) dias de custódia, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo em caso de prorrogação da prisão temporária ou de conversão em prisão preventiva.

Art. 566 O período de cumprimento da prisão temporária será computado para efeito dos prazos máximos de duração da prisão preventiva.

Art. 556. Havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva poderá ser decretada:

I – como garantia da ordem pública ou da ordem econômica;

II – por conveniência da instrução criminal;

III – para assegurar a aplicação da lei penal;

IV – em face da extrema gravidade do fato;

V – diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor.

§ 1º A prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena.

§ 2º O clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva.

§ 3º A prisão preventiva somente será imposta se outras medidas cautelares pessoais revelarem-se inadequadas ou insuficientes, ainda que aplicadas cumulativamente.

Para elucidarmos o tema e diante do prescrito pelo mencionado artigo 563 §1º do projeto, transcrevemos, também, o disposto pelos seguintes artigos do projeto:

Art. 557. Não cabe prisão preventiva:

I – nos crimes culposos;

II – nos crimes dolosos cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou inferior a 3 (três) anos, exceto se cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa;

III – se o agente estiver acometido de doença gravíssima, de tal modo que o seu estado de saúde seja incompatível com a prisão preventiva ou exija tratamento permanente em local diverso.

§ 1º O juiz poderá autorizar o cumprimento da prisão preventiva em domicílio quando, mediante apresentação de prova idônea, o custodiado for:

I – maior de 75 (setenta e cinco) anos;

II – gestante a partir do sétimo mês de gestação ou quando esta for de alto risco;

III – imprescindível aos cuidados especiais devidos a criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

§ 2º Não incidem as vedações previstas nos incisos I e II do caput deste artigo na hipótese:

I – de descumprimento injustificado de outras medidas cautelares pessoais, sem prejuízo da verificação dos demais pressupostos autorizadores da prisão preventiva;

II – em que a prisão preventiva é imposta como garantia da aplicação penal, nos termos do caput do art. 150.

necessária garantia constitucional do contraditório, seja ele prévio ou postergado, quiçá, a garantia da isonomia, ou ainda, a da ampla defesa, mas, apenas altera as hipóteses para decretação da medida cautelar.

Segundo o prescrito pelo art. 563, *caput*, do projeto, a prisão temporária só poderá ocorrer

Se não houver outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime, tendo em vista indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação.

Assim, com a nova redação, não se faz mais necessária a simples, vaga e subjetiva demonstração de que a medida é “*imprescindível às investigações*” e de que há “*fundadas razões de autoria ou participação*” do indiciado em certos crimes.

Necessária, a partir das alterações propostas pelo Projeto de Lei, a hipótese objetiva de ser demonstrado no Inquérito Policial a existência de indícios concretos, ou seja, “*precisos e objetivos*” de que o investigado criará obstáculos para investigação, ressalvado também, que a medida “*não poderá ser utilizada com o único objetivo de interrogar investigado*”(art. 563 §2º) .

Infere-se que a idéia do projeto é criar uma hipótese para a Prisão Temporária um pouco mais objetiva, restrita e delimitada do que aquelas já previstas e elencadas de forma genérica pela Prisão Preventiva, ou seja, enquanto essa se utiliza como fundamento para a restrição da liberdade do acusado a conveniência da instrução criminal ou a necessidade de se assegurar a aplicação da Lei Penal, aquela – segundo o preconizado pelo projeto – basearia o seu fundamento na inexistência de outro meio para garantir a realização de ato essencial à apuração do crime e da presença de indícios precisos e objetivos de que o investigado obstruirá o andamento da investigação.

Concluindo, a Prisão Temporária seria uma subespécie do gênero Prisão Preventiva, conforme já abordamos na presente pesquisa através do item 4.2.1: “*Prisão Temporária x Prisão Preventiva: Qual a relação de dependência entre os institutos?*”.

5.1 Uma Digressão no tempo quanto ao surgimento da Prisão Temporária no Brasil

Voltando a analisar a atual Lei que instituiu a prisão temporária e a partir dela fazendo uma volta ao passado sobre o tema na Legislação Pátria, se mostra inegável que a criação da Lei



7960/89 ocorreu como sucedâneo da prisão administrativa para averiguações⁶¹, prática policial odiosa e, infelizmente, presente na história recente do Direito Processual Penal Brasileiro.

Em um primeiro momento, antes da criação de um dispositivo legal regulamentando a Prisão Temporária, alegou-se, por mais absurdo que possa parecer nos dias atuais, que a prisão preventiva teria requisitos mais rigorosos, motivo pelo qual seria mais fácil legalizar a situação através da qual a autoridade policial mantém o suspeito detido na delegacia para fins de investigação, do que fazê-lo por via de uma decisão judicial.

Dentro desse contexto, surgiu em um passado recente da história brasileira a Lei de Segurança Nacional, LSN 6.620/78, sendo que esta chegou a prever em seu art. 53 uma espécie de prisão cautelar e semelhante ao que atualmente nominamos com sendo a prisão temporária.

O art. 53 da Lei de Segurança Nacional prescrevia:

Art. 53 - Durante as investigações, a autoridade responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia por até trinta dias, fazendo comunicação reservada à autoridade judiciária competente. § 1º - O responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado incomunicável por até oito dias, observado o disposto neste artigo, se necessário à investigação. § 2º - Os prazos de prisão ou custódia fixados neste artigo poderão ser prorrogados uma vez, pelo mesmo período de tempo acima referido, mediante solicitação do encarregado do inquérito à autoridade judiciária competente, que decidirá, ouvido o Ministério Público. § 3º - O preso ou custodiado deverá ser recolhido e mantido em lugar diverso do destinado aos presos por crime comum, observando-se, ainda, os artigos 239 a 241 do Código de Processo Penal Militar. § 4º - Em qualquer fase do inquérito a defesa poderá solicitar ao encarregado do inquérito que determine exame na pessoa do indiciado para verificação de sua integridade física; do laudo expedido pela autoridade médica será feita juntada aos autos do inquérito. § 5º - Esgotado o prazo de trinta dias de prisão ou custódia ou de sua eventual prorrogação, o indiciado será imediatamente libertado, salvo se decretada prisão preventiva, a requerimento do encarregado do inquérito ou do órgão do Ministério Público. § 6º - O tempo de prisão ou custódia será computado na execução da pena privativa de liberdade”. (Disponível na

⁶¹No Brasil do século XX, especificamente entre meados da década de 30 e em especial no que se referia as prisões para averiguações, urge ressaltar, que “a regulamentação dessas detenções era objeto de antigas aspirações, como se verifica já no Projeto de Código de Processo Penal de 1935, apresentado pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Vicente Ráo. Este projeto, elaborado por Bento de Faria, Plínio Casado e Luiz Barbosa da Gama Cerqueira, visava para a época, da denominada “detenção provisória”, criada com a seguinte justificativa: “os interesses da Justiça, ou frequentes vezes, as necessidades da investigação, exigem a detenção do indiciado, para melhor apuração do facto criminoso. A prisão preventiva obedece a preceitos regidos e, em casos occurrentes, nem sempre póde ser reclamada -, razão pela qual as autoridades policiaes, animadas embora pelos propósitos mais legítimos, excedem, em certos casos, os limites strictos traçados pelas leis vigentes e effectuam detenções indispensáveis, ou uteis, para elucidação do facto punível. É mais simples e mais jurídico legalizar-se semelhante situação ditada pela necessidade, substituindo-se o decreto judiciário ao arbítrio da autoridade policial (exposição de Motivos, item 17, letra a). O art. 50 desse projeto tinha a seguinte redação “ O juiz de instrução, a requerimento da autoridade policial, quando for necessário aos interesses da justiça ou conveniente á investigação, poderá ordenar a detenção provisória do indiciado. Paragrapho único. A detenção será em sala especial e não poderá exceder dez dias”. A prisão temporária já era tratada no Projeto de Código de Processo Penal de 1983 e também em propostas que o antecederam” In (DELMANTO JUNIOR, 1998, p. 129)

internet no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

A referida Lei de Segurança Nacional diverge da atual Lei da Prisão temporária, uma vez que, a além de viger no Brasil em plena Ditadura Militar, permitia que a própria autoridade policial responsável pelo inquérito, sem qualquer ratificação da decisão pela autoridade judiciária, mantivesse o indiciado preso e incomunicável por oito dias.

