

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós- graduação em Direito Processual**

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA PRISÃO PREVENTIVA  
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**LÍBERO CRISTIANO LEAL DA ROCHA**

**BELO HORIZONTE**  
**2008**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós- graduação em Direito Processual**

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA PRISÃO PREVENTIVA  
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Tese de Doutorado elaborada por Líbero Cristiano Leal da Rocha, apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual.

Professor-orientador: Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior

**BELO HORIZONTE**  
**2008**

Rocha, Líbero Cristiano Leal da.

Princípio do contraditório na Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, 2008.  
199 f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito Processual.

1. Princípio do contraditório na Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito.

## Folha de Aprovação

Tese de doutoramento em Direito Processual elaborada por Líbero Cristiano Leal da Rocha, cujo título é “**Princípio do contraditório na Prisão Preventiva no Estado Democrático de Direito**”, apresentada ao Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

---

Professor-orientador Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior – PUC Minas

---

Professor Dr. José Marcos Rodrigues Vieira – PUC Minas

---

Professor Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – PUC Minas

---

Professor Dr. Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas

---

Professora Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus pela oportunidade de ter vindo ao mundo e poder buscar dia a dia a melhoria espiritual.

À minha amada mãe Isaura Leal Rocha, pela educação, amor e orientação, hoje, em um plano Espiritual de LUZ e SERENIDADE, nos braços do CRIADOR.

À minha família, meu filho Joaquim Leandro Leal Rocha e minha esposa Lurdinha, sempre presente em todos os momentos de minha vida.

Aos sobrinhos Karlla Leandro Costa, Victor Hugo e Thiago Júnior, pelo apoio e suporte na informática.

Ao meu orientador, Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior, pelo incentivo, e dedicação, e por ter-me aceitado como orientando. A todos que, de alguma forma, contribuíram para este trabalho de reflexão. Aos Professores Doutores Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, José Marcos Rodrigues Vieira e Fernando Gonzaga Jaime, pelas inesquecíveis aulas ministradas durante a conclusão de créditos/disciplinas do curso de Doutorado.

Ao Prof. Raimundo Cândido Júnior, pelo incentivo acadêmico e por acompanhar toda minha trajetória profissional, desde meu ingresso na Universidade Federal de Uberlândia, no curso de especialização em Direito processual civil.

Ao Comando da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (4º Batalhão de Polícia Militar) e 105ª Companhia de Ensino e Treinamento, respectivamente nas pessoas do Tenente Cel. Sidney, Capitã Fátima, Cel. Aquino, Cel. Robson Nogueira e Cel. Geraldo Reis, responsáveis pelo meu ingresso junto àquela Companhia de Ensino e Treinamento e pela oportunidade de compartilhar e ministrar aos alunos integrantes do Curso Técnico em Segurança Pública (CTSP), as disciplinas de Direito Processual Penal e Direito Penal constitucional na perspectiva do Direito Democrático.

DEUS, pela oportunidade de melhorar enquanto ser humano, estudar, contribuir e repassar.

## RESUMO

Desde a promulgação da Constituição brasileira em 1988, adotou-se como modelo o de Estado Democrático de Direito. A partir dele, todo o direito deve ser estudado, tendo como fundamento a teoria democrática e a hermenêutica constitucional.

A legislação processual penal brasileira entrou em vigência no ano de 1942. Nela encontramos a prisão preventiva. Desde 1988, vem sendo operacionalizada de forma atentatória aos princípios constitucionais do processo e do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito.

A inefetividade dos direitos fundamentais tornou-se uma realidade comum no cenário jurídico, principalmente quanto à prisão preventiva.

O provimento judicial da prisão preventiva, até então produzido pelo Estado, mostra-se incompatível com o atual modelo de Estado, porque o direito a ser manejado é o direito democrático. Para que o provimento judicial torne-se legítimo é necessário a construção compartilhada entre os participantes do processo em simétrica paridade, no sentido de buscar a melhor solução jurídica.

Não há no texto constitucional nenhuma cláusula de reserva no sentido de que o princípio constitucional do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e publicidade, seja inaplicável à prisão preventiva. Ao contrário, a norma constitucional é objetiva, ao estabelecer que ninguém seja privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal. São normas de eficácia plena e de aplicação imediata. O processo, como procedimento realizado em contraditório, mostra-se apto a reger os princípios aqui propostos, dado a efetividade e o exercício do direito democrático no atual modelo de Estado.

No presente trabalho, o que está sendo sugerido é o exercício do contraditório preventivo e sucessivo, da publicidade interna e externa do procedimento na preparação do provimento judicial que será materializado no procedimento penal, quando do provimento judicial (decisão sobre a prisão preventiva).

Palavras – Chave: Prisão preventiva, processo como garantia, direitos fundamentais, princípios constitucionais, hermenêutica constitucional, teoria democrática, princípio do contraditório preventivo e sucessivo, publicidade interna e externa do procedimento, legitimação, provimento judicial, construção compartilhada das decisões judiciais.

## ABSTRACT

Since the promulgation of the Brazilian Constitution in 1988, adopted itself as the model of a democratic state. From it, the whole law must be studied, and the basis of democratic theory and constitutional hermeneutics. The Brazilian law of criminal procedure came into force in the year 1942. It covers the pre-trial detention. Since 1988, has been operationalised so atentatória the principles of the constitutional process and the principle of linking to a democratic state.

The inefetividade fundamental rights has become a common reality in the legal scenario, especially regarding the temporary custody. The court upheld the temporary custody until then produced by the state shows itself incompatible with the current model of state, because the right to be managed is the democratic right. For the filling judicial become a legitimate need to build shared among participants in the process symmetrical parity to seek the best legal solution. There is no clause in the constitutional text of reserves that the constitutional principle of audi, wide defence and due legal process and advertising, is inapplicable to pre-trial detention. In contrast, the constitutional standard objective is to establish that no one should be deprived of their liberty or property without due legal process. These standards of efficiency full and immediate implementation. The process as adversarial procedure performed in shows itself capable of governing the principles proposed here since the effectiveness and the exercise of democratic right in the current modelo of state.

In this work, what is being suggested is the exercise of preventive contradictory and thereafter, the internal and external advertising the procedure in preparing the legal provision which will be materialized in criminal proceedings when the court upheld (decision on pre-trial detention)

Words - Key: Temporary custody, as collateral process, fundamental rights, constitutional principles, hermeneutics constitutional, democratic theory, principle of the preventive and thereafter, internal and external publicity of the procedure, legitimacy, providing legal, construction of shared judicial decisions .

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1. O PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>16</b>
1.1. Processo Constitucional E Estado Democrático De Direito.....	16
1.2. Estado Democrático de Direito: um estudo crítico.....	21
1.3. O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DIREITO: uma proposta de entendimento crítico do tema .....	27
1.4. Efetividade processual dos Direitos Fundamentais.....	37
<b>CAPITULO 2. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO APLICÁVEIS NO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>47</b>
2.1. Noção de princípios e sua evolução.....	47
2.2. Princípios orientadores do Estado Democrático de Direito e o Processo Penal .....	50
2.3. Princípio do Estado Democrático de Direito .....	57
2.4. Princípios Constitucionais do Processo .....	62
2.4.1. Princípio do contraditório.....	62
2.4.2. Princípio do contraditório e o Direito comparado.....	86
2.4.3. Princípio do devido processo legal.....	90
<b>CAPITULO 3. PROCESSO PENAL NO BRASIL E A PROPOSTA DE REFORMA DO CODIGO DE PROCESSO PENAL E A PRISAO PREVENTIVA NO DIREITO ITALIANO .....</b>	<b>105</b>
3.1. Proposta de reforma do Código de Processo Penal brasileiro e a prisão preventiva no Estado Democrático de Direito .....	105
3.2. Prisão preventiva no Direito italiano .....	113
3.3. Prisão preventiva no Estado Democrático de Direito .....	121
3.3.1. Amplo e efetivo acesso ao procedimento como fator de legitimação do provimento judicial.....	121

3.4. Atuação do advogado no Estado Democrático de Direito e a Jurisdição compartilhada como etapa para legitimação .....	130
3.5. Efetividade do processo penal constitucional e a participação do jurisdicionado em simétrica paridade na construção do provimento judicial .....	134
3.6. Provimento final no Estado Democrático de Direito e as Escolas de Processo. Princípio do contraditório preventivo e sucessivo como paradigma na prisão preventiva no Brasil.....	142
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>173</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>177</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>187</b>

## **1. INTRODUÇÃO.**

A presente pesquisa científica tem como objetivo debater criticamente a prisão processual, denominada prisão preventiva, na perspectiva dos princípios constitucionais da publicidade, devido processo legal e do contraditório no paradigma do Estado Democrático de Direito. Por isso desenvolver-se-á um estudo específico do princípio do contraditório preventivo e sucessivo, bem como da publicidade interna e externa do procedimento, visando averiguar se a atual sistemática processual da prisão preventiva, regulada pelo Código de Processo Penal brasileiro, compatibiliza-se ou não com a constitucionalidade democrática dos direitos fundamentais.

Para isso, inicialmente, será imprescindível esclarecer cientificamente a correlação existente entre a efetividade processual e a legitimidade democrática das decisões judiciais, construídas participadamente pelos seus reais destinatários, ou seja, a compreensão do devido processo constitucional, dos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como o entendimento científico dos direitos fundamentais, representando o parâmetro para a construção de uma análise constitucionalizada da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, evidencia-se que a proposta da presente pesquisa é esclarecer e demonstrar que os requisitos indispensáveis à prisão preventiva, na atual sistemática disposta no Código de Processo Penal, fundam-se em critérios e parâmetros metajurídicos, ou seja, a busca pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal, são alguns dos requisitos legais que autorizam a prisão preventiva no Brasil. A interpretação desses requisitos legais tem sido extensiva, no sentido de restringir o exercício pleno do direito fundamental de liberdade.

Toda a problemática científica perpassa pela legitimidade democrática da decisão judicial que determina a prisão processual, denominada prisão preventiva. Não é possível afirmar que tal decisão é construída discursivamente pela participação isonômica dos seus destinatários, uma vez que a inobservância da principiologia constitucional do contraditório, ampla defesa e devido processo legal são as características determinantes da decisão que defere a prisão preventiva no Brasil.

Partindo-se do pressuposto de que o processo é uma garantia constitucional de construção legítima e participada das decisões judiciais e que a jurisdição é um direito fundamental do cidadão, verifica-se que a atual sistematicidade jurídica da prisão preventiva no Brasil encontra-se no âmbito inquisitorial do procedimentalismo técnico. Isto significa dizer que o contraditório e o devido processo legal são os parâmetros fundamentais de construção processualizada das decisões judiciais, o que não ocorre na prisão preventiva, que é decidida mediante requisitos metajuridicamente apreciados pelo julgador, a partir das peculiaridades do caso concreto. Isto se evidencia no momento em que o cidadão é surpreendido com a privação de sua liberdade pelo fato de não ter participado diretamente da construção da decisão referente à prisão preventiva, ou seja, trata-se de uma decisão proferida secretamente pelo magistrado, com o intuito exclusivo de surpreender o acusado e arbitrariamente assegurar a perpetuação do procedimento de natureza inquisitorial.

Ao contrário disso, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade e o devido processo legal são os fundamentos da construção legítima das decisões judiciais pelo processo constitucional no Estado Democrático de Direito. A Hermenêutica Constitucional Democrática garantirá uma interpretação lógica, sistemática, extensiva e crítica dos direitos fundamentais e princípios constitucionais do processo para, só então, rompermos com a concepção procedimental e construirmos um entendimento crítico-constitucional da prisão preventiva, cujas bases encontram-se na legitimidade processual da decisão no Estado Democrático de Direito.

A proposta científica da presente tese de doutoramento em Direito Processual é propor uma reflexão crítica do Processo Penal brasileiro na perspectiva constitucionalizada do Estado Democrático de Direito para compreender, então, que o nosso sistema processual penal possui suas bases diretamente relacionadas com o procedimentalismo técnico, que não garante a efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Pretende-se demonstrar a necessidade de revisitação dos paradigmas do atual direito penal e processual penal brasileiro, cujas bases encontram-se ainda no procedimentalismo inquisitorial e assim construir reflexões científicas nas quais o processo penal democrático tem como parâmetro fundamental a constitucionalidade e legitimidade democrática de suas decisões construídas de forma participada pelos seus destinatários.

As prisões temporária, preventiva e em flagrante, bem como as bases do Inquérito Policial e a deserção no processo penal, pragmaticamente podem ser

consideradas medidas de grande utilidade, porém não podem ser consideradas constitucionais e tampouco legítimas no Estado Democrático de Direito, uma vez que a construção de todos os provimentos ocorrerá de forma unilateral pelo julgador, sem permitir a participação das partes diretamente interessadas na construção do respectivo provimento. Isso evidencia um direito autocrático e despótico no qual o juiz exerce as atribuições anteriormente exercidas pelos déspotas e pretores romanos, um direito cujas bases encontram-se vinculadas a uma visão hierarquizada do Judiciário, do decisionismo e muitas vezes da irrecorribilidade das decisões.

As bases do direito democrático encontram respaldo na principiologia constitucional e nos direitos fundamentais, cujo objeto central é garantir a constitucionalidade e legitimidade democrática das decisões construídas de forma participada pelos seus reais destinatários, assegurando aos jurisdicionados amplamente o direito de defesa, contraditório, isonomia e devido processo legal.

A racionalidade comunicativa é o fundamento do direito democrático e, por isso, não se admite por parte do Estado nenhuma conduta de sobressalto ou até mesmo supressão dos direitos fundamentais, tendo em vista que ele, o Estado, deve pautar suas ações na perspectiva da legalidade constitucional, para configurar-se a sua própria legitimidade. O Estado que se quer construir de forma democrática deve passar necessariamente pelo crivo da racionalidade jurídica, devendo os estudiosos da ciência do direito entender objetivamente o que é democracia e buscar a construção de um direito cujas bases encontram-se na argumentação e na contra-argumentação jurídica.

Em sendo a problemática do presente trabalho a discussão acerca da aplicabilidade e observância dos princípios do contraditório, devido processo legal e da publicidade na prisão preventiva, indaga-se: É possível afirmarmos existir colisão de direitos fundamentais e princípios constitucionais, quando da construção democrática da decisão judicial, que determinará a prisão preventiva a partir da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa? Inicialmente propõe-se esclarecer não existir colisão de direitos fundamentais *prima facie*, ou seja, no plano abstrato, uma vez que toda a discussão acerca do presente tema surge quando da aplicação dos direitos fundamentais diante das peculiaridades de um caso concreto. Posteriormente, pretende-se demonstrar a necessidade de compreensão objetiva dos critérios jurídicos de aplicação de direitos fundamentais,

em havendo colisão no caso concreto, para que o magistrado não se posicione subjetivamente e sim de forma objetiva diante das peculiaridades de um determinado caso concreto.

A dificuldade do intérprete advém muitas vezes da equivocada concepção mecanicista, dogmática e analítica do direito pronto e acabado para ser aplicado, dos incidentes processuais destinados à homogeneidade da interpretação dos dispositivos de lei. Sabe-se não ser tradição do direito pátrio a construção jurídica dos provimentos estatais a partir da teoria do discurso processualizado. Os direitos fundamentais não existem apenas para proteger o homem do Estado, mas também para lhe assegurar a condição de cidadão, com legitimidade na construção discursiva dos provimentos estatais.

Quanto à metodologia é importante ressaltar que o marco teórico da pesquisa bibliográfica encontra-se na obra de Vittorio Colesanti e de Jürgen Habermas, buscando-se, também, fundamentos teóricos em outras fontes de pesquisa, tal como Elio Fazzalari, considerado o jurista responsável pela dessacralização, desmitificação e compreensão objetiva do processo e do procedimento em contraditório. Utilizar-se-ão das análises temáticas, teóricas, interpretativas e críticas, visando à construção de um debate acadêmico de proporções teórico-pragmáticas.

## CAPÍTULO 1

### O PROCESSO PENAL NA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

#### 1.1. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.

Compreender o processo constitucional no Estado Democrático de Direito é uma tarefa que exige o entendimento e a construção de estudo jurídico-comparativo das escolas de processo e os paradigmas de Estado.

O marco dos debates sobre o processo é recente e data do século XVIII, quando do surgimento das duas primeiras escolas de processo, quais sejam, a Teoria do Processo como Contrato e Quase Contrato. Antes deste marco histórico inicial, o que se podia afirmar era a existência de procedimentos de natureza inquisitorial, podendo-se destacar como episódio da história da humanidade, marcado pelos ideais da inquisitorialidade a condenação de Jesus Cristo<sup>1</sup>.

O advento do Estado Liberal, pautado em concepções individualistas de um direito privado, marcou diretamente as duas primeiras teorias sobre o processo. O processo era visto como um contrato porque o princípio da autonomia da vontade era o parâmetro para o surgimento e o término do processo, ou seja, o Estado não era ainda o detentor do monopólio do exercício da jurisdição para substituir a vontade das partes na resolução imperativa dos conflitos de interesses. Eram as próprias partes as responsáveis pela resolução do conflito de interesses existente, independentemente do entendimento de um terceiro. Os litigantes tinham a faculdade de escolher o juiz ou o árbitro que, para ver sua decisão ganhar força coercitiva, necessitava da aprovação das partes<sup>2</sup>.

A segunda teoria entendia o processo como um quase-contrato porque o seu surgimento se dava com a vontade das partes, porém o seu desenvolvimento e

---

<sup>1</sup>Bíblia Sagrada. Lucas, capítulo 22 e 23, páginas 102 e 105. Versão revista e corrigida na grafia simplificada, da tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Kings Cross publicações. 2007.

<sup>2</sup>DEL NEGRI. André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo. Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 58.

conclusão independia necessariamente da vontade das partes. Podemos ressaltar no presente contexto o surgimento do princípio da inércia, uma vez que o início do processo condicionava-se exclusivamente à vontade da parte; já o desenvolvimento e a conclusão do processo não dependia exclusivamente da vontade das partes, uma vez que o surgimento da figura do árbitro permitia que um particular resolvesse em nome das partes o conflito de interesses ora existente. É por isso que tal teoria recebe a designação de quase contrato, ou seja, a vontade das partes não era o parâmetro exclusivo para a resolução do conflito de interesses, uma vez que o árbitro era um particular, escolhido pelas partes, que resolvia em nome delas o conflito de interesses existente. Observa-se que não se pode falar ainda em monopólio da jurisdição.

É possível afirmar que Oskar vön Bulow foi o verdadeiro responsável pela compreensão objetiva do processo, com sua obra publicada em 1868, "*Das exceções e dos pressupostos processuais*", na qual estabelece as bases para o estudo do processo, ao afirmar que o processo é uma relação jurídica constituída pelo autor, juiz e réu e também ao garantir a autonomia do direito processual em relação ao direito material. A Escola do Processo como Relação Jurídica recebeu influência direta do Movimento do Direito Livre, ao assegurar ao juiz ampla liberdade de valoração pessoal dos casos concretos independentemente da lei<sup>3</sup>. É nesse período que ocorre efetivamente a publicização da concepção e do entendimento do que é processo, uma vez que o Estado chama para si a responsabilidade concernente ao exercício da função jurisdicional, ou seja, há efetivamente a institucionalização do monopólio da jurisdição nas mãos do Estado. O Estado-juiz passa a resolver em nome das partes os conflitos de interesses mediante decisões imperativas. Surge, então, um processo no qual a figura do juiz é quem decide unilateralmente os conflitos de interesses existentes entre as partes, podendo interpretar livremente o direito, utilizando-se como parâmetro, para o entendimento do caso concreto tanto argumentações jurídicas quanto metajurídicas. Ou seja, com

---

<sup>3</sup> "Com as novas conquistas do direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do papel-missão do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações". CONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 195.

a presente teoria há efetivamente a institucionalização de que o processo é o instrumento para o exercício da jurisdição e que a jurisdição é o poder, dever do Estado juiz de dizer o direito no caso concreto. Hoje, o grande expoente da teoria de Bulow é a Escola Instrumentalista para a qual o processo é um instrumento para o exercício da jurisdição, mediante os escopos metajurídicos. Isto evidencia o entendimento de que o processo tem finalidades metajurídicas no sentido de garantir a paz social, por exemplo, escopos esses por demais distantes do propósito do processo constitucional democrático. Nesse sentido, tem-se:

[...] A doutrina processual, no Brasil, tem-se preocupado em atribuir escopos jurídicos, políticos, éticos e sociais ao processo. O grande nome dessa tendência é, certamente, Cândido Rangel Dinamarco, professor respeitado nacional e internacionalmente, tradutor de Liebman, autor de preciosos estudos de Direito Processual e do livro “A Instrumentalidade do Processo”, que teve e tem admirável projeção nos meios acadêmicos e jurídicos de todo o país.

Em “A Instrumentalidade do Processo”, Cândido Rangel Dinamarco propõe que se desenvolva uma nova mentalidade entre os processualistas modernos em torno da “instrumentalidade do processo”, considerada segundo os fins da jurisdição e do processo. Os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais, compreendendo a pacificação com justiça e a educação, e políticos, a participação, a afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento. O conceito de jurisdição não seria jurídico, mas político, já que ela é expressão do poder do Estado e, assim, é canalizada à realização do próprio Estado (...).<sup>4</sup>

Elio Fazzalari inaugurou as discussões referentes à compreensão democrática do processo, quando diferenciou objetivamente processo de procedimento a partir do princípio do contraditório. O processo passa a ser caracterizado como uma espécie do gênero procedimento<sup>5</sup> e a se definir pela participação dos destinatários na construção do provimento. Vejamos:

[...] Se, poi, il procedimento è regolato in modo che vi partecipino anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti (talché l'autore di esso debba tener conto della loro

---

<sup>4</sup>CONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 179/180.

<sup>5</sup>“O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre ela regendo a seqüência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas”. GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 108.

attività), e se tale partecipazione è congegnata in modo che i contrapposti interessati (quelli che aspirano all'emanazione dell'atto finale – interessati in senso stretto – e quelli che vogliono evitarla – contro-interessati) siano sul piano di simmetrica parità; allora il procedimento comprende il contraddittorio, si fa più articolato e complesso, e dal genus procedimento è consentito enunciare la species processo<sup>6</sup>

A simétrica paridade de participação dos destinatários, na construção dos provimentos, é o fundamento da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes. É importante ressaltar que as bases do processo constitucional democrático encontram-se na obra de Fazzalari, uma vez que foi com sua teoria que ocorreu a desmistificação científica dos conceitos de processo e procedimento, até hoje não esclarecidos pela Escola Instrumentalista.

[...] Com o advento do movimento constitucionalista, a partir da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um período voltado para o estudo do processo na perspectiva constitucional. José Alfredo de Oliveira Baracho foi o pioneiro no Brasil a iniciar estudos voltados para a compreensão do Direito Processual e Direito Constitucional, assim como ocorreu com o jurista mexicano Fix- Zamudio e mais recentemente com o jurista italiano Ítalo Augusto Andolina, que passou a definir, por volta de 1990, uma nova teoria processual denominada de modelo constitucional do processo. As características gerais do modelo constitucional do processo civil, na Itália, estão assim delimitadas: a) na expansividade: consistente na sua idoneidade (acerca da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares, introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na variabilidade: a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo de que a adequação ao modelo constitucional (da obra do legislador ordinário) das figuras processuais, concretamente funcionais, possam advir-se segundo várias modalidades, em vista da realização de finalidades particulares; c) na perfectibilidade: a designar sua idoneidade, a ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (scilicet: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução dos objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados pelas (ulteriores) garantias e pela instituição de institutos ignorados pelo

---

<sup>6</sup>FAZZALARI. Elio. *Istituzioni Di Diritto Processuale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989.p. 57/58. Tradução: “Se, então, o procedimento for regulado de modo que participem também aqueles em cuja esfera jurídica a ação final é destinada a realizar efeitos (de tal modo que o autor disso deva dar importância de sua atividade), e se tal participação for trabalhada de modo que os contrapostos interessados (aqueles que aspiram à emanação da ação final – interessados no sentido estreito – e aqueles que querem evitá-la-contrainteressados) estejam no plano da paridade simétrica; então o procedimento compreende o contraditório, faz-se mais articulado e complexo, e do procedimento (genus) é consentido esclarecer o aspecto do processo”.

modelo constitucional<sup>7</sup>. Assim é que, os juízes não devem comportar-se, embora tanto se comportem, como donos da verdade e guardiães da virtude, postura incompatível com um conceito procedimentalista de democracia<sup>8</sup>.

Desse modo, a compreensão deve partir do entendimento de que o processo passa a ser visto como uma garantia constitucional de efetivação dos direitos fundamentais e a jurisdição como meio do exercício do poder estatal, ou seja, como um direito fundamental de movimentar incondicionalmente o Estado na apreciação das pretensões levadas até ele<sup>9</sup>.

Nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho, a origem do processo constitucional se dá com o surgimento das Constituições:

[...] A origem do Processo Constitucional moderno pode ser determinada no Direito Comparado com o surgimento da declaração de inconstitucionalidade, com perfis jurídicos definidos e bem caracterizados nos Estados Modernos, com o surgimento das Constituições<sup>10</sup>.

Dessa forma evidencia-se que o processo não pode mais ser visto como uma mera seqüência coordenada de atos e sim como uma instituição constitucionalizada, cujo propósito é assegurar a constitucionalidade e a legitimidade democrática do provimento. A justiça<sup>11</sup> deixa de ser o fim em si do processo e passa a ser a conseqüência de provimentos jurisdicionais, construídos discursivamente pelos seus reais destinatários. A observância dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, isonomia e devido processo legal passam a ser os pré-requisitos para a construção democrática e constitucionalizada dos provimentos estatais.

Isso se deve ao fato do processo deixar de ser um mero instrumento para o exercício da jurisdição e passar a ser compreendido como uma garantia

---

<sup>7</sup>ANDOLINA. Ítalo. *Il modello Costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Editora Giappichelli, 1990. p. 14.

<sup>8</sup>CATTONI. Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2001. prefácio da obra.

<sup>9</sup>COSTA, Fabrício Veiga. O processo constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Número 13, 2007, Belo Horizonte – Minas Gerais, p. 44.

<sup>10</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.346/347.

<sup>11</sup>Tal afirmação justifica-se no sentido de que o magistrado não mais poderá promover a justiça a qualquer preço, passando por cima da lei e dos princípios constitucionais e julgando conforme sua convicção pessoal. O que se pretende demonstrar é que se o objetivo é falar em justiça que falemos em uma justiça processual e construída pelo processo constitucional, e não de forma pessoalmente subjetiva como propõe a Escola Instrumentalista.

constitucional para o exercício e a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, os princípios constitucionais, ora mencionados acima, são as garantias de participação isonômica das partes na construção legítima dos provimentos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, evitando-se surpresas decorrentes de decisões inesperadas e proferidas a partir de argumentação metajurídica advinda de entendimentos subjetivos dos juízes.

A Constituição passa a ser o fundamento lógico, estruturante, científico e objetivo para o entendimento do processo, conforme preceitua José Alfredo de Oliveira Baracho:

[...] A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais que tem como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresenta algumas premissas:

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo consagrada na Constituição<sup>12</sup>.

Cabe-nos, agora, esclarecer cientificamente de forma lógica o que é o Estado Democrático de Direito e qual a sua relação com o processo constitucional e os direitos fundamentais, para assim correlacionar com o processo penal atual e propor uma análise crítica de seus elementos e fundamentos estruturais.

## **1.2. Estado Democrático de Direito: um estudo crítico.**

A democracia encontra sua fundamentação jurídica na teoria do discurso<sup>13</sup>, uma vez que a co-originariedade entre as esferas pública e privada contempla

---

<sup>12</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. O processo constitucional. *Revista Forense*. São Paulo, v. 337, p. 105.

<sup>13</sup>“[...] a democracia é por excelência o regime do discurso, isto é, da palavra pública [...] toda decisão (política, jurídica ou judiciária) supõe a discussão aberta, a confrontação explícita das posições das partes presentes, a exposição a todos de razões válidas para todos os estabelecimentos em comum dos valores comuns. De modo que, na democracia, a política se confunde com o intercambiável, tanto por seus objetos (o político é discutível) como por sua forma (publicidade dos debates, transmissibilidade das opiniões)”. Nesse sentido FRANCIS WOLF. *Nascimento da Razão. Origem da Crise*: São Paulo: Cia das Letras, 1996, p.73). O leitor deve pautar sua interpretação democrática pela reflexão que FRANCIS WOLF, oferta oportunizando uma leitura democrática.

legitimamente os direitos fundamentais. Nos dizeres de Klaus Gunther, citado por Habermas, temos:

[...] Seguindo Klaus Günther, eu entendo a liberdade comunicativa como a possibilidade – pressuposta no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo<sup>14</sup>.

A liberdade comunicativa constitui o parâmetro essencial para a construção do conceito de legitimidade democrática, tendo em vista que a intersubjetividade e a efetiva participação dos destinatários na construção dos provimentos e exercício dos direitos fundamentais representam as linhas mestras para o entendimento do processo constitucional. Segundo Jurgen Habermas, tem-se que:

[...] Liberdade comunicativa só existe entre atores que desejam entender-se entre si sobre algo num enfoque performativo e que contam com tomadas de posição perante pretensões de validade reciprocamente levantadas. Essa característica peculiar da liberdade comunicativa, que depende sempre de uma relação intersubjetiva, explica por que ela se liga a obrigações ilocucionárias. Para alguém poder tomar uma posição dizendo sim ou não, é preciso que o outro esteja disposto a fundamentar, caso se torne necessário, uma pretensão levantada através de atos de fala, uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos em comum pelos partidos participantes. São respectivamente os mesmos argumentos que tem uma força racionalmente motivadora. No entanto, para um ator que toma as suas decisões em força da liberdade intersubjetiva, pouco importa se os argumentos que são decisivos para ele, poderiam ser aceitos por outros. Por isso, a autonomia privada de um sujeito do direito pode ser entendida essencialmente como a liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influência recíproca. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito do direito não precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação. Liberdades de ação subjetivas justificam a saída do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera do peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup>HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v.I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155.

<sup>15</sup>Habermas. Jurgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 156.

Dessa forma, evidencia-se que o Estado Democrático de Direito deve direcionar-se para a construção participada dos provimentos, para que os mesmos sejam legítimos e constitucionais. Importante esclarecer o entendimento de que o princípio pode ser definido como uma espécie de norma, ou seja, é uma norma cuja finalidade é orientar a interpretação dos direitos fundamentais e assim viabilizar a sua efetivação. Isso se deve ao fato da democracia garantir a estruturação jurídico-constitucional do Estado, através da concepção de que o processo é uma garantia constitucional e a jurisdição um direito fundamental.

Para tanto, faz-se mister resgatar no direito constitucional o Princípio do Estado Democrático de Direito<sup>16</sup>, para que a partir dele possa o leitor compreender a operacionalização do Direito processual penal como modelo ideal e apto a reger as relações jurídicas no Estado, na vertente do processo como *garantia constitucional* e em respeito aos princípios constitucionais específicos do processo penal, também estudado a partir da teoria democrática do Direito e do amplo e efetivo acesso à jurisdição, bem como do direito de informação prévia e posterior de todos os atos do procedimento, visando-se a construção compartilhada do provimento jurisdicional.