Determinava também que a autoridade policial poderia mantê-lo custodiado ou encarcerado por até 30 dias, podendo esse período ser prorrogado por uma vez, bastando que tal ato fosse – cabendo aqui destacar a expressão que virá subsequente - reservadamente comunicado à autoridade judiciária competente.

A merecida ressalva e destaque para a palavra reservadamente se justifica, uma vez que, apesar da constrição de liberdade ser um ato unilateral da autoridade de polícia, essa ainda poderia manter o investigado incomunicável por mais de uma semana, reiterando, 8 dias, e por fim, utilizar da prerrogativa assegurada pela lei de somente comunicar este ato ao juiz de forma “secreta”, reservada.

Referida lei foi revogada pela de nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983, a qual definia os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelecia seu processo e julgamento e dentre outras providências regulamentava o que hoje denominamos de prisão temporária, mas que à época ainda não possuía esta nomenclatura.

A regulamentação ocorria através dos art 33⁶² e parágrafos, todavia, na lei vigente em plena década de 80, a própria autoridade que presidia o inquérito ainda poderia manter o indiciado preso ou sob custódia pelo prazo de 15 dias, prorrogáveis pelo mesmo período. Para

⁶² Art. 33 - Durante as investigações, a autoridade de que presidir o inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia, pelo prazo de quinze dias, comunicando imediatamente o fato ao juízo competente.

§ 1º - Em caso de justificada necessidade, esse prazo poderá ser dilatado por mais quinze dias, por decisão do juiz, a pedido do encarregado do inquérito, ouvido o Ministério Público.

§ 2º - A incomunicabilidade do indiciado, no período inicial das investigações, será permitida pelo prazo improrrogável de, no máximo, cinco dias.

§ 3º - O preso ou custodiado deverá ser recolhido e mantido em lugar diverso do destinado aos presos por crimes comuns, com estrita observância do disposto nos arts. 237 a 242 do Código de Processo Penal Militar.

§ 4º - Em qualquer fase do inquérito, a requerimento da defesa, do indiciado, de seu cônjuge, descendente ou ascendente, será realizado exame na pessoa do indiciado para verificação de sua integridade física e mental; uma via do laudo, elaborado por dois peritos médicos e instruída com fotografias, será juntada aos autos do inquérito.

§ 5º - Esgotado o prazo de quinze dias de prisão ou custódia ou de sua eventual prorrogação, o indiciado será imediatamente libertado, salvo se decretadas prisão preventiva, a requerimento do encarregado do inquérito ou do órgão do Ministério Público.

§ 6º - O tempo de prisão ou custódia será computado no de execução da pena privativa de liberdade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.



isso, bastava que a prisão fosse imediatamente comunicada ao juiz. Referido dispositivo de Lei assegurava, também, que o indiciado poderia ficar incomunicável por no máximo 05 dias, argüindo que tal prazo seria improrrogável.

Ainda no ano de 1983 houve o que pode ser chamado de primeira Lei “expressa” da prisão temporária através do já mencionado Projeto de Código de Processo Penal apresentado em 30/06/1983, denominado Projeto de Lei nº 1.655/83, através do qual em seus artigos 420⁶³ a 422 abordava de forma evidente e notória o que denominamos hoje como Prisão Temporária. Entretanto, referido projeto foi retirado por solicitação do Poder Executivo da mesa diretora da Câmara dos deputados em 17/11/1989.⁶⁴ Por conseguinte, exatos sete dias após a retirada do projeto, precisamente em 24 de novembro daquele ano foi editada a medida provisória de nº 11, por meio da qual introduziu na nossa legislação a atual Prisão Temporária.

Assim, apesar de estar em completo arrepio ao ordenamento jurídico nacional vigente, a medida provisória supra descrita foi através do Projeto de Lei de Conversão, cujo nº era 39/89, apresentada pelo Senador-Relator Meira Filho e convertida em Lei. Mesmo não sendo submetida ao devido processo legislativo exigido, criou-se a Lei nº 7.960, publicada em 21 de dezembro de 1989, a partir da conversão da Medida Provisória nº 111 em lei

5.2 A Atual realidade da Prisão temporária no Brasil

A lei 7.960/89 apesar desse “*defeito genético*”⁶⁵ está em plena vigência e denuncia-se, assim, como instrumento de incremento da efetivação penal repressiva (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008). É possível afirmar que o legislador nacional equivocou-se quando, na ânsia de fazer “*justiça penal célere*”, editou a lei regulamentando a prisão temporária, dando novos contornos a uma espécie do gênero prisão cautelar.

Os abusos instituídos pela temporária e seu ingresso no ordenamento brasileiro se deram, em princípio, mediante desrespeito ao devido procedimento legislativo, já que a sua criação tem origem na já mencionada medida provisória n. 111/1989 (TOURINHO FILHO,

⁶³Art. 420. “Mediante requerimento da autoridade policial, do Ministério Público, do ofendido ou do seu representante legal, o juiz pode decretar, motivadamente e no máximo por cinco dias, a prisão temporária”

⁶⁴Informação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194679>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

⁶⁵Referida expressão foi utilizado por Aury Lopes Junior para se referir a prisão temporária; In (LOPES JUNIOR, 2011, p. 162)

2008) Como se sabe, medida provisória não pode abarcar matéria processual penal (artigo 62, § 1.º, I, c, da CRFB).

Sob o paradigma procedimentalista do Estado de Direito Democrático, o adjetivo “*clandestino*” mostra-se apropriado ao procedimento afeto à prisão temporária, já que foi legalmente concebido (Lei 7960/80) para ser realizado às escondidas, apesar da imposição constitucional de observância dos princípios institutivos do contraditório e ampla argumentação em todos os processos judiciais ou administrativos (artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB). Apesar de a Constituição não fazer ressalva, inadmissível a inobservância dessas garantias em procedimentos que afetam diretamente a liberdade do cidadão.

A rigor, diante da CRFB, não se pode contemporizar com o fato, embora comum, de a prisão temporária ter se transformado em *instrumento secreto* de persecução criminal, blindado contra o devido processo legal (artigo 5.º, LIV e LV, da CRFB).

Não há sentido em prender para averiguar ou investigar um suspeito, se a Constituição, na *tipologia penal do modelo constitucional de processo*⁶⁶ (BARROS, 2009, p. 16-22), assegura a todos os cidadãos o direito ao silêncio não incriminador (artigo 5.º, LXIII, da CRFB). (MONTEIRO DE BARROS, 2011)

Com efeito, a insistência pragmática do uso da prisão temporária sem balizamentos constitucionais acarreta prejuízo à defesa e não atende à perspectiva democrática de co-construção das decisões pelos seus destinatários (FAZZALARI, 2006, p. 117-118).

A Lei 7960/89 carece, assim, de uma releitura constitucional para lograr validade jurídica. Ademais, a mencionada Lei preconiza que somente o juiz, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, pode decretar a prisão temporária. Contudo, de acordo com uma leitura constitucionalmente adequada, ao juiz não cabe fundamentar a prisão temporária de modo solipsista (STRECK, 2007, p. 28; 2010, p. 45-46), demonstrando, sem debate, a presença dos requisitos previstos na lei.

⁶⁶Italo Andolina e Giuseppe Vignera escreveram que o modelo constitucional de processo é “um esquema geral de processo” que possui as seguintes características a) expansividade idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, mas sempre mantendo a sua conformidade com o esquema geral de processo b) a variabilidade como sendo a possibilidade da norma assumir formas diversas em razão de características específicas de determinado microssistemas, desde que em conformidade com a base constitucional c) perfectibilidade a sua capacidade de ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, mas sempre em conformidade com o esquema geral de processo”. (ANDOLINA e VIGNERA, 1997, p.9-10) Cabe ressaltar que apesar do estudo de Andolina & Vignera focar no processo civil italiano, suas conclusões podem, também, ser compreendidas dentro de uma teoria geral do processo, uma vez que estão lastreadas em princípios constitucionais processuais, o que justifica a sua aplicação ao processo penal.

Indubitável que, principalmente diante da forte influência de regimes autoritários e despóticos na recente história política brasileira, representados pelos anos de ditadura, há ainda no arcabouço jurídico nacional leis autocráticas, como é o caso da Lei 7.960/89 que integram o nosso ordenamento e que ainda primam em transferir ao julgador o poder de decidir de forma solipsista, isolada, discricionária e subjetiva. Ou seja: o exercício da função jurisdicional através de critérios e parâmetros completamente dissociados da constitucionalidade da jurisdição.

Nesse passo, imperioso combater a individualidade do julgador em decidir invocando critérios pessoais ou, até mesmo, religiosos, ideológicos ou políticos.