Importante esclarecer nesse contexto que o processo constitucional é o espaço argumentativo e de participação isonômica, em contraditório e ampla defesa do exercício da cidadania, a partir da efetivação dos direitos fundamentais. A hermenêutica passa a ser o fundamento lógico-constitucional de interpretação e exercício dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O fundamento de validade, eficácia e legitimidade de todo o ordenamento jurídico encontra-se na Constituição, e o processo constitucional é considerado o *iter* orientador da interpretação, justificação e aplicação do direito, tendo em vista que as normas e os princípios constitucionais que se referem ao exercício das funções jurisdicionais, se consideradas na sua complexidade, proporcionam ao intérprete condições de compreender criticamente o direito no parâmetro democrático.

Constitui verdadeiro equívoco o entendimento de que a jurisdição é um poder dever do Estado-Juiz dizer o direito no caso concreto, uma vez que no Estado Democrático de Direito o entendimento que se tem é o de que a jurisdição é uma função estatal, um direito fundamental do cidadão encaminhar suas pretensões ao

---

<sup>16</sup>Entendemos que ao trazer o legislador constituinte no Título I da Constituição Brasileira e ao inserir: *Dos Princípios Fundamentais e nesse contexto incluir o Estado, passa ele, então, a ser um princípio constitucional regente do Estado Democrático de Direito.*

Judiciário e efetivamente participar da construção isonômica do provimento estatal. Nesse sentido temos:

[...] Por jurisdição constitucional, José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>17</sup>, pondera no sentido de que o processo de racionalização do poder surge com o exame de outra instituição do Direito Constitucional: trata-se da jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional é compreendida como a parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado.

Com isso é clara a correlação existente entre jurisdição, processo, direito fundamental, Constituição e o Estado Democrático de Direito. Por isso é possível afirmar que a efetividade do processo constitucional se dá pela Teoria Processual Democrática dos Direitos Fundamentais.

Por isso, falar em processo constitucional no Estado Democrático de Direito é permitir a construção de uma argumentação jurídico-científica, no sentido de entender que a sumarização de procedimentos, a supressão e a restrição dos direitos e garantias fundamentais bem como os argumentos metajurídicos, muito comum a cada reforma da legislação processual no Brasil, representa uma verdadeira afronta a toda reflexão crítica do constitucionalismo democrático na perspectiva processual.

Em meio a todo esse debate é que se pretende analisar criticamente os meandros e as peculiaridades jurídicas do atual modelo da prisão preventiva no Brasil, visando propor uma reflexão constitucionalizada do processo penal no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido temos:

- a) Princípio da constitucionalidade: respaldado na supremacia da constituição, vincula o legislador e todos os atos estatais à constituição, estabelecendo o princípio da reserva de constituição e revigorando a força normativa da constituição;
- b) Sistema de direitos fundamentais: A inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para a sua implementação. Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do Estado Democrático de Direito;
- c) Princípio da legalidade da administração (cerne da teoria do Estado de direito): Postula dois princípios fundamentais: O da supremacia ou prevalência da lei ou reserva de lei;

---

<sup>17</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 97.

d) Princípio da segurança jurídica: Conduz à consecução do princípio da determinabilidade das leis, caracterizando-se como princípio de proteção da confiança dos cidadãos;

e) Princípio da proteção jurídica e das garantias processuais (proteção jurídica individual sem lacunas): Procedimento justo e adequado, de acesso ao direito e de concretização do direito. São garantias gerais de procedimento e de processo: a) *garantias de processo* judicial, de processo penal e de procedimento administrativo; b) independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei; - princípio de garantia de acesso ao Judiciário: assegurando-se ao cidadão pleno direito de defesa<sup>18</sup>.

A efetivação desses princípios na construção do atual modelo de Estado requer dos pesquisadores uma mudança de postura, no que tange ao entendimento teórico e à necessidade de construção efetiva da Democracia preconizada pelo legislador constituinte. Nesse sentido encontra-se a urgente leitura crítica do atual direito penal e do processo penal, tendo em vista que dentre suas finalidades destacam-se o princípio da intervenção mínima<sup>19</sup>, o caráter ressocializador e não punitivo-repressor e a proteção e efetivação das garantias constitucionais, uma vez que o processo penal não deve ser exercitado, no Estado Democrático de Direito, como um instrumento de repressão ao crime, utilizando-se de um procedimentalismo inquisitorial. Ao contrário, um dos maiores desafios teórico-pragmáticos do processo penal constitucional democrático é compatibilizar efetividade processual com as garantias constitucionais.

Nesse mesmo sentido, Mário Lúcio Quintão Soares<sup>20</sup>, esclarece que: o processo constitucional, consoante o paradigma constitucional Estado democrático de direito, pressupõe a compreensão dos princípios democráticos, como substrato para a concretização dos direitos fundamentais.

É por isso que se faz necessária a reflexão e o estudo do Direito de forma articulada com o princípio do Estado Democrático de Direito:

---

<sup>18</sup>SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Jurisdição Constitucional e Direita Fundamentais*. Coordenação: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 410/411.

<sup>19</sup>“O princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”. Nesse sentido BATISTA. Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 84.

<sup>20</sup>SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Jurisdição Constitucional e Direita Fundamentais*. Coordenação: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 405.

[...] Se a proteção generalizada dos direitos individuais superou a fase em que esses direitos eram considerados assuntos pertinente ao domínio exclusivo dos Estados, o certo é que a expansão dos direitos individuais, no Direito Interno e no Direito Internacional, não oculta as sombras que caem sobre eles, para negá-los, como ocorre nos regimes totalitários. A supressão das liberdades, de forma ostensiva, e a recusa de sua vigência, de forma absoluta, convertem frequentemente às normas supremas da Constituição em regras nominais e ineficazes, em textos semânticos, dotados de efeito puramente decorativo<sup>21</sup>. Os indivíduos, até mesmo o Estado, nas sociedades que adotam o paradigma do Estado Democrático de Direito não possuem nem podem possuir poder algum. Mas o Estado é uma estrutura fictícia idealizada para o cumprimento burocrático de fins comuns e não um sujeito, personificado, que possui vontade própria. A vontade que deve ser executada pelo agente político através da estrutura do Estado é a vontade que está escrita na norma. Uma vontade que o agente político recebe por delegação, segundo um processo que o legitima ao exercício de suas funções e que também está previsto na norma (o processo eleitoral, o concurso público para alguns cargos, entre outros)<sup>22</sup>.

Ao contrário, a Escola Instrumentalista de processo, cujos fundamentos básicos encontram-se na obra de Bülow, não diferencia o tempo cronológico do tempo do processo para fins de compreensão da efetividade processual. Isso acarreta, em termos pragmáticos, visível violação das garantias constitucionais, até porque em busca de celeridade, economia processual e da necessidade de proporcionar uma resposta rápida ao cidadão-jurisdicionado, recentes reformas vem sendo realizadas com a criação de procedimentos sumários e sumaríssimos nos quais a efetividade processual constitucional democrático, legitimadora dos provimentos, dá margem a uma pseudo-efetividade processual pautada na incompatibilidade do processo constitucional com os procedimentos sumarizantes e supressores dos direitos e garantias constitucionais consagrados no Estado Democrático de Direito.

Isso evidencia que o instrumentalismo não pode ser visto como algo posto e de compreensão prévia para o leitor, até porque é inegável a contribuição da obra de Bülow e de toda a produção científica decorrente de sua obra, porém o que se pretende demonstrar no presente momento é a incompatibilidade das proposições teóricas da Escola Instrumentalista com o princípio do Estado Democrático de

---

<sup>21</sup>MACHADO. Raul Horta. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 232.

<sup>22</sup>MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas. As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 117/122.

Direito. A legitimidade democrática decorrente da participação isonômica dos destinatários, na construção do provimento estatal, a ruptura com concepções pressupostas de um direito posto unilateralmente pelo julgador, a leitura crítica e a análise constitucionalizada da produção de julgamentos, muitas vezes pautados em argumentações metajurídicas, assim como a premente necessidade de proposição de um direito processual penal crítico, são algumas das premissas e dos objetivos, propostos no presente trabalho e pela pesquisa do processo no parâmetro constitucional, propostas essas não debatidas pelos estudiosos da Escola Instrumentalista, cuja base ainda encontra-se vinculada diretamente ao dogmatismo técnico.

### **1.3. O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DIREITO: Uma proposta de entendimento crítico do tema.**

Analisando-se a sistemática processual penal vigente, verifica-se claramente a existência de procedimentos inquisitoriais aplicáveis até hoje, no Estado Democrático de Direito, com o propósito de dar uma resposta rápida ao jurisdicionado, procurando demonstrar a pseudo-efetividade processual e supressora dos direitos e garantias constitucionais no âmbito processual. Ou seja, temos um sistema processual penal que, na visão pragmática, poderia até ser considerado efetivo, porém constitucionalmente e, sob a ótica da legitimidade democrática, é considerado um verdadeiro símbolo da repressão e do inquisitorialismo religioso-medieval. A título de exemplos, ressaltam-se a sistematicidade e os fundamentos das prisões cautelares; os fundamentos metajurídicos, usualmente utilizados no Tribunal do Júri; o procedimentalismo técnico-inquisitorial dos Inquéritos Policiais; a inquisitorialidade da Lei de Crimes Hediondos, Lei de Organizações Criminosas, Lei Maria da Penha; a supressão das garantias constitucionais em casos de crimes considerados moralmente relevantes e que atingem diretamente valores morais e religiosos do magistrado, dentre outros.

Diante desses argumentos, inicialmente apresentados, ressalta-se a necessidade de esclarecimentos científicos acerca da finalidade jurídica do processo penal. Não se pretende propor aqui a construção de uma tese voltada

para dogmatizar o entendimento do tema, mas sim demonstrar a importância de diferenciar argumentações jurídicas e metajurídicas, quando se analisa o processo penal.

O princípio da intervenção mínima estabelece os contornos da finalidade do direito penal, uma vez que o verdadeiro papel da pena não é punir o ato praticado e sim proporcionar condições para que o condenado seja ressocializado. Ao contrário da literatura de direito penal clássica, o direito penal não tem o propósito de combater a criminalidade e nem proporcionar a diminuição nos índices de crimes praticados, até porque essa é uma atribuição conferida não ao direito, mas sim às políticas públicas que deveriam ser realizadas pelo Poder Executivo. Por isso, o direito penal no Estado Democrático de Direito tem uma função subsidiária, devendo ser operacionalizando apenas e tão somente quando os outros segmentos da ciência do Direito não conseguem resolver os impasses da sociedade.

O processo penal tem como propósito impedir que os julgamentos sejam proferidos inquisitorialmente, pautados em argumentações metajurídicas e no senso subjetivo de justiça do julgador. No Estado Democrático de Direito, o processo penal deve ser analisado a partir do princípio da supremacia da Constituição e observância dos direitos fundamentais, princípios e garantias constitucionais.

O processo penal, em uma vertente moderna ou constitucional, há de ser visualizado como escudo protetor da atuação estatal, e em atendimento aos preceitos constitucionais (princípios constitucionais do processo), e não como meio e ou instrumento de atuação estatal deslegitimadora e autoritária da atuação do Estado, em se tratando de direitos fundamentais.

O processo penal deve coibir abusos e ilegalidades por parte do próprio Estado, devendo, para tanto, observar durante todo o procedimento os direitos fundamentais e princípios constitucionais de aplicabilidade imediata<sup>23</sup>.

A possibilidade efetiva de argumentação e contra-argumentação, a utilização de todas as provas e meios de prova lícitamente admitidos em direito, a participação isonômica do acusado na construção do provimento penal, assim como a efetivação dos direitos fundamentais, é a base para a legitimidade processual no Estado

---

<sup>23</sup>Na atual sistemática constitucional, encontramos de forma objetiva e cristalina no texto da Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, cujos princípios constitucionais do processo estão localizados, o seguinte comando no parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Democrático de Direito. Desse modo, tem-se que o princípio constitucional do contraditório<sup>24</sup>, ampla defesa, isonomia processual e devido processo legal no Estado Democrático de Direito não deve ser interpretado e exercitado apenas como elemento de contradizer, mas sim como mecanismo hábil para criar e capacitar os procedimentos pela via da jurisdição e da decisão que deverá incorporar os efeitos do princípio do contraditório de forma concreta, ou seja, pela construção participada do provimento judicial pelo jurisdicionado.

Entende-se por devido processo legal a proteção dos direitos fundamentais e a real participação do jurisdicionado na construção legítima do provimento. A Constituição é o fundamento científico de contenção do livre arbítrio do Estado, no sentido de frear os atos judiciais abusivos e ilegais, até porque o propósito do processo constitucional é assegurar a construção participada de um provimento constitucional e legítimo.

A crítica que se faz à Escola Instrumentalista é a de que relega a um segundo plano o jurisdicionado, enquanto sujeito participante no processo penal e no procedimento, haja vista que os interesses do Estado não são compartilhados com aquele, cujos efeitos incidirão no provimento judicial. Este modelo de Escola, ainda vigente no Brasil, não se mostra mais compatível com o atual modelo de Estado e com as atuais teorias do processo.

A visão instrumentalista ainda insiste em colocar o Estado representado pelo juiz em posição hierarquicamente superior às partes no processo penal. A instituição do Ministério Público provoca a jurisdição em face do jurisdicionado, sem que, a exemplo da prisão preventiva, seja permitido ao jurisdicionado a participação na construção do provimento. Essa visão reflete durante o procedimento, inimaginável conteúdo de justiça salvadora dos interesses do Estado, motivo pelo qual, o processo penal na atualidade não pode mais ser concebido como instrumento de tutela dos interesses da sociedade e manejo de forma discricionária pelo magistrado. Até mesmo porque, no entendimento de Márcio Sotelo Felipe<sup>25</sup>, o direito

---

<sup>24</sup>“O contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais”. LEAL. André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 88.

<sup>25</sup>FELIPPE. Márcio Sotelo. *Razão jurídica e Dignidade Humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 83.

não se esgota na norma positiva, e nem tudo que está na norma positiva é jurídico, ou ainda, na lição de Ronald Dworkin<sup>26</sup>, a atitude do direito é construtiva.

É racional compreender o processo na perspectiva constitucionalizada e democrática. Processo é garantia, e o contraditório é princípio regente. Esta teoria sugere uma visão do processo, associada às condições legitimantes das decisões judiciais, desta feita, direcionadas ao Estado Democrático de Direito, no qual o contraditório assume um papel revelador, que, efetivamente, coloca o repensar, quanto à aplicação e execução deste princípio, na plataforma constitucional, apta a reger de forma co-participada o procedimento penal e o provimento judicial. O jurisdicionado, através do advogado e em simétrica paridade com o Ministério Público, construirão o provimento inicial, intermediário e final. Somente desta forma a decisão poderá tornar-se legítima, uma vez que não deve o juiz de forma isolada e discricionária construir o provimento judicial de forma sigilosa, quando se trata de prisão preventiva, contrariando inclusive preceito de ordem processual penal, constante do artigo 792 do Código de processo penal<sup>27</sup>, que trata da publicidade dos atos procedimentais.

Necessário, pois, se torna dar efetividade às normas constitucionais durante a construção do provimento judicial, até mesmo como fator de legitimação de aplicação da lei. Nesse sentido, temos:

[...] Tratando especificamente do processo penal, objeto desse trabalho, Ada Pellegrini Grinover citando Jorge de Figueiredo Dias, acentua que tem o direito processual penal na sua base o problema fulcral das relações entre o Estado e a pessoa individual e da oposição desta na comunidade, para depois analisar o modo como às orientações políticas típicas, historicamente afirmadas, influíram na estrutura e caracterização do processo penal, assim é mister o registro da seguinte passagem teórica, visando repensar o modelo até então implementado como o modelo adequado ao Estado Democrático de Direito:

a) Numa concepção autoritária do Estado, o processo penal é então dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas qualquer consideração autônoma e, ligado a uma liberdade inteiramente discricionária do julgador (embora exercida sempre em favor do poder oficial), constitui o único vetor processualmente relevante. O argüido, por seu turno, é

---

<sup>26</sup>DWORKIN. Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492.

<sup>27</sup> “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos, e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”.

visto não como sujeito co-actuante no processo, mas como mero objeto de inquirição, como algo que é afeito ao processo, mas que nele não participa ativamente;

b) No Estado liberal, no centro da consideração está agora o indivíduo autônomo, dotado com os seus direitos naturais originários e inalienáveis. Do que se trata no processo penal é de uma oposição de interesse (portanto de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas de liberdade ou restritivas de sua liberdade. Por seu lado, a lide, para que seja *fair* [limpa], supõe a utilização de armas e a disponibilidade, pelos contendores, de meios tanto quanto possíveis iguais; por isso o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado, antes tem de surgir como verdadeiro sujeito do processo, armado com o direito de defesa e com as suas garantias individuais;

c) No Estado de direito social, a relação comunidade-pessoa individual não é aqui nem a do absolutismo nem a do liberalismo; onde no processo penal desempenhar-se-á, antes de tudo, uma função comunitária, será ele próprio uma parte da ordenação comunitária. No processo penal se trata primariamente de um assunto da comunidade jurídica, em nome e no interesse do qual se tem de esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso.

Fazendo um juízo de ponderação acerca das inovações processuais penais, e de forma mitigada, esclarece que o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repitam-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é *ler* as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive. Por isso, a cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: É esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformara o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade<sup>28</sup>.

No Estado Democrático de Direito, o Direito processual penal e o procedimento penal, agora alinhado ao modelo constitucional, há de ser interpretado, construído e exercitado sob o manto primeiramente da Constituição,

---

<sup>28</sup>GRINOVER. Ada Pellegrini. *Novas Tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense universitária, 1990, p. 14/15.

tendo como princípio regente (garantia), a aplicação do princípio do contraditório, ampla defesa e devido processo legal na construção do provimento judicial, seja ele inicial, intermediário ou final.

No que diz respeito ao tema-problema da presente tese, qual seja, a legitimidade democrática da prisão preventiva pelo processo constitucional, sabe-se que o Estado deve convocar o Ministério Público e o Advogado do jurisdicionado para deliberar de forma compartilhada sobre a necessidade e os fundamentos jurídicos da prisão preventiva. Não é isso que ocorre na prática, uma vez que o jurisdicionado não participa da construção do provimento e na maioria dos casos é surpreendido com a decisão isolada da prisão preventiva. Somente através da efetivação dos direitos fundamentais, o provimento judicial poderá tornar-se legítimo, devendo-se ressaltar que o processo constitucional garante a efetivação dos direitos fundamentais, mediante a construção legítima e participada dos provimentos. Não se mostra legítima, desde de 1988, com a promulgação da Constituição brasileira, a operacionalização do Direito processual penal e do procedimento penal, sem a participação do jurisdicionado na construção do provimento judicial. O jurisdicionado no Estado Democrático de Direito não deve ser concebido como mero objeto de persecução penal. Ao contrário, deve ser agente integrante no sentido de contribuir de forma co-participada com todos os atos (provimentos) do Estado e insurgir-se contra atos abusivos praticados por juízes que ainda insistem em interpretar o Direito processual penal de forma dogmático-inquisitorial. Ou, dito de outro modo, nas lições de Cesare Beccaria<sup>29</sup>, ao refletir sobre a prisão, apontava a discricionariedade de prender os cidadãos, de tirar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos e, por conseguinte, de deixar livres os que eles protegem, malgrado todos os indícios do delito. No mesmo sentido Francesco Carnelutti<sup>30</sup>, em lapidar pensamento, indicava que um homem para ser juiz, deveria ser mais que um homem. O juiz, quando julga, estabelece quem tem razão; isto quer dizer: de que lado está a razão. Essa razão é e não pode ser mais que uma, como a verdade; aliás, neste sentido se equivalem razão e verdade. O delito, para Carnelutti, está no passado e a pena no futuro.

---

<sup>29</sup>BECCARIA. Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ediuoro, 1996, p. 33.

<sup>30</sup>CARNELUTTI. Francesco. *As Misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995, p. 37 e 56.

Outrossim, no texto constitucional brasileiro, verifica-se que o órgão do Ministério Público, a Defensoria Pública e o advogado estão situados no mesmo plano constitucional, não devendo o Estado-juíz, isoladamente e subjetivamente, construir decisões judiciais com escopos metajurídicos e inquisitoriais. Portanto, possuem direito de igual participação na construção do provimento estatal. O fundamento dessa igualdade processual encontra-se na preocupação dos pesquisadores em romper com concepções pressupostas de que o magistrado encontra-se em posição hierarquicamente superior ao acusado e que suas decisões são soberanas e voltadas para a proteção do interesse da sociedade, em detrimento da punição inquisitorial do acusado. Como adverte Aduino Suanes<sup>31</sup>, encontra-se superado a figura do juiz, representante de Deus na Terra. O juiz criminal moderno é alguém comprometido com a regularidade do processo, com a garantia de tratamento igualitário das partes.

No Estado Democrático de Direito o acusado não pode ser surpreendido com decisões solitárias e proferidas unilateralmente pelo julgador, uma vez que a sua garantia constitucional refere-se à participação efetiva e isonômica na construção do provimento. O fundamento jurídico hábil a contestar decisões proferidas ao argumento do sigilo, visando a prisão preventiva do acusado, não se limita ao disposto no artigo 792 do Código de Processo Penal brasileiro, que trata da publicidade dos atos processuais com regra, mas sim aos próprios fundamentos da legitimidade democrática do provimento. A publicidade, nesse sentido deve ser plena e não, restrita.

[...] Não diferente, é o encaminhamento da questão sobre a publicidade do processo, onde Roberto José Ferreira de Almada<sup>32</sup>, enfatiza que a garantia processual da publicidade, portanto, como forma de dar transparência e reconhecimento geral das coisas feitas pelo Estado no plano normativo, aí percebida numa perspectiva jurisdicional concreta individual ou coletiva, é o modo excelente, na visão atual da teoria do direito, de obter a legitimidade das suas instituições.

---

<sup>31</sup>SUANNES. Aduino. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 131 e 145.

<sup>32</sup>ALMADA. Roberto José Ferreira de. *A Garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2006, p. 59.

O direito ao procedimento penal, quanto à publicidade, está amplamente assegurado e acertado (art. 792 CPP<sup>33</sup>). Deve o Estado de forma equilibrada convocar todos os participantes para que, possam, em simétrica paridade, construir o provimento judicial. Não se justifica a participação de agentes estatais no curso e formação do provimento judicial, sem a participação do advogado, por imperativo constitucional. Corroborando desse entendimento, escreve Paula Bajer Fernandes Martins Costa<sup>34</sup> que a igualdade real interessa para o processo penal, quando se reflete sobre a questão do acesso à justiça. Daí não se pode trabalhar, no Direito Processual Penal, apenas com a igualdade formal.

Desde 1942 com a edição do Código de Processo Penal já se fazia presente a publicidade do processo com previsão normativa em seu artigo 792 estabelecendo que, ao jurisdicionado, é facultado participar da construção do provimento judicial, por se tratar de procedimento público. Assim não o fosse, não teria sido inserido no *caput* do artigo de lei em análise o enunciado: [...] Os atos processuais serão, em regra, públicos.

Além desse fundamento infraconstitucional, ressalta-se que tal dispositivo foi recepcionado pelo princípio da publicidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição brasileira<sup>35</sup>. Isso deixa claro que a participação na construção do provimento jurisdicional deve ser efetivamente oportunizada através da publicização e controle dos atos processuais. É justamente esse um dos pontos do presente debate científico: A não publicização dos atos e decisões proferidos no sentido de viabilizar a decisão da prisão preventiva do acusado, sem oportunizar a sua participação na construção do provimento, ofende de forma atentatória a publicidade processual do procedimento. A impressão que se tem é que a decisão referente à prisão preventiva foi proferida às escondidas, visando surpreender o acusado, restringindo seu direito fundamental de liberdade, sob o pálido argumento de proteção do interesse público da coletividade sobrepondo-se aos interesses

---

<sup>33</sup> “As audiências, sessões e os atos processuais, serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”. Não deveria haver, portanto, o “princípio surpresa” na construção da decisão referente à prisão preventiva, desde que a leitura do texto processual fosse constitucionalizada.

<sup>34</sup> COSTA. Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001, p. 17.

<sup>35</sup> O artigo 37 do Texto Constitucional traz em seu bojo: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (...).

privados. Mais uma vez levanta-se aqui a discussão anteriormente feita, qual seja: a co-originariedade das esferas pública e privada, proposta por Habermas. Mesmo que a prisão preventiva seja necessária, que a restrição ao direito fundamental de liberdade ocorra de forma legítima, no Estado Democrático de Direito, com a instauração de um debate crítico-jurídico, com a participação dos destinatários da decisão, pautada em fundamentos constitucionais de uma interpretação construída pela Hermenêutica constitucional. O que não se pode admitir democraticamente são decisões pessoalmente construídas a partir de concepções subjetivas e metajurídicas do julgador.

Hoje o processo penal pode ser visto como um atropelo à ordem constitucional vigente, uma vez que o Código de Processo Penal, como mencionado anteriormente, entrou em vigência no ano de 1942 e muitos de seus dispositivos não foram recepcionados pela Constituição de 1988. Daí a necessidade de repensar criticamente o processo penal na perspectiva dos princípios constitucionais democráticos do contraditório, ampla defesa, isonomia processual, devido processo legal, publicidade, bem como a viabilização efetiva de participação dos destinatários, na construção efetiva do provimento. Por isso afirma-se que a prisão preventiva no modelo de Estado atual deve ser revisitada na concepção constitucional transformadora da conquista histórico-constitucional dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que os conteúdos dos dispositivos legais<sup>36</sup>, previstos no Código de Processo Penal brasileiro vigentes, são absolutamente de cunho inquisitorial.

---

<sup>36</sup>A redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, que ora se transcreve, sugere a construção do provimento judicial apenas entre o juiz, autoridade policial e Ministério Público. Vejamos: “*Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial*”. Da leitura do dispositivo ora transcrito percebe-se que entre os agentes do diálogo procedimental não há a participação do jurisdicionado e do advogado. Não tem validade constitucional, porque, ocorre flagrante violação de preceito constitucional, por também não concretizar a igualdade entre o advogado e órgão do Ministério Público, onde, ambos integram o que o legislador constituinte houve por bem denominar de funções essenciais à justiça. A figura do juiz igualmente torna-se parcial, porque, participa *ex officio* da construção do provimento judicial inicial sem que a jurisdição seja provocada. Esta norma, se levados em consideração o atual modelo de Estado, não foi recepcionada pela Constituição. O processo penal e o direito ao procedimento penal devem ser estruturados de modo a priorizar a máxima efetividade dos princípios constitucionais específicos do Direito processual penal e da teoria discursiva do direito democrático. Não se tolera mais a visão instrumentalista do processo penal como fonte de inimaginável justiça salvadora dos problemas da sociedade.

O processo penal é autônomo, e esse caráter autônomo que ora se pretende construir teoricamente deve partir da premissa maior de que os elementos comuns da Teoria do Processo (Jurisdição, Ação e Processo) são comuns a todo o Direito processual (civil, penal, trabalho, legislativo e administrativo), não se justificando dar tratamento ao jurisdicionado, no processo civil, no processo do trabalho e administrativo, de forma diferenciada, no que concerne ao exercício efetivo dos direitos e garantias individuais inerentes ao processo e ao procedimento.

O processo penal que se quer construir deve pautar-se pela interpretação constitucional democrática, haja vista que o diploma processual penal, além de não corresponder às expectativas do Direito Democrático, não pode sobrepor-se perante a Constituição ou mascarar garantias constitucionais e aplicá-las apenas formalmente. Não é nesse sentido que deve ser construído e operacionalizado o processo penal e a prisão preventiva.

O processo penal não deve ter cunho exclusivamente punitivo-inquisitorial, nos quais os direitos fundamentais do acusado, conquistados ao longo do processo histórico do constitucionalismo no mundo, sofrem a todo instante restrições fundadas, na maioria das vezes, no interesse público que motiva o Estado em negar amplamente o acesso efetivo à jurisdição democrática e o direito ao procedimento penal, antes da formação do provimento judicial. A liberdade é atributo constitucional e princípio constitucional, ao passo que a prisão é exceção, em especial a prisão preventiva.

O processo penal constitucional que se quer construir deve afastar-se dos dogmas do procedimentalismo inquisitorial. Desde 1988, com a promulgação da Constituição, o processo penal e o direito ao procedimento penal devem ser exercitados na perspectiva constitucionalizada, buscando-se a aplicabilidade e efetivação dos direitos fundamentais.

Conforme exposto até o presente momento, a problemática mais evidente hoje no processo penal, mais especificamente quanto à prisão preventiva, diz respeito à legitimidade processual democrática e ao procedimento penal resultante desta, procedimento esse de natureza inquisitorial e que não garante a participação do acusado na sua construção, surpreendendo-o com uma decisão proferida unilateralmente pelo magistrado, mediante requerimento fundamentado do Delegado de Polícia ou do representante do Ministério Público. Importante ressaltar que a privação do direito fundamental à liberdade do acusado ocorre quase que de forma

inesperada, não oportunizando previamente o exercício do contraditório, até porque tal procedimento se realiza de forma sigilosa, sem a devida publicidade garantida constitucionalmente e também no plano infraconstitucional, conforme anteriormente exposto. Dessa forma o que se pretende discutir criticamente é a obrigatoriedade do princípio do contraditório, ampla defesa, publicidade, isonomia processual e devido processo legal, como requisitos fundamentais à legitimidade processual, decorrente da construção participada do provimento pelos seus reais destinatários.

Ademais, evidencia-se que o propósito da presente discussão é esclarecer que o processo constitucional, enquanto instituição garantidora da construção legítima dos provimentos no Estado Democrático de Direito, tem como propósito viabilizar a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, quando da decisão judicial. Por isso, discutir-se-á no próximo tópico, os fundamentos jurídicos hábeis à interpretação e compreensão dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito, correlacionando-os com o conceito de efetividade, na perspectiva do processo constitucional.

#### **1.4. Efetividade processual dos Direitos Fundamentais.**

A compreensão científica e objetiva dos direitos fundamentais perpassa pelo entendimento dos seus diversos sentidos, tais como direitos humanos<sup>37</sup>, direitos naturais, direitos públicos subjetivos (no sentido de *facultas agendi*), liberdades públicas, direitos morais, direitos dos cidadãos etc. Trata-se de uma expressão carregada de inúmeros sentidos metajurídicos, o que desencadeia uma certa dificuldade, no que tange ao seu caráter objetivo<sup>38</sup>. A imprecisão da dimensão terminológica leva pesquisadores a utilizarem a expressão, sem ao menos

---

<sup>37</sup>“Da diversidade dos conceitos expostos, infere-se que a expressão direitos humanos aparece, geralmente, relacionada com outras denominações que, em princípio, parecem designar realidades muito próximas: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas etc., tornando necessária a análise objetiva das relações existentes entre cada uma das diversas denominações com os direitos humanos, evitando-se a equivocidade conceitual”. SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 25.

<sup>38</sup>[...] os direitos humanos são dados objetivos para o Comunitarismo, pois derivam da existência objetiva da própria comunidade. HABERMAS, Jürgen. *The postnational Constelation*. Trad.. Max Pensky. Cambridge: MIT, 2001, p. 116

compreender a existência de seus diversos sentidos, uma vez que a multiplicidade de tais sentidos muitas vezes acarreta dificuldades para os estudiosos que envidam esforços nessa distinção teórica. Nos dizeres de Ronaldo Bretãs de Carvalho Dias: [...] observa-se que, em princípio, a expressão direitos humanos é pouco significativa e impregnada de certa carga de redundância, porque, afinal de contas, todos os direitos são humanos<sup>39</sup>.

Por isso é importante esclarecer que a expressão “direitos fundamentais” não se confunde com as expressões anteriormente mencionadas, principalmente com a terminologia “direitos humanos”. Dessa forma os direitos fundamentais são todos aqueles direitos com previsão constitucional, de aplicabilidade imediata, caracterizados pelo seu conteúdo, de interpretação extensiva e garantidores do exercício efetivo da cidadania. Ou seja, são todos aqueles direitos que asseguram aos homens condições de cumprirem com os seus deveres no âmbito da órbita civil. Importante ressaltar nesse contexto que o processo constitucional garante a efetivação dos direitos fundamentais, através da construção legítima dos provimentos.

Segundo Daniel Sarmento:

[...] A doutrina contemporânea dos direitos fundamentais tem raízes na influente teoria dos direitos públicos subjetivos elaborada por George Jellinek no final do século XIX, em obra clássica intitulada *Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos*, onde o autor expõe sua concepção que se caracteriza pela adesão aos postulados do individualismo e do positivismo. Para Jellinek, os direitos públicos subjetivos não eram direitos naturais e inatos, que antecederiam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo perante o Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente de acordo com o marco estabelecido pelas leis<sup>40</sup>.

A construção e justificação dos direitos fundamentais se dá pelo processo constitucional, na perspectiva discursiva. O procedimento discursivo resulta do que Habermas chama de “princípio do discurso”, no qual a validade e legitimidade das normas jurídicas condiciona-se à aquiescência de todos os possíveis envolvidos no

---

<sup>39</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 109.

<sup>40</sup>SARMENTO. Daniel. *A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmento de uma Teoria. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 258.

discurso<sup>41</sup>. A validade do procedimento discursivo pressupõe a observância de quatro condições: a) *que o discurso seja livre de coerção física*; b) *que ofereça iguais condições de participação*; c) *que nenhum tópico seja por definição excluído da discussão*; d) *que apenas o melhor argumento exerça coerção sobre os falantes*<sup>42</sup>.

A democratização do princípio do discurso permitiu a racionalização e a constitucionalização do processo. Nos dizeres de Galuppo, [...] no plano da justificação racional de normas universais, só podem pretender validade legítima as leis que puderem contar com o consentimento de todos os cidadãos em um processo discursivo de legislação que, por sua vez, foi constituído legalmente<sup>43</sup>. A autonomia pública e privada dos sujeitos-participantes do discurso condiciona a construção dos provimentos democráticos a partir dos princípios constitucionais da isonomia, contraditório, ampla defesa, legalidade e devido processo legal.

No Estado Democrático de Direito a compreensão dos direitos fundamentais não podem ser concebidos e estudados a partir de pressuposições morais e axiológicas, uma vez que o Princípio do Discurso Democrático é o responsável pela positivação dos Direitos Humanos em Direitos Fundamentais, conforme explicita Galuppo:

[...] Os Direitos Humanos transforma-se em Direitos Fundamentais somente no momento em que o Princípio do discurso se transforma em Princípio Democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade<sup>44</sup>

No Estado Democrático de Direito a construção dos direitos fundamentais se dá pela participação discursiva dos destinatários, no âmbito do processo constitucional, uma vez que a efetivação de tais direitos, garantidores da inclusão social, deverá se dar via ações constitucionais, conforme preconizado por Menelick

---

<sup>41</sup>HABERMAS. Jürgen. *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 138.

<sup>42</sup>GALUPPO. Marcelo Campos. O que são Direitos Fundamentais?. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.230.

<sup>43</sup>GALUPPO. Marcelo Campos. O que são Direitos Fundamentais?. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.231.

<sup>44</sup>GALUPPO. Marcelo Campos. O que são Direitos Fundamentais?. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.233.

de Carvalho: se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais<sup>45</sup>. O desafio à compreensão dos direitos fundamentais é tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania<sup>46</sup>.

No Estado Democrático de Direito os princípios da economia, celeridade e efetividade processual não podem reduzir a atividade processual em detrimento do direito fundamental da liberdade, ampla defesa, contraditório, isonomia processual e devido processo legal. A efetividade processual é um conceito democrático que deve ser construído pelo princípio do discurso para garantir a legitimidade dos destinatários do provimento estatal. Nesse sentido temos o entendimento de Andréia Alves de Almeida<sup>47</sup>:

[...] A efetividade processual, no paradigma democrático, aproxima-se assim do conceito de legitimidade, ou seja, somente é possível quando os destinatários das normas se considerarem seus autores. São os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Não há como operacionalizar a democracia pelos órgãos jurisdicional, legislativo e executivo por si mesmos, pois a democracia é um sistema aberto e nenhuma das esferas do Estado pode pressupô-la e/ou absolutizar valores como corretos e universais, na razão, (concepção) discursiva, a efetividade processual se dá e se preserva pela regência do devido processo constitucional na atividade legiferante e jurisdicional.

O presente tópico tem por objetivo demonstrar que no mesmo plano constitucional encontram-se delimitados a atuação do Estado, haja vista que ao jurisdicionado é assegurado o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos, ilegalidade ou abuso de poder, nos precisos termos do art. 5º, inciso XXXIV, “a” da Constituição brasileira de 1988.

Assim, a proteção processual dos direitos fundamentais nesta dimensão têm, como escopo constitucional imediato, assegurar e resguardar a efetividade da norma

---

<sup>45</sup>CARVALHO NETTO. Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

<sup>46</sup>CARVALHO NETTO. Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

<sup>47</sup>ALMEIDA. Andréia Alves. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Coordenação: Rosemiro Pereira Leal. v. IV, Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 89.

constitucional de eficácia plena no direito processual penal, em se tratando de garantir ao jurisdicionado o direito ao procedimento penal, antes de ter sua liberdade física tolhida pelo Estado quando do provimento judicial prisional, ou seja, prisão preventiva. Como destacado em várias passagens da presente pesquisa, a Constituição brasileira em seu art. 5º, inciso LIV<sup>48</sup> assegura o direito ao processo legal<sup>49</sup> de forma integral.

Portanto, em momento algum, o legislador constituinte fez exceção à norma constitucional, no sentido de delimitar que a prisão preventiva poderia ser decidida pelo Estado, sem observância do princípio constitucional do devido processo legal. Ao contrário, fez o legislador constituinte menção expressa e de forma ampla, no sentido de ser efetivada essa garantia constitucional, aqui entendida como Direito fundamental e acertados, quando da comissão constituinte originária, instalada para elaboração da Constituição brasileira. Basta incrementar a norma constitucional no procedimento.

Não se justifica, portanto, o não exercício dos direitos fundamentais. O descaso é reduto de concepções errôneas na interpretação do direito e do distanciamento do direito democrático a ser estudado e operacionalizado, com uma leitura constitucional, e da teoria democrática.

A construção legítima e constitucionalizada do provimento estatal que decide pela concessão da prisão preventiva é o objeto central da presente pesquisa. Para ilustrar nossa linha de reflexão teórica, tomemos como parâmetro a situação jurídica do devedor de alimentos (art. 733 CPC<sup>50</sup>). Nesta situação, não se decide pela prisão civil, sem que antes do provimento final, o alimentante participe e construa o provimento final. Neste caso, o provimento é construído de forma compartilhada antes e durante a decisão final, para produzir, ao final, o resultado, tendo em vista que sobre o jurisdicionado recairão os efeitos da norma, ou seja, a prisão civil. A procedimentalidade instaura-se previamente e a efetividade processual concretiza-se pela teoria do discurso procedimental. O exercício da cláusula constitucional do

---

<sup>48</sup> “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>49</sup> O devido processo legal é um princípio constitucional que garante ao cidadão a legitimidade democrática do provimento, a proteção e efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito mediante a efetivação dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia processual.

<sup>50</sup> O artigo 733 do CPC traz a seguinte redação: “Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. Parágrafo 1º: Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”.

devido processo legal, como *direito fundamental*, é respeitado. O devido processo legal é observado por imperativo constitucional, ou seja, não se decide isoladamente pela prisão do alimentante. A discricionariedade do juiz é mitigada.

Portanto, se não há exclusão de objeto jurídico (bem da vida) para ser tolhido pelo Judiciário, sem a observância do princípio constitucional do devido processo legal, com muito mais propriedade não se pode conceber que a prisão preventiva, cujo bem da vida (liberdade) possa ser retirada, sem efetivar-se os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, como no exemplo colacionado. A prisão preventiva, no atual sistema constitucional e do modelo de Estado adotado, não pode sobrepor-se aos direitos fundamentais, aqui entendido o direito ao procedimento penal em atendimento à cláusula constitucional *do devido processo legal e do princípio constitucional do contraditório*, em todas as fases da preparação do provimento. Não há no texto constitucional, nem tampouco na legislação infraconstitucional dispositivo legal que assim o determine. Ao contrário, o que ocorre é a não interpretação democrática do direito. Ainda, prevalece a visão instrumentalista de processo, pautada pela interpretação literal da lei infraconstitucional, sem observar-se o texto constitucional. Nos dizeres de Maria Helena Diniz<sup>51</sup>, é da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. As normas constitucionais restringem a sua órbita de ação.

O Estado evoluiu. Desde a promulgação da Constituição brasileira o direito ao processo foi erigido à categoria constitucional de *garantia*. Direito fundamental do jurisdicionado, incondicional, absoluto e pleno. Não se justifica, portanto, a decisão pela prisão preventiva, sem a observância da cláusula constitucional do devido processo legal, contraditório, publicidade e ampla defesa. Nos dizeres de Álvaro Ricardo de Souza Cruz,<sup>52</sup>:

[...] é a essencialidade do contraditório, vez que um discurso não se produz monologicamente, ou seja, exige mais de um participante. O contraditório é elemento essencial da dimensão pragmática do processo de obtenção da “resposta correta” ou da “norma ideal”. Ele compõe a racionalidade procedimental, que afasta uma visão solipsista da Teoria da Decisão. O contraditório é peça fundamental nesse jogo de argumentação.

---

<sup>51</sup>DINIZ. Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: 1998. Saraiva, p. 13.

<sup>52</sup>CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, p.246.

O argumento do interesse público estatal sobre o interesse privado, igualmente, não pode sobrepor-se aos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Ao juiz não é lícito interpretar o direito, distanciando-se do texto constitucional, mesmo afirmando que o interesse público prepondera sobre o interesse privado. Não há no sistema jurídico constitucional e no processual penal nenhuma norma nesse sentido. Ao contrário, como já foi registrado no presente trabalho, no processo penal, o princípio da publicidade orienta e fundamenta juridicamente todos os atos processuais. Não deveria a jurisdição decidir pela prisão preventiva, contrariando o princípio constitucional da publicidade. O art. 37 da CR/88 é taxativo ao afirmar que a administração pública reger-se-á pelo princípio da publicidade<sup>53</sup>. Nela, a função jurisdicional está integrada.

De outro norte, o conteúdo que se extrai do artigo 3º do CPP<sup>54</sup> é no sentido de admitir-se uma interpretação extensiva. Essa interpretação extensiva deveria ser o condutor para garantir e efetivar os direitos fundamentais: Princípio do devido processo legal, Princípio do contraditório. Não é demais registrar, mas se faz necessário a hermenêutica constitucional democrática, que se extrai da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, em seu artigo 2º<sup>55</sup>, com a seguinte redação: À prisão preventiva e a fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis.

A vinculação dos órgãos do Judiciário aos direitos fundamentais, incumbidos do dever de aplicá-los, bem como de interpretar o direito infraconstitucional, à luz dos valores *jusfundamentais*, é reforçada por força da hermenêutica, atribuída ao art. 5º, par. 1º, da Constituição brasileira<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup>Cândido Rangel Dinamarco, *“associa a garantia da publicidade processual à democracia e à necessidade de transparência dos atos realizados pelos órgãos públicos, e salienta que em relação às partes e seus advogados não pode haver restrição de qualquer espécie quanto à publicidade dos atos processuais por se tratar de apoio operacional à efetividade do contraditório”*. Roberto José Ferreira de Almada, em sua obra denominada *A garantia processual da publicidade*, p. 129, traz essa informação.

<sup>54</sup>O artigo 3º do CPP menciona: *“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem com o suplemento dos princípios gerais do direito”*.

<sup>55</sup>A Lei de introdução ao CPP, em seu artigo 2º esclarece: *“À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”*.

<sup>56</sup>*“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. Esse é o texto constitucional.

José Carlos Vieira Andrade noticia que:

[...] os tribunais, enquanto órgãos do Estado, estão igualmente submetidos à Constituição [...], parece um truísmo, de tal modo está enraizada nos nossos espíritos a imagem dos juízes como garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos e como intérpretes do Direito<sup>57</sup>.

[...] Ademais, a vinculação do Judiciário, especialmente o órgão máximo da jurisdição constitucional – no sistema pátrio, o Supremo Tribunal Federal, incumbido da guarda da Constituição –, aos direitos fundamentais é tão intensa que uma teoria dos direitos fundamentais não pode prescindir de uma perspectiva empírica consubstanciada na análise da prática jurisprudencial (precedentes). Nesse sentido, Alexy, logo nos prolegômenos da sua teoria dos direitos fundamentais, afirma que “*lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudência Del Tribunal Constitucional Federal*”<sup>58</sup>.

[...] Por outro lado, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>59</sup>, em lapidar lição de Direito Constitucional acentua que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). José Carlos Vieira Andrade<sup>60</sup>, destaca que os direitos fundamentais são, na sua dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica. Estruturando toda a oferta teórica até então esboçada, Gregório Peces-Barba Martinez<sup>61</sup>, realça a reflexão, no sentido de que “*La igualdad ante la ley es, como una igualdad reguladora del ordenamiento, una dimensión del valor seguridad jurídica y pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse, y se articula em los que nos*

---

<sup>57</sup> ANDRADE. José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra. Almedina, 2001, p. 234.

<sup>58</sup> ALEXY. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. 2002, p. 23. Tradução: “O que hoje são os direitos fundamentais é definido, principalmente, sobre a base da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”.

<sup>59</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra. Almedina, 2002, p.373.

<sup>60</sup> ANDRADE. José Carlos Vieira. *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 17.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ. Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. (I) Teoría General*. Madri: Eudema, 1991, p. 243. Tradução: “A igualdade ante a lei é, como uma igualdade reguladora do ordenamento, uma dimensão do valor seguridad jurídica e pretende criar âmbitos de certeza e de saber a que ater-se, e se articula no que diz respeito como direito fundamental à segurança jurídica, e como outros direitos conhecidos como garantias processuais”.

*concierno como derecho fundamental a la seguridad jurídica, y como otros derechos conocidos como garantías procesales”.*

Na presente pesquisa o que se tem focado é o não exercício do princípio do contraditório e do devido processo legal na prisão preventiva, o que contraria o texto constitucional. Por isso, deve-se refletir:

a) Se no comando constitucional há previsão, no sentido de que nenhuma lesão ou ameaça será excluída da apreciação do Judiciário, e a todo instante (na construção do provimento judicial referente à prisão preventiva) não há participação do jurisdicionado, nem lhe são efetivados os direitos individuais e fundamentais específicos do processo penal, a situação se mostra atentatória aos princípios da legalidade, publicidade, contraditório, ampla defesa, direito ao procedimento. Todos, previstos na Constituição brasileira de 1988.

b) Se não há vedação legal e constitucional no sentido de que o jurisdicionado não possa participar na construção do provimento acerca da prisão preventiva, também ao Estado não é lícito e legítimo decidir pela prisão preventiva, porque, não efetivou os princípios constitucionais do processo. Não está o jurisdicionado condicionado a submeter-se à prisão preventiva, porque o próprio Estado violou os princípios estruturantes da dialética procedimental no espaço que deveria ser de argumentação e contra-argumentação.

c) Se não há vedação constitucional no sentido da inaplicabilidade do devido processo legal quanto à prisão preventiva, não se justifica constitucionalmente o modelo de Direto processual penal e o procedimento penal, no que tange à medida cautelar extremada da prisão preventiva, perante a teoria democrática e a hermenêutica constitucional, haja vista que não se mostra legítimo desconstitucionalizar o processo pelo livre arbítrio do juiz, que insiste em não respeitar o efetivo e pleno exercício dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são normas positivas constitucionais e deveriam ser efetivados, porque, não são apenas conquistas da humanidade, mas são normas-princípios constitucionais cuja efetividade, no atual modelo de Estado, deve ser revisitada em respeito ao cidadão, para que, o processo, como *garantia*

*constitucional*, torne-se uma realidade no Estado, quando da construção participada do provimento judicial. Como bem sinalizado por João Pedro Gebran Neto<sup>62</sup>:

[...] Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exeqüível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos.

Toda conduta praticada pelo Estado deveria necessariamente ser construída com a participação do jurisdicionado. Portanto, ilegítima torna-se a atuação estatal que apenas formalmente garante os direitos fundamentais constitucionais, aqui compreendidos os princípios constitucionais do processo penal. Não é suficiente garantir direitos constitucionais, necessário se faz observá-los para que o efetivo exercício passe do campo do discurso teórico constitucional e consolide-se no procedimento com a participação em simétrica paridade daquele que suportará os efeitos da decisão judicial. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática<sup>63</sup>. Portanto, sempre que o Direito Constitucional seja resguardo jurídico dos direitos humanos e técnica de limitação do poder, os reclamos da hora contemporânea exigem que o mesmo responda às cruciais demandas do homem de nosso tempo, e seja de modo especial, uma técnica da justiça. O Estado moderno, já advertia José Alfredo de Oliveira Baracho, sem deixar de ser Estado de Direito, deve ser um Estado de Justiça<sup>64</sup>.

Nessa jornada de reflexão científica, a “justiça de gabinete” idealizada pelo juiz de forma discricionária e ou articulada com os demais agentes estatais (Delegado de Polícia, representantes do Ministério Público) e sem a presença do advogado, deslegitima a ação estatal na produção isolada dos provimentos judiciais em se tratando de prisão preventiva, se adotada a teoria democrática e a hermenêutica constitucional.

---

<sup>62</sup>NETO. João Pedro Gebran. *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais*. São Paulo: RT, 2002, p. 161.

<sup>63</sup>HABERLE. Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Safe, 1997, p. 15 e 36.

<sup>64</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Editora Resenha universitária, 1979, p. 46.

## CAPÍTULO 2

# PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO APLICÁVEIS NO PROCESSO PENAL.

### 2.1. Noção de princípios e sua evolução.

Inicialmente é importante esclarecer cientificamente que os princípios são espécies de normas, assim como as regras. Nos dizeres de Josef Esser<sup>65</sup>, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Desta forma, em sendo os princípios espécies de normas jurídicas, sabe-se que os mesmos estabelecem deveres de otimização, aplicáveis em seus diversos graus e conforme as possibilidades normativas e fáticas. Neste sentido temos:

[...] Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e das regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante de fatos. Com as regras acontece algo diverso. De outro lado regras são normas, que podem ou não ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos. As regras jurídicas, como o afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas<sup>66</sup>.

[...] Paulo Bonavides, citando Luís-Dies Picazo, registra que a idéia de princípio, deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”<sup>67</sup>. Com a denominada fase do pós-positivismo ou neopositivismo, após serem consagrados nos textos constitucionais, finalmente os princípios atingem o seu auge normativo, passando a ser tratado como uma espécie de norma jurídica<sup>68</sup>. Os princípios exercem uma função integrativa<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup>ESSER. Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4ª tir. Tübingen, Mohr, Siebeck, 1990, p. 51. Traducción del alemán por Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

<sup>66</sup>ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 29/30.

<sup>67</sup>BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 255.

<sup>68</sup>NOVELINO. Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p. 69.

<sup>69</sup>ÁVILA. Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

Importante esclarecer que a distinção teórica existente entre regras e princípios viabiliza a compreensão dos parâmetros jurídicos utilizados para a interpretação e entendimento crítico posterior da prisão preventiva, na perspectiva do contraditório, isonomia, ampla defesa e devido processo legal.

Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, citando Arcey Flórez-Valdez, tem-se o seguinte:

[...] os princípios de direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de idéias científicas e proposições fundamentais, informadoras e componentes do ordenamento jurídico. Tomando-se por base essa concepção doutrinária tradicional, pode-se dizer que os princípios jurídicos se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico e, após inferidas, reportam-se ao próprio sistema jurídico para informá-lo, como se fossem os alicerces de sua estrutura<sup>70</sup>.

[...] Nessa noção esboçada, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, destaca que os princípios são considerados normas jurídicas, porque, ao que nos parece, depois das teorias desenvolvidas por Josef Esser em torno de uma reconstrução da principiologia jurídica, embora sofrendo algumas críticas por parte de Kelsen, posteriormente retomadas com melhor clareza nos estudos de Robert Alexy, restou incontroverso o entendimento de que a expressão normas jurídicas, em sentido amplo, abarca as idéias de regras jurídicas (*normas-disposições*) e de princípios jurídicos (*normas-princípios*), daí afirmativa usual nos textos doutrinários, repetindo lição de Alexy, “a distinção entre regras e princípios, é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas”. Esclarece Alexy, os princípios seriam preceitos à primeira vista (*prima facie*), enquanto as regras seriam preceitos definitivos, não sendo os princípios aplicáveis integral e plenamente em qualquer situação<sup>71</sup>. Para Dworkin, a presença de princípios pode levar à convicção de que, no ordenamento jurídico, sempre se pode encontrar uma única resposta correta, mesmo nos casos difíceis. Já para Alexy, além das regras e dos princípios, seria também necessário um procedimento decisório garantidor da racionalidade das decisões judiciais<sup>72</sup>.

Prosseguindo em didática lição, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>73</sup>, citando Del Vecchio, enfatiza que a diferença entre regras e princípios, segundo o referido doutrinador, seria qualitativa e não de grau, porque, afinal de contas, conclui, toda norma é bem uma regra ou um princípio. Em nota de pé-de-página, Alexy sustenta que a

<sup>70</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte. Del Rey. 2004, p. 119.

<sup>71</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 119.

<sup>72</sup>NETO. Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10/11.

<sup>73</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 121 e 122.

distinção por ele formulada se identifica com as idéias de Dworkin, delas somente se distanciando, ao seu entendimento, quando caracteriza os princípios como exigências, preceitos, mandamentos ou mandados de otimização.

E conclui, argumentando, que o que nos interessa acentuar para o prosseguimento, é levar em conta que os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, via de consequência, como normas jurídicas, as quais, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico, ponto que nos parece fundamental fixar, em definitivo, antes de adentrarmos em outras considerações. Aponta, ao final, as funções exercidas pelos princípios jurídicos, do seguinte modo:

a) função interpretativa (também chamada função descritiva ou informativa), segundo a qual os princípios não seriam fonte formal do direito, apenas cumprindo função considerada mais clássica, qual seja, a de permitir diretriz auxiliar e segura na revelação e compreensão do direito. A fonte formal seria a regra cuja interpretação estivesse sendo auxiliada pelo princípio considerado idôneo a tal objetivo. Nessa perspectiva, os princípios jurídicos seriam proposições ideais que contribuiriam para permitir a exata compreensão de alguma regra incorporada no ordenamento jurídico, revelando-lhe o sentido e a essência, de forma integrativa ao direito;

b) função supletiva, pela qual o princípio atua como fonte normativa subsidiária, em situações de lacuna ou omissão na regra de direito, situação que não é muito comum. A proposição fundamental contida no princípio incidiria na solução do caso concreto, valendo-se o intérprete da técnica de integração do direito, em face da falta de regras de direito específicas, que pudessem ser aplicadas na situação real sob exame. É com esse sentido que devem ser compreendidos os enunciados normativos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 126 do Código de Processo Civil, ambos recomendando decisão jurisdicional, conforme os princípios gerais de direito, em situações de omissão da lei, nas quais os princípios gerais de direito atuam como fontes formais do direito;

c) função normativa própria, também qualificada de função normogenética, compreendida como informadora ou de fundamentação do ordenamento jurídico em toda sua extensão. Os princípios estariam na base e constituiriam a razão de todo o sistema jurídico, proporcionando-lhe fundamentação de direito, assumindo, portanto, a posição de normas jurídicas efetivas. A partir dessa concepção teórica, tem-se o reconhecimento doutrinário da sua natureza normativa própria, com força vinculante e não apenas simples enunciado programático.

A Constituição segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>74</sup>, concede manifesto reconhecimento aos princípios como normas jurídicas impositivas, ao lado das regras, realçando a dimensão

---

<sup>74</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 125 e 126.

principalista de seu sistema, quando, já no Título I, dispõe a respeito dos seus *princípios fundamentais*, referindo-se, em seguida, no seu artigo 1º, ao Estado Democrático de Direito, dado topológico este que, como entendemos e lembramos anteriormente, está a indicar sua inclusão entre aqueles princípios fundamentais.

Assim, o Direito processual penal deve ser estudado, exercitado e implementado com escopo na constitucionalidade democrática em busca da plena efetivação principiológica que direciona a sistematicidade procedimental no atual modelo de Estado. O traço da inquisitorialidade do procedimento penal não mais se justifica se levados em consideração a teoria do discurso procedimental na preparação do provimento de forma dialética com efetiva participação do jurisdicionado.

## **2.2. Princípios orientadores do Estado Democrático de Direito e o Processo Penal.**

A Escolha pelo enunciado<sup>75</sup>, aqui, denominado “princípios orientadores”, em um primeiro momento, vincula-se à idéia do próprio texto constitucional vigente, ao sugerir em seu artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e, ainda, no artigo 3º, abstrai-se: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...]. Os enunciados “fundamentos” e “objetivos”, proporcionam uma reflexão do sistema jurídico constitucional como orientadores do Estado Democrático de Direito, daí porque denominamos o presente tópico neste sentido. Todavia, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, sugere princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito. Assim, no próximo sub-tópico, pretendemos trazer à colação a orientação sugerida pelo autor, para estruturamos o presente trabalho, posição, portanto, que adotaremos.

[...] Pode-se afirmar que o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito decorre de imperativo lógico do próprio

---

<sup>75</sup>Enunciado (lat. *enunciatio*). 1. Proposição que não afirma nem nega, mas que é apresentada como hipótese ou definição. Em outras palavras, um enunciado é toda proposição efetivamente formulada. 2. Também é considerado um enunciado o conteúdo de uma proposição independentemente da consideração de seu valor de verdade ou do ato de fala (afirmação, negação, ordem etc). JAPIASSÚ. Hilton. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed. Rio de Janeiro. 1996. p. 83.

sistema constitucional, pois se origina da idéia de uma ordem normativa jurídico-fundamental resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito, princípios positivamente constitucionalizados, aos quais jungidas todas as funções e atividades exercidas pelos órgãos do Estado, sem qualquer exclusão (Constituição Federal, art. 1º)<sup>76</sup>.

Exatamente por isso, observa-se que, de forma incisiva, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro enunciou o princípio da vinculação dos órgãos legislativos ao Estado Democrático de Direito, quando lhes proibiu emendas à Constituição tendentes a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação das funções do Estado e os direitos e garantias fundamentais (art. 60º, par. 4º), não se podendo supor, diante desta mensagem constitucional, por absurdo, que os demais órgãos do Estado, administrativos e jurisdicionais, à falta de menção explícita no texto da Constituição, estivessem desobrigados de observarem dito princípio<sup>77</sup>.

Partindo-se dessas premissas, o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito encontra implícita recepção no texto constitucional, também se dirigindo aos órgãos jurisdicionais (alguns designados, no Brasil, vulgar e pomposamente, como “Poder Judiciário”, atuando na função por eles exercida, a jurisdição<sup>78</sup>.

No Estado Democrático de Direito é o povo que garante as suas próprias conquistas conceituais, pelo devido processo constitucional legiferante e legitimado por um discurso processualizado<sup>79</sup>. Deste modo, somente a partir da principiologia constitucional, da argumentação e contra-argumentação jurídica que os provimentos tornar-se-ão legitimados. Por isso, desenvolver-se-á em seguida estudo evolutivo acerca dos princípios, cuja atividade coube ao francês Jean Boulanger.

[...] Paulo Bonavides<sup>80</sup>, citando Jean Boulanger, esclarece que antes de Alexy e Dworkin, Boulanger, na mesma senda inovadora, onde ingressa como um dos precussores, posto que atuasse numa época em que as posições doutrinárias de cunho jusprivatista, civilista ou romanista – consolidadas pelo antigo Estado liberal – ainda conservavam considerável parcela de seu velho predomínio na Ciência do Direito, já distinguia regras e princípios, mas primeiro advertia, citando Japiot, que “os princípios haurem parte de sua majestade no ministério que os envolve”. Foi Boulanger o primeiro –

---

<sup>76</sup>BRÉTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 131.

<sup>77</sup>BRÉTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 131.

<sup>78</sup>BRÉTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 131 e 132.

<sup>79</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Thomson – IOB. 2004, p.66.

<sup>80</sup>BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 266, 267 e 268

no dizer de Esser – a fazer estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios de Direito, embora esquivando-se a um tratamento da “formação e da função” que eles têm no “processo judicial”. Coube, porém, a Esser, jurista alemão, levar a cabo e aprofundar esse tratamento na sua clássica obra *Princípio e Norma* (*Grundsatz und Norm*). Mas Boulanger tinha toda razão, segundo o testemunho de Esser, em asseverar que “a teoria dos princípios jurídicos ainda não foi formulada”, sendo “os princípios os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica”. Aquele mistério a que se reportou Boulanger guarda certo resquício jusnaturalista. Mas Boulanger, cautelosamente, desde já procura se desvencilhar, tratando com acuidade o tema e positivando e operando a distinção, embora de maneira ainda titubeante, entre princípio e regra. Escreve o Professor da Faculdade de Direito de Lille: “Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio”. A seguir, com propriedade e rigor, acentua que uma regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos (Ripert e Boulanger), mas sob certo aspecto “ela é especial na medida em que rege *tão-somente atos ou fatos*, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada”. Ocupando-se, depois, dos princípios, Boulanger estabelece o respectivo contraste com as regras e elucida: “O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*”. Recorre, em seguida, ao vocabulário técnico e crítico de filosofia de Lalande, o qual assim define os princípios: “Chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina”. Acrescenta Boulanger: “É o que se verifica tanto no Direito como na Filosofia: existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios”. Refere-se, ainda, o jurista à significação que eles têm: “A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige”. Volta, adiante, a acentuar a relevância que possuem: “uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência, os princípios são os materiais graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, *construções jurídicas*. No sentido em que nós entendemos o termo, que não peca por excesso de precisão, as construções jurídicas têm os princípios por armadura (...). Os princípios existem, ainda que não se exprimam ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a *declará-los*; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do *espírito* de uma legislação.

Pretende-se discorrer sobre os princípios norteadores do entendimento crítico-democrático do processo penal constitucional, para assim fundamentar o debate acerca da ilegitimidade democrático-constitucional do procedimento de natureza inquisitorial da prisão preventiva no Brasil.

[...] Luis Roberto Barroso<sup>81</sup>, oferta para reflexão vários princípios de interpretação da Constituição. Vejamos:

a) princípio da supremacia da Constituição – Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado;

b) princípio da presunção da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público – a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com auto limitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes;

c) princípio da interpretação conforme a Constituição – Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita;

d) princípio da unidade da Constituição – inexistência hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, devendo o intérprete considerá-las harmonicamente, solucionando eventuais conflitos;

e) princípio da razoabilidade e da proporcionalidade – permitem o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental, através da perquirição da razoabilidade e da racionalidade dos atos do Poder Público;

f) princípio da efetividade – o direito existe para realizar-se; o intérprete deve conferir a máxima efetividade possível à norma constitucional.