Inadmissível no atual cenário jurídico-político-social almejar, através dos julgamentos, ser bom com os miseráveis e rigoroso e austero com os considerados ‘patrimonializados’.⁶⁷ Este posicionamento foi de forma precisa definida por Brêtas como sendo uma patologia intitulada complexo de *Magnaud*⁶⁸.

O julgador não “*diz o direito*”, pois as partes não estão reduzidas a uma posição de sujeição e o processo, a mero instrumento técnico da jurisdição (LEAL, 2009).

Na democracia constitucional e processualizada, mostra-se autoritária uma decisão construída de forma solipsista pelo juiz (ou qualquer ocupante de cargo público, ou exercente de função pública), de sorte a encobrir a ineficiência estatal na solução de controvérsias (LEAL, 2009, p. 86.).

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito repudia o “*Juiz artesão da justiça e do Direito*” (BRÊTAS, 2004, p. 135).

O exercício constitucionalizado da função jurisdicional deve obedecer ao princípio da reserva da lei e à garantia do devido processo constitucional. A decisão jurisdicional não deve ser

⁶⁷LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. Disponível em: [://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf)>. Virtuajus, ano 4, n° 2, dezembro de 2005. Acesso em: 21/04/2011.

⁶⁸“Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser bom juiz clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com as regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Estas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizados, dir-se-ia espécie mitológica do Juiz-Zeus.” Citação retirada da obra Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias quando este as páginas 134,135 cita a obra de GENY, François. *Methodes d'interprétation ET sources em droit prive*. 2ed. Paris, 1919, v.2.

um ato solitário do órgão jurisdicional, já que somente obtida sob inarredável processo constitucional e por meio de uma garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (BRÊTAS, 2004)

Após os ensinamentos de Fazzalari (2006), Gonçalves (1992) e LEAL (2002, 2005), o norte hermenêutico do processo democrático está no fato de que aquele que sofre os efeitos da decisão deve ser tratado como coautor do ato decisional. Por isso, o contraditório, presente na esfera procedimental, passa a ser a referência do provimento.

O provimento não é fruto da vontade de uma autoridade “anacoreta”, já que o julgamento se sujeita, tal como as partes, às imposições normativas que regem a função jurisdicional. (MADEIRA, 2008, p.114).

5.3 Da participação dos afetados na decisão como forma de democratização do processo penal

O instituto da prisão temporária (Lei 7960/89) ainda precisa ser desafiado por uma leitura constitucionalmente adequada. A lei que dispõe sobre a prisão temporária data de 1989, um ano após a vigência da CRFB, que reservou a tratativa da liberdade do cidadão aos órgãos jurisdicionais.

De fato, a partir de 1988, apenas autoridade judiciária pode decidir acerca do cabimento ou não do cerceamento de liberdade do cidadão (artigo 5.º, LIV e LXI, da CRFB).

Em outras palavras, a CRFB revogou *ipso facto* a possibilidade de autoridade administrativa determinar prisão para investigações (arts. 319 e 320 do C.P.P.). Um ano depois, porém, o legislador ordinário instituiu a prisão temporária, cuja finalidade aparente é acautelar as investigações.

A democratização constitucional do processo penal resulta na participação dos afetados pela decisão. Qualquer procedimento penal se faz, dessa forma, respaldado nas garantias constitucionais, afastando, por completo, a possibilidade de o Estado unilateralmente tolher a liberdade do cidadão, fazendo deste apenas um objeto de investigação.

Nessa perspectiva, o texto constitucional não pode ser tratado apenas como uma mera folha de papel, sob pena de se ver frustrada sua capacidade de enfrentar os conflitos e as complexidades típicas da Modernidade.



A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante na nossa história, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstrutiva, a Constituição reafirma, mais uma vez, porque reinterpreta, os grandes ideais de autonomia de emancipação presentes nas grandes revoluções do século XVIII (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 142)

Assume destaque a imprescindibilidade da Constituição como elemento que reúne os princípios instituídos pelo Estado de Direito Democrático e viabiliza o desenvolvimento de um direito processual penal de matriz democrática.

A maior participação das partes em procedimentos como a prisão temporária é a única forma de assegurar ao cidadão co-construir a decisão penal de que será destinatário (HABERMAS, 1997).

A participação dos cidadãos nos procedimentos estatais representa a porta de entrada para o enfrentamento da crise de efetividade da própria Constituição (STRECK, 2001, p. 249), que baliza, por seu turno, todas as demais especialidades do Direito.

O direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos do processo de tomada de decisões (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007. p. 142)

No Processo Penal Democrático se deve assegurar a todos a participação em contraditório e de forma igualitária, mas, para que isso realmente possa acontecer e a decisão judicial não tenha surpresas, ela deve ser fundamentada apenas no que foi argumentado pelas partes no processo.

O contraditório confere igualdade de tratamento às partes, assegurando-lhes igual oportunidade de participação no processo. Entretanto, para que essa participação em simétrica paridade não seja meramente simbólica, a metodologia de formação da decisão judicial deve abranger obrigatoriamente os argumentos das partes. Impede-se assim, que os destinatários da sentença sejam surpreendidos com argumentos que não fizeram presentes no debate judicial. (MARQUES, 2009, p. 177)

O processo legitima a jurisdição sendo que essa, na perspectiva do direito democrático, não é expressão ou faceta pura e simples do poder estatal, ditada com privatividade por uma “*aristocracia da toga*” (SCHMITT, 2007, p. 228), “mas o *resultado* da interpretação



compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia do processo, (...) principiologia essa que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão”. (LEAL, 2008, p. 152).

Assim, o desrespeito às garantias conquistadas pelos cidadãos e sedimentadas na Constituição repercute em dificuldades para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, tal como projetado em 1988 (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004), em especial no procedimento de prisão temporária.

A prisão temporária, espécie de procedimento de prisão cautelar, submete-se aos imperativos constitucionais da ampla defesa, do contraditório e isonomia e do estado de inocência e, ao cabo, dignidade da pessoa humana⁶⁹ (artigos 1.º, III, e 5.º, LIV, LV e LVII, da CRFB). Citados imperativos se efetuem mediante o exercício constitucionalizado e processualizado da função jurisdicional.

A prisão temporária não pode permanecer como uma ilha procedimental à margem do paradigma de direito democrático.

A antecipação da privação da liberdade é exceção à regra do estado de liberdade de que goza todo cidadão, motivo pelo qual, para a sua decretação, devem estar observados os princípios que regulam a processualidade. (MONTEIRO DE BARROS, A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo e atuação dos sujeitos processuais, 2011)

Nenhum discurso acerca da celeridade das decisões jurisdicionais, que, em discurso socializante (movimento da lei e da ordem, conforme ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, p. 19) do campo penal, pode implicar encarceramento mais célere do indivíduo.

Por essa razão, Tavares propõe nova abordagem à “*duração razoável do procedimento*” (artigo 5.º, LXXVIII, da CRFB):

O novo princípio de direito fundamental da duração Razoável do Procedimento (e não do Processo) e da celeridade de tramitação deve ser aplicado em estrita complementariedade com os demais princípios regentes da processualidade, isto é, Isonomia, Contraditório e Ampla defesa, de modo a se dar uma interpretação sistêmica a este novo direito-garantia, também de índole fundamental, como os demais (TAVARES, 2006, p. 223)

Ademais, inegável que a privação de liberdade do cidadão está sendo utilizada pelo Estado, dentro da realidade brasileira de primar por respostas processuais penais emergenciais,

⁶⁹No que se refere especificamente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana foi ele reconhecido como fundamento do Estado Democrático de Direito cujo qual a República Federativa do Brasil se mostra como requisito indispensável para a legitimidade da ordem jurídico-constitucional (SARLET, 2004, p.78)

como uma das alternativas para o que se tem chamado de políticas imediatas de combate à criminalidade, provavelmente influenciado por um “populismo punitivo”⁷⁰.

Ainda que seja argüido por algumas autoridades de segurança pública ou pelos defensores de um excessivo rigor punitivo de que o tempo da Prisão temporária em via de regra é só de 05 dias, indubitável que é um período em que o indivíduo fica encarcerado, privado de sua realidade diária e totalmente excluído da sociedade.

Nesse sentido, cabe citarmos Messuti quando assim analisou o tempo de privação de liberdade:

A qualidade do tempo em que se vive durante a pena, por ser precisamente “o tempo da pena” não pode ser a mesma daquele que vive livre da pena. Qualquer atividade que se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. Ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena está imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente. E esta imobilidade poder-se-ia qualificar de espera. (...) ‘o outro’ que pode despertar-lhe a memória de si está fora dos muros da prisão. Os demais, que compartilham a sorte do condenado, não podem despertar-lhe a ‘memória de si’, do que foi antes de iniciar a pena. Só a consciência de seu estado atual. Por isso, as relações mantidas dentro da prisão não o ajudarão a recordar-se de si mesmo, do que era antes que a pena seccionasse o espaço e o tempo. Seu recordar será limitado e empobrecido, pois sua memória ficou à mercê de suas próprias forças; já não recebe o estímulo externo do mundo, que foi seu mundo e que fechou as portas. A relação de coexistência que nasce dentro dos muros da prisão não é livre, foi imposta pelas circunstâncias da pena. É uma relação entre os que foram excluídos da comunidade de pessoas. E essa exclusão poderia incluí-los em outra comunidade baseada em uma espera comum: a de sua dissolução (MESSUTI, 2003, p. 44-45)

No período que antecedeu a Assembléia Constituinte, os cidadãos brasileiros vivenciaram um modelo jurídico traçado pelo Estado, que priorizava uma verdade oficial, ainda que mediante violência e arbítrio (ditadura jurídico-política).

Contudo, as conquistas almejadas pelo povo, como conjunto de legitimados ao processo (LEAL, 2009, p. 67), foram materializadas no texto constitucional no fito de:

(...) instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (BRASIL, 2011, Preâmbulo da Constituição).

⁷⁰O populismo punitivo pode ser definido como sendo as demandas do povo direcionadas ao Estado com o objetivo de que este intervenha penalmente de forma rigorosa em prol de se garantir a segurança pública. (SANCHEZ, 2009, p.19)

Seguindo esta linha de raciocínio, direitos constitucionalmente garantidos não são mitigação em prol da busca *fetichizada* (LEAL, 2009) por um provimento judiciário sumário, que contradiz ou dispensa o devido processo legal, depositando na visão unilateral do julgador o destino do direito.

Barros (2009), Brêtas de Carvalho Dias (2004) e Leal (2002) concordam que o enlace definitivo entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais pelo terceiro imparcial⁷¹ (equidistante dos contraditores por ausência de suportabilidade dos efeitos do *thema decidendum*) é que veicula a legitimidade dessas mesmas decisões (MONTEIRO DE BARROS, 2011). E a busca da legitimidade representa ponto nodal de adequação das decisões jurídicas em geral ao Estado de Direito Democrático, enquanto projeto constitucional permanente (artigo 1.º da CRFB) (CATTONI, 2004, p. 542-543)

Resgatar a importância do espaço público processual, no qual todos os interessados possam participar do aprimoramento do sistema jurídico, pode representar a tentativa de redescoberta da importância dessa estrutura normativa contra a indiferença e a apatia (coletiva) política na qual os cidadãos (clientes não participantes) estão imersos e que são geradas pelo argumento dos “*manipuladores olímpicos do poder*” e pelos seus discursos tecnológicos de máxima eficácia prática e de diminuta repercussão social (cidadã) (NUNES, 2009, p. 251)

Fica claro que a prisão temporária, como instituto jurídico de procedimento penal, não escapa a uma filtragem constitucional e democrática, logo processual, nos termos ora apresentados.

5.4 Prisão temporária mediante contraditório e isonomia: um desafio.

Para muitos estudiosos do direito o contraditório ainda está alicerçado sob a clássica expressão romana “*audiatur et altera pars*”. Consolidou-se através da garantia constitucional de que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes art. 5, inciso XXXV da Constituição da República.

No início do século XIX era considerado um símbolo dos direitos naturais sendo que a doutrina europeia afirmava que o seu fundamento estava em um princípio de razão natural,

⁷¹Para uma reunião de justificativas da doutrina tradicional sobre o princípio da fundamentação das decisões judiciais, cf. HARTMANN, 2010, p. 128-133.



inerente ao processo. Na década de 30, chegou a ser cogitado que a inexistência do contraditório não impedia a obtenção de uma decisão justa, após a segunda guerra, o princípio chegou a perder um pouco de sua importância, principalmente, se considerarmos um ativismo judicial⁷² que privilegiava a figura do juiz. (NUNES, 2004, p.40-41)

Todavia, a partir de um Estado de Direito Democrático, necessária a releitura do contraditório em prol de se permitir e garantir um efetivo diálogo dos sujeitos processuais com o julgador, principalmente, durante o Inquérito Policial.

No Brasil ele passou a integrar a Constituição no ano de 1937 (art. 122, nº. 11, segunda parte). Perdurou nas constituições subsequentes (1946, art. 141, parágrafo 25, 1967, art. 140, parágrafo 16 e foi remunerado na Emenda de 1969 para art. 153, parágrafo 16). Atualmente, está assegurado na constituição de 1988 em seu artigo 5º LV.

Contudo, o contraditório ainda sob uma ótica tradicional brasileira é interpretado simplesmente como direito de bilateralidade, possibilidade das partes a devida informação e de reação, ou seja, dentro dessa acepção, basta o dizer e contradizer para a sua caracterização, ou seja, há apenas uma aparente participação.

Para muitos o contraditório ainda em pleno século XXI se limita à definição clássica como “*ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*” (ALMEIDA, 1973, p.81).

Antonio Scarance Fernandes argui ainda que no processo penal haveria uma especificidade do contraditório em relação ao processo civil, já que naquele há a necessidade de que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo que, segundo o referido autor, assim pode ser definido:

Pleno por que se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.

⁷²Dierle José Coelho Nunes quando faz referência ao ativismo judicial completa o seu raciocínio: “ Não se pode, igualmente, permitir que o movimento pelo ativismo judicial gere os mesmos frutos nefastos ocorridos nos sistemas de socialismo processual, no qual o aumento demasiado do papel do juiz conduziu à apatia e à atecnia das partes. Do mesmo modo como ocorreu nesses sistemas, faz-se necessário, na atualidade, reforçar a responsabilidade e formação da advocacia e nela investir, como forma de garantir um sistema policêntrico e vinculado a uma participação cidadã. O sistema brasileiro de processo dimensionaria, assim, adequadamente seu viés democrático, no qual todas as esferas de exercício do poder encontrariam um controle compartilhado, uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante, que impediria o subjetivismo e o autoritarismo judicial, de um lado e a má fé e a procrastinação por parte do advogado, do outro.(NUNES, 2009, p.250-251)

Liga-se o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similares (FERNANDES, 1999, p.53)

Dentro dessa acepção tradicional, o contraditório ainda que pleno e efetivo está limitado a bilateralidade da audiência e possibilidade de que as partes tenham a devida informação e oportunidade de reação.

O dizer e o contradizer garantiriam o seu respeito, ainda que estas ações não fossem respaldadas pela estrutura do procedimento e pelos fundamentos invocados pelas decisões: haveria uma participação, mas que seria fictícia.

Todavia, “*esta visão de um contraditório estático, somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz.*” (NUNES, 2004, p.42).

No Brasil de hoje, apesar do contraditório estar prescrito pelo art 5º, inc. LV da CRFB, tradicionalmente ainda é interpretado de forma equivocada, já que muitos se limitam em aplicá-lo como o direito a bilateralidade de audiência, a simples participação no processo apta em permitir a análise estática do conteúdo da garantia. Tal postura está atrelada a prática solitária da decisão e ao desprezo das balizas estabelecidas pelo Estado de Direito Democrático.

O contraditório pode ser interpretado também como uma garantia de influência e não-surpresa cujo significado para o processo passou por uma enorme transformação após os ensinamentos de Elio Fazzalari⁷³ e Aroldo Plínio Gonçalves⁷⁴

O processo não se limita a uma sequência de atos praticados pelas partes, mas pela existência do contraditório entre as partes em simétrica paridade no procedimento. (FAZZALARI, 2006)

⁷³Processualista italiano criador e difusor da teoria do processo como procedimento em contraditório e tendo como ponto crucial a distinção entre Processo e Procedimento pelo atributo do contraditório. Referida teoria confere ao procedimento realizado via contraditório a qualidade de processo; ou seja: segundo ensinou o processualista italiano, o processo não é simplesmente uma sequência ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas, pela existência do contraditório entre as partes, em simétrica paridade no procedimento que, longe de ser somente uma sequência de atos do processo, pode ser equiparado a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando processual do direito ao contraditório. (FAZZALARI, 2006)

⁷⁴Gonçalves, utiliza dos ensinamentos de Fazzalari para concluir: “O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo”. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (GONÇALVES, 1992, p. 120)

Após os estudos iniciados por Fazzalari, atualmente se pode afirmar que o norte hermenêutico do processo democrático está no fato de que aquele que sofre os efeitos da decisão deve ser tratado como coautor do ato decisional.