Esclarece ainda, Barroso, que os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Extraindo-se da hermenêutica resultante dos princípios ora analisados, tem-se que o conteúdo normativo de qualquer lei infraconstitucional deve necessariamente estar em consonância com o ordenamento constitucional, aliás, trata-se da teoria da recepção constitucional, onde qualquer norma infraconstitucional deve ser aferida no sentido de verificar se a mesma é ou não compatível com o texto constitucional.

---

<sup>81</sup>BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147/235.

Tendo como parâmetro a hermenêutica constitucional democrática, é possível entender que se o legislador constituinte no campo normativo do parágrafo 1º do artigo 5º da CR<sup>82</sup>/88 destacou que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e não delimitou o campo de incidência e aplicação dos princípios constitucionais do processo, portanto, da efetividade das normas constantes daquele rol (*direitos fundamentais*), é de se dizer que qualquer provimento judicial sem a participação do jurisdicionado (negativa do exercício de direito fundamental), aqui, especificamente o exercício do princípio constitucional do contraditório e devido processo legal) quanto à prisão preventiva, resulta em negativa de acesso à jurisdição e o não exercício da construção compartilhada do provimento durante o procedimento, tornando-o ilegítimo, se adotada a teoria do direito democrático. Nessa situação a decisão (provimento judicial) torna-se ilegítima e ilegal, porque não observados os princípios constitucionais, cujo conteúdo e efetividade são de aplicação imediata e incidentes em qualquer procedimento.

No adiantado grau de conscientização pelo qual parte da comunidade jurídica encontra-se, não se compatibiliza esse entendimento (negativa de acesso à jurisdição e direito ao procedimento penal) porque inobservada a cláusula constitucional do princípio do devido processo legal e contraditório), na plena realização do processo penal moderno, pautado pela legalidade constitucional, estar-se-ia redirecionando a continuidade do processo penal para a ainda vigente Escola instrumentalista de processo, cujo escopo é a paz social. A figura mítica do Estado representa apenas os interesses do próprio Estado ditatorial<sup>83</sup>. Não devendo, pois, ensina Enrico Ferri<sup>84</sup>:

[...] O Estado tem, por necessidade natural de conservação social, o poder e o dever supremo e imanente de proibir e punir as ações. Mas o Estado deve respeitar e garantir os direitos do homem, não os sacrificando ilegítimamente – isto é, sem necessidade – à própria utilidade mais ou menos urgente e evidente.

O Estado deveria ser o garantidor-executor das normas constitucionais de eficácia plena, em atendimento ao estabelecido na Constituição brasileira de 1988. Quando as normas de aplicação imediata, cujos efeitos deveriam ser transportados

---

<sup>82</sup>CR/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>83</sup>O modelo implantado em 1988 com o advento da Constituição brasileira é de Estado Democrático de Direito. Segundo Antônio Carlos Wolkmer, em sua obra *Elementos para uma crítica do Estado*, p.18, “trata-se de uma adesão espontânea e livre numa autogestão essencialmente democrática”.

<sup>84</sup>FERRI. Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 51 e 52.

para o procedimento penal não são exercitadas, os provimentos judiciais tornam-se ilegítimos, de modo a não se compatibilizarem com as modernas teorias do Direito Constitucional, princípios constitucionais e as teorias do processo e com o próprio modelo de Estado adotado desde 1988. O direito moderno deve ser efetivado sob o entendimento prioritário da teoria democrática. Por ela, não é por demais dizer novamente, busca-se dar efetividade do direito democrático de forma plena e integral, tendo em vista que os efeitos da norma incidirão sobre o jurisdicionado.

A revisitação do Direito processual penal e do procedimento penal deve ter como parâmetro a teoria democrática com plena participação do jurisdicionado e em atendimento aos princípios constitucionais específicos do processo penal. Só não são observados e implementados pelo Estado, porque os agentes estatais que o representam insistem em operacionalizar o direito processual penal de forma arbitrária aos princípios constitucionais do próprio Estado e da Constituição. Na verdade, esses agentes públicos, apenas limitam-se a uma leitura analítica dogmática do direito processual penal, pautado pela inquisitorialidade antidemocrática. Dito de outro modo, como ilustrou Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ao relembrar a figura do juiz Hércules de Dworkin, simbolizando uma importância extrema do ato decisório em si, como se fosse ato solitário do órgão estatal julgador, monopolizando por completo a tarefa interpretativa das partes no processo, concebido por Fazzalari como procedimento em contraditório.

O Estado como produtor de normas deveria, também, observar e prover todo o conteúdo jurídico constitucional. O Estado não está legalmente dizendo, em nível de superposição, em relação ao jurisdicionado. Encontra-se no mesmo nível, devendo, portanto, obediência ao ordenamento constitucional, que ele, como co-autor na produção é também o destinatário da norma constitucional.

O exercício da função jurisdicional, enquanto direito fundamental, não pode consistir num ato eloqüente e solitário, praticado pelo magistrado, em busca da realização dos ideais metajurídicos e de caráter subjetivo exercendo o Poder Judiciário, quando deveria exercer a função jurisdicional constitucional democrática de forma compartilhada com os sujeitos participantes no processo.

[...] Se colocado o problema de acerto da decisão sob crivos principiológicos assistemáticos, como se as sentenças fossem atos isolados dos juízes, afasta-se também, nesse contexto, a conquista jurídico-teórica do Processo (devido processo constitucional) como

instituição regente da estruturação dos procedimentos pelo contraditório, ampla defesa, isonomia das partes, direito ao advogado e à movimentação incondicional da jurisdição. Com efeito, a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença), que há de ser a conclusão das alegações das partes e não um ato eloqüente e solitário de realização de Justiça. Diga-se o mesmo da atividade construtora da Lei que, no Estado de Direito Democrático (se algum dia for alcançado), há de passar, à sua legitimidade, pela principiologia do Processo Constitucional procedimentalizado, em que maiorias e minorias estejam em isonomia discursiva para o exercício do contraditório e ampla defesa de suas idéias, uma vez que o Direito Democrático é aquele produzido pelo povo no espaço político-processualizado constitucionalmente aberto, porque o que se tem que dizer em nível democrático é que o direito ruim, bom, certo ou errado, há de ser produzido pelo povo diretamente (espaço político-processualizado continuamente aberto), como óbice ao delito político dos hermeneutas gramscianos, que pretendiam salvar o Estado e a sociedade pelo lado externo do direito legal, a pretexto de uma possível e radical substituição de um direito ruim por uma política ideal não jurídica<sup>85</sup>.

Em termos processuais democráticos, deve-se buscar a impessoalização hermenêutica, ou seja, o operador do direito deverá exercitar, aplicando as normas jurídicas em conformidade com a sistematicidade jurídico-constitucional e não se orientar pela busca incessante de uma dita justiça salvadora, o que muitas vezes induz o intérprete da lei a construir esdrúxulas interpretações que materializam equívocos jurídicos de cunho subjetivista. É inimaginável na contemporaneidade falar em interpretação jurídica fora da lei; a hermenêutica jurídica se materializa pela interpretação do direito pela lei vigente.

[...] Segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade<sup>86</sup>.

Deve, portanto, o Estado respeitar e efetivar os direitos fundamentais, respeitando a Constituição como norma central de todo o ordenamento jurídico. A

---

<sup>85</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p. 92 e 93.

<sup>86</sup>MIRANDA. Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Editora. Coimbra, 1998, p. 9.

teoria do direito democrático deve perpassar toda condicionante em termos de procedimentalidade inquisitorial.

### 2.3. Princípio do Estado Democrático de Direito.

Importante esclarecer inicialmente que a Democracia não pode ser vista classicamente como um modelo de Estado caracterizado como um governo do povo, para o povo e pelo povo. Ao contrário, sabe-se que, pela ótica do processo constitucional, a Democracia é um princípio<sup>87</sup> que legitima a construção participada dos provimentos e viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado e a Democracia existem. É utópico pensar que a Democracia não existe. Na verdade, desde a promulgação da Constituição em 1988, o povo elegeu a figura jurídica de Estado como Democrático de Direito. A concretização do Estado Democrático de Direito somente será possível a partir do momento em que a Constituição, na sua integralidade, for efetivamente cumprida, com real destaque para os direitos fundamentais, que por sua vez integram o grupo das conhecidas normas de eficácia plena difundida neste trabalho, cuja operacionalidade é de aplicação imediata. Deve o jurista partir do pressuposto de que somente com a efetivação dos princípios constitucionais, o processo será igualmente democrático.

[...] Friedrich Muller<sup>88</sup>, em não diferente colocação, registra não haver democracia viva sem espaço público. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da população. Nele oscilam os processos informais da sua participação política, na qual podem apoiar-se aqueles formais de participação: para tornar o povo identificável, abrindo-lhe espaço para que ele se crie – atuando em situações concretas, diante de problemas concretos.

Os valores inerentes ao cidadão devem ser estruturados na condição dos direitos fundamentais, aptos a reger a mudança nesse Estado que se pretende democrático. O estudo do direito na atualidade deve necessariamente ser

---

<sup>87</sup>“O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o medium do direito, formando um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. I 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1994, p. 165.

<sup>88</sup>MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da Democracia*. São Paulo: 2003, Max Limonad, p. 132.

compromissado com o ordenamento constitucional direcionado para esse Estado-fim. Para tanto, necessário se faz romper com os dogmas jurídicos anteriores à Constituição e que com ela são incompatíveis, porque não foram recepcionados pelo ordenamento constitucional.

Deve-se observar, aplicando os direitos fundamentais e a legislação infraconstitucional, revisitando institutos jurídicos normativos em direção à teoria do direito democrático. O processo penal, neste particular, deve ser estudado a partir da teoria democrática e da hermenêutica constitucional, implicando necessariamente na condição primeira de que todo o direito processual penal deve ser estudado e operacionalizado após 1988, com a edição da nova Constituição brasileira, com escopo de constitucionalidade, ou, dito de outro modo, com fundamento no direito constitucional positivado, respeitando-se o princípio da legalidade constitucional como condutor legítimo de todo o sistema normativo jurídico. O Estado não possui legitimidade para mascarar e inefetivar direitos fundamentais, aqui compreendidos os princípios constitucionais do processo e aplicáveis à prisão preventiva.

[...] A mensagem constitucional, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>89</sup>, é digna de profunda reflexão, tendo em vista que ele o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito exprime-se, também, pelo princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei), este com recepção explícita no texto constitucional, pois solenemente declarado no elenco dos direitos fundamentais do povo: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II). A expressão *lei*, nesse enunciado normativo, tem o significado técnico-jurídico de *ordenamento jurídico*, na sua total extensão, isto é, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro, repetindo-se que as normas jurídicas englobam as regras e os princípios, ambos com igual força vinculativa no plano decisório. Tal significa que os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem perderem de vista a supremacia da Constituição, como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infrijam.

[...] Já dizia o estadista inglês Winston Churchill que a democracia é o pior de todos os regimes, exceto todos os demais! É dizer: de tudo o que se conhece, embora tenha suas deficiências, a democracia ainda é o que de melhor temos para o convívio e a regência da humanidade. E o Estado Democrático de Direito é o regime jurídico que autolimita o poder do governo ao cumprimento das leis que a

---

<sup>89</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 133.

todos subordinam inclusive a si próprio. Mais que isso: não basta a submissão ao Direito, mas que esse Direito seja criado democraticamente, o que leva, em última instância, à origem democrática tanto da composição do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, que são os dois poderes que podem criar normas, o primeiro como função típica, o segundo como exceção. Logo, este princípio permite ao povo (governados) uma efetiva participação no processo de formação da vontade pública (governantes e legisladores), sendo a *marca principal* deste Estado à *origem democrática do poder e das normas*<sup>90</sup>.

É importante notar que *nem todos os Estados de tipo social foram ou são democráticos*. Embora ao serem autoritários continuam tendo um forte apelo nacionalista, o que se presume economicamente vantajoso aos seus povos, por outro lado costumam ser extremamente invasivos do ponto de vista dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Como exemplos podem citar: ex-União Soviética, Alemanha nacional-socialista (1933 a 1945), Itália fascista, Cuba socialista atual. O Brasil, embora nunca tenha sido autêntico Estado Social, sempre foi dado a rupturas em sua democracia, daí todo o esforço teórico para demarcá-la como essencial em nosso Estado de Direito Constitucional<sup>91</sup>.

Em 1988, a instituição de um Estado Democrático de Direito por uma Assembléia Nacional Constituinte significou a celebração de um pacto político entre o povo brasileiro (do qual todo poder emana) e um novo Estado que ali nascia e, em certa medida, se prometia. Além de dever respeito à Constituição, o adjetivo Democrático quis evidenciar ser o Estado fundado na soberania popular, visando à realização dos valores igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Lembramos, por fim, que a democracia é um daqueles valores primordiais do nosso sistema constitucional, já eleito no próprio preâmbulo da CR/88, comprometido com a instituição de um Estado Democrático<sup>92</sup>.

A compreensão dos princípios basicamente de duas categorias (princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais) constitui-se os primeiros daquelas decisões políticas fundamentais, concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, ao passo que os segundos princípios são informadores da ordem jurídica nacional. Normas jurídicas, positivadas ou não, traduzem-se na *conditio sine qua non* para a análise crítica da hermenêutica constitucional. Para José Joaquim Gomes Canotilho os princípios possuem caráter

---

<sup>90</sup>BESTER. Gisela Maria. *Direito Constitucional Fundamentos Teóricos*. São Paulo: Manole. 2005, p. 283.

<sup>91</sup>BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional Fundamentos Teóricos*. São Paulo: Manole. 2005, p. 284.

<sup>92</sup>BESTER. Gisela Maria. *Direito Constitucional Fundamentos Teóricos*. São Paulo: Manole. 2005, p. 284 e 285.

de fundamentalidade do sistema jurídico, uma vez que são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base, ou constituem a *ratio* de regras jurídicas<sup>93</sup>.

Ruy Samuel Espíndola<sup>94</sup>, esclarece que a juridicidade e normatividade dos princípios passaram por três distintas fases, quais sejam: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. Interessa-nos a última posição, conforme entendimento do jurista:

[...] Agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os princípios padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de escalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. Nessa fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes, eficazes para muito além da atividade integratória do Direito. Isso se deveu, não só ao valioso trabalho teórico de juristas como Ronald Dworkin, mas também aos trabalhos de publicistas alemães, espanhóis e italianos, destacando-se o nome do alemão Robert Alexy.

Os princípios garantem a funcionalidade sistêmica e interpretativa do ordenamento jurídico e democraticamente devem ser considerados normas postas pelo discurso desenvolvido no âmbito da legalidade, visto que entre eles não poderá preexistir hierarquia, quando da realização do discurso de aplicação, conforme os dizeres de Marcelo Campos Galuppo<sup>95</sup>, cuja intervenção teórica se resgata para uma reflexão:

[...] A questão que se coloca é: Como solucionar a tensão entre princípios expressos na Constituição? No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses, gerados nos discursos de aplicação, sem abirmos mão, na medida do possível, do maior número possível de princípios. Só assim uma sociedade pluralista terá sua auto-identidade (também pluralista) preservada. Mas também não devemos excluir a possibilidade de ocorrência de situações em que isto seja impossível. Em ambos os casos, o procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre princípios, sobretudo os princípios constitucionais, é aquele que envolve a racionalidade discursiva, ou seja, que avalia através de razões a correção normativa envolvida por estes princípios para o caso concreto, que não é neutra a argumentações práticas. Sendo possível ou não a aplicação do maior número de princípios constitucionais, o que se deve sempre buscar em tais procedimentos é a imparcialidade na fundamentação e aplicação de

---

<sup>93</sup>CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 2002, p. 1033

<sup>94</sup>ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo:Revista dos Tribunais.2002, p. 64.

<sup>95</sup>GALUPPO. Marcelo Campos. *Revista de Informação Legislativa*, nº 143, ano 36, p. 204.

normas jurídicas, ou, para retomarmos o conceito de Dworkin, Integridade.

A supremacia constitucional dos princípios orientará a construção da hermenêutica democrática para que as normas jurídicas sejam interpretadas, levando-se em consideração toda a sistematicidade e constitucionalidade jurídica.

O esclarecimento teórico da natureza jurídica e da fundamentação crítico-científico dos direitos fundamentais, bem como a análise da hermenêutica democrática nos parâmetros discursivos oferecerão condições para a construção de reflexões críticas acerca do discurso de justificação e aplicação dos direitos fundamentais, como condição às ações constitucionais. O estudo do discurso de justificação perpassará pela compreensão democrática do devido processo legislativo, com a finalidade de se buscar a legitimidade discursiva do direito. Já no discurso de aplicação, o estudo analítico pautar-se-á na hermenêutica constitucional, cujo objetivo será o estudo da integração dos princípios a serem aplicados no caso concreto. Na prisão preventiva, não deve o Estado negar o amplo acesso do jurisdicionado ao devido processo legal e inobservar a aplicabilidade dos direitos fundamentais vinculados a principiologia constitucional, aplicável ao processo. Faz-se necessário que a argumentação e a contra-argumentação jurídica sejam incorporados de maneira efetiva ao provimento judicial e em atendimento à principiologia constitucional do processo.

[...] E mais, no direito democrático, como já vimos, a igualdade tem de ser concebida como *igualdade aritmética*, pois qualquer outra forma de igualdade implicaria reconhecer maior ou menor importância às pessoas que, no entanto, o Estado Democrático de Direito tem de conhecer como detentoras da mesma possibilidade de intervir nos discursos jurídicos, o que seria impossível, se fossem concebidas como *geometricamente* (des) iguais<sup>96</sup>.

[...] Isso decorre do fato de que, o conceito de cidadão e cidadania vem adquirindo particularidades, que não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade, porque, a participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup>GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 207 e 208.

<sup>97</sup>BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania. A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: 1995, Saraiva, p. 1 e 3.

Portanto, se adotada a teoria democrática em termos procedimentais pautada pela hermenêutica constitucional, a efetividade por parte dos agentes estatais é uma obrigação de fazer que não deverá jamais continuar sendo relegada a um segundo plano.

## **2.4. Princípios Constitucionais do Processo.**

### **2.4.1. Princípio do contraditório.**

O contraditório é um princípio constitucional que garante efetivamente a participação, argumentação e contra-argumentação jurídica dos destinatários na construção legítima do provimento no Estado Democrático de Direito. Ou seja, é um princípio, assim como a ampla defesa e a isonomia processual, que assegura a legitimação do discurso e a legitimidade do provimento estatal.

Esse tópico tem como premissa esclarecer cientificamente a compreensão do princípio do contraditório, sua relação com a hermenêutica constitucional e demonstrar que se trata de *conditio sine qua non* a sua observância no processo penal. A auto-aplicabilidade, auto-executoriedade e a interpretação extensiva do contraditório, isonomia processual, ampla defesa e devido processo legal são os fundamentos basilares da legitimidade democrática dos provimentos construídos participadamente pelos seus destinatários, mediante o processo constitucional.

Construindo uma teoria do que se pretende no presente capítulo, busca-se delimitar o objetivo dos princípios, enquanto estrutura do ordenamento jurídico, para, em momento oportuno, discorrer-se sobre o princípio constitucional do contraditório preventivo e sucessivo na prisão preventiva, como modelo apto a reger a construção participada do provimento judicial, cujo modelo italiano mostra-se compatível com o Estado Democrático de Direito, em virtude das novas teorias do processo e, em especial, a prisão preventiva a ser operacionalizada no modelo de Estado adotado desde 1988, que é o democrático e em obediência à Constituição brasileira, quanto aos direitos fundamentais (*princípios constitucionais do processo*).

[...] Walter Claudis Rothenburg<sup>98</sup> citando Miguel Reale, esclarece: O conceito de princípio serve às ciências em geral, princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. E complementa o constitucionalista Ruy Samuel Espíndola<sup>99</sup> no sentido de que princípios constitucionais são normas jurídicas; normas que integram a Constituição, com a mesma dignidade de direito que as regras constitucionais ou quaisquer outras normas constitucionais.

Segundo a conhecida definição de Canuto Mendes de Almeida, citado por Paulo Roberto de Gouvêa Medina<sup>100</sup>, *o contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*. Esta compreensão, não se projeta de forma apta e extensiva na perspectiva operacional do procedimento penal moderno e do atual modelo de Estado. Hodiernamente, essa concepção mostra-se limitada, porque ainda se trabalha na perspectiva do direito enquanto ciência analítica dogmática e não na procedimentalidade discursiva preparatória do provimento judicial.

[...] A doutrina mais autorizada preocupa-se em alargá-la, vendo no contraditório uma garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influir em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontre em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão,<sup>101</sup> e conclui o autor advertindo que a palavra - chave para sintetizar o princípio do contraditório deixou de ser, pois, o termo defesa (no sentido negativo de oposição ou resistência a actuação alheira) para passar a ser o vocábulo influência (no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo).

Esta realidade ainda perdura na visão instrumentalista do Direito processual, relegando a um segundo plano o princípio constitucional do contraditório, como estrutura regente do procedimento processual penal, em uma leitura, enquanto etapa transformadora, criadora e modificadora do provimento judicial. Toda teoria ou sistema jurídico sempre estará em condições de sofrer revisitações e alterações, visando à adequação aos novos contornos do próprio sistema normativo. O

---

<sup>98</sup>ROTHENBURG. Walter Claudis. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Safe, 1999, p. 14 e 15.

<sup>99</sup>ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 2002, p. 249.

<sup>100</sup>MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 28.

<sup>101</sup>MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

processo penal, dado ao tecnicismo e sua inquisitorialidade, não foge à regra. Deve, portanto, ser estudado e manejado sempre com escopo de constitucionalidade, vinculando-se aos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, observando-se e exercitando-se os direitos fundamentais na preparação do provimento judicial, sempre de forma compartilhada com os sujeitos participantes no processo.

Por isso pode-se afirmar que o processo constitucional democrático, nas lições de Marcelo Cunha de Araújo<sup>102</sup>, seria:

[...] aquele conjunto mínimo de características, previstas constitucionalmente, que, estando presentes, conferem ao processo o título de direito-garantia fundamental do cidadão, vez que permitem a participação política do mesmo na aplicação do direito (judicação compartilhada). O que deve ficar claro nesse contexto é que o processo constitucional no Estado Democrático de Direito é uma instituição que garante o exercício e a efetivação dos direitos fundamentais pela construção legitimamente isonômica dos provimentos no âmbito do devido processo legal. Um outro ponto que deve ficar claro é que se entende a jurisdição no Estado Democrático não como um poder estatal, mas sim como um direito fundamental do cidadão de ver sua pretensão apreciada objetivamente pelo Judiciário, a partir de julgamentos construídos legitimamente, e não impostos e proferidos unilateralmente por posicionamentos subjetivos e metajurídicos dos julgadores.

Para Elio Fazzalari, citado por Aroldo Plínio Gonçalves, o contraditório significa simétrica paridade nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos<sup>103</sup>. No atual modelo de processo penal, o Estado, quando exterioriza uma decisão judicial, relativa à prisão preventiva, não confere ao jurisdicionado a possibilidade de atuação prévia, embora sobre ele incida os efeitos do provimento; essa problemática decorre da interpretação literal do Código de Processo Penal brasileiro, desconsiderando-se na maioria das vezes as garantias constitucionais e os direitos fundamentais. Este provimento, portanto, não é legítimo. Na visão constitucional do processo, o que se busca efetivamente é a participação em simétrica igualdade com o Estado, no sentido de efetivar-se os direitos fundamentais aplicáveis ao processo penal,

---

<sup>102</sup>ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 97/98.

<sup>103</sup> GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 115.

pautado pela publicização dos atos processuais durante a formação do procedimento penal (art. 792 *caput* do CPP<sup>104</sup>). Não deveria o Judiciário, até mesmo em flagrante inobservância ao princípio da publicidade<sup>105</sup>, contido no artigo 37 da Constituição brasileira, produzir provimentos judiciais em segredo (justiça de gabinete). Esses expedientes não se mostram legítimos, ao contrário, tornam-se ilegais, porque contrariam preceitos de ordem processual e constitucional.

Na Enciclopédia *Del Diritto (Prerogative – Procedimento)*, da *Facoltà Di Giurisprudenza – Università Di Roma, Istituto Di Diritto Processuale Civil*<sup>106</sup> encontramos:

*[...] processo è un procedimento in cui partecipano (sno abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto final è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività.*

Na mesma linha de reflexão teórica, o administrativista Rafael Maffini<sup>107</sup>, ao esclarecer que:

*[...] assegurando uma participação mais efetiva daqueles que, direta ou indiretamente, serão atingidos pela decisão resultante dos processos administrativos, estes tendem a gerar um maior conjunto de informações que contribuirão para a construção da decisão mais correta, e mais, a idéia inerente à processualidade da função administrativa corresponde à efetivação do princípio da participação, no sentido de trazer o administrado à posição de construtor das decisões que serão tomadas também pela Administração Pública.*

Essencialmente pela sua função, o juiz situa-se à parte ao contraditório, a fim de realizar o direito-garantia através do poder jurisdicional. Na citação abaixo Aroldo Plínio Gonçalves<sup>108</sup>, abrange este assunto, ao dizer que:

*[...] O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas ao contrário, o exige,*

<sup>104</sup>O artigo 792 do Código de Processo Penal dispõe: “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”.

<sup>105</sup>“A publicidade, como princípio de Administração Pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes”. Nesse sentido a administrativista MARINELA. Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador. JusPodivm.2006, p. 41.

<sup>106</sup>Enciclopédia *Del Diritto*, Giuffrè Editore, Varese, p. 827. Tradução: “O processo é um procedimento no qual participam (são habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a realizar efeitos: em contraditório, e de modo que o autor da ação não possa obliterar suas atividades”.

<sup>107</sup>MAFFINI. Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006, p. 142.

<sup>108</sup>GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 122-123.

porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas necessárias para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo.

Para que o juiz faça incidir os direitos fundamentais no processo penal de forma concreta, é necessário que sua atuação, enquanto representante do Estado, seja compromissada com a hermenêutica constitucional da Constituição brasileira, no que se refere à prisão preventiva na atualidade. Para tanto, faz-se necessário que o jurisdicionado seja informado previamente de todos os atos processuais<sup>109</sup>, em atendimento ao preceituado no (art.792 *caput* do CPP, que determina a *publicidade de todos os atos do procedimento*) e em atenção à efetividade das normas constitucionais de eficácia plena (aplicação imediata), estabelecidas no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição brasileira. Caso contrário, a inobservância tornará a decisão do magistrado ilegítima e ilegal, até mesmo porque se o próprio Estado não respeita e não efetiva os direitos fundamentais (*princípios constitucionais do devido processo legal*), seus atos (provimentos judiciais) tornam-se ilegítimos, e, portanto, ilegais. Ilegítimo porque o juiz não possui legitimidade para solitariamente decidir. Deveria compor a construção do provimento com o advogado (art. 133 da CR/88<sup>110</sup>) e o promotor público (art.127 da CR/88<sup>111</sup>); ilegal porque a decisão não se ateu ao comando processual penal previsto no artigo 2º da Lei de introdução ao

---

<sup>109</sup>“O segredo, afinal, não cai bem para as funções estatais, notadamente sob a inspiração dos ideais de democracia”, “Na condição de subproduto do contraditório efetivo, a paridade de armas é tida e havida como condição indispensável à existência do processo equo, cujo enunciado, dentre os tantos outros significados possíveis, pressupõe que nenhuma das partes tenha oportunidades mais vantajosas de obter êxito na causa do que o adversário; trata-se, portanto, o princípio do contraditório, a que se chega de modo concreto pela via da publicidade processual interna, do direito reconhecido às partes de conhecer todas as peças ou observações produzidas e apresentadas ao juiz da causa, de modo tal que possam participar do debate dialético inerente ao processo e influenciar na decisão”. “A garantia processual da publicidade, portanto, como forma de dar transparência e conhecimento geral das coisas feitas pelo Estado no plano normativo, aí percebida numa perspectiva jurisdicional concreta individual ou coletiva, é o modo excelente, na visão atual da teoria do direito, de se obter a legitimidade das suas instituições”. Nesse sentido, ao escrever sobre a publicidade interna do processo, ALMADA. Roberto José Ferreira de. *A Garantia Processual da Publicidade*. São Paulo: RT, 2005, p. 59, 126 134

<sup>110</sup>O artigo 133 da Constituição brasileira contém a seguinte redação: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável pelos seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

<sup>111</sup>O artigo 127 da Constituição da República Federativa do Brasil contém a seguinte redação: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Código de Processo Penal<sup>112</sup>, no sentido de que deve prevalecer a lei mais favorável no que se refere à prisão preventiva. Deve o juiz acatar imperativamente posicionando-se no sentido de que a norma em análise deve ser conjugada com os princípios constitucionais do processo, princípios orientadores do Estado Democrático de Direito e da hermenêutica constitucional democrática para balizar o provimento decisional que resultará na prisão preventiva. Não devendo, de outro modo, senão o constitucional convocar os sujeitos participantes no processo para a legítima construção do provimento referente àquela prisão processual.

[...] Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>113</sup> esclarece: mesmo que os órgãos jurisdicionais, ao proferirem suas decisões, cumprindo e finalizando a função jurisdicional, deverão fazê-lo direcionados pelo princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito. Este princípio se otimizará pela incidência articulada de dois outros princípios, ou sub-princípios concretizadores (Larenz), no ato estatal de julgar. Nessa ótica, os princípios concretizadores daquele princípio maior vêm a ser o *princípio da supremacia da Constituição* e o *princípio da reserva legal* (ou *princípio da prevalência da lei*).

Na discussão do processo como instrumento da jurisdição (corrente instrumentalista) ou da jurisdição como instrumento do processo, citaremos Rosemiro Pereira Leal<sup>114</sup> para a reflexão sobre o tema:

[...] A reflexão fazzalariana do Processo para sua validade jurídico-científica, terá de partir, na atualidade, dos fundamentos jurídicos institucionais do Processo e não da qualidade do procedimento em si mesmo. Em igual equívoco também incidem os seguidores da Teoria Instrumentalista do Processo como relação jurídica entre juiz e as partes, em que se confere ao juiz participação de imaginosa liberdade na construção do procedimento. Nessa qualidade relacional do procedimento, dispensam-se as condicionantes do processo constitucionalizado em norma fundamental, transformando-o em método aleatório de atuação da jurisdição pretoriana (vontade do juiz), portanto, em força incriada e impulsora da seqüência de atos procedimentais e instrumento da jurisdição a serviço de uma paz e de um bem-estar social em critérios e ideologias de uma judicatura presunçosamente justa e salvadora.

Não há processo nos procedimentos quando o Processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao

---

<sup>112</sup>O artigo 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal contém a seguinte redação: “À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis”.

<sup>113</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 133.

<sup>114</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 51.

advogado e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador.

Pode-se dizer que sendo o princípio constitucional do contraditório, princípio regente de toda estrutura procedimental penal, que a jurisdição e o processo são institutos autônomos e independentes, e este último é uma estrutura seqüencial de início e fim, contendo seu próprio método e sua finalidade. Porém, a jurisdição deve atuar garantindo o direito fundamental do processo constitucional, visto sob o ângulo legislativo, judicial e administrativo.