O contraditório é também uma garantia de influência e não-surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, visando evitar a excessiva auto confiança individual inerente a algumas decisões monocráticas e também para que o decidido pelo julgador não se baseie em fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes. (NUNES, 2004, p. 51) “A *compreensão unitária do Juiz*” concernente a um fato, necessariamente, deve dar lugar “*a uma visão compartilhada, plural, e abrangente, que se aproxima bem mais da intrincada realidade. Exatamente por esse motivo é que a contribuição das partes é indispensável.*”⁷⁵ impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, visando evitar a “solitária onipotência” decisória, para que a decisão não se baseie em fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes (NUNES, 2004, p. 51).

“A *compreensão unitária do Juiz*” concernente a um fato, necessariamente, deve dar lugar “a uma visão compartilhada, plural, e abrangente, que se aproxima bem mais da intrincada realidade. Exatamente por esse motivo, é que a contribuição das partes é indispensável”. (MARQUES, 2009, p. 178)

Assim, atualmente, e lastreado em um discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é um instituto do Direito Constitucional, jamais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ao procedimento pela atividade jurisdicional. (LEAL, 2009, p.83)

o contraditório deve se instaurar diretamente entre os interessados-destinatários do provimento as partes. O juiz, o Ministério Público e seus auxiliares, embora sejam sujeitos do processo, não podem atuar como contraditores (LEAL ANDRÉ, 2002, p.85)

Reitera-se o fato de que, na lição de Fazzalari, a estrutura de atos normativos em contraditório é aquela que assegura às partes “*simétrica paridade das suas posições*” (FAZZALARI, 2006, p. 119). Desenvolvendo a noção de “*simétrica paridade*”, Gonçalves

relaciona a igualdade de oportunidades à liberdade de todos perante a lei como essência do contraditório.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 1992, p. 127)

O uso do vocábulo “igualdade”, embora corrente e moente nos estudos de direito processual, requer investigações para que não se convertam em palavra vazia de sentido (MONTEIRO DE BARROS, 2011)

Em regra, a igual oportunidade a que se referem os estudiosos vem expressa em exemplos de ordem cronológica. Apontam-se as incongruências dos prazos em dobro concedidos aos órgãos estatais, em confronto com os prazos simples dos advogados privados. Reduz-se o contraditório à oportunidade de “estar-aí” para dizer e contradizer, hipótese para cuja análise não se pode olvidar a crítica ferrenha de Leal. (2009, p. 108):

A considerar o contraditório por uma “essência” da oportunidade de estar no processo em igualdade com outros, esquece-se como essa paridade se fundamenta para o exercício desse direito. A não colocar esse tema em cogitação, a **ampla defesa** se transmuta em tagarelice (lalação) ou presença vital de partes escreventes e falantes (*práxis*) com igualdades gozosas de falas ou posições ingênuas. A **simétrica paridade** é princípio de conteúdos complexos que, ao seu esclarecimento, suplicam ingresso na demarcação teórica da **dignidade** que impõe, no plano instituinte-processual da **lei**, nas democracias não paideicas, acolhimento como direito líquido e certo de auto-ilustração, para todos, sobre os fundamentos da existência jurídica.

Não basta à configuração democrática do modelo constitucional de processo a igual oportunidade de as partes se posicionarem no tempo-espço do procedimento e duelarem por meio de uma fala nua, ou historicamente herdada. Decerto, a apontada “tagarelice”, nesses moldes, reproduz a dominação dos patrimonializados sobre os não-patrimonializados (LEAL, 2005), já presente no chamado processo civil e elevado à enésima potência em sede de processo penal. (MONTEIRO DE BARROS, 2011)

Registre-se que tal situação de opressão ainda ganha contornos de maior crueldade em países com altos índices de exclusão social, nos quais a mídia se converte em agência do sistema penal, incentivando a punição dos já marginalizados econômica e financeiramente. (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008, p. 3-21 e 42-44).



Com acerto, Leal (2009, p. 110-111) acentua que a democracia dos dias atuais não é paidéica, porque o simples comparecer, fictícia ou concretamente, à praça pública em momentos esporádicos para pronunciar a própria opinião (*isegoria*) não liberta o dominado do dominador historicamente consagrados (MONTEIRO DE BARROS, 2011)

5.4.1 O Contraditório atrelado ao princípio da isonomia conglobante.

Por conseguinte, o contraditório de que se cuida ganha, em termos democráticos, o acréscimo da noção revisitada de **isonomia** para implantar realidades diferentes das que vigem na *práxis* criticada. Nesse raciocínio, cumpre agregar ao contraditório, o princípio da isonomia, que reúne, para Leal (2002, p. 109), três aspectos: a *isotopia*, a *isomenia* e a *isocrítica*.

A *isotopia* consiste na igualdade perante a lei, isto é, na garantia de que os contraditores são dotados do mesmo atributo de liberdade, mensurável a partir da legalidade, e não da vontade do contendor adversário, como sugere a teoria do processo como relação jurídica. Esse aspecto já consta das lições de Gonçalves (1992).

A *isomenia*, a seu turno, significa a igual condição de cada contraditor interpretar a lei, propondo, por meio da ampla argumentação, os conteúdos semânticos da lei.

Já a *isocrítica* remonta à igualdade entre as partes para destruir e reconstruir o sentido da lei diante do caso concreto. Com esses esclarecimentos teóricos sobre a isonomia, parece facilitada a tarefa de visualizar a efetiva equalização dos contraditores no espaço discursivo-procedimental.

A isonomia não é garantida por uma pretensa neutralidade material do órgão público decisor, como atributo imanente do sujeito que o ocupa (MARTINS DA COSTA, 2001, p. 119-131). Nesse caso, mais adequado é falar em um terceiro imparcial (BARROS, 2009, p. 20-21), que em momento algum ladeia qualquer dos contraditores, genuínos destinatários do provimento final no procedimento. Pode-se dizer que o princípio do terceiro imparcial mostra a face negativa da isonomia, exigindo, pois, a não-atuação parcial do órgão decisor como garantia da decisão constitucionalmente adequada.

O delineamento da isonomia ora proposto complementa a perspectiva do terceiro imparcial e centra-se, em sentido positivo, nas partes contraditoras que se reconhecem, ao mesmo



tempo, como destinatárias e autoras do provimento, mediante contraditório e ampla argumentação.

Assim, a isonomia conglobante de *isotopia*, *isomenia* e *isocrítica* pauta tanto a paridade contraditorial entre as partes quanto a ampla argumentação que lhes é constitucionalmente oportunizada e garantida para a construção e reconstrução democrática, logo legítima, do conteúdo do ato estatal. (MONTEIRO DE BARROS e MARQUES, 2010)

Em termos de prisão temporária (Lei 7960/89), o respeito ao contraditório e à isonomia, como princípios constitucionais indispensáveis, coloca-se como verdadeiro desafio.

5.5 Das alterações na Prisão Temporária para sua coexistência com a nova realidade do Processo Penal

A razão subjacente à prática hodierna da prisão temporária no Brasil não tem sido a dialógica (ou contraditorial, discursiva), mas sim a solipsista (ou inquisitorial, subjetivista). Basta a representação do delegado de polícia ou do membro do Ministério Público para provocar a análise (inquisitorial) do juiz sobre o caso.

Um dos pontos nodais da presente pesquisa não se limita em encontrar argumentos para justificar ou para invalidar a temporária, mas sim o de se buscar formas para adequá-la às novas exigências prescritas pela Constituição, no fito de se evitar excessos quanto aos direitos e garantias do acusado.

A Prisão temporária, medida extremada de restrição da liberdade, só pode ser decretada, exclusivamente na fase do Inquérito Policial e na imensa maioria dos casos é decretada antes mesmo da oitiva do investigado ou indiciado ou de qualquer manifestação da defesa.

Tal inobservância evidencia-se na adoção da medida restritiva de liberdade na fase do inquérito policial, onde o indiciado, mero objeto de investigação, é levado ao cárcere antes mesmo de ser ouvido, sem qualquer possibilidade prévia de defesa. (COLEN, 2002, p.101)

O inquérito está totalmente atrelado à inquirição, ato ou efeito de inquirir, ou seja, a busca de informações sobre algo. É realizado pela polícia judiciária por meio das autoridades



policiais no território de suas respectivas circunscrições tendo “por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria” (art. 4º e art. 5º⁷⁶ do CPP).