Em se tratando da prisão preventiva, a cláusula constitucional do devido processo legal e do princípio constitucional do contraditório deve ser exercitada de forma absoluta e não como contraditório postergado, haja vista tratar-se de direito fundamental assegurado constitucionalmente, não havendo em momento algum no texto constitucional qualquer delimitação quanto à aplicabilidade deste princípio. Na prática, sabe-se que esse princípio é mitigado, no sentido de que o jurisdicionado exerce-o de forma diferida ou postergada, quando já se encontra ergastulado no sistema estatal prisional. O direito ao exercício à plenitude de defesa é cerceado. Primeiro o Estado isoladamente constrói o provimento da prisão preventiva e depois o jurisdicionado exerce a sua defesa. No mesmo sentido, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior<sup>115</sup>, para quem, o princípio da ampla defesa dirige-se, basicamente, ao processo, vez que é nele que um interesse, também constitucionalmente resguardado, qual seja o da liberdade individual, é posto em questão.

O contraditório diferido não é uma construção do direito constitucional positivo, não se justificando em absoluto a inobservância e não concretização do contraditório, se levados em consideração que o ordenamento processual penal no artigo 792 determina que, em regra, os atos processuais serão públicos, a exemplo da Espanha em se tratando de Direito Processual Civil<sup>116</sup>. A publicidade referida no

---

<sup>115</sup>DALL’AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr. *Princípios Orientadores do Processo Penal*. Uberaba: Editora Vitória Ltda, 1979, p. 15.

<sup>116</sup>Na Espanha a questão da publicização do processo e dos atos processuais é questão amplamente discutida. Eis o encaminhamento da questão sob a perspectiva do Processo Civil: “*Uno de los fenómenos más relevantes del derecho procesal que se há desarrollado durante el siglo XX ha sido el de la “publicización” o “socialización” del proceso, cuya consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (dispositionsprinzip), va a ponerse*

comando da norma processual penal deve ser observada e respeitada pelos agentes do Estado, garantindo-se ao jurisdicionado, no caso da prisão preventiva, que ele participe da construção do provimento, não sendo legítima a conduta do agente investido em jurisdição em decidir pela prisão preventiva em flagrante descompasso com a lei processual e com os princípios constitucionais do processo e da publicidade. Não é essa a proposta do direito democrático, nem tampouco da hermenêutica constitucional que desde 1988, lentamente, vai ganhando novos contornos no que se refere ao entendimento do que é o Direito democrático.

Adotando o princípio do contraditório, torna-se necessário salientar a diferença do contraditório exigido no processo civil e no processo penal. Segundo Nelson Nery Junior<sup>117</sup> traduz posição a qual não perfilhamos na íntegra, em vista da leitura fechada que se extrai na perspectiva dogmática e não observada, se adotada a hermenêutica constitucional democrática.

[...] O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa, são manifestações do princípio do contraditório. Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

O princípio, para o processo penal, significa contraditório efetivo, real, substancial. Tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel. No Processo civil o contraditório não tem essa amplitude. É suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo. Por essa razão é mais apropriado falar-se em bilateralidade da audiência, como princípio no processo civil.

A igualdade é introduzida no Direito Processual Penal por meio do devido processo, observado tanto na formulação da lei como em sua aplicação, segundo

---

*en tela del juicio el de aportación de parte (verhandlungsmaxime), al menos por lo que respecta al reparo de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso. Em la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele las iniciativas necesarias para logra la máxima eficacia en su función)".* Nesse sentido: AROCA. Juan Montero. *Proceso Civil e ideología*. Madri: Tirant lo blanch, p. 109/110.

<sup>117</sup>NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130 e 133.

Paula Bajer Fernandes Martins Costa<sup>118</sup>. Para Ivo Dantas, na perspectiva constitucional, tem-se que:

[...] Em nosso modo de entender, a partir da consagração, pelo texto constitucional, de *Princípios Gerais* voltados para determinado setor, parece-nos possível estabelecer entre ambos uma nova hierarquia. Nesta, os primeiros (princípios constitucionais fundamentais) ocupam o ápice da pirâmide e os segundos (princípios gerais) uma posição intermediária entre os Princípios Fundamentais e as normas a que chamaríamos de setoriais<sup>119</sup>.

Assim, ante a demonstração teórica, pode-se dizer que o caminho evolutivo das diversas fases do processo penal, se levado em consideração as escolas de processo, associado às mudanças ideológicas que nortearam os novos encaminhamentos do processo penal constitucional, resta afirmar, sem dúvida, que o devido processo penal está positivado na Constituição brasileira de forma principiológica, com escopo constitucional, e não como pretende a Escola instrumentalista, que trabalha na perspectiva metajurídica, exercitando o processo pela via da jurisdição como instrumento de resolução dos conflitos sociais e em busca da pacificação social.

De outro prisma, o princípio constitucional do contraditório precisa ser compreendido como essência de todo o sistema processual-constitucional, cuja meta será a formação do provimento, de tal forma que seja possibilitado integralmente a efetiva participação dos interessados na construção do provimento (inicial, intermediário e final) para verificar a necessidade ou não do provimento judicial (decisão da prisão preventiva). Vittorio Colesanti, jurista italiano<sup>120</sup>, remete-nos ao seguinte quadro teórico para reflexão, no sentido de exercitar o princípio constitucional do contraditório e que sugerimos para laborar com a prisão preventiva no modelo de Estado adotado desde 1988. São os seguintes:

- a) preventivo, antecipado ou *ex ante* (sua forma genuína), ou seja, aquele possibilitado no procedimento formativo do provimento;
- b) sucessivo, ou postecipado ou *ex post* (impróprio), ou seja, aquele manifestado para a eficácia e controle do provimento após seu

---

<sup>118</sup>COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: 2001, RT, p. 64

<sup>119</sup>DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 1995, p. 95.

<sup>120</sup>COLESANTI, Vittorio. *Princípio del Contradditorio e Procedimenti Speciali. Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1975, p. 587 e 589.

proferimento. O contraditório antecipado possibilita o efetivo diálogo dos sujeitos processuais anterior à formação do provimento, permitindo como se impõe nossa Constituição (art. 5º, LV), que as partes façam valer suas próprias razões em posição de simétrica paridade. Isto evidentemente impõe a adoção de instrumentos técnicos idôneos para sua efetivação.

Ainda, sob a ótica do Direito italiano, importante ressaltar a leitura de Paolo Tonini<sup>121</sup> sobre o princípio do contraditório no campo das provas:

[...] O princípio do contraditório possibilita a participação das partes na formação da prova. Em relação à prova declaratória, isso ocorre quando as partes formulam as perguntas e realizam as contestações. Desse modo, os elementos de prova formam-se na dialética das partes: tem-se o contraditório para a prova. O juiz tem condições de valorar a credibilidade do declarante e a idoneidade de suas declarações. No sistema acusatório, é interesse da justiça que o acerto do crime ocorra de acordo com o modo dialético: ao mesmo tempo, isso garante às partes o direito à prova. Nesse sentido, a oralidade contribuiu para o contraditório pois viabiliza o máximo da dialética processual.

A efetividade e o exercício do princípio constitucional do contraditório, como mencionado, não será remetido à discricionariedade do juiz, mas deverá ser laborado de forma compartilhada, possibilitando aos participantes do processo, durante todo o procedimento, a melhor solução jurídica para a situação concreta. É necessário que o Direito sirva para alterar o estado natural das coisas. De outro ângulo, teorias metajurídicas que não podem ser hermeneuticamente exercitadas sob o comando da Constituição tornam-se incompatíveis com o direito democrático sendo o referencial normativo a Constituição brasileira.

Na Constituição brasileira, a leitura que se faz do princípio do contraditório não é efetivada no procedimento penal se adotado a teoria do discurso procedimental democrático. Segundo Fernanda Joyce Ferreira, é imprescindível a participação dos interessados no processo decisório que, certamente, interferirá em suas esferas jurídicas<sup>122</sup>.

É necessário revisitar a prisão processual (prisão preventiva), para que, resgatando-se em solo estrangeiro fontes teóricas democráticas, haja a

---

<sup>121</sup>TONINI. Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. 1. ed. Tradução: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88/89.

<sup>122</sup>FERREIRA, Fernanda Joyce. *A compatibilização da tutela antecipada com princípios processuais constitucionais. Coletânea de Artigos do Curso de Especialização em Direito Processual. IEC. Instituto de Educação Continuada da PUCMinas*. Belo Horizonte: 2004, p.105.

possibilidade de redirecionar a efetiva aplicabilidade e observância antecipada e postecipada do princípio do contraditório, quando da elaboração do provimento judicial (decisão da prisão preventiva), buscando de modo concreto a plena realização desse princípio, por se tratar de direito constitucional fundamental e de aplicação imediata e amplamente delimitado no texto legal da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A proposta em análise deverá ser interpretada de forma incondicionada na aplicação dos direitos fundamentais garantidores do pleno exercício constitucional de defesa no processo penal e em atendimento aos direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira.

Feitas essas considerações, torna-se de extrema importância registrar que, no plano decisional, o contraditório citado no art. 5º, LV<sup>123</sup>, da Constituição brasileira de 1988, deve ser entendido como um princípio constitucional pleno, devendo nortear toda a interpretação do Código de Processo Penal e legislação infraconstitucional. Não basta, assegurar aos participantes do processo as mesmas oportunidades de pronunciamento, não havendo espaço para decisões secretas ou deliberadas de forma a fazer a justiça de gabinete no Estado Democrático de Direito<sup>124</sup>. É necessário que os respectivos pronunciamentos dos sujeitos participantes do procedimento processual penal, sejam vinculados ao provimento judicial, confirmando a força normativa do texto constitucional perante os princípios constitucionais do processo para que, de forma articulada, os direitos fundamentais sejam integrados ao provimento participado pelo também jurisdicionado, cujos efeitos da norma terão como destinatário aquele pelo qual a liberdade física será cerceada pelo Estado. Os direitos fundamentais têm, adverte Luiz Alberto David Araújo<sup>125</sup>, um forte sentido de proteção do ser humano.

---

<sup>123</sup>O artigo 5º, inciso LV contém a seguinte mensagem: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>124</sup>Contraditório, ensina FERREIRA. Wolgran Junqueira: “quer dizer que as partes se coloquem em pé de igualdade. Como acentua Magalhães Noronha (*Curso de Direito Processual Penal*, p. 311), ficam excluídos, dessa maneira, “os métodos inquisitoriais e secretos que o privam dos meios regulares de defesa, da oportunidade para ser ouvido, e refutar as acusações. Não há surpresa nem imprevistos, mas tudo é feito às claras com conhecimento das partes”. *Comentários à Constituição de 1988*, 1ª ed. Campinas: 1989, vol. I, p. 213.

<sup>125</sup>ARAÚJO. Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 128.

[...] Em igual posicionamento, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>126</sup>, ao ofertar para a comunidade acadêmica e jurídica que a legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional.

José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>127</sup>, sugere a seguinte oferta teórica:

[...] A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresenta algumas premissas.

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo.
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição.

André Cordeiro Leal<sup>128</sup>, na perspectiva da hermenêutica constitucional democrática, igualmente, adverte:

[...] Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões. E conclui, citando Muller, para quem, no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes 'executantes' ['*ausführenden*'] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia.

Aprofundando, na perspectiva jurisdicional, o entendimento sobre Estado Democrático de Direito, Rosemiro Pereira Leal<sup>129</sup> esclarece:

---

<sup>126</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 133 e 134.

<sup>127</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *O processo constitucional*. Rio de Janeiro: Revista forense, 337 (separata).

<sup>128</sup>LEAL. ANDRÉ CORDEIRO. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002, p. 105.

<sup>129</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 177.

[...] A jurisdição é atividade para prestar a tutela jurisdicional. A fonte que tem poder e dita a atuação jurisdicional é o ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico impõe ao Estado a função jurisdicional que este delega ao juiz como um dever, não um poder. Nos Estados Democráticos de Direito, a única fonte de PODER é o ordenamento jurídico a que todos estão submetidos, inclusive o ESTADO.

Não diferente, a mensagem de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>130</sup>, esclarecendo:

[...] Sustentamos que *paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito* devem ser compreendidos como *sistemas jurídico-normativos consistentes*, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional. Sendo assim, consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais.

O Estado só tornará legítimo seu provimento judicial quando o jurisdicionado participar ativamente da construção do provimento judicial na fase inicial e em todas as demais fases do procedimento. O Direito processual penal não pode mais ser exercitado como algo inimaginável de mazelas do mundo que recaem sobre o mesmo. Não será pela via inquisitorial da prisão preventiva que a criminalidade será resolvida, mas sim, por políticas públicas sérias e comprometidas com o Estado Democrático de Direito. Segundo Alexandre Bizzoto<sup>131</sup>:

[...] O processo penal em sua plenitude é o instrumento da preservação da liberdade do ser humano. O devido processo legal penal é um freio constitucional a procedimentos estatais à margem do sistema democrático. Deve a proteção ao réu ser um objetivo procurado no processo penal. É preciso refutar o mito do procedimentalismo do processo penal. A atividade jurisdicional é de natureza pública e interesse público. A prática de atos acobertados pelo sigilo nenhum bem traz à sociedade. A Constituição veda o desenvolver sigiloso dos atos processuais, ressaltando casos nos quais estejam envolvido a defesa da intimidade ou o interesse social. A lei, por ser feita por grupos sociais dominantes, deve sofrer

---

<sup>130</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo.. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Dely Rey, 2004, p. 101.

<sup>131</sup>BIZZOTO. Alexandre. *Processo Penal Garantista. Visão Constitucional e novas tendências*. Goiânia: Editora AB, 1998, p. 18,20,31,41 e 69.

interpretação crítica, porque tais grupos se beneficiam de sua condição, elaborando barreiras legais e transformando-se em castas intransponíveis. O juiz deve sempre estar revestido do intuito garantista e não de sentimento condenatório. O juiz é defensor dos valores constitucionais e não da segurança pública. Aqueles juízes que se transvestem de aliados incondicionais da segurança pública são lobos da segurança pública, disfarçados de cordeiros protetores das garantias constitucionais.

Por isso, o Direito processual penal no atual modelo de Estado não deve ser operacionalizado como escudo protetor do Estado e insistente em não colocar em prática os direitos fundamentais, fazendo-o de modo antidemocrático através de juizes mal acostumados com a pseudodiscricionariedade que entendem possuir.

Dito de outro modo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>132</sup>, oferta: pela patologia denominada “*complexo de Magnaud*”, onde o juiz é marcado pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pelas individualidades carismáticas.

O Estado não foi criado para destruir conquistas constitucionais conforme preleciona Rosemiro Pereira Leal acerca do processo. Segundo o autor, o processo consiste em:

[...] Instituição constitucionalizada que se define pela conjugação dos princípios jurídicos da ampla defesa, isonomia, contraditório e do instituto do devido processo legal, para assegurar o exercício, reconhecimento ou negação de direitos alegados e sua definição pelos provimentos nas esferas Judiciária, Legislativa e Administrativa.<sup>133</sup>

O Código de Processo Penal vigente, desde o ano de 1942, não reflete os anseios do Direito processual penal constitucional, direcionado para a compreensão do Estado Democrático de direito. O processo penal deve ser revisitado em base

---

<sup>132</sup>Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, comenta em seu livro nominado Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional, em nota de número 19 de pé-de-página, p. 134 e 135 a seguinte mensagem: “*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. Almeja ser o 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. Essas 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 evangelizador, dir-se-ia mitológica do Juiz-Zeus*”.

<sup>133</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 175.

epistemológica, ou seja, como Estudo sistemático construído a partir do processo constitucional democrático.

O processo penal na concepção instrumentalista é produto jurídico analítico de dogmas, ofertado pelo Estado, em busca da persecução penal punitiva<sup>134</sup>, nas quais as classes sociais mais pobres, desprovidas de informação, cultura e relegadas a um segundo plano pelo Estado, clamam por justiça social. O processo penal nesta concepção esclarece de forma indubitosa que as necessidades de uma justiça rápida apenas simboliza um conceito pronto e acabado de justiça salvadora da sociedade. Não é essa a jornada adequada para se operacionalizar o processo penal na perspectiva democrática constitucionalizada, uma vez que isso configura o que se poderia denominar de processo penal inquisitivo-opressor, no qual o Estado ocupa uma posição hierarquicamente superior, enquanto os acusados são vistos como estigmas sociais. Não será pela via do processo penal inquisitivo que serão resolvidos os impasses e conflitos sociais que o próprio Estado produziu no seu temerário modo de agir de forma antidemocrática e atentatória aos direitos fundamentais conquistados e positivados na Constituição brasileira de 1988.

O processo penal não deve ser trabalhado com diretriz inquisitorial. O Estado, propagador de idéias metajurídicas, no sentido de diminuir a criminalidade, introduz no sistema jurídico a perspectiva de que o processo penal deve ser manejado, no sentido de que o interesse público estatal prevaleça sobre o interesse privado (conceitos metajurídicos). Busca o Estado mascarar situações que somente no processo penal visualiza-se um impacto de grande proporção, notadamente quando a incolumidade física e os direitos fundamentais do jurisdicionado são retirados, tolhidos e restritos, via prisão preventiva, paralelamente com os meios de comunicação, que de forma sumária produzem o provimento de condenação associado ao sensacionalismo e ideologias de que o cidadão é um criminoso potencial, devendo ser retirado do convívio social e levado ao sistema prisional de

---

<sup>134</sup>Observa Rogério Greco, “*Que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da culpabilidade, da proporcionalidade etc, que nele buscam seu fundamento de validade. Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador constituinte em conceder um status normativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-o como um dos fundamentos do Estado Democrático Direito. Embora o princípio da dignidade da pessoa humana tenha sede constitucional, sendo, portanto, considerado como um princípio expresse, percebemos, em muitas situações, a sua violação pelo próprio Estado. Assim, aquele que seria o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior infrator*”. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão Minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 59 e 60.

forma antecipada, ou seja, através da prisão processual, aqui denominada de prisão preventiva, porém, com escopo de metajuridicidade e subjetivismo do juiz, ao decidir por esta via processual distante do direito democrático.

A efetivação dos direitos fundamentais e do princípio constitucional do contraditório, enquanto princípio regente da estrutura procedimental para tornar legítima a decisão (provimento judicial) do Estado, se impõe, por norma constitucional expressa. Não há outra resposta, senão a da compreensão do direito democrático a partir do ordenamento constitucional e de seus princípios. O que se fizer contrariamente à teoria democrática e à interpretação constitucional será análise dogmática e retorno ao decisionismo pautado pela pseudo-discricionariedade que o julgador entende possuir, ao ocupar o cargo na jurisdição.

Oportunamente discutir-se-á que a principal motivação para a reflexão acerca da prisão preventiva é a inobservância dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal no Estado Democrático de Direito nos moldes do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição brasileira de 1988, tendo em vista que neste comando normativo todas as normas que o integram tem aplicação imediata no procedimento, qualquer que seja ele.

As inquietações acerca da prisão preventiva no Estado Democrático vieram à discussão, levando-se em consideração que em sua análise e estruturação no Código de Processo Penal brasileiro e como vem sendo desde 1942 manejado, não se reveste de legalidade constitucional democrática. Não se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, 3º da Constituição brasileira)<sup>135</sup> e com as garantias do cidadão (artigo 5º, LIV, LV, LVII, LXI e artigo 93, IX)<sup>136</sup>.

O provimento judicial (decisão da prisão preventiva) que o Estado, através do magistrado produz inquisitorialmente, invade a esfera física, moral e material do

---

<sup>135</sup>A Constituição brasileira dispõe: "art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...), art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inciso I – construir uma sociedade livre, justa e solidária".

<sup>136</sup>A Constituição brasileira dispõe em seu "art. 5º, inciso LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; inciso LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; inciso LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; inciso XI do art. 93: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

jurisdicionado, bem como representa direta ofensa aos direitos fundamentais, tendo em vista que não há processo nem tampouco acesso à jurisdição, mas demonstração clara do procedimentalismo técnico no âmbito inquisitorial. Não se exercita a garantia do princípio constitucional do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, apto a reger a participação e construção do provimento em simétrica paridade como condutor do procedimento que irá decidir sobre a liberdade física do jurisdicionado.

O argumento de que o contraditório na prisão preventiva é mitigado, ou seja, é exercitado de forma *diferida ou postergada*, é uma construção teórica que deslegitima democraticamente a construção do provimento jurisdicional. O que precisa ficar claro é que a regra é a observância e o exercício pleno e efetivo do direito fundamental de liberdade na perspectiva da hermenêutica constitucional democrática, podendo-se admitir juridicamente a limitação temporária do exercício de tal direito, tão somente quando a decisão for construída de forma participada pelos seus destinatários. Constitui-se verdadeiro equívoco jurídico pensar que o fator justificante da decisão pretoriana e inesperada da prisão preventiva é a efetividade processual e a busca de proteção dos interesses da coletividade. Primeiro porque efetividade do processo<sup>137</sup> no Estado Democrático de Direito tem o condão de assegurar a construção participada do provimento jurisdicional, no tempo do processo e a partir da observância dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais. Não se pode pensar a efetividade processual como um resultado

---

<sup>137</sup>“Vista a efetividade como qualidade do vínculo processual, a agilidade da preclusão das exceções, transcendente aos limites da lide intra-autos, atingindo os limites da litiscontestatio desde os fatos simples, daí a garantia de coincidência entre a eficácia e os efeitos do provimento jurisdicional de mérito, creio estar em condições de deduzir-lhe a natureza jurídica.

As exigências de segurança (*periculum in mora*) e de evidência (*fumus boni iuris*), ambas sob prova inequívoca, estabelecem como premissa para a tutela antecipatória a lógica dos fatos – a recordar os interditos (*inter duos edictum*), lei do caso concreto. Ora, sabido que a tutela antecipatória é meio geral de persecução da efetividade do processo, devo prosseguir apontando o percurso lógico necessário.

Os graus de evidência são a possibilidade, a probabilidade e a certeza, a que se contrapõem a impossibilidade, a improbabilidade e a incerteza – em qualquer domínio científico. A efetividade não se contenta com o primeiro grau, a possibilidade. A lei, que fala em verossimilhança, indica, já, a probabilidade. Exige, entretanto, prova inequívoca. Consumiria esta a anterior? Isto é, haveria exigência de probabilidade e, ao mesmo tempo, de prova? Respondo: acontece que no processo, como no direito em geral, a formação do vínculo (*facultas exigendi*) é bilateral. E, portanto, tem-se de supor, da contraparte, o movimento contrário, (*contra-possibilidade, contra-probabilidade e contra-certeza*). Não exige o legislador, ambas da mesma parte, verossimilhança (probabilidade) e prova inequívoca (certeza). Força é reconhecer que o legislador é sábio: exige a inequívocidade, vale dizer que sem gradações, do lado do réu, isto é, a irrefutabilidade imediata. VIEIRA. José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 1, n. 1, 1º sem. 1998, Belo Horizonte, p. 90-107.

prático, cujo propósito é demonstrar ao jurisdicionado a rapidez cronológica da resolução e apreciação da pretensão, suprimindo-se assim direitos e garantias constitucionais. Em contrapartida sabe-se que o grande desafio dos pesquisadores do direito é pensar a efetividade do processo, sob a ótica da efetivação dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>138</sup>, sob o prisma da efetividade é necessário o seguinte esclarecimento:

[...] Os direitos fundamentais são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade.

Quanto aos interesses da coletividade é importante deixar claro que isso não poderá ser considerado um fundamento jurídico hábil, no sentido de decidir-se pela prisão preventiva, uma vez que isso representaria verdadeira supressão do exercício individual dos direitos fundamentais do acusado, reduzindo-o à condição de objeto e não de sujeito, tendo em vista que a atual Constituição, segundo Rogério Lauria Tucci<sup>139</sup>, a exemplo das precedentes, e de modo igualmente expresso, contém várias preceituações alusivas ao Direito Processual Penal, implicativas da orientação determinante da edição de normas disciplinadoras do processo penal. Deve-se desse modo, o Estado, cumprir, observando e efetivando os direitos fundamentais na perspectiva e na construção do provimento durante o procedimento penal, dando tratamento isonômico as partes, durante todo o procedimento penal.

A prisão preventiva como vem sendo conduzida pelos juízes inviabiliza a proposta democrático-constitucional, as garantias constitucionais do jurisdicionado e a do processo (garantia constitucional). Ao juiz não é conferido o poder de oportunizar o exercício do princípio constitucional do contraditório de forma *diferida ou postergada*, uma vez que sua condição de julgador pressupõe a garantia de proteção e da auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, previamente

---

<sup>138</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 111.

<sup>139</sup>TUCCI. Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2002, p. 195.

assegurados no plano constituinte, cuja interpretação extensiva dar-se-á pelo processo e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Não devendo, a fundamentação se basear em proposições abstratas, como simples ato formal, mas resultar de fatos concretos<sup>140</sup>.

Por isso sabe-se que o Direito Processual Constitucional estabelece uma nova etapa, um desafio para os juristas, no sentido de que o princípio do contraditório deve ser entendido, na lição contributiva de Paulo Roberto de Gouveia Medina, como:

[...] Uma garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influir em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontre em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão<sup>141</sup>. Assim temos:

A palavra-chave para sintetizar o princípio do contraditório deixou de ser, pois, o termo defesa (no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheira) para passar a ser o vocábulo influência (no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo)<sup>142</sup>

Aroldo Plínio Gonçalves<sup>143</sup> esclarece: [...] O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo'. Sujeitos do processo é o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, interveniente). 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.

Ainda, na mesma linha de reflexão esclarece o autor: O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. 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

---

<sup>140</sup>GAGLIARDI. Pedro. *As Liminares em Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51 e JESUS. Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo, 13ª edição, Saraiva, p. 217.

<sup>141</sup>MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

<sup>142</sup>MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

<sup>143</sup>GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 129.

enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo<sup>144</sup>.

A prisão preventiva no atual sistema jurídico não garante o exercício e a efetivação do princípio do contraditório, uma vez que inexistente a participação do acusado na construção do provimento judicial. O que ocorre na realidade é que o jurisdicionado é surpreendido com a decisão da prisão preventiva e só depois de privado da liberdade física é que terá a possibilidade de discussão e argumentação do conteúdo daquela decisão. Apenas a título de exemplificação verifica-se que o procedimento inquisitorial (prisão preventiva) é encaminhado via jurisdição da seguinte forma: a) O Delegado de Polícia representa ao juiz quanto à conveniência da prisão preventiva. Praticando, portanto, ato administrativo discricionário e isolado; b) O representante do Ministério Público provoca a jurisdição pleiteando a prisão preventiva ou opina quanto à representação ofertada pelo Delegado de Polícia. Verifica-se aqui, um ato processual isolado; c) O juiz, de ofício ou convencido das alegações do Delegado de Polícia ou do representante do Ministério Público, decide discricionariamente e isoladamente pela concessão da prisão preventiva<sup>145</sup>. O juiz homologa o ato administrativo praticado pelo Delegado de Polícia ou o ato processual praticado pelo representante do Ministério Público; d) O advogado não participa da formação inicial e intermediária do procedimento penal – decisão da prisão preventiva. Não têm acesso às informações de conteúdo probatório e não articula em simétrica paridade suas argumentações e contra-argumentações jurídicas que deveriam ser integradas ao provimento judicial do magistrado. Há um impedimento total de acesso do advogado na análise do pedido e dos fundamentos jurídicos da decisão arbitrária da prisão preventiva, evidenciando cristalinamente o que denominamos de procedimentalismo técnico de natureza inquisitorial.

---

<sup>144</sup>GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 127.

<sup>145</sup>A enumeração denominada de (1), (2), (3) e (4) tem como fundamento processual penal o inteiro teor do artigo 311 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “*Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial*”. Percebe-se, nitidamente, a inquisitorialidade e a arbitrariedade constante do dispositivo de lei e a produção isolada e subjetiva do provimento judicial, demonstrando-se nitidamente o retorno ao decisionismo discricionário na produção de anarquia jurídica procedimental e em desrespeito aos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, princípios constitucionais do processo e dos direitos fundamentais.

Gustavo Badaró<sup>146</sup> em excelente obra denominada ônus da prova no processo penal, defende a participação do jurisdicionado na construção do provimento judicial.

José da Gama Malcher posiciona-se no sentido de que:

[...] O princípio do contraditório significa que a acusação e réu se situam em pé de igualdade diante do juiz, concedendo-se a ambas as partes o mesmo direito e as mesmas oportunidades de desenvolver suas alegações, demonstrando a procedência de suas pretensões, e as mesmas oportunidades de prova para certificar o juízo da justiça e da legalidade do que pretendam<sup>147</sup>.

Para José Alfredo de Oliveira Baracho, ao dissertar sobre a publicidade dos atos no procedimento<sup>148</sup>, oferta:

[...] O direito ao contraditório decorre da exigência de co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da *decisum* judicial. O princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que todos têm direito a um processo público. A publicidade processual está vinculada ao sistema democrático de governo, conforme afirmou Couture. Oferta, ainda, citando Ernesto Pedraz Penalva, que é o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre as obras dos magistrados e defensores. No processo contemporâneo, em oposição ao procedimento secreto inquisitivo, surgem os princípios da publicidade e da oralidade que são correlatos. A publicidade não é apenas política, mas também técnico-jurídica. Com a publicidade, o ato jurisdicional pode ser julgado socialmente, expondo-se às críticas das partes e de seus representantes, evitando o juízo arbitrário.

O Estado antecipa o efeito do provimento, tendo em vista que mantém no sistema prisional estatal, preventivamente o jurisdicionado, sem que haja participação em simétrica paridade no procedimento penal que deveria ser construído de forma compartilhada e compatível com o Estado Democrático de Direito, desde que adotados os princípios orientadores do Estado, princípios constitucionais do processo, efetividade dos direitos fundamentais, publicidade processual como fator jurídico e não de ordem política.

---

<sup>146</sup>BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo:RT, 2003, p. 301.

<sup>147</sup>MALCHER. J. L. da Gama. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 64.

<sup>148</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: 2006, Fórum, p. 18 e 19.

O processo penal como condutor dos princípios constitucionais processuais penais servirá de referência, porque, apto a funcionar na efetivação dos direitos fundamentais, desde que profissionais do direito (Advogados, Juízes, representantes do Ministério Público, Delegados de Polícia), promovam mudança comportamental, focalizando-se a teoria democrática, promovendo uma releitura constitucionalizada do Direito processual penal e com a efetiva operacionalização dos direitos fundamentais, tendo em vista tratar-se de normas constitucionais auto-aplicáveis em se tratando de prisão processual na modalidade prisão preventiva. No sentido de exercitar o contraditório citaremos André Cordeiro Leal:

[...] O princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no procedimento que prepara o provimento e, por outro, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes<sup>149</sup>.

Para o processo penal constitucional não basta a fundamentação isolada do juiz, pois deve-se efetivar a ampla defesa com igualdade de tratamento, ou seja, amplo e incondicional acesso à jurisdição, com obediência ao devido processo legal e direito ao advogado, antes mesmo de decidir pela prisão preventiva. O efetivo exercício do princípio constitucional do contraditório deve ser inicial e jamais diferido, pois não foi essa a proposta inserida na Constituição brasileira. Em momento algum do texto constitucional o legislador previu que o contraditório poderá ser diferido ou postergado em determinadas situações<sup>150</sup>, tais como a prisão preventiva. Contrariamente, sob a ótica do processo constitucional democrático, o contraditório é *conditio sine qua non* de participação dos destinatários no debate e construção do provimento. Dito de outro modo, Marco Antônio de Barros<sup>151</sup> esclarece que a série de atos que compõem o processo não pode ser obra exclusiva de uma das partes, mas sim de elementos colhidos sob o crivo do contraditório. E mais, para Sérgio Luiz

---

<sup>149</sup>LEAL. André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2002, p. 20.