O investigado, acusado, suspeito não pode simplesmente ser tratado como se fosse um mero objeto à disposição da autoridade policial, mas sim como sujeito de direito.

O atual Processo Penal exige uma postura garantista do Estado para com o indivíduo que tem a sua liberdade tolhida.

O cidadão indiciado deve receber um tratamento digno e inerente a sua situação de ser humano, por mais severo e repugnante seja o tipo penal em que está sendo investigado, indiciado ou acusado.

Para se impor uma sanção de natureza Processual Penal, principalmente, no caso da mais extremada delas, a constrição da liberdade - ainda que por um período pré-determinado no tempo como é o caso da prisão temporária – torna-se necessária a observância do respeito às garantias constitucionais asseguradas pela Constituição, pois inquestionável que não é essa última que tem que se adaptar ao Processo Penal, mas sim o Processo Penal que precisa urgentemente ser interpretado em conformidade com os preceitos constitucionais.

A Prisão Temporária não pode continuar sendo um instrumento para satisfazer o interesse da polícia, já que submete alguém ao cárcere e aos suplícios dele decorrentes e infelizmente até mesmo a uma forma de tortura psicológica em que o investigado sob a

⁷⁶ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o nº II conterà sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.



justificativa da “imprescindibilidade para as investigações do inquérito”, fica à disposição do inquisidor.

A prisão temporária cria todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. A prisão temporária é um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória que ainda norteia a atividade policial, em que a confissão e a ‘colaboração’ são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a ‘verdade’ esconde-se na alma do herege, sendo ele o principal ‘objeto’ da investigação. (LOPES JUNIOR, 2011, p.171)

Jamais se pode olvidar o fato de que a nossa legislação processual penal foi elaborada durante um governo autoritário, inquisidor e que a época, além de se utilizar da tortura como meio para se obter a confissão, não primava em observar o respeito às conquistas individuais contra o Estado.

Nesse contexto, o contraditório é uma dessas conquistas que jamais pode ser tratado como se fosse ‘lei morta’, já que ao lado da ampla defesa e da isonomia é uma das maiores garantias de que o cidadão dispõe no Estado de Direito Democrático.

Representa, dentre todas as salvaguardas previstas na Legislação de um País, o auge da luta do cidadão contra o arbítrio do Estado, desde o momento em que existe a possibilidade dessa pessoa ser incriminada e ter concretizado a supressão injusta do seu direito à liberdade. (CHOUKR, 1995, p.94).

Todavia, por mais absurdo que possa se mostrar na atual democracia em que vivemos, ainda há entendimentos contrários ao sobredito. Referido posicionamento prima pela efetividade da Segurança Pública e se funda no inesperado, na surpresa, para rejeitar a incidência do contraditório nos procedimentos de cautela provisória, como no caso da Prisão Temporária.

Aberto o contraditório das partes, muitas vezes, frustrar-se-ia o fim da cautela em razão de que, tomando o acusado conhecimento da possibilidade de adoção contra ele de medida cautelar, poderia, antecipando-se à decisão, furtar-se à execução. Inatendida, destarte, ver-se-ia a tutela cautelar. (ESPINOSA FILHO, 2000 p.439)

Tal argumento, conforme sobredito, ampara-se principalmente no inopino como elemento crucial decisivo para os procedimentos cautelares de restrição da liberdade. Para aqueles que possuem esse entendimento a surpresa é elemento decisivo para se impedir que o indivíduo se esquive da decisão e literalmente fuja.



Contudo, ainda que se admita como plausível esse argumento, uma vez que são alarmantes os atuais índices de criminalidade, inquestionável, que jamais podemos desconsiderar o contraponto dessa linha de argumentação, qual seja: o direito a liberdade do cidadão.

Nesse embate e na eterna dicotomia segurança x liberdade, inquestionável a necessidade de reconhecermos o maior número de garantias àquele investigado, suspeito de praticar uma infração penal e que na maioria das vezes tem suprimida temporariamente a sua liberdade, mas sequer lhe foi facultado iniciar o exercício da sua defesa.

Todavia, não há como o julgador decidir com base em fatos e argumentos inobservados do contraditório, em que Nunes se fundamentando em Ferri e o define como “Verdadeira garantia de não surpresa”.

Desde modo, o contraditório constitui um verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes. Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório o provimento seria inválido, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão. Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz mas sim sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício. (NUNES, 2004, p.51-52)

Ademais, a Prisão temporária é decretada na imensa maioria dos casos, necessariamente, com os elementos de prova que foram colhidos exclusivamente pela polícia judiciária, uma vez que esta se procede “*quando imprescindível para as investigações no inquérito policial*” Art 1º inc.I da Lei 7.960/89.

No momento de sua decretação o responsável pelo decreto está por via de regra bem distante da realidade dos fatos e das investigações e não tem nenhum contato direto com os elementos de prova que até o momento foram reunidos unilateralmente pelo Estado.

No decorrer da investigação, a autoridade policial busca elucidar a suposta infração penal e para isso se utiliza do que é definido como *Opinio delecti*. Contudo, na maioria dos casos para se chegar à conclusão, o investigado é tratado como simples objeto do procedimento investigatório, “*a investigação criminal constitui procedimento prévio à formação da opinio delecti no qual há uma limitação da participação do investigado no esclarecimento do caso, já*



que, nessa etapa inicial ele não é sujeito de direito, mas objeto da investigação” (OLIVEIRA SILVA, 2012, p.76)

Apesar de serem essas as características do Inquérito policial, a decisão do julgador que concede a temporária se funda, exclusivamente, como fonte de convencimento, nos indícios de prova que foram produzidos de forma inquisitorial e unilateral, neste sentido:

O fato é que nesta etapa pré-processual, tanto o Promotor de Justiça quanto o juiz encontram-se tão afastados da realidade das investigações, que a única fonte de informação para tomada da decisão, sobre a necessidade de prisão, limita-se aos elementos colhidos durante o inquérito policial. Ressalta-se que tais elementos probatórios colocados à disposição do Ministério Público e do Juiz são selecionados sem a manifestação ou interferência da defesa. Ou seja, de forma inquisitiva. Esta realidade transforma o Promotor de Justiça em mero repassador da prova colhida pela Polícia Judiciária. (COLEN, 2002, p.101)

A lei confere ao Estado o poder de investigar, mas o faz sem que esse tenha que se ater a qualquer regra assecuratória de direitos. O Estado, através do Ministério Público, não raras vezes, com uma prova já pré-constituída, como acontece com a prova pericial concernente à materialidade do delito, nunca a submete ao contraditório efetivo, já que na tramitação do Inquérito policial, conforme consolidado por julgados dos Tribunais brasileiros, não se tem observado a garantia do contraditório (SUANNES, 1999, p.132,133).

Nessa linha, necessário que o Estado comece a assegurar ao cidadão garantias, para que esse não fique abandonado a uma sorte ingrata e não disponha de meios para impedir uma probabilidade de estar diante de uma investigação abusiva, pois a judicialidade da decisão que decreta a prisão temporária é um ato meramente formal. (COLEN, 2002, p.105)

Inobstante o sobredito, no concernente ao papel da Polícia Judiciária, o foco da linha de argumentação não está em hipótese alguma centrado em simplesmente extrair a credibilidade inerente à figura do Delegado de Polícia, muito menos em taxar o inquérito como imprestável ou como inservível na sua função de instrumento de investigação e produção de prova para uma futura ação penal. (COLEN, 2002, p.105)

À defesa não se asseguram o contraditório, a ampla argumentação ou a isonomia.

Sem co-construir o direito de que será destinatário, o investigado torna-se objeto da persecução penal, encerrando qualquer expectativa de democratização do instituto.

De forma direta e clara, se o investigado e sua defesa não puderem debater, no caso concreto, temas como a presença ou não do *fumus comissi delicti*, do *periculum in mora*, da

configuração de delito em tese subsumível às hipóteses da prisão temporária, a ameaça real às investigações, enfim, se ao investigado e sua defesa não se assegurarem o direito à fala juridicamente qualificada no procedimento de prisão temporária, o instituto permanecerá à margem da Constituição e a serviço de uma mítica proteção da segurança social (MONTEIRO DE BARROS, 2011).