<sup>150</sup>O artigo 5º, inciso LV: “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 ela inerentes”.

<sup>151</sup>BARROS. Marco Antônio de. *A Busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002,p. 39 e 40.

de Souza Araújo<sup>152</sup>, o princípio da publicidade impede a justiça de gabinete. O destino do acusado não pode ser decidido dentro de quatro paredes, mas com toda a transparência.

Com projeção para o Direito processual penal, a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório do jurista italiano Elio Fazzalari tem como meta estruturá-lo diante da constitucionalização do processo. A visão instrumental e inquisitorial do processo penal está superada e na contramão das modernas teorias do processo no Estado Democrático de Direito. Daí porque o procedimento realizado em contraditório pleno e efetivo na estruturação do procedimento penal constitucional se adotada a teoria fazzalariana mostra-se compatível com o modelo de Estado que é o Democrático.

[...] Segundo Luiz Francisco Torquato Avólio, O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas eqüidistante delas. O princípio do contraditório, assim, corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir no convencimento do juiz. A igualdade, no processo, é entendida modernamente no seu sentido substancial, de *par conditio*, ou paridade de armas; ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, que se revelam recíprocas entre si, da mesma forma que se colocam no processo penal, as atividades dos órgãos de acusação e defesa. O contraditório, pois, pressupõe a paridade de partes: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. O contraditório se desdobra, pois, em dois momentos: informação e participação. A idéia de informar as partes sobre os atos processuais está presente desde a fase citatória, prosseguindo-se ao longo do processo com as intimações<sup>153</sup>.

A institucionalização do processo, efetivada pela Constituição brasileira de 1988, retoma a análise dos provimentos jurisdicionais, reconhecendo o processo como instituição capaz de assegurar a legitimação dos atos estatais no Estado Democrático de Direito e a força normativa dos princípios afetos ao processo. Nestas condições, o contraditório, visto como um princípio constitucional regente, torna-se um instrumento que garante a imparcialidade e põe fim à própria racionalidade das decisões.

---

<sup>152</sup>ARAÚJO. Sérgio Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 189.

<sup>153</sup>AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 1999, p. 2e 27.

[...] Sem embargo, a construção ou interpretação constitucional *lato sensu* permite que o intérprete vá além das normas constitucionais para captar as exigências sociais, as necessidades práticas da vida<sup>154</sup>. E mais, os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos<sup>155</sup>.

[...] A hermenêutica do direito democrático não se limita a métodos interpretativos, por mais arrojados que sejam, mas tem como fundamento de sua compreensão a teoria jurídica do processo em suas faces de construção, atuação e aplicação do direito. Não há Estado Democrático de Direito pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que lhe possam dar suporte, mas pela observância a uma condição jurídico-espacial procedimentalmente processualizada (âmbito estatal democrático) como mediadora teórica de construção, garantia, recriação e aplicação do Direito<sup>156</sup>.

[...] Na esteira da transição do Estado liberal para o Estado contemporâneo, reclama-se uma nova postura acerca da efetivação e exercício dos direitos fundamentais, pressupondo uma tarefa de conformação social ativa por parte dos poderes públicos, em especial o legislador<sup>157</sup>.

A proposta do presente trabalho é delimitar o estudo da prisão preventiva numa leitura construída pelo processo constitucional no Estado Democrático de Direito. Não há como repensar o processo penal e o pleno exercício dos princípios constitucionais específicos, se os direitos fundamentais não forem definitivamente efetivados pelo Estado a seus reais destinatários. Em seguida pretende-se analisar o princípio do contraditório no direito comparado, trilhando-se, entretanto, os principais clássicos da literatura processual italiana.

---

<sup>154</sup>BULOS, Uadi Lammêgo. Manual de Interpretação Constitucional. São Paulo. Saraiva, 1997. p. 97

<sup>155</sup>BARROSO Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

<sup>156</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 122.

<sup>157</sup>CÂMARA. Luiz Antônio. *Prisão e Liberdade Provisória*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 29.

#### 2.4.2. Princípio do contraditório e o Direito comparado.

A doutrina processual, segundo Piero Calamandrei<sup>158</sup>, demonstrou saber:

[...] Mediante os fatos, descer do pedestal das construções dogmáticas para colaborar de forma prática na preparação de leis melhores; com o que uma vez mais se reafirmou esta virtude principal da ciência jurídica italiana, que é o feliz equilíbrio entre a teoria e a prática, entre o rigor construtivo e a consciência dos fins humanos a que o direito deve servir: equilíbrio mantido e favorecido pelo costume tipicamente italiano, segundo o qual os juristas que ensinam das cadeiras universitárias são também, quase sem exceção, advogados ativamente atuantes. Há, pois, em todo o caso, entre as partes do processo, uma relação de necessária reciprocidade: um sujeito ativo e um sujeito passivo; uma parte que ataca e outra, que resiste<sup>159</sup>.

Nesse sentido, ou seja, a de construir o procedimento penal em bases de argumentação e contra-argumentação jurídica, pautados pela constitucionalidade, mister se faz refletir sobre a lição propedêutica de Francesco Carnelutti<sup>160</sup>, ao ofertar ao mundo jurídico a mensagem no sentido de que:

[...] A primeira necessidade do processo refere-se às notícias no processo. Sinaliza o autor, que a palavra *notícia* ocorre mais de uma vez na própria lei como se dá ou se recebe; portanto, melhor que um ato denota o resultado de um ato, em virtude do qual a alguém se faz conhecida alguma coisa que lhe era desconhecida. O ato pelo qual se busca a notícia é a *informação*; e também esta, ao menos para quem se dê conta do conceito e do valor da fórmula, é uma palavra belamente expressiva: *informare* alude a um formar em outrem uma coisa ou um fato, é dizer, mediante o conceito, mostrar-lhe sua forma; ainda que não freqüente, o uso desta palavra não é estranho ao texto legislativo, e conclui, Carnelutti, dizendo que a palavra *informar* tem o sentido de *buscar ou recolher informações, referir, relacionar, denunciar, advertir, aparelhar, ou genericamente declarar, enunciar, expor, descrever, comunicar, e finalmente, falar*.

O contraditório enquanto garantia constitucional do acusado, pautado no princípio da legalidade é considerado o fundamento para a discussão do processo penal no direito comparado. No sistema inglês, por exemplo, a fonte do princípio da legalidade encontra-se no artigo I-12, do *Bill of Rights* de 1689, conforme visto a seguir:

---

<sup>158</sup>CALAMANDREI. Piero. *Estudos de Direito Processual*. Tradução de Karina Fumberg. Campinas. Ed. LZN, 2003, p. 29 e 30.

<sup>159</sup>CALAMANDREI. Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: vol. 2, Bookseller, 2003, p. 241.

<sup>160</sup>CARNELUTTI. Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. São Paulo: Bookseller, 2004, p. 35 e 36.

[...] El principio de legalidad implica el respeto de las leyes y de las costumbres. La vulneración de este principio tiene como sanción la nulidad del acto ilícito. La fuente de este principio se encuentra en el art. I-12 del *Bill of Rights* 1689 que precisa que: son ilegales y nulas las reducciones o la promesas hechas a particulares en materia de multas y confiscaciones, antes de que el delito haya sido juzgado. Sin embargo, la aplicación de este principio es hoy limitada en la medida en que la declaración de nulidad, salvo casos especiales, está sometida al poder discrecional del Juez<sup>161</sup>.

Importante ressaltar que na França o juiz, antes de decidir pela prisão preventiva, intimará o acusado para se defender através do advogado. Caso seja necessário, será designado audiência visando à produção de todas as provas necessárias à fundamentação de uma possível privação temporária da liberdade do acusado, sabendo-se que o encarceramento provisório terá duração máxima de 04 (quatro) dias, quando então será realizada nova audiência contraditória através da qual decidir-se-á se é ou não necessário juridicamente a detenção<sup>162</sup>. O ordenamento jurídico francês autoriza a detenção de pessoas nos seguintes casos:

a) em investigações preliminares quando houver indícios de que uma determinada pessoa cometeu ou praticou determinada infração penal; b) em caso de flagrante de crime punido com pena de prisão; c) detenção para fins de declaração, quando não houver indícios de que uma determinada pessoa tenha cometido um delito<sup>163</sup>.

O Código de Processo Penal Português, em seu artigo 213, estabelece a obrigatoriedade da análise, de 03 em 03 meses, da subsistência dos pressupostos

---

<sup>161</sup>MIREILLE. Delmas-Marty. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália)*. Association de Recherches Pénales Européennes – ARPE-. Traducción: Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: EDIJUS, 2000, p. 149. Tradução: “o princípio de legalidade implica o respeito das leis e dos costumes. A vulneração deste princípio tem como sanção a nulidade do ato ilícito. A fonte deste princípio se encontra no art. I-12 do Bill of Rights 1689 que precisa que: “são ilegais e nulas as reduções ou as promessas feitas a particulares em matéria de multas e confiscações, antes que o delito tenha sido julgado. No entanto, a aplicação deste princípio é hoje limitada na medida em que a decretação de nulidade, salvo os casos especiais, está submetida ao poder discricionário do juiz”.

<sup>162</sup>PEREIRA. André Estevão Ubaldino. *Da prisão preventiva*. 2002. 142 f. Dissertação de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 95. No mesmo sentido a Professora Ada Pellegrini Grinover em sua obra denominada “*As Nulidades no Processo Penal*”. São Paulo, RT, 1996, p. 289, ao mencionar que na França, uma lei de 1984 introduziu a oralidade e o contraditório em um procedimento tradicionalmente inquisitório, como o da instrução preparatória; assim, vislumbrando o juiz de instrução a possibilidade de decretação da prisão provisória, deve informar ao acusado, no momento de sua apresentação pela polícia, sobre a faculdade de constituir advogado; depois, realizar em seu gabinete um debate contraditório, tomando em consideração, para a decisão, o pedido do MP e as ponderações da defesa.

<sup>163</sup>MIREILLE. Delmas-Marty. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália)*. Association de Recherches Pénales Européennes – ARPE-. Traducción: Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: EDIJUS, 2000, p. 322/323.

da prisão preventiva, visando averiguar se a mesma deve ser revogada, mantida ou substituída. O artigo 194-I, do mesmo diploma legal, estabelece que qualquer medida restritiva de liberdade para ser aplicada depende de prévia oitiva do Ministério Público ou fica na dependência de seu requerimento. No que tange ao princípio do contraditório, o artigo 213.2 estabelece que, havendo necessidade, o juiz ouvirá o Ministério Público e o arguido, quando da decisão da prisão preventiva<sup>164</sup>. Isso evidencia que no sistema processual penal português o contraditório não é visto como uma garantia da legitimidade democrática e da constitucionalidade da decisão judicial que culminou com a prisão preventiva.

Em Portugal existe uma diferença entre detenção e prisão preventiva. Sabe-se que a detenção pode ser feita nas hipóteses do artigo 254<sup>165</sup> do Código de Processo Penal português e em caso de flagrante delito (artigo 255), enquanto a prisão preventiva (artigo 202) só poderá ser determinada mediante decisão judicial interlocutória.

Gil Moreira dos Santos, advogado português, citando o jurista Tavares de Almeida esclarece que a prisão preventiva, instrumento agressivo da arquitetura processual, busca a sua fundamentação e critério na prevalência do interesse na defesa das condições essenciais de existência comunitária, cuja tutela se torna, por vezes, indispensável<sup>166</sup>.

No ordenamento jurídico italiano o contraditório é um princípio e pressuposto à realização do interrogatório judicial e também à fundamentação das medidas cautelares do processo penal. Segundo o Código de Processo Penal Italiano há basicamente três espécies de prisão, quais sejam: a prisão em flagrante<sup>167</sup>, a detenção<sup>168</sup> (determinada pela polícia ou pelo Ministério Público) e a prisão<sup>169</sup>,

---

<sup>164</sup>PORTUGAL. *Código de Processo Penal anotado e comentado*. Anot. Manuel Lopes Maia Gonçalves. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>165</sup>Artigo 254 do Código de Processo Penal português: “A detenção a que se referem os artigos seguintes é efetuada: a) Para no prazo máximo de 48 horas, o detido ser apresentado a julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção; ou b) Para executar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, mas sem nunca exceder 24 horas, do detido perante a autoridade judiciária em acto processual”. PORTUGAL. *Código de Processo Penal anotado e comentado*. Anot. Manuel Lopes Maia Gonçalves. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>166</sup>SANTOS. Gil Moreira dos. *A Prisão Preventiva. Ciclo de Conferências do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*. Coimbra. Almedina, 1996, p. 179.

<sup>167</sup>As hipóteses da prisão em flagrante estão previstas nos artigos 380 e 381 do Código de Processo Penal Italiano. ITALIA. *Códice Di Procedura Penale e leggi complementari*. A cura di Aurélio Barazzetta e Renato Bricchetti. Carsoli: Ed. 24 ore, 1997.

<sup>168</sup>A detenção é uma espécie de prisão prevista no artigo 384 do Código de Processo Penal italiano, nas hipóteses de cometimento dos delitos previstos nesse artigo.

ordenada pelo julgador, como medida cautelar. Em caso de flagrante ou detenção deverá ser comunicado o Ministério Público no prazo máximo de 24 horas, deverá, ainda comunicar o advogado e os parentes próximos do acusado. No prazo máximo de 48 horas o Ministério Público deverá se manifestar fundamentadamente, requerendo a liberação do acusado, a validação da prisão ao juiz ou a realização de novas investigações<sup>170</sup>. O magistrado designará audiência a ser realizada na presença do Ministério Público e do advogado do acusado no prazo não superior a 05 dias, a contar do início da execução, quando será realizado o interrogatório do acusado, analisada a legalidade e a legitimidade da prisão.

Na Alemanha a detenção policial, possível em casos de flagrante delito ou ocorrida para fins investigatórios, quando há suspeita de que alguém praticou determinado crime, poderá ter duração máxima de doze horas<sup>171</sup>. Importante ressaltar que prevalece ainda no ordenamento jurídico alemão a prisão para fins investigatórios, quando houver indícios ou suspeitas de prática de um determinado crime. Trata-se de uma medida considerada antidemocrática, frente ao princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, uma vez prevalecer o entendimento científico da possibilidade jurídica de privação ou restrição do exercício do direito fundamental de liberdade, apenas mediante a observância do devido processo legal. Há que se ressaltar ainda o instituto jurídico da detenção judicial, que não poderá exceder 48 horas, prazo esse em que deverão ser realizadas todas as medidas e praticados todos os atos voltados à produção de provas e ao exercício do contraditório e da ampla defesa com o intuito de averiguar fundamentadamente se o acusado permanecerá preso ou voltará a exercer o direito fundamental de liberdade de forma plena. A presença do representante do Ministério Público e do procurador do acusado são pressupostos de validade e legitimidade da decisão judicial.

Na Bélgica verifica-se que toda matéria relacionada com a prisão provisória é processada e julgada pelos Tribunais de forma sigilosa. Isso evidencia a ausência de publicidade e a restrição da fiscalidade e dos requisitos e pressupostos hábeis à

---

<sup>169</sup>Os requisitos e pressupostos indispensáveis à decretação da prisão pelo juiz estão previstos nos artigos 273, 274, 275 e 280 do Código de Processo Penal italiano.

<sup>170</sup>MIREILLE. Delmas-Marty. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália)*. Association de Recherches Pénales Européennes – ARPE-. Traducción: Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: EDIJUS, 2000, p. 399.

<sup>171</sup>MIREILLE. Delmas-Marty. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália)*. Association de Recherches Pénales Européennes – ARPE-. Traducción: Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: EDIJUS, 2000, p. 131.

prisão provisória. O magistrado decidirá pela prisão do acusado, cuja duração máxima será de 05 dias, facultando-se ao mesmo a propositura de recurso e o requerimento do efeito suspensivo. A possibilidade de propositura de recurso evidencia o exercício do contraditório e do duplo grau de jurisdição, mesmo diante de um sistema jurídico cujas garantias constitucionais e os direitos fundamentais não são exercidos de forma restrita e por intermédio e ingerências diretas do Estado<sup>172</sup>.

Essa incursão pelo direito comparado se faz necessária para o entendimento crítico, sistemático e amplo do tema-problema ora posto em debate, qual seja, os fundamentos jurídico-constitucionais da legitimidade democrática da prisão preventiva no Brasil. Em seguida discutir-se-á o princípio do devido processo legal como fundamento da legitimidade do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

### 2.4.3. Princípio do devido processo legal.

Em sua obra clássica denominada *Como se faz um processo*, Francesco Carnelutti oferta algumas reflexões no sentido de que:

[...] O processo penal sugere a idéia da pena e esta, a idéia do delito. Por isso o processo penal corresponde ao direito penal, assim como o processo civil corresponde ao direito civil. Mais concretamente, o processo penal se faz para castigar os delitos, inclusive para castigar os crimes. O processo civil distingui-se, a uma simples vista, do processo penal por uma característica negativa: não existe um delito. A parte no processo penal leva o nome de *imputado*. Imputado é aquele que é submetido ao processo penal a fim de que o juiz comprove se cometeu ou não um delito e, no caso afirmativo, o castigue. O processo penal, portanto, nasce com a imputação, ato próprio do juiz pelo qual afirma que é provável que tal pessoa tenha cometido um delito. O processo civil, diríamos, opera com o contraditório natural; o processo penal, com um contraditório artificial<sup>173</sup>. E mais, para Carnelutti, o contraditório corresponde a um dos princípios fundamentais do processo civil<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> MIREILLE. Delmas-Marty. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália)*. Association de Recherches Pénales Européennes – ARPE-. Traducción: Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: EDIJUS, 2000, p. 253/254.

<sup>173</sup> CARNELUTTI. Francesco. *Como se Faz um Processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte. Ed. Líder, 2004, p. 17, 25, 43 e 70.

<sup>174</sup> CARNELUTTI. Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. vol. II. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo. Classic Book, 2000, p. 92.

O subjetivismo na visão carneluttiana caminha lado a lado com a discricionariedade do juiz, que, na visão do autor, deverá castigar o imputado, sendo que, no processo penal, o contraditório é meramente artificial, ou seja, formal e não efetivo. Ainda, em Carnelutti, observa-se:

[...] Que o contraditório implica numa relação de forças, e isto nem sempre segue de acordo com a justiça. Assim se demonstra a necessidade, para o êxito da função punitiva, não somente da ação, dupla e contrária, do ministério público e do defensor, mas o equilíbrio entre eles, no sentido de que sejam dotados dos mesmos poderes no desenvolvimento do processo. Este é um princípio fundamental do processo penal<sup>175</sup>.

Na leitura carneluttiana é possível em que pese a concepção inquisitorial do processo penal, visualizar-se o que o próprio autor denominou de *dotados dos mesmos poderes no desenvolvimento do processo*. Verifica-se aí, uma contribuição para a participação das partes em simétrica paridade, não sendo de todo inaplicável atualmente na estrutura do procedimento penal, se adotada a teoria do direito democrático com integral efetividade dos direitos fundamentais expressamente declarados no texto constitucional.

A definição usual do processo penal, diz James Goldschmidt:

[...] Contenta-se em qualificá-lo de “procedimento que tem por objeto a declaração do delito e a imposição de pena”, acrescentando, que a publicidade de uma audiência significa sua acessibilidade a todos. Foi uma coisa natural nos juizados populares romanos e germânicos, porque era uma conseqüência do lugar onde se celebrava o juízo oral. Mas já perante os Tribunais dos Magistrados da época dos imperadores romanos, a publicidade havia sido suprimida, e o mesmo aconteceu no processo inquisitório canônico e ordinário alemão. É certo, todavia, que esta supressão da publicidade, pelo menos primitivamente – prescindindo-se dos juizados secretos da Westfália -, não se fazia sistematicamente. Diante do segredo do processo inquisitório ordinário alemão, a publicidade do procedimento chegou a ser uma exigência *política*, como o chegaram a ser o processo acusatório, o Tribunal popular e a oralidade. Pediu-se que fosse colocada a administração da justiça sobre o controle da publicidade<sup>176</sup>. Na perspectiva processual civil, entendia o autor que o processo era meio para realizar a exigência

---

<sup>175</sup>CARNELUTTI. Francesco. *Direito processual civil e penal*. v. 1 e 2. Campinas: Peritas, 2001, p. 60 e 139.

<sup>176</sup>GOLDSCHMIDT. James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte. Ed. Líder, 2002, p. 11 e 100.

de proteção jurídica ou, o que é essencialmente o mesmo, para tornar efetiva a lei<sup>177</sup>.

Na presente contribuição histórica do processo, era possível já nos antecedentes vislumbrar-se a publicidade do processo como conotação política, colocando-se a administração da justiça sob o crivo da fiscalidade. Portanto, não se justifica nos tempos atuais a adoção de decisões judiciais elaboradas de forma secreta, isolada e discricionária.

Segundo Giuseppe Chiovenda:

[...] O processo sem o concurso ativo do réu é processo unilateral. A publicidade das atividades processuais é um princípio que se pode entender de dois modos diferentes: ou como admissão dos terceiros (público) a assistir às atividades processuais; ou como necessidade entre as partes de que toda a atividade processual tenha a presença de ambas. Num e noutro sentido, inclui-se a publicidade nos processos mais antigos (romano, germânico)<sup>178</sup>.

Na perspectiva chiovendiana, igualmente era possível a publicidade do processo como também a participação efetiva da parte. É notória a contribuição do processualista ao lembrar que o processo sem participação é um processo unilateral. Essa ponderação traz a nítida convicção de um processo penal inquisitorial ao lembrarmos da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito, onde os agentes estatais trabalham de forma compartilhada, excluindo-se o advogado e o próprio jurisdicionado que suportará os efeitos do provimento. A crítica de Chiovenda é pontual.

Jaime Delgado Guasp:

[...] Considera al proceso como la resolución de um conflicto social, sendo que referido autor classificava os processos por “tipos”, daí, porque, para referido autor, o processo penal “comprende las materias penales: de él cabe considerar com variedades el proceso militar y el proceso de los menores<sup>179</sup>”.

---

<sup>177</sup>GOLDSCHMIDT. James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte. Líder, 2002, p.31.

<sup>178</sup>CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v.2 e 3, p. 105 e 431.

<sup>179</sup>GUASP. Jaime Delgado. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editora Civitas, 1998, p. 27 e 41. Tradução: “Considera o processo como uma resolução de conflito social. Para o autor, o processo é classificado por tipos, daí, porque, para Guasp, o processo penal compreende as matérias penais, cabendo salientar as variedades do processo militar e o processo envolvendo menores”.

Em Guasp, a visão processual retoma a análise da instrumentalidade, tendo como foco a resolução de conflito social. Para o processo penal, não se visualiza nítida contribuição a exemplo dos processualistas clássicos anteriormente mencionados.

Daí porque, estudar a teoria processual com fundamento epistemológico, hodiernamente, no direito brasileiro, é uma tarefa bastante árdua, haja vista a prevalência de concepções dogmáticas acerca dos institutos processuais (processo e procedimento), e interpretações que conferem plenas condições para a prática reiterada de ilegalidades<sup>180</sup>. É por essa e tantas outras razões que o processo não pode continuar sendo operacionalizado como instrumento para o exercício da jurisdição, como preleciona a Escola instrumentalista de processo (considerada uma evolução da Escola do Processo como Relação Jurídica entre pessoas), atribuindo escopos metajurídicos ao processo.

Segundo o modelo atual de Estado, o processo deve ser visualizado como instituição constitucionalizada, ou seja, enquanto metodologia de execução e garantia dos direitos fundamentais<sup>181</sup>. O percurso para o estudo do processo, segundo essa última corrente, é o devido processo constitucional, para que seja possível desvencilhar-se do que vem ocorrendo com as últimas reformas processuais, nas quais é nítida a incompatibilidade das ditas reformas com os direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>180</sup>[...] *por ter sido confeccionado o vigente CPC (1973) sob a influência marcante dos discípulos de Liebman, torna-se penoso, para o estudioso do Direito Processual no Brasil, lidar com o seu discurso estatalista, autocrático, anacrônico e pretoriano, onde o juiz comparece com poderes e faculdades congêntos; a jurisdição é centro gravitacional do processo; o juiz justiceiro supre a figura do advogado e a inércia da parte; procedimento e processo não se distinguem; os prazos são fatais somente para os advogados; o Estado e o Ministério Público não sofrem sanções por denúncia infundada ou caluniosa; os bens do Estado são impenhoráveis; liminar e antecipações de tutelas são regradas por expressões herméticas e pela sensibilidade do juiz; a agilidade do processo se dá pela quebra do contraditório. A linguagem do Código é ambígua em vários aspectos [...].* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 101. Na construção do Estado Democrático de Direito deve-se romper com a tradição poderes instrutórios do juiz com a finalidade de instalar efetivamente o discurso democrático no qual os verdadeiros destinatários dos provimentos participam da sua construção.

<sup>181</sup>O estudo do processo enquanto instituição constitucionalizada deve-se ao grande jurista brasileiro Jose Alfredo de Oliveira Baracho, ao mexicano Hector Fix-Zamudio bem como pelos estudos do italiano Ítalo Andolina. Oportuna a observação de Leal: “[...] *que o processo em seus novos contornos teóricos na pós modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se, em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, da legislação e da jurisdição*”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 93.

A realidade do Direito processual penal mostra-se diferente por questões políticas nefastas e manobras legislativas de interesse meramente estatal. É notório que a fonte de produção legislativa é composta por pequenos grupos da sociedade que detêm parcela do poder e não estão comprometidos com a realidade nacional, mas com interesses próprios. O Direito processual penal como vem sendo manejado e interpretado, principalmente depois da edição do novo texto constitucional, não pode ser exercitado como instrumento de proteção do Estado. O jurisdicionado não deve ser visto como objeto do processo penal, mas sim como integrante de uma construção participada do provimento judicial. O Estado não possui legitimidade para cercear o direito fundamental de liberdade do indivíduo por meio de um tecnicismo inquisitorial e sob o argumento e discurso jurídico da supremacia do interesse público estatal sobre o interesse privado (conceitos metajurídicos e antidemocráticos).

O modelo de prisão preventiva implantado desde o ano de 1942 é resultado de estudos interpretativos históricos, voltados para mascarar uma pseudolegalidade. Repensar o processo penal e o direito ao procedimento deve partir da máxima efetividade dos direitos e garantias individuais e dos princípios maiores que norteiam o estudo do Direito Constitucional e a efetividade da Constituição. São eles: Princípios da supremacia da Constituição e da unidade da Constituição, porque compatíveis com o Estado Democrático implantado desde 1988. O processo é *garantia constitucional*, e como garantia deve resguardar amplamente o exercício e a efetivação dos direitos fundamentais. Não se justifica, e não se mostra legítimo, o Estado na construção isolada do provimento judicial ao decidir pela prisão preventiva do cidadão, sem que o devido processo legal e o princípio do contraditório sejam respeitados e exercitados sob o crivo da publicidade processual. Trata-se de direito fundamental positivado na Constituição e não objeto de discricionariedade inata do juiz, mero aplicador da lei.

A garantia constitucional do contraditório, antes restrita ao processo penal, encontra-se de forma expressa na Constituição do Brasil, em relação ao processo civil e administrativo, de modo a proporcionar aos litigantes e aos acusados em geral o direito a exercer de forma plena a sua defesa. Acrescente-se às observações feitas que, embora se trate de um direito-garantia fundamental na Constituição, ainda sim, existem muitos, como assinala Cretella Júnior, citado por Albuquerque, que persistem na afirmativa de que os princípios do contraditório e da ampla defesa

são garantias constitucionais próprias do processo penal<sup>182</sup>. Acrescente-se ainda a crítica elaborada por Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que o fundamento do contraditório é a liberdade que cada parte tem de dizer e contradizer os argumentos propostos em seu desfavor. O processo sem o contraditório perderia a sua base jurídico-democrática e se tornaria um procedimento inquisitório, em que o arbítrio do julgador seria a medida imponderável da liberdade das partes<sup>183</sup>.

André Cordeiro Leal<sup>184</sup> na mesma projeção teórica afirma de forma taxativa que:

[...] O contraditório deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais.

Referido princípio deve ser articulado com o princípio do devido processo legal, visando-se através do processo penal a preparação do provimento judicial. Somente através deste procedimento (*garantia do processo*), da construção participada do provimento pelos seus destinatários, da efetivação e auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais é que o provimento tornar-se-á legítimo no Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, no Estado Democrático, com as conquistas processuais inseridas na Constituição, interessa ao cidadão que a lei, cujos efeitos por ele serão suportados, seja produto de um procedimento realizado em contraditório, ampla defesa e em simétrica paridade, de tal modo a permitir aos participantes do processo, ampla e irrestrita fiscalização processual dos procedimentos.

A isonomia processual é uma garantia e princípio constitucional de cunho democrático, cuja finalidade é assegurar às partes, tratamento jurídico equânime e evitar tratamentos jurídicos desigualmente infundados. A ampla defesa é uma co-extensão do contraditório e da isonomia, trazendo a idéia de oportunidade efetiva

---

<sup>182</sup>José Cretella Júnior ao comentar esse princípio constitucional ensina que o instituto do contraditório é peculiar do processo penal e não se confunde com o instituto da contestação, típico do processo civil. Contudo, ao comentar o princípio da ampla defesa diz que este abrange a regra do contraditório, complementando-se os princípios e que se resumem os dois no postulado da liberdade integral do homem. Completando a sua argumentação, preleciona que a defesa a que se refere o inciso LV do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, é a defesa em que há acusado, portando, a defesa em processo penal e fiscal-penal ou administrativo, ou policial. ALBUQUERQUE. João Batista de. *O contraditório e a sentença trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, p. 27

<sup>183</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 104.

<sup>184</sup>LEAL. André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002, p. 88.

para que as partes possam se manifestar em tempo razoável<sup>185</sup> e tenham à sua disposição os mais diversos instrumentos jurídicos de defesa. A crítica que se faz ao Código de Processo Penal é quanto à inobservância do princípio constitucional do contraditório, publicidade, ampla defesa e devido processo legal, tendo em vista a nítida compatibilidade com os direitos fundamentais. As técnicas de sumarização do procedimento são muitas vezes inconciliáveis com a amplitude de defesa. A mutilação do direito fundamental à ampla defesa representa claramente um retorno ao processo inquisitório. O processo deve ser preservado, haja vista que muito mais que *garantia constitucional*, será nele, que os sujeitos participantes debaterão o conteúdo informativo e formativo do provimento judicial sobre a necessidade ou não da prisão preventiva, devendo ser norteado pela publicidade.

Desta forma sabe-se que a fundamentação das decisões judiciais, isonomia processual, contraditório, ampla defesa, presunção de não culpabilidade, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, são os princípios fundadores do entendimento crítico do devido processo legal, que no Estado Democrático de Direito justifica-se na legitimidade discursiva de uma construção participada dos provimentos jurisdicionais.

A lei que deveria efetivar o discurso democrático, como caminho para a construção do Estado Democrático de Direito, ainda continua em segundo plano para muitos estudiosos e pesquisadores do direito. Por isso, importante ressaltar, nesse contexto, o entendimento científico de Aroldo Plínio Gonçalves<sup>186</sup>, no que diz respeito ao princípio do contraditório:

[...] O contraditório não é apenas “a participação dos sujeitos do processo”. Sujeitos do processo é 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.