Assim, necessário reler a Lei 7960/89, para que os princípios e garantias do Estado de Direito Democrático possam a regê-la. Nesse caso, a isonomia (isotópica, isomênica e isocrítica) entre os órgãos de acusação e investigação, de um lado, e a defesa, de outro, deixa de ser promessa constitucional, alcançando realização teórica e pragmática.

Apesar da incidência do contraditório não ser uma realidade nas diversas espécies de Prisões Provisórias no Brasil, por outro lado, já existem países da Europa em que essa realidade é completamente diferente, uma vez que essas nações permitem a possibilidade, em algumas prisões cautelares, da ocorrência do contraditório prévio, através de audiência prévia com o acusado visando comprovar a necessidade da efetivação da medida no fito de se evitar os frequentes equívocos na decretação da Temporária.

Nesse sentido, citamos a *Ley del Enjuiciamiento Criminal da Espanha*, após a reforma – Ley Orgánica 5-1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, uma vez que através desta foi propiciado as medidas cautelares e maiores garantias ao acusado.

Nesse sentido, basta exemplificar que para a ocorrência da prisão preventiva, face as alterações ocorridas nos arts. 504 bis. 2, parágrafo 1º e 539.3º, passou a ser necessária, antes do julgador decidir sobre a viabilidade ou não da medida, a realização de uma audiência prévia com a presença das partes (acusador e defesa). Contudo, há uma excepcionalidade a essa regra. Refere-se à hipótese de existir risco de fuga do acusado, ocasião em que o contraditório realiza-se dentro de 72 horas subsequentes. (SANCHEZ, 1998, p. 210-215)

Cabe destacar que na referida audiência, seja após ou antes da prisão, faculta-se às partes sejam apresentadas provas, bem como requerimento de eventuais diligências, desde que sejam céleres. Isto feito, em seguida é aberto o debate oral, através do qual as partes se manifestam iniciando pela acusação e em seguida a defesa.

Assim, ressalta-se da Legislação Espanhola o fato de que a regra a ser seguida quando se está diante de uma situação de decretação de uma prisão provisória, como por exemplo no caso da preventiva, é a do contraditório prévio, motivo pelo qual permite-se à defesa seja provado ou



demonstrado previamente e oralmente ser a media de constrição da liberdade desnecessária. O julgador decidirá apenas depois de ouvidas as alegações das partes.

Contudo no Brasil inexistente a hipótese de incidência do contraditório prévio ou até mesmo diferido ou postergado nas Prisões Cautelares. Especificamente no concernente à temporária ela é atualmente decretada pelo juiz em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público (art. 2º da Lei 7960-89) e se baseia nos indícios de prova que foram produzidos de forma unilateral durante as investigações.

Em nenhum momento do procedimento investigatório, ou sequer subsequentemente à prisão, oportuniza-se à defesa manifestar e exercer o contraditório, ao contrário, na maioria das vezes a autoridade policial impede o simples acesso dos advogados ao inteiro teor do caderno investigatório sob o fundamento de ser este sigiloso. Nesses casos, para cessar o constrangimento ilegal, a defesa tem de impetrar ordem de HC para ter assegurado o simples direito de ter acesso à integralidade do conjunto probatório.

O presente trabalho não tem como finalidade defender simplesmente a prevalência do interesse pessoal face aos interesses da coletividade, ou até mesmo a liberdade sem limites, mas sim, através do uso do processo Penal, demonstrar que esse no fundo deve ser visto como uma garantia constitutiva de direitos fundamentais do cidadão e não como um meio de punição.

A postura liberal não significa a defesa ou prevalência do interesse pessoal em detrimento dos interesses da coletividade. Isto porque, a liberdade ilimitada representaria a anarquia a revolução. A ordem pública, a qualquer preço, significa ditadura. O que se pretende demonstrar é que o processo penal representa na verdade, mais uma forma de autolimitação do Estado do que propriamente um meio de punição. (COLEN, 2002, p. 110)

Representado ao juiz a necessidade de prisão temporária, este deve oportunizar contraditório e ampla argumentação à defesa, em isonomia, para cumprir a Constituição e contribuir com a efetivação da democracia processual.



6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi pesquisado e sem a pretensão de querer esgotar por completo o tema abordado durante a presente Dissertação, de forma direta e sintetizada chega-se as seguintes conclusões.

Independente do atual Estado de Direito Democrático estar centrado no desenvolvimento de políticas públicas intervencionistas, rigorosas e potencializadoras de Leis mais severas (Movimento de Lei e Ordem), ou, de centrar seus esforços na criação de uma legislação afeta ao Direito Penal e Processual mais garantista (Minimalismo Penal, Direito Penal Mínimo) o Processo Penal atual e a Prisão Temporária devem necessariamente ter na Constituição o seu verdadeiro filtro contra o uso desmedido da coerção Penal.

Nesse cenário, imprescindível encontrar o ponto de equilíbrio entre a proteção coletiva e o respeito às liberdades inerentes ao cidadão.

A Constituição deve ser a única fonte jurídica institucional, sendo que a interpretação de qualquer artigo de Lei por parte do julgador deve obrigatoriamente ter nela os seus referenciais.

O Estado de Direito Democrático legitima a sua constituição a partir do momento em que a constrói ou a reconstrói pelo processo.

O poder na democracia deve concentrar sua legitimação pelo devido processo que é, também, um meio de se assegurar garantias constitucionais às partes.

Uma vez que a minoria de hoje pode se tornar a maioria de amanhã, jamais podemos tolher do cidadão a capacidade de que este dispõe para suscitar dúvidas e indagar a realidade presente.

Deve ser assegurado aos destinatários da norma o exercício pleno dos direitos fundamentais sendo que em democracia efetiva há uma enorme proximidade entre Direito Constitucional e Processo.

As normas servem tanto como um instrumento de domínio como de liberdade, tendo como referencial que é o Direito que controla o poder, conseqüentemente, o Estado pode ser ditatorial que ainda será de Direito, por outro lado, todo Estado Democrático será logicamente de Direito, motivo pelo qual, mais apropriado, segundo o entendimento exposto através desse trabalho utilizar da expressão Estado de Direito Democrático.



A biopolítica surge em um ambiente em que se torna necessário preservar a população visando assegurar as riquezas do Estado, ainda que para isso certas pessoas rotuladas pelo estigma de infratores tenham direitos fundamentais relegados em função dos emergentes direitos liberais o que faz com que não disponham das condições mínimas para se desenvolver em sociedade fazendo delas simplesmente seres esquecidos. Assim, segundo esses critérios de mercado, o delinqüente se torna uma ameaça para sociedade quando solto ou uma despesa quando preso. A prisão temporária foi influenciada, também, por esses fatores biopolíticos, uma vez que o legislador fez questão de inserir dentre o rol dos crimes elencados aqueles contra as leis de mercado, sistema financeiro.

A Prisão Temporária com seus fortes resquícios inquisitorial permite em pleno Século XXI e após o advento da Constituição Federativa da República Brasileira de 1988 a constrição de liberdade do cidadão, exclusivamente na fase do inquérito policial, sob a frágil e subjetiva expressão de acautelar as investigações.

Trata-se de um procedimento e, como tal, precisa submeter-se às garantias preconizadas pelo Estado de Direito Democrático, pautadas pela teoria neo-institucionalista do processo, tais como o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Pressupostos anseios sociais acerca de uma justiça penal mítica, célere ou sumária, que se dedique a antecipar o cárcere para o investigado, não justificam menosprezo às garantias e aos princípios constitucionais, conformadores do Estado de Direito Democrático, projetado em 1988.

A eficiência penal repressiva não consta do rol dos princípios constitucionais, como ocorre com o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e o estado de inocência.

Em ambiente democrático, é inadmissível que o provimento jurisdicional que decreta a prisão temporária esteja fundamentado apenas na fascista expressão “imprescindível para investigações” e na indeterminação da idéia de “fundadas razões de autoria e participação”, mediante análise solipsista do juiz.

Não há compatibilidade constitucional na subsistência de uma prisão para averiguações, com nomenclatura alterada.

No atual Estado de Direito Democrático ainda existem situações em que se faz necessário a decretação da Prisão temporária, porém, não é possível elencar dentro dessas hipóteses e tendo como referencial uma filtragem constitucional, nenhuma ocorrência em que não

seja possível também a decretação da Prisão Preventiva, ou seja, a Temporária deve ser interpretada como uma subespécie do gênero Preventiva.

A Prisão Temporária apesar de ser uma espécie de Prisão Provisória com prazo previamente determinado e conseqüentemente possível de ser controlada no tempo, possui excepcionalidades no que se refere a seus prazos, especificamente em se tratando de crimes hediondos. Nessas hipóteses, através do raciocínio exposto durante a pesquisa, fundamentando na razoabilidade e no devido processo penal, conclui-se pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 2º da Lei 8072/90.

A Lei 12.403/2011 por ser aplicada a qualquer medida cautelar deve incidir sob a Lei 7.960/89 (Lei da Prisão Temporária), conseqüentemente a - necessidade e adequação da medida - passam a ser novos referenciais.

Uma releitura constitucionalmente adequada do procedimento de Prisão Temporária indica a indispensabilidade de obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do estado de inocência para que o investigado não se transforme em objeto da atuação estatal.

Para que a prisão temporária não se consolide como forma violadora dos princípios e garantias constitucionais, imprescindíveis discursos jurídicos que inoculam cidadania nos procedimentos penais, bem como submetê-la a realidade do atual Estado de Direito Democrático.

O contraditório não deve ser aplicado de forma equivocada se limitando a bilateralidade da audiência ou até mesmo a possibilidade de informação e reação, mas ser interpretado em prol de se garantir um diálogo pleno, mesmo durante o inquérito policial, do julgador com os sujeitos processuais, uma vez que aquele que está submetido às conseqüências de uma decisão precisa ser tratado como coautor do ato decisional.

A observância sistemática de outros os princípios constitucionais dentre os quais destacamos o estado de inocência, o direito ao silêncio, o sistema acusatório, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos conduz, também, à democratização dos procedimentos penais, mesmo os de função investigativa e cautelar.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I Fondamenti costituzionali della giustizia civile: Il Modello Costituzionale Del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappi-chelli Editore, 1997.
- ALEXY, Robert: **Teoria dos Direitos Fundamentais** 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ARANHA, Adalberto Jose Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: Contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jurgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, v. 76, p. 97-124, out./dez. 1982.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: UFMG/ Imprensa Universitária, n.63-64, p. 7-73, jul. 1986.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual constitucional: aspectos contemporâneos**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BARROS, Flaviane Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: anecessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p 331-348.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



BRASIL. Decreto - Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2011.

BRASIL. **Código Penal**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASILIA. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 91.318/RJ. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. **Brasília**, 25 maio 2010.

BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.79.812/SP. Relator Min. Celso de Mello. **Brasília**, 07 nov. 2000.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO j.j. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francisco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Tradução: José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller Editora, 2001.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Legitimidade dos Provimentos Fundamentos da Ordem Jurídica Democrática**. Curitiba: Juruá Editora Editora, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 473-486.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal – Contribuição a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COLEN, Guilherme Coelho. Da inobservância do contraditório na prisão preventiva decretada na fase do inquérito policial. In: COLEN, Guilherme Coelho; GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos; OLIVEIRA, Allan Helber de (Orgs.). **Direito processual atual: a produção científica da PUC Minas/Betim**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 99-114.

COLEN, Guilherme Coelho. **Nós os puros, eles os criminosos**. Revista PUC Minas, n.6, Belo Horizonte, 2012, p.20-21.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida - v. 6).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações pontuais sobre a Reforma Global do CPP. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. especial, ago. 2010, p.16-17.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade do Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e decisão *Interna Corporis***. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.



ECLESIASTES. In: **Bíblia sagrada**. reed. Versão de Anttonio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Editora das Américas, 1950.

ESPINOLA FILHO, Eduardo - **Código do Processo Penal Brasileiro Anotado** – vol. II, 3 ed. Barsa, 1955.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8. ed. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. 2. ed. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2007, t.1.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução: Maria Thereza Albuquerque e Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

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

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga; ARCELO, Adalberto Antonio Batista. A Biopolítica nos estados democráticos de direito: A reprodução da subcidadania sob a égide da constitucionalização simbólica. In: Congresso Nacional do CONPEDI. **Anais do XVIII**. São Paulo, nov. 2009, p. 04-07.

GOYARD-FABRE, Simone. **Les principes philosophiques du droit politique moderne**. Paris: PUF, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.



GRINOVER, Ada Pellegrini. **Limites Constitucionais à prisão temporária**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 43, jan. 1995, p. 35-38.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução: Fávio Bueno Siebeneichler. vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. (Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, 4).

HONNETH, Axel. A superinstitucionalização da eticidade em Hegel. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p.93.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 6. ed. São Paulo: Forense, 1997.

LEAL, André Cordeiro. Direito Processual – texto jurídico e norma processual: implicações hermenêuticas. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). **Estudos continuados de Teoria do processo**. v.1. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Cesar Oliveira de Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma Era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: Merle, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p 338-343.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos Fundamentais do Processo na Desnaturalização dos Direitos Humanos. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. p. 665-676.



LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. **Virtuajus**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: Joseli Lima Magalhães. (Org.). **Temas de Direito Processual Democrático**. 1. ed. v. 1. Teresina: Editora da EDUFPI, 2012, p.73-86.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed. vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACIEL, Gabriel de Deus. **Teoria do Processo e legitimidade decisória**. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento & Cognição - Uma Inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol. 3. São Paulo: Bookseller, 1997.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória imposição do ônus da prova para o órgão de acusação**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/Movimento Editorial, 2006.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Ônus processual, figura fundamental da teoria do processo: conceito em Goldschmidt, Carnelutti e Fazzallari. **Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete**, v.2, 2007, p. 209-220.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hermenêutica a favor da tutela dos direitos fundamentais no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete**, v.3, 2008, p. 235-244.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Produção antecipada de prova: medida excepcional que pode ser realizada em conformidade com o modelo constitucional acusatório, legitimando-se no contraditório e no direito de defesa. In: RESENDE, Sérgio Antônio de; PINTO, Felipe



Martins; ESTEVES, Heloísa Monteiro de Moura (Org.). **Análise de precedentes criminais do Superior Tribunal de Justiça**: Estudos em homenagem à Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Editora Atualizar, 2009, p. 171-182.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, v. 183, 2009, p. 141-155.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DUARTE, H. G. Justiça Consensual e Tutela dos Direitos Fundamentais. **PHRONESIS - Revista do Curso de Direito da FEAD**, n.4, 2008, p. 65-75.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. Acusação Pública no marco do processo democrático e da jurisdição compartilhada. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza/CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A prisão cautelar como garantia da ordem: do signo ao argumento. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Constituição e processo**: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.231-240.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz, **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo e atuação dos sujeitos processuais**. 168 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosVD_1.pdf>. Acesso em 02 ago. 2012.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução: Tadeu Antônio Dix Silva; Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. In: **Boletim Técnico**: Escola Superior da Advocacia da OAB-MG. Belo Horizonte, vol.1, jan./jun. 2004, p. 39-55.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2009.



OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 295-326.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na tutela penal dos Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987. t.1, 2.

POPPER, Karl. Conhecimento sem autoridade. In: MILLER, David (Org.). Tradução: Vera Ribeiro. Revisão de Tradução: César Benjamin. **Popper: textos escolhidos**. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2010, p. 45-56.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de Carvalho. **Processo Penal Eficiente & Ética da Vingança: Em busca de uma Criminologia da Não Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do Iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americana. In WOLKMER, Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. 5. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHEZ, Manuel Campos. **La Reforma de la Prision Preventiva: Selección de jurisprudência**. 2. Ed. Madri: *Graficas Molina*, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Org.). **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Emílio de Oliveira e. Ensaio sobre a investigação criminal no modelo constitucional de processo. In: Direito e Humanidades. **Revista da USCS**. São Caetano do Sul, Ano XI. n. 22, jan./jun., 2012, p.71-86.



SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Os Meios e Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira. In SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza et al. (Colaboradores). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 249-294.

TRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. (Coleção o que é isto?).

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TORNAGUI, Helio. **Instituição de Processo Penal**. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 1978;

TAVARES, Fernando Horta. (Coord) **Constituição, Direito e Processo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 338.

TAVARES, Fernando Horta. (Coord) **Urgências de tutela Processo Cautelar e tutela antecipada**. Reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático do Direito. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 193.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo, In GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 215-225.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.



WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. (Coleção Pensamento Criminológico).

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). FERNANDES, Florestan. (Coord.). Tradução: Amélia Cohn e Gabriel Cohn. **Max Weber**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2001. p 128-141. (Coleção grandes cientistas sociais).

WOLFF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**. Sao Paulo: Companhia das Letras. Brasília: Ministério da Cultura. Rio de Janeiro: Fundação Nacional de Arte, 1996, p. 67-82.