Afirma-se que o contraditório hoje, frente ao modelo de Estado Democrático de Direito, é direito fundamental de todas as pessoas que participam direta ou

---

<sup>185</sup>Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p.104

<sup>186</sup>GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 120.

indiretamente da construção do provimento jurisdicional final. Em se tratando de Democracia, no sentido de fiscalidade e participação ampla e irrestrita do povo nos atos da Administração pública, sabe-se que a construção do provimento jurisdicional final perpassará também por essa fiscalidade processualizada e que tem como estrutura os princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia). Novamente temos Aroldo Plínio Gonçalves<sup>187</sup>, que leciona o tema posto para reflexão:

[...] O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável à outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo. O contraditório não é por isso, a mera participação no processo. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo tem todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam “sujeitos dos atos processuais”. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa entre elas, sendo elas as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento.

Diante desse contexto, esclarece-se que o estudo do Direito processual penal constitucional focaliza-se nas expectativas de um compromisso com a construção do processo no modelo do Estado Democrático de Direito e pela constitucionalização do direito de acesso efetivo à jurisdição e de participar ativamente da formação do provimento jurisdicional, principalmente quanto à prisão preventiva, buscando-se a plena efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, exercitando-se o contraditório preventivo e sucessivo<sup>188</sup>, da publicidade interna e externa<sup>189</sup>, ampla defesa, isonomia processual e devido

---

<sup>187</sup>GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 121.

<sup>188</sup>COLESANTI. Vittorio. *Princípio del Contradditorio e Procedimenti Speciali*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1975, p. 587 e 589, sugere o princípio do contraditório preventivo, antecipado ou *ex ante* (sua forma genuína), ou seja, aquele possibilitado no procedimento formativo do provimento. Sucessivo, postecipado ou *ex post* (impróprio), ou seja, aquele manifestado para a eficácia e controle do provimento após seu proferimento.

<sup>189</sup>A publicidade interna e externa deve ser visualizada e respeitada, atendendo-se aos comandos do artigo 792 do Código de Processo Penal, por nós denominada de publicidade interna do Processo para todos os sujeitos participantes no processo e a publicidade externa, em atendimento ao comando constitucional do artigo 37 da Constituição brasileira combinado com artigo 93, inciso XI também do texto constitucional, cuja redação, ora se transcreve na ordem anteriormente posicionada: “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes

processo legal. A inobservância desses princípios deslegitima o provimento judicial, porque verifica-se flagrante violação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Rosemiro Pereira Leal<sup>190</sup>, acerca do tema, oferta a seguinte passagem quanto ao direito democrático, vejamos:

[...] A “valoração” no direito democrático ocorre pelo juízo discursivo processualizado ao atendimento de direitos fundamentais e não pelas estratificações ideologizadas das bases sociais pressupostas de uma racionalidade exorcizável. O direito democrático não tem bases fixas numa identidade suposta de entendimento popular por uma base silenciosa de convenções alusivas a direitos não procedimentalmente decididos, porque o falante na democracia não é uma pessoa participante ou produtora de normas num espaço argumentativo sem balizamentos da processualidade.

O estudo do processo constitucional democrático é a garantia que o acusado tem de que efetivamente poderá intervir, participar e construir diretamente o provimento jurisdicional. Não será, como afirmado alhures, pelo senso inato do juiz, que as mazelas do Estado serão resolvidas com o continuísmo exagerado de mascarar a legalidade (inefetividade dos direitos fundamentais), decidindo pela prisão preventiva, ou seja, antecipando-se os efeitos desconhecidos e indefinidos da tutela jurisdicional final. Nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>191</sup>:

[...] A exigência do Processo Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que o remédio possa ser concebido e delineado em enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral. O Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. Não fixa uma situação constitutiva, não realiza uma composição jurídica, comum

---

*dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (...)”, “ Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.* Atualmente até os administrativistas modernos posicionam-se no sentido de que, a exemplo de Marçal Justen Filho, em sua obra denominada *Curso de Direito Administrativo*, ed. Saraiva, São Paulo, p. 65, assim se expressa : “O Estado Democrático de Direito se caracteriza pela existência de direitos fundamentais, que se constituem num conjunto insuprimível e irredutível de garantias em favor do indivíduo, oponíveis inclusive (e especialmente) perante o Estado”.

<sup>190</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 189-190.

<sup>191</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 347.

às sentenças do juízo ordinário, mas limita-se a verificar a conformidade de uma norma vigente com a Constituição.

Em estudo epistemológico Rosemiro Pereira Leal<sup>192</sup>, esclarece:

[...] Foi Echandia que mais estudou a *prova* em seus contornos taxionômicos, examinando-a de ângulos diversos, segundo objeto, forma, estrutura, função e outros múltiplos aspectos, como categoria, função, sujeito, utilidade, oportunidade, licitude. Destaca os principais pontos dessa reflexão enumerando-as: “Quanto ao *objeto*, referiu-se a *provas diretas* (testemunho ocular); *provas indiretas* (laudo pericial), *provas principais* (inspeção judicial), *provas secundárias* (testemunhas, confissão em audiência)”. Quanto à *estrutura*, *pessoais* (prova testemunhal, de parecer técnico) e *materiais* (mapa, fotografia, arma, objeto físico). Quanto à *função histórica* (fato ocorrido no passado) e *lógica* (presunção, indício, representatividade). Tem eixo fundamental na categoria tempo-meio a assegurar a conquista histórica do processo constitucionalizado que se configura pela conjunção-garantia dos princípios jurídicos da isonomia, ampla defesa, contraditório e do *due process of law* (direito à procedimentação das alegações de direitos pela conexão normativa de fonte democrática e não pela relação jurídica entre os sujeitos do procedimento).

A reflexão, no âmbito do Direito processual penal, deve ser revisitada nos moldes da teoria do direito democrático, tendo em vista que a estrutura processual penal é produto de um período de exceção do direito brasileiro, no qual juristas, comprometidos com o Estado do Bem Estar Social, ainda persistem em continuar a refletir o direito como instrumento de resolução de conflitos penais, distante da teoria das provas e da teoria democrática e processual dos direitos fundamentais, como se fosse algo definido, sublime, perfeito e acabado, nos quais todos os impasses sociais seriam resolvidos simbolicamente pela atuação do Estado, na condução do Direito processual penal, para solucionar o problema da criminalidade através do veículo inquisitorial, por nós denominado de prisão preventiva.

Estudar o direito processual penal em bases teórico-democráticas implica necessariamente romper com os dogmas engessados na literatura do próprio direito processual penal. O direito processual penal moderno deve ser implantado com uma matriz constitucional e plena efetividade dos direitos fundamentais na construção do provimento judicial em todos os instantes da formação do procedimento. Deve ser

---

<sup>192</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 179 e 184.

obrigatória a participação do jurisdicionado, devidamente acompanhado por seu advogado ou defensor público, em todas as fases do processo penal, o que não ocorre na sistemática processual da prisão preventiva no Brasil.

Não se justifica o atual modelo de direito processual penal, distante dos indicativos constitucionais, uma vez que não se pretende buscar com o direito processual penal sancionar o jurisdicionado diante de cometimento de delitos, mas, ao contrário, coibir os abusos e ilegalidades praticadas pelo Estado na persecução penal. A procedimentalidade dos atos deve ser respeitada e efetivada sempre em simétrica paridade. A título de exemplo, menciona-se a Lei nº 9.034/95<sup>193</sup>, que arbitrariamente veio a conferir amplos poderes instrutórios<sup>194</sup> ao juiz, permitindo que o mesmo participasse das investigações, representando uma clara ofensa aos direitos fundamentais<sup>195</sup> assegurados no plano constituinte. A presente lei é um típico exemplo de ofensa aos princípios constitucionais orientadores da teoria processual democrática, mais especificamente quando se analisa o disposto no artigo 3º<sup>196</sup>, onde é latente o desrespeito ao princípio da publicidade, elencado no

---

<sup>193</sup>“Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”. Artigo 1º. Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando. Artigo 2º. *Omissis*.

II – “a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”.

<sup>194</sup> “Na doutrina não faltam vozes a considerar que a concentração de poderes nas mãos do juiz tem uma clara índole política, sendo expressão típica dos Estados ditatoriais”. Peyrano citado por BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

<sup>195</sup> “Também é oportuno que se esclareça direitos fundamentais, que, na pós-modernidade não pode designar o que é eternamente intrínseco ao ser humano como integrante de um Estado-Nação e que se explicitasse pelo reconhecimento recíproco entre os homens como atributos inatos e individuais de liberdade, igualdade e dignidade, porque os fundamentos desses congominados direitos humanos não de ser, na teoria de democracia, postos pela decidibilidade de cunho discursivo como forma processual ilustrada de institucionalização jurídica da vontade soberana da comunidade, que, por se prover pela teoria do processo de direito democrático, cumpre estabelecer os princípios a serem observados atinentes à isonomia, ampla defesa e contraditório, como fundamentos (autoprivação de liberdade) de demarcação do exercício da vontade criadora de direitos.” LEAL Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 31

<sup>196</sup> “Artigo 3º da Lei 9034/95: nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1º para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. § 2º o juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse feito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*.” Da análise do presente texto de lei extrai-se o seguinte: a possibilidade conferida pelo legislador infraconstitucional ao magistrado de conduzir as investigações

*caput* do artigo 37<sup>197</sup> da Constituição brasileira, que veio a estabelecer os princípios constitucionais orientadores da atividade estatal.

É notória a flagrante violação de preceitos constitucionais, tudo a indicar uma verdadeira “fábrica de provas ilícitas”, provas estas que serão, a tempo e modo, integralizadas no procedimento penal com repercussão na construção do provimento judicial. O contraditório passa a ser apenas uma garantia estática situada no corpo da Constituição brasileira, porém, não efetivada, ou, como mencionado anteriormente por Francesco Carnelutti: contraditório artificial.

A propósito, Marcelo Cunha de Araújo<sup>198</sup> estabelece uma crítica que neste momento se faz necessário registrar: O princípio, para o processo penal, significa contraditório efetivo, real, substancial. A não participação do suposto autor de uma infração penal, na fase pré-processual, representa nítida contrariedade à teoria democrática do estudo da prova.

Não diferente, sugere Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>199</sup>: O princípio da presunção de inocência vem relacionado, portanto, ao direito à tutela jurisdicional, assegurando-se ao acusado que a demonstração da culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa. Entendemos ser pertinente a expressão (jurisdição compartilhada à tutela jurisdicional), porque o estudo da prisão preventiva, no atual modelo de Estado, deve ser revisitado com escopos voltados para a teoria do direito democrático e jamais com retorno à inquisitorialidade do processo, devendo-se fomentar a hermenêutica constitucional democrática de forma ampla e irrestrita.

As recentes reformas ocorridas no direito processual brasileiro retratam a busca incessante pela rapidez na marcha processual, comprometendo assim a executoriedade dos princípios constitucionais do processo, bem como ofendendo profundamente a possibilidade do jurisdicionado, quanto à produção de provas que entenda relevantes à fundamentação de sua discursividade, em simétrica paridade. Essa recente reforma vem retratar na verdade a legalização da ilegalidade pelo

---

nas hipóteses de organizações criminosas certamente ofenderá a garantia constitucional da imparcialidade do juízo.

<sup>197</sup> Artigo 37 *caput* da Constituição Brasileira: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

<sup>198</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 123.

<sup>199</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito a Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

legislador infraconstitucional, pois no Brasil o sistema de controle de constitucionalidade ainda é algo que causa insegurança em muitos magistrados. Oportuna a intervenção teórica de Rosemiro Pereira Leal:

[...] Proibindo-se meios ilícitos, a expressão *meio lícito* significaria articulações lógico-jurídicas em espaço estrutural amplo, porque seria uma incongruência assegurar *ampla defesa* pela sumarização cognitiva, isto é, estrangulamento ou supressão do tempo-espaço de *provar* como se faz nos regimes autocráticos, em que se castigam, com uma *justiça rápida*, aqueles que por querelas desvaliosas e insignificativas vive a ocupar o Poder Judiciário e a tranqüilidade dos governantes e o bem-estar da Pátria<sup>200</sup>.

Refletir sobre o devido processo legal, é buscar novos ideais para a efetiva construção do Estado que se pretende Democrático, uma vez que novos comportamentos tendem a romper com a tradição positivista extremada, que se mostra totalmente vesga na aplicação da norma. A preparação e condução do provimento jurisdicional, com enfoque voltado ao princípio da legalidade e o cumprimento efetivo da Constituição como diretriz à hermenêutica constitucional, é uma necessidade, que reclama seu pleno exercício. Desse modo, na literatura italiana, encontramos subsídios direcionados para a proposta democrática do direito, ora registrados adiante:

[...] O princípio do contraditório pode se dizer respeitado quando todos os interessados, em pé de paridade, são colocados no grau de influir sobre o conteúdo da providência final<sup>201</sup>. Há processo, quando, em uma ou mais fases da tramitação de formação de um ato, é contemplada a participação não somente – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que estes possam desenvolver atividades às quais o autor do ato deve dar importância. Finalmente, mas de igual importância, o valor do contraditório, que é, como se é visto núcleo do processo, qualquer que seja o setor de seu emprego. Ele consiste na possibilidade de participar (e fazer valer as próprias razões), na fase preparatória de decisões jurisdicionais<sup>202</sup>. Quando as regras do procedimento, nota finalmente Fazzalari, consentem a participação também daqueles em cuja esfera jurídica o ato conclusivo é destinado para explicar os próprios efeitos, de tal modo que o autor disso deva dar necessariamente importância das suas atividades, mesmo embora descumprindo os resultados, mas não ignorado-os, e aquela participação seja combinada de maneira a

<sup>200</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 185.

<sup>201</sup>LUISO. Francesco Paolo. *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*. Milano: 1981, Giuffrè Editore, 1981, p. 17 e 18.

<sup>202</sup>FAZZALARI. *Introduzione Allá Giurisprudenza*. Padova: Casa Editrice Dott, 1984, p. 77 e 48.

conferir ao procedimento uma estrutura dialética<sup>203</sup>. É legal o processo que assegura uma condição de paridade das partes e a ausência de condicionamento ou de preconceitos de nenhuma espécie pelo juiz. O processo legal devido ou processo justo resume-se na tríplice indicação de: 1) uma notícia adequada, para entender-se como uma comunicação ou notificação à pessoa de um fato jurídico que a resguarda; 2) uma audiência justa, prestigiosa ao ato leal, vale dizer o proceder sem influência na formação do julgamento; 3) um juiz imparcial, como projeção subjetiva da audiência justa. A fórmula exprime os conteúdos mínimos da legalidade da investigação. A "notícia" é "adequada" quando é racionalmente idônea para fazer conhecer ao interessado a pendência da ação judicial, para consentir-lhe e apresentar as próprias razões em contrário. Na falta de "notícia adequada", o processo é "um conjunto de atos" e não um "um processo". Convergem, depois, na "audiência justa" tanto as regras ditadas para a disciplina da posição do acusado, quanto as prerrogativas do juiz e as características do procedimento penal<sup>204</sup>.

É necessária a revisitação do estudo da teoria do processo nos moldes do direito democrático, como pressuposto de fiscalidade ampla e irrestrita dos atos da Administração Pública. Isso será possível através de um discurso processualizado pelos princípios constitucionais do processo, porquanto a legitimidade de todos os provimentos construídos no Estado Democrático de Direito serão alcançados por meio do Devido Processo Constitucional.

Sabe-se que o pilar de toda essa reflexão encontra-se nos princípios constitucionais do processo, considerados o meio legitimador do discurso democrático, porque a normatividade até então operacionalizada concentra a sua discussão no plano da validade e eficácia das normas jurídicas. Sabe-se, ainda, que atualmente tal discussão é questionável, porque a construção do modelo de Estado Democrático passa pela discursividade processualizada e legitimadora dos atos legislativos, implementadores do princípio da legalidade enquanto estrutura procedimental do vigente regime político.

O pleno exercício de todos os princípios acima mencionados é imprescindível ao processo constitucional democrático, uma vez que todos eles são condutores finais que determinarão a efetividade da Constituição no direito processual penal. A legitimação do comando decisional mostrar-se-á legitimada se for dado ao receptor da norma a faculdade de em simétrica paridade, construir o provimento final. O que

---

<sup>203</sup>GALATTI, D. Siracusano. *Diritto Processuale Penale*. vol. Primo. Varese: Tipografia Mori, 1996, p.32.

<sup>204</sup>FERRAIOLI, Andréa Antônio Dália. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Padova: Cedam, 1997, p. 16.

se busca efetivar é o direito democrático processual penal com publicidade e isonomia processual. Não há como conciliar procedimentalismo técnico inquisitorial do processo penal com a estrutura jurídico constitucional, tendo em vista que os direitos fundamentais devem ser projetados para a estrutura do procedimento de forma a tornar legítimo os provimentos jurisdicionais estatais, assegurando-se ao jurisdicionado a plena e efetiva participação na construção do mesmo, se adotada a hermenêutica constitucional.

## CAPÍTULO 03

### PROCESSO PENAL NO BRASIL E A PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO ITALIANO.

#### 3.1. Proposta de reforma do Código de Processo Penal Brasileiro e a prisão preventiva no Estado Democrático de Direito.

A sistemática processual penal brasileira caracteriza-se pelo inquisitorialismo decorrente de uma concepção técnica voltada para a supressão dos direitos individuais, em face do interesse público do Estado em proteger indiscriminadamente a coletividade, através de arbitrariedades cometidas em desfavor dos cognominados “*bandidos e mal feitos sociais*”. Trata-se, conforme visto, de um direito posto unilateralmente pelo Estado, com o intuito exclusivo de punir, e, assim, garantir a proteção da incolumidade e dos bens jurídicos relevantes socialmente. A concretização de tais premissas perpassa pela supressão de garantias constitucionais e pela restrição de direitos fundamentais, uma vez que, na visão vulgar do cidadão comum e também no senso subjetivamente metajurídico de justiça do julgador, a efetivação e o exercício dos direitos fundamentais e garantias constitucionais de pessoas acusadas pela prática de condutas criminosas, materializam a concretização da insegurança dos cidadãos em geral. Isso é o que se denomina de institucionalização de um sistema processual penal inquisitivo-punitivo pautado na pseudolegitimidade estatal de hierarquicamente punir acusados de praticar crimes.

[...] Em idêntica reflexão e posicionamento teórico Eugênio Raúl Saffaroni<sup>205</sup> ao desmistificar o sistema normativo dizendo para tanto, que o discurso jurídico-penal falso, não é nem um produto de má-fé nem de simples conveniência, nem resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas. E prossegue o autor argentino, no sentido de que: a) a legalidade não proporciona legitimidade por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher; b) o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal, se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei; c) o

---

<sup>205</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A Perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 1996, p. 14 e 29.

exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade; d) além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal.

O que se pretende construir, no presente momento, são reflexões cientificamente fundamentadas com o propósito de esclarecer e demonstrar que o processo penal no Estado Democrático de Direito é um espaço que garante isonomicamente, a todas as partes, a construção de argumentações e contra-argumentações jurídicas, a partir da pretensão deduzida, bem como a utilização de todas as provas e meios de provas lícitamente admitidos pelo direito e a participação efetiva das partes na construção legítima do provimento judicial, para que as mesmas não sejam surpreendidas pela equivocada construção doutrinária do contraditório diferido ou postergado. Ou seja, o que se pretende defender, na presente pesquisa, não é apenas a validade e eficácia da decisão judicial da prisão preventiva, mas, principalmente, a constitucionalidade e a legitimidade democrática do provimento jurisdicional.

A legislação processual penal brasileira entrou em vigência no ano de 1942, sendo que este cenário processual continua até o presente momento com o modelo adotado naquela época. Não é necessário grande esforço para entender que referida legislação, embora fragmento de um período de ditadura, perdure nas fileiras das academias de Direito e na atividade judiciária em todos os seus aspectos, externando-se nos provimentos jurisdicionais, através de conceitos metajuridicamente construídos pelo subjetivismo e pseudo-discricionariedade, que juízes entendem possuir.

Repensar o processo penal em base epistemológica e autônoma, torna-se realmente tarefa árdua, visto que as inúmeras decisões anti-democráticas, até então tomadas pelo Estado, se negam a aplicar todo o ordenamento jurídico constitucional. Insiste-se em interpretar o direito processual penal, distante da Constituição Brasileira e da teoria democrática do direito.

Ainda perdura no contexto do processo penal a visão instrumentalista de processo, onde o Estado sobrepõe-se ao jurisdicionado. Em um plano, encontra-se o Ministério Público como órgão acusatório oficial do Estado (art. 127 da

Constituição Brasileira de 1988<sup>206</sup>) e, do outro, o jurisdicionado, como mero sujeito da persecução penal. Visão esta totalmente distante do atual modelo de Estado e da constitucionalização do processo pautado pelos direitos fundamentais, que deveriam ter aplicação imediata, por tratar-se de norma constitucional de eficácia plena, como mencionado no curso do presente trabalho.

A reforma do Código de Processo Penal brasileiro, no que tange à prisão preventiva, longe está dos ideais democráticos e dos avançados estudos e teorias do processo que surgiram com o pós-guerra e com o movimento do constitucionalismo. Estudar o Direito, para alguns juristas, é retornar para a ciência analítica-dogmática, enquanto para outros é rompimento com as amarras de todo o conteúdo antidemocrático. É direcionar o estudo do direito processual penal em bases de hermenêutica constitucional. Na oferta teórica de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira<sup>207</sup>, podemos concluir que:

[...] Sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha clara a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.

O projeto de Lei 1102/03<sup>208</sup>, do deputado Paes Landim (PFL-PI), propõe a exigência de prisão preventiva para o maior de dezesseis anos, nele visualizando-se a inquisitorialidade, colocada nas mãos do juiz, para decidir unilateralmente sobre a conveniência ou não da prisão, sem a participação do jurisdicionado. Verifica-se que as propostas de mudanças são voltadas para intensificar o cerco de punição dos acusados de crimes, desconsiderando-se os direitos fundamentais e o processo

---

<sup>206</sup>Até o presente momento não nos convencemos de que o Ministério Público, em que pese a redação constitucional no sentido de que: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", expresso no artigo 127, esteja realmente defendendo a ordem jurídica e o regime democrático, principalmente no que se refere ao Direito Processual Penal e em especial quanto a prisão preventiva no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que ele, o MP, articula de forma expressamente contrária à Constituição e ao princípio da publicidade interna e externa do processo com o juiz, ao postular pela prisão processual, sem a participação do jurisdicionado.

<sup>207</sup>CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 04.

<sup>208</sup><http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Data de Acesso: 12 de janeiro de 2008.

constitucional. Não se pretende aqui, defender a institucionalização da impunidade; pelo contrário, o que se pretende é discutir o verdadeiro papel do processo penal, frente às garantias constitucionais do acusado, previstas na Constituição. Ou seja, a tendência atual dos nossos legisladores encontra-se na contramão dos estudos do processo constitucional no Estado Democrático de Direito, qual seja: garantir a fiscalidade ampla e irrestrita do jurisdicionado na construção participada do provimento, mediante o exercício dos princípios constitucionais do contraditório, publicidade, isonomia processual, ampla defesa, presunção de não culpabilidade e devido processo legal, assim como na proteção do seu direito fundamental de liberdade contra atos voltados para restrição do seu exercício e a sua não efetivação.

Não parece adequado e satisfatório o projeto, se levados em consideração o fato de que o processo penal e a prisão preventiva não devem ser manejados como escudo protetor do Estado, mas, ao contrário, deveria ser manejado para coibir os abusos de agentes públicos que representam o Estado. Fica evidente o continuísmo do atual modelo de processo penal, ou seja, do tipo acusatório, no qual, mais uma vez, os princípios constitucionais do processo penal não foram delimitados como estruturas condutoras de ampla discussão procedimental. Optou-se por dar continuidade à instrumentalidade do processo sendo que os princípios constitucionais, enquanto eixo-estruturante e fundamentadores para o direito democrático não foram observados de forma efetiva, verificando-se que a garantia constitucional do devido processo legal foi suprimida.

A discricionariedade do juiz neste projeto de lei permanece, materializados pelos seus poderes instrutórios e decisórios. O projeto em análise está voltado para uma resposta sumária e pronta por parte do Estado, que não tem o menor interesse em efetivar os direitos fundamentais e as garantias constitucionais do processo, tratando-se da institucionalização de um modelo ditatorial e inquisitivo, de um procedimentalismo técnico na vigência da Constituição brasileira de 1988 e do Estado Democrático de Direito, onde os agentes estatais (juiz, representante do Ministério Público e Delegado de Polícia) irão articular e argumentar de forma isolada, secreta e solitária, sem a presença do advogado, sobre a decisão da prisão preventiva.

A jurisdição, que deveria ser compartilhada, não o será, pelo menos no presente projeto de lei. Caso o presente projeto de lei venha a tornar-se realidade, a

instrumentalidade falida do processo voltará a focalizar o jurisdicionado como objeto de persecução penal. Nessa concepção, se o projeto não for reformulado, em nada contribuirá com o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, porque não se mostra compatível com a transformação do direito, das modernas teorias do processo e com a Constituição brasileira, que, de forma preponderante, declarou ser o *processo* uma garantia constitucional e plenamente aplicável à prisão preventiva, com o exercício incondicional e absoluto do contraditório antes, durante e pós-procedimento na construção do provimento judicial, alinhado à publicidade do procedimento.

Entre as principais alterações da reforma do projeto, está a manutenção da prisão preventiva de forma genérica, visando-se assegurar a instrução processual e futura execução da pena. Em especial, o projeto em análise focou os acusados de criminalidade organizada, ofensa à probidade administrativa ou à ordem econômico-financeira e, também, a questão da violência, ou grave ameaça à pessoa. Manteve, portanto, a possibilidade de decidir-se pela prisão preventiva, antes de sentença condenatória transitada em julgado, simplesmente como medida cautelar, contrariando, mais uma vez, o princípio do devido processo legal como anteriormente ressaltado.

No presente projeto, nota-se modificação quanto à prisão preventiva. Entretanto, referidas inserções legislativas estão condicionadas numa leitura do direito meramente legalista e contrária a hermenêutica constitucional democrática. O princípio constitucional do contraditório e do devido processo legal deve ser respeitado de forma incondicional, pois não se trata de um favor do Estado, e, sim, de um imperativo constitucional positivado e conquistado pelo homem, no curso de sua existência.

A inquietação recai necessariamente sobre o modo de operacionalizar a prisão preventiva, aplicando-se apenas, e tão somente, o princípio constitucional do contraditório, de forma diferida e sem observar-se o critério constitucional de imperatividade, quanto à questão do devido processo legal e da publicidade do procedimento. Essa modalidade de prisão retrata uma violência contra a pessoa, independentemente da avaliação probatória das circunstâncias por meio da qual incide a prisão processual. Basta qualquer assunto de direito penal tornar-se polêmico ou verificar-se a possibilidade de envolvimento em questões que

envolvam, por exemplo, a “ordem pública” (conceito metajurídico<sup>209</sup>), para que a prisão processual torne-se uma realidade decisória do juiz, determinando-se a prisão do jurisdicionado, sem o devido processo legal, a publicidade, o exercício do contraditório e ampla defesa. Não há como conciliar sumarização do procedimento penal com a ampla defesa, tendo em vista que haverá necessariamente um rompimento com toda construção teórica que deveria, se adotado o direito democrático, ser integralizado ao provimento jurisdicional.

Não diferente, o encaminhamento da mensagem de Michel Foucault<sup>210</sup>, no sentido de que:

[...] Quanto à punição generalizada, é preciso punir de outro modo, eliminar essa confrontação física entre o soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida no povo, por intermédio do supliciado e do carrasco.

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, deve o legislador e o julgador preservar o seu exercício e efetivação. A liberdade, como primado primeiro do jurisdicionado e de sua personalidade cede lugar ao direito de punir do Estado. O Estado não é proprietário do direito de liberdade de ninguém e, por isso, não possui legitimidade para tanto, a ponto de segregar a liberdade de forma antecipada, produzindo seus provimentos judiciais isoladamente. Esse modelo de prisão processual não se mostra compatível com o direito na perspectiva constitucional e com os princípios constitucionais do processo estruturantes do Direito processual penal, se levado em consideração o processo penal moderno e constitucionalizado pela procedimentalidade argumentativa preparatória do provimento judicial.

A prisão preventiva, atualmente, mostra-se um tema tormentoso, se levado em consideração que a atuação estatal tem como meta coibir a repressão dos crimes e, ao mesmo tempo, cercear a liberdade<sup>211</sup> humana, embora assegurada no texto constitucional. Por esta razão, questionamos a legitimação do Estado no sentido de restringir a liberdade do cidadão com a prisão preventiva, sem que ele (sujeito que suportará os efeitos da decisão judicial) participe da construção do

---

<sup>209</sup>RAMOS. João Guaberto Garcez. *A Tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte:Del Rey,1998 p. 373 “*Há certos crimes que, tendo em vista as circunstâncias com que foram praticados e a gravidade das consequências deles advindas, levam, muitas vezes, à decretação da prisão preventiva*”.

<sup>210</sup>FOUCAULT. Michel. *Vigiar e Punir. História da violência das prisões*. Petrópolis. Vozes,1998, p. 63.

<sup>211</sup>Artigo 5º, inciso LIV da Constituição brasileira: “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

provimento (decisão discricionária da prisão preventiva). O *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque*<sup>212</sup>, em seu artigo 14, 2, é esclarecedor e taxativo: Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Ainda, no art. 8º, 2, 1ª parte do referido Pacto lê-se: “Toda pessoa acusada tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

A crítica que se faz, refere-se aos requisitos e aos pressupostos metajurídicos ensejadores da prisão preventiva. Enunciados do tipo: “Ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, aplicação da lei penal”. Todos do artigo 312<sup>213</sup> do Código de processo penal trazem consigo uma carga hermenêutica de discricionariedade e subjetividade de forma extremada e de conceitos metajurídicos indeterminados. Em momento algum, legitimam os provimentos judiciais deles decorrentes, visto que o direito, desde a promulgação da Constituição vigente, deve ser laborado de forma a capacitar o entendimento jurídico na perspectiva da hermenêutica constitucional democrática e não como método arcaico e obsoleto da escola de exegese, de um positivismo fechado e de uma justiça secreta de gabinete, onde o provimento jurisdicional é elaborado de forma unilateral.

Qual o significado dos enunciados colacionados no parágrafo anterior? Se levados em consideração os pactos internacionais, do qual o Brasil é signatário, verificaremos, como mencionado anteriormente, que esses enunciados são inaplicáveis na perspectiva democrática. Não possui o juiz legitimidade para decidir o destino do jurisdicionado de forma antecipada, uma vez que a liberdade é atributo da personalidade do homem.

A Liberdade é regra, a prisão, exceção. Não se tem a pretensão de colocar em evidência o contraste desses dois valores na órbita constitucional. Ao contrário, o

---

<sup>212</sup> <http://pt.io.gov.mo/Legis/International/record/93.aspx>. Data de Acesso: 25 de janeiro de 2008.

<sup>213</sup> Artigo 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Artigo 239 do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Percebe-se que o artigo 312 remete necessariamente o leitor ao artigo 239, ao cognominar “indício” e a própria lei o definir. Na filosofia, encontramos: “Em filosofia da ciência, discute-se bastante o papel da indução como elemento constitutivo do método científico, permitindo a generalização dos resultados e conclusões dos experimentos científicos. O método indutivo é valorizado sobretudo pelas concepções empiristas. Vários são os problemas relacionados à indução, desde a discussão dos critérios de justificação dos procedimentos indutivos, e sua relação com a probabilidade e a estatística, até o questionamento da racionalidade da indução”. Nesse sentido Hilton Japiassú. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro. Ed. Jorge Zahar, 1996, p. 142.

que se quer sugerir é o exercício do princípio do contraditório preventivo e sucessivo na construção do provimento judicial, quanto à prisão preventiva, objeto de estudo e reflexão, em busca da construção compartilhada do provimento judicial, encaminhador da prisão preventiva. O exercício do princípio do contraditório preventivo e sucessivo dar-se-ia de forma antecipada, durante e pós pronunciamento do provimento jurisdicional, devendo o jurisdicionado participar ativamente da preparação do provimento, controlando os atos processuais do juiz.

Os problemas da sociedade que se mostram no cenário nacional atual não serão, como destacado em outras passagens dessa reflexão acadêmica, resolvidos pelo direito penal e processual penal. Não será através da prisão preventiva que os impasses e conflitos produzidos pelo Estado e suas mazelas serão minimizados. O problema da criminalidade, que marca a sociedade atual, é uma questão de política pública, uma vez que, enquanto mantivermos a falsa crença de que o direito é um instrumento garantidor para solucionar problemas sociais, através da figura do julgador, continuaremos pensando o processo e o direito na vertente metajurídica. As impunidades marcaram o cenário nacional. Entretanto, os principais agentes de crimes são os próprios detentores do poder. Não há na mesma proporção provimentos jurisdicionais da prisão preventiva para eles, se levada em consideração a população que não tem sequer direitos sociais efetivados pela figura mítica do Estado.

Segundo José Jairo Baluta:

[...] Apesar de nosso Código de processo penal prevê uma série idônea de disposições que asseguram ao agente a garantia de um decreto não arbitrário da restrição de sua liberdade, como regra, contidas no artigo 312, agregadas às condições primárias trazidas pelos artigos 311 e 313, e pelas secundárias dos artigos 314 a 316, esta modalidade de prisão cautelar está a exigir de nossos magistrados profundas mudanças de comportamento pois, como noticia um dos maiores pesquisadores do direito processual penal moderno, o argentino Júlio Maier, a tônica do século XX, é exatamente a busca da redução do encarceramento preventivo<sup>214</sup>.

Desse modo, o processo penal deve ser revisitado e trabalhado em consonância com a Constituição brasileira, devendo o Estado respeitar e acatar os comandos constitucionais (direitos fundamentais), inerentes à estrutura procedimental principiológica (garantias constitucionais do processo).

---

<sup>214</sup>BALUTA, José Jairo. *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: 1997, Ed. Juruá, p. 95.

### 3.2. Prisão preventiva no Direito italiano.

A prisão processual, no Estado italiano, possui natureza jurídica de prisão processual, podendo ser decidida, à semelhança do Brasil, antes da sentença penal condenatória. Diferentemente do que ocorre na Itália, onde a prisão preventiva tem prazo de duração, no Brasil, não há prazo de duração<sup>215</sup>, podendo, referida prisão processual, ser efetivada na fase de instauração do inquérito policial<sup>216</sup>, ou na da formação do procedimento penal. O parâmetro para o ato decisório acerca da prisão preventiva na legislação italiana recai sobre o *quantum* da pena *in abstracto* para determinar o tempo máximo de duração da prisão preventiva. Há, portanto, inúmeros prazos, de acordo com os crimes e sua intensidade, todos previstos no Código Penal italiano. Nos dizeres de Mireille Delmas-Marty:

[...] Em los casos en que se acuerda, la prisión provisional está sujeta a un plazo según un registro formado con los autos de renovación de la medida, so pena de la puesta em libertad del detenido, y com una duración máxima en función de la pena prevista para la infracción perseguida (art. 303 CPP)<sup>217</sup>.

No Brasil, onde o Judiciário passou a ser palco de provimentos judiciais desconexos do próprio sistema constitucional, não há previsão nesse sentido, a exemplo da Itália. Prevalece o sensacionalismo e o apego a concepções metajurídicas do clamor público e da instrumentalidade inquisitorial do processo penal. O fato de a prisão preventiva não possuir prazo legal de durabilidade, leva-

---

<sup>215</sup>“Questão deveras importante e que não encontrou ainda solução no sistema jurídico brasileiro, diz respeito ao prazo de duração da prisão cautelar do réu ou investigado, o qual responde ao procedimento de persecução penal extrajudicial ou judicial estando preso e isso de deve, em grande parte, à omissão do legislador em estabelecer, no corpo do Código de Processo Penal, um prazo máximo razoável, de forma a contemplar a realização dos atos extrajudiciais e processuais, sem prejuízo para a almejada busca pela verdade real ou mesmo pela verdade processual possível”. SOUZA. Sérgio Ricardo de. *Temas de Direito Processual Penal Constitucional Aplicado*. Niterói: 2006, Impetus, p125.

<sup>216</sup>Artigo 311 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”. Artigo 13 do Código de Processo Penal: “incumbirá ainda à autoridade policial, inciso IV – representar acerca da prisão preventiva”.

<sup>217</sup>MARTY-DELMAS. Mireille. *Processos Penales de Europa*. Zaragoza. Editorial EDIJUS, 2000,p. 400. Tradução:“Nos casos em que se concilia, a prisão provisória está sujeita a um prazo segundo um registro formado com os autos de renovação da medida, sob pena da colocação em liberdade do detido, e com um a duração máxima em função da pena prevista para a infração perseguida (art. 303 CPP)”.

nos a situações aberrantes, como, por exemplo, vemos frequentemente o indivíduo preso por anos, isto de forma cautelar, e ainda é presumivelmente inocente<sup>218</sup>.

No projeto de reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, não há prazo delimitado. Portanto, se for alterado o CPP, a prisão preventiva em solo brasileiro continuará sendo reduto de provimentos decisoriais isolados com a pseudo-argumentação de um discurso metafórico da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (conceitos metajurídicos). A hermenêutica constitucional democrática longe está do projeto de lei que altera a prisão processual, aqui denominada de prisão preventiva. Ainda perdura no sistema brasileiro, o princípio da proporcionalidade, contrariando toda a sistematização principiológica do Direito Constitucional, algo que, no presente momento, não é compatível com o direito democrático e com toda a estrutura do processo penal, se adotado o direito democrático vinculado aos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito.

Colaciona-se neste sub-ítem, apenas a título de exemplo, provimento no sentido de demonstrar que, no Brasil, o Judiciário ainda é palco de decisões judiciais que insistem em operacionalizar a prisão preventiva, tal qual previsto na estrutura falida do Código de processo penal, onde se vê, freqüentemente, indivíduos serem presos preventivamente por um longo período, sem o efetivo exercício do princípio constitucional do contraditório e devido processo legal<sup>219</sup>, contrariando inclusive pactos internacionais de que o Brasil é signatário, conforme adiante se colaciona, posição também defendida por Roberto Delmanto Júnior :

[...] O artigo 25 do Pacto de São José da Costa Rica prescreve: “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por

---

<sup>218</sup>SOUZA, Marcelo Agamenon Góes de. *Cautelaridade da prisão preventiva*. Rio de Janeiro: 2004, Temas e idéias Ltda, 2004, p. 129. RHC nº 62845/PA – Relator Min. Décio Miranda. Publicação: DJ data: 01.04.1985, p.4283, vol. 1372 – 02, p. 361 julgamento – 12.03.1985 – segunda turma – ementa: processual penal. prisão. *Excesso de prazo na formação da culpa. Prisão que perdura por quatro anos, sem julgamento do réu. Concessão da ordem de habeas corpus, para que o paciente se defenda em liberdade*”.

<sup>219</sup>RHC nº 6285/PA – Relator Min. Décio Miranda. Publicação: DJ, 01.04.1985, p. 4283, vol. 1372-02, p. 361 Julgamento – 12.03.1985 – Segunda Turma – Ementa: Processual Penal. Prisão. *Excesso de prazo na formação da culpa. Prisão que perdura por quatro anos, sem julgamento do réu. Concessão da Ordem de Habeas Corpus, para que o paciente se defenda em liberdade.*Votação – Unânime. Resultado. Provido.

peças que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais<sup>220</sup>.

A Constituição italiana, assim como a brasileira<sup>221</sup>, assegura a inviolabilidade da liberdade individual, proibindo em seu artigo 13 a ocorrência de detenção, inspeção, investigação ou qualquer ato de restrição à liberdade pessoal.

Porém, em casos excepcionais e/ou urgentes, indicados pela lei, as autoridades de segurança pública poderão adotar provimentos provisórios, informando-os, no prazo de 48 horas, à autoridade judiciária, que em prazo igual os convalidará, sob pena de privação de todo efeito, onde também deve ser determinado o prazo máximo de encarceramento preventivo. O Código de processo penal italiano é quem determina a liberdade e a prisão, de acordo com os limites previstos nas medidas cautelares de caráter pessoal, como já mencionado anteriormente.

As limitações à liberdade pessoal, previstas nos artigos 272 a 315 do Código de processo penal italiano, podem ser de caráter coercitivo ou interditivo e constituem condições gerais indispensáveis à decisão das medidas cautelares, quando houver fortes indícios de culpabilidade do agente, cuja conduta não tenha sido praticada sob justificativa, exclusão de punibilidade ou qualquer outra condição que exclua a pena (art. 273). Deve-se, ainda, respeitar as medidas cautelares presentes em situação de perigo concreto para a produção da prova, se o agente – sujeito a pena superior a dois anos de reclusão – estiver em fuga ou em vias de, ou considerando-se a modalidade e circunstâncias do crime e a personalidade do agente, haja perigo concreto de que possa vir a cometer outros delitos graves com uso de arma de fogo ou de qualquer outro meio de violência pessoal contra a ordem constitucional ou de caráter de criminalidade organizada ou da mesma espécie (art. 274).

O Código de processo penal italiano estabelece também critérios (art. 275) destinados à eleição da medida mais adequada a cada caso, cabendo ao juiz considerar a idoneidade da medida, de acordo com a natureza e grau das exigências cautelares, antes de decidir pela medida prisional. Na Itália, até a edição do código de 1988, havia um código fascista editado por Mussolini, datado de

---

<sup>220</sup>JÚNIOR. Roberto Delmanto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. São Paulo: Renovar, 1998, p. 42.

<sup>221</sup>Artigo 5º, inciso LV: "Ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

19.10.1930, com peculiaridades absolutamente totalitárias. Era o “código de mármore”, o “código Rocco”. É verdade que muitas modificações foram nele introduzidas, como a reforma de 18.6.1955 (Lei 517), além de outras de menor importância, fazendo que, no final de sua vigência, se constituísse em verdadeira “colcha de retalhos”, mas sem perder as suas peculiaridades de cunho autoritário<sup>222</sup>.

Em relação à prisão preventiva em estabelecimentos carcerários, seu emprego deve limitar-se aos casos em que outras medidas se revelem inadequadas, como em casos de gravidez, amamentação, idade superior a sessenta e cinco anos, saúde gravemente comprometida ou dependência química em que o recolhimento implica prejuízo do tratamento.

Em casos de transgressão às restrições de uma medida, dispositivos do artigo 276 permitem ao juiz substituí-la por outra mais grave ou as acumulem, respeitando-se, conforme determinação da regra, todos os direitos do agente (art. 277). Além disso, o disposto no art. 278 do CPP italiano, determina que o juiz deva verificar a natureza consumada ou tentada do crime, não considerando questões como continuidade, reincidência e outras circunstâncias do delito, antes de determinar a medida cautelar adequada ao caso.

O art. 280 do CPP italiano trata das medidas coercitivas, ressalvadas as hipóteses referidas no art. 391, limitando a sua aplicabilidade aos delitos puníveis com prisão perpétua ou reclusão cujo tempo máximo seja superior a 3 anos.

O art. 281 relaciona a proibição ao imputado de ausentar-se do território nacional, hipótese em que o juiz deve dispor, quanto às providências que o impeçam, inclusive recolhimento de seus documentos de viagem.

A obrigação de apresentar-se à polícia judicial em dias e horários determinados pelo juiz, considerando a atividade laboral e o local de residência do imputado (art. 282), é obrigatória. Também determina a lei que o imputado deva ter residência fixa, dela não se afastando sem autorização, tal qual prevê o art. 283 da legislação processual penal italiana.

Outra medida é a apreensão judicial de bens para proibir a saída do imputado de seu domicílio, salvo por período necessário ao provimento de sua subsistência, podendo ou não ser proibido o contato com outras pessoas, como se verifica no art. 283 do CPP italiano.

---

<sup>222</sup>BUONO. Carlos Eduardo de Athayde. *A Reforma Processual Penal Italiana – Reflexos no Brasil*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991, p. 23.

As medidas cautelares devem ser decididas pelo juiz competente, salvo em casos de urgência, devendo conter a respectiva ordem, sob pena de nulidade (art. 292), os dados de identificação do imputado, a descrição sumária dos fatos e os motivos determinantes da medida, a duração da pena, assim como a data e assinatura do juiz (art. 292, 2, “d”).

#### Segundo Ângelo Jannone:

[...] O Código e outras leis especiais na Itália atribuem à polícia judiciária (ou a alguns oficiais ou agentes judiciários) a titularidade de alguns atos com poderes de iniciativa, enquanto para outros atos a polícia judiciária pode ser delegada pelo Ministério Público. O Código de Processo Penal italiano, adotado em 1988, é do tipo acusatório misto (não diferente do brasileiro). Ainda que baseado fundamentalmente no princípio da formação da prova na fase oral pública do processo, através do contraditório das partes – acusação e defesa – e do exame cruzado dos testemunhos, o Código italiano prevê também: a) uma fase de investigações preliminares, caracterizada pelo procedimento investigativo, pelo sigilo, pela forma escrita e pela função principal do Ministério Público (que é chamado também para instaurar em seguida a ação penal); b) uma segunda fase – chamada audiência preliminar – na qual um juiz aprecia a tipologia das fontes de provas coletadas e decide sobre a requisição do MP para o exercício da ação penal. Com modificações legislativas sucessivas no código, o GUP (juiz da audiência preliminar) possui hoje grandes poderes requisitoriais, tanto por assemelhar-se mais a um Juiz instrutor típico dos procedimentos inquisitoriais. Trata-se do mesmo juiz que, na fase das investigações preliminares, decide acerca da ordem de medidas cautelares, das interceptações e seqüestros, e da requisição de incidente probatório; c) um debate público, no qual as provas máximas (documentais, orais e técnicas) se formam ex-novo no *contradditorio delle parti* (Contraditório das partes) e exame cruzado, exceto os que permitam a formação de algumas delas na fase das investigações preliminares por intermédio do instrumento denominado de incidente probatório, instrumento que pode ser comparado no Brasil às medidas cautelares<sup>223</sup>.

As medidas coercitivas ou interditivas poderão ser revogadas, se não houver condições de sua aplicação (art. 273), ou conforme o que prevê as medidas cautelares mencionadas no (art. 274), ou atenuadas, se consideradas desproporcionais, ou ainda agravadas, quando substituídas por outras mais severas.

---

<sup>223</sup>JANNONE. Ângelo. *Breves indicações sobre o procedimento penal italiano*. Jus Navigandi, Terezina, acesso internet em 23 de março de 2007. O escritor foi colaborador do juiz Giovanni Falcone, responsável pela maior ação contra a máfia da Itália. É licenciado da Polícia Judiciária e Vice-Presidente de Segurança da Telecom Itália América Latina.

Medidas cautelares poderão tornar-se sem efeito face à sentença de arquivamento, ou julgada improcedente. Em se tratando de decisão condenatória, a pena nela imposta pode ser extinta ou suspensa condicionalmente. A custódia cautelar extingue-se quando sua duração for igual ou superior à pena imposta na sentença (art. 304,4).

Além dessas hipóteses, podem as medidas cautelares perder seus efeitos, caso haja esgotamento sem renovação no prazo previsto e a não realização do interrogatório previsto no (art. 294). A duração da medida cautelar dependerá não apenas da pena imponible ao delito, mas também da fase em que se encontra a persecução penal.

Executada a medida, esta perde seus efeitos nos seguintes casos: decorrido prazo de três meses para a abertura do júízo oral, prolação de sentença condenatória no júízo; para crimes cuja pena máxima não seja superior a 6 anos; para crimes com pena máxima não superior a 20 anos e 1 ano para crimes sujeitos à reclusão perpétua, ou superior a 20 anos.

Entre a decisão de abertura do júízo, ou execução da prisão, e a sentença condenatória de primeiro grau, a medida tornar-se-á sem efeito decorrido o prazo de 6 meses, para crimes cuja pena não seja superior a 6 anos, ou 1 ano, se prisão perpétua, ou superior a 6 anos.

Entre a decisão condenatória em grau de apelação (ou execução posterior da medida) e seu trânsito em julgado, deve-se observar o prazo de 6 meses para crimes com pena não superior a 6 anos, ou 1 ano, para pena superior a 6 anos ou perpétua, cessando os efeitos da custódia preventiva.

Nas hipóteses a que se refere o art. 305 (doença mental) podem ser prorrogados, chegando a 2 e 4 anos no máximo. As decisões das medidas cautelares são passíveis de recursos de revisão pelo agente ou seu defensor, se coercitiva; de apelação, pelo acusado, seu defensor ou Ministério Público, em medidas coercitivas, cujo fundamento seja a violação da lei.

Concluindo, o Código de Processo Penal italiano prevê, nos artigos 314 e 315, em relação às medidas cautelares pessoais, o direito de indenização àqueles que, em até 18 meses, a partir do pronunciamento da sentença, recorra contra a custódia cautelar ou mantida indevidamente, para a qual não tenha concorrido com dolo ou culpa grave. Para tanto, deve-se ter como fundamento a não ocorrência do fato, o não ter sido seu autor, o não constituir crime, portanto não estar previsto em

lei, podendo ainda basear-se em decisão de arquivamento ou improcedibilidade (art. 408, 411 e 425).

A análise do sistema processual italiano demonstra que a discricionariedade do julgador, a perpetuidade das penas, a fundamentação metajurídica das decisões judiciais são características fundamentais do que podemos denominar de procedimentalidade e tecnicismo inquisitorial de um Estado, cujo intuito é reprimir a criminalidade, mediante a supressão dos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos. Dessa forma não é sequer possível vislumbrarmos a constitucionalidade e legitimidade democrático-discursiva do processo penal italiano, que mais parece ser um processo de exceção e de cunho exclusivamente punitivo.

[...] Embora não seja o que verificamos na literalidade dos textos de leis, adverte Carlos Eduardo de Athayde Bueno, que a tendência existente no Estado italiano é a de restringir os notáveis poderes concedidos aos magistrados, e em especial ao Ministério Público, visando permitir a presença atuante da parte acusada, desde as primeiras investigações. Assim, o papel da prova produzida perante o magistrado readquire um papel fundamental e toda a doutrina do processo acusatório/contraditório, recebe novo influxo<sup>224</sup>.

Todavia, defendemos o posicionamento, no sentido de que somente haverá tal mitigação dos atos decisórios do juiz, se for vislumbrado os institutos do contraditório preventivo e sucessivo e da publicidade interna e externa no procedimento, quando da prisão preventiva, tema oportunamente a ser abordado.

No Brasil, predomina o princípio da proporcionalidade, quando do estudo e análise da prisão preventiva, nos quais princípios constitucionais são valorados pela sapiência e subjetivismo do magistrado, quais sejam, a privação da liberdade individual do acusado, buscando-se a proteção jurídica do interesse público e coletivo.

[...] Paulo Bonavides<sup>225</sup>, dissertando sobre o *princípio da proporcionalidade* deflagra o estudo, inicialmente, questionando o que é proporcionalidade e que importância tem ela no Direito Constitucional contemporâneo em face de seus mais recentes progressos doutrinários ?. De início, Bonavides, esclarece que faz-se mister ponderar a advertência do publicista francês Xavier Philippe de que há princípios mais fáceis de compreender do que definir. Numa acepção *ampla*, diz Bonavides citando Pierre Muller, o

---

<sup>224</sup>BUONO. Carlos Eduardo de Athayde. *A Reforma processual penal italiana – Reflexos no Brasil*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991, p. 21.

<sup>225</sup>BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros, 2004, p. 392 e 393.

princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção, entende Pierre Muller, há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre os meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

No caso da prisão preventiva, verifica-se a desproporcionalidade entre a deslegitimação do ato decisório isolado do juiz e ou vinculado aos demais agentes estatais responsáveis pela persecução penal (Delegado de Polícia, Representante do Ministério Público) e próprio juiz, atuando de *ofício*, ao decidir discricionariamente pela prisão processual do cognominado acusado, extirpando do ordenamento jurídico constitucional todos os direitos fundamentais que deveriam ser exercitados e integrados em todas as fases do procedimento.

Os direitos e garantias individuais, presentes na Constituição brasileira, são direitos de personalidade, que já foram consagrados, alcançando a categoria de princípios constitucionais<sup>226</sup>. Desse modo, não se compreende perante a teoria democrática do direito e da hermenêutica constitucional que o princípio da proporcionalidade deva prevalecer sobre outros princípios constitucionais, dentre eles, o devido processo legal, contraditório, publicidade e ampla defesa.

Na mesma linha de reflexão teórica, destaca Susana de Toledo Barros<sup>227</sup>, citando Ernesto Pedraz Penalva, esclarecendo:

[...] Há também setores da doutrina que recusam a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em sede constitucional, sob diversos argumentos. A crítica repousa, precipuamente, nas seguintes objeções:

a) A constância da utilização da proporcionalidade pode provocar uma demasiada intervenção do judiciário na esfera reservada ao legislativo, de maneira a que o juiz sub-rogue-se no papel político do

---

<sup>226</sup>REZEK NETO. Chade. *O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. Franca. Lemos e Cruz, 2004, p. 49. Não adotamos o posicionamento deste autor, tendo em vista que o mesmo defende o presente princípio no Estado Democrático de Direito, sem, entretanto, não encaminhar de forma satisfatória o que é o Estado Democrático de Direito e sua projeção para a teoria do processo. Na verdade, o autor, trabalha na esfera da dogmática analítica, portanto, muito pouco contribui com o estudo e hermenêutica constitucional direcionados as inovações da teoria do processo e da construção participada do provimento judicial no Estado Democrático de Direito.

<sup>227</sup>BARROS. Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília. Ed. Brasília jurídica, 1996, p. 201 e 202.

legislador, a quem cabe instituir a disciplina jurídica dos direitos fundamentais.

Sustenta-se nessa linha de reflexão que o problema tem como fundo a indevida transladação de uma categoria jurídica de direito administrativo para o direito constitucional, referindo-se à noção de discricionariedade;

b) A idéia de dar primazia a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a um relativismo da aplicação da lei, o que importa em séria ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade, sobre os quais repousa a própria noção de justiça. O relativismo da aplicação das normas de direitos fundamentais afetaria o próprio sistema de garantias jurídico-fundamentais concebido mediante reservas legais, podendo, ainda, desembocar em uma ampla nivelção dos direitos fundamentais.

Eis aí, a questão da ilegitimidade do magistrado, ao exercitar o princípio da proporcionalidade, sobrepondo-se aos direitos fundamentais, ao decidir discricionariamente pela prisão preventiva ao argumento subjetivo da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade. O processo penal no paradigma do Estado Democrático de Direito não deve ser manejado de forma atentatória aos direitos constitucionais do cidadão. Torna-se antidemocrático equilibrar a *proporcionalidade*, se levarmos em consideração que esse princípio é implícito no texto constitucional, ao passo que os princípios constitucionais do processo, e em especial o do devido processo legal, contraditório e publicidade, são expressos.

### **3.3. Prisão preventiva no Estado Democrático de Direito.**

#### **3.3.1. Amplo e efetivo acesso ao procedimento como fator de legitimação do provimento judicial.**

Pretende-se no decorrer deste tópico construir teoricamente bases jurídico-democráticas, no sentido de demonstrar que somente através do amplo e irrestrito acesso à jurisdição e ao procedimento penal, compreendido a participação na formação inicial do provimento judicial, que a legitimação deste provimento será valorada como atributo de pleno exercício dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais do processo, se houver plena participação do jurisdicionado.

Em pioneiro estudo, Antônio Scarance Fernandes<sup>228</sup>, escrevendo sobre teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal, remete o leitor do direito democrático a uma reflexão no sentido de que:

[...] O procedimento é posto como um “*sistema de regras e ou princípios para obtenção de um resultado*”, e assim, o direito ao procedimento constitui um direito a esse sistema de regras e/ou princípios. Esclarece, ainda, que o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade. Um sistema que assegure *eficiência*<sup>229</sup> com *garantismo*<sup>230</sup>, valores fundamentais do processo penal moderno<sup>231</sup>.

È impossível conciliar a criticidade no estudo do direito e o processo constitucional democrático, frente à dogmática analítica e ao pragmatismo que engessa qualquer tipo de reflexão científica que se pretende construir.

No atual modelo de Estado Democrático, o que se alcançou com o evoluir histórico do processo penal, não recaiu necessariamente sobre o equilíbrio desejado na condução do procedimento, quando o objeto da discussão jurídica recai

---

<sup>228</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

<sup>229</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 300: “o princípio da eficiência é um protetor da sociedade e contém dois princípios: o da busca da verdade e o da celeridade. Em outras palavras, para o autor, o sistema criminal é eficiente quando permite a apuração dos fatos criminosos de maneira célere. Não defendemos esse posicionamento de forma absoluta. Partimos da premissa que eficiência não pode ser confundida com sumarização do procedimento penal, haja vista que na vertente constitucional o processo é erigido a uma Garantia, portanto, deve-se ler o Código de Processo Penal e a legislação infraconstitucional sempre com os “olhos” voltados para a constitucionalização do procedimento e para a teoria da recepção constitucional, no sentido de verificar se a norma infraconstitucional foi ou não recepcionada pelo ordenamento Constitucional.

<sup>230</sup>O uso do vocábulo *garantismo*, no Direito penal e no Direito Processual Penal, é apresentado sob várias acepções. Luigi Ferrajoli, que se dedicou ao estudo do garantismo penal, na obra *Diritto e ragione: teoria do garantismo penale*, 4. ed., Roma/Bari, Laterza, 1997, refere a existência de três acepções do vocábulo: “*modelo normativo de direito; teoria jurídica de validez e da efetividade; filosofia política. Adotamos, no trabalho, a idéia de que o garantismo no processo penal representa a efetivação do devido processo legal, nos prismas subjetivo e objetivo: como garantias das partes, essencialmente do acusado*”.

<sup>231</sup>É o que vem acentuando Ada Pellegrini Grinover. Ao Escrever sobre os procedimentos sumários (Procedimentos sumários em matéria penal, O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 228), acentuou que não vê “*incompatibilidade entre essas duas tendências (garantismo e eficiência)*”, que destacou “*como sendo os valores fundamentais do novo processo penal latino-americano*” (Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 134, 1990). O garantismo é visto “*tanto no prisma subjetivo dos direitos públicos das partes, e, sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo de tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional*”. A eficiência, para a autora, “*se desdobra na efetividade do processo penal e na eficácia dos direitos fundamentais*”.

necessariamente sobre a liberdade física e a segurança pública. O processo penal reflete as inquietações políticas da época e do momento.

Outro não é o entendimento de José Frederico Marques<sup>232</sup>:

[...] Ao sinalizar que este código, elaborado, portanto, sob a égide e os “influxos autoritários do Estado Novo”, decididamente não é, como já não era “um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal. Continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito. O resultado de trabalho legislativo defeituoso e arcaico está na crise tremenda porque atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. A exemplo do que se fizera na Itália Fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades dos princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica.

Entretanto, é sabido que, sob o enfoque constitucional, o processo penal moderno<sup>233</sup> deve necessariamente ser estudado sob o império dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais do devido processo legal, buscando-se uma interpretação extensiva, ou seja, a máxima efetivação possível dos direitos e garantias inerentes ao processo penal. Cumprir a Constituição brasileira na estruturação e formação do provimento judicial de forma participada com o

---

<sup>232</sup>MARQUES. José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I, Campinas. Bookseller, p. 104.

<sup>233</sup>Nesta concepção, defendemos o Processo Penal Constitucional, tal qual o jurista paulista ANTONIO SCARANCA FERNANDES em sua obra denominada *Processo Penal Constitucional*. São Paulo. RT, 2000, p. 13 e 43, respectivamente no seguinte sentido: “Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais, tendo o Brasil, segundo José Afonso da Silva, sido o primeiro a introduzir em seu texto normas desse teor. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo. Nesse contexto, são fundamentais a Declaração dos Direitos Universais do Homem, produzida na Assembléia das Nações Unidas, aos 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 10 de novembro de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos adotado pela Resolução 2.200 – a XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992; a Convenção dos Direitos Humanos, também conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992”. E mais, esclarece FERNANDES, citando GIORGIO BERTI, *in procedimento, procedura, partecipazione*, n. 7, p. 800-803. “o processo não é só procedimento e contraditório; é procedimento, contraditório e participação. A idéia de contraditório não abrange a de participação, sendo esta de âmbito maior. Todavia, não participam no processo só estes sujeitos, mas também a vítima, as testemunhas, os peritos, os advogados etc”.

jurisdicionado e pelo advogado, através de suas argumentações e contra-argumentações jurídicas, devidamente procedimentalizado pelo discurso constitucional, em se tratando de prisão preventiva, é um dever que se impõe e jamais um favor a ser efetivado pelo juiz.

O Estado, através de seus agentes públicos, tem como finalidade principal operacionalizar a jurisdição sem a participação daquele que sofrerá os efeitos da norma. Esta conduta por parte dos agentes encarregados da persecução penal não se mostra compatível com os direitos e garantias fundamentais, porque, conforme exaustivamente defendido neste trabalho, os direitos e garantias fundamentais estão materializados no texto constitucional de 1988, e foram concebidos pela função constituinte originária, dando por certo que a sua efetivação independe de qualquer norma, bastando cumpri-las.

Lado outro, se não há efetivação desses direitos (princípios constitucionais do processo na prisão preventiva), por parte do aplicador da lei, é porque, a discricionariedade a ele conferida pelo Estado é resultado do disparate da própria fonte de produção da norma e da insistência em não querer compreender o direito democrático constitucionalizado pela procedimentalidade regente pelos princípios constitucionais do processo penal moderno. É aplicar de forma inadequada o princípio da proporcionalidade no Estado Democrático, onde esse princípio torna-se superior, sobrepondo-se aos demais princípios constitucionais. É o retorno à inquisitorialidade do processo penal.

É necessário que o direito ao procedimento processual penal seja um direito a um sistema de princípios, permitindo a atuação eficaz dos sujeitos participantes, assegurando-se a plena efetivação das garantias fundamentais constitucionais do devido processo penal, até mesmo como fator de legitimação do provimento judicial.

[...] Segundo Antônio Scarance Fernandes, o direito a um sistema de regras e princípios que conjuguem eficiência e garantia não representa direito a um procedimento certo, determinado, delineado, com todos os seus atos e fases, em seqüência predeterminada, mas o direito a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo penal. Dito de outro modo, para legitimar o provimento jurisdicional final, como etapa transformadora e adequada para o modelo de processo penal no Estado Democrático de Direito<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43.

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>235</sup>, [...] há uma atividade de manufatura arbitrária do direito, em outras palavras, fabricando direitos à margem do ordenamento jurídico vigente.

Importante esclarecer, nesse contexto, que o enunciado paradigma, na concepção de Antônio Scarance Fernandes<sup>236</sup> significa “*modelo, exemplo, padrão*”. No direito, tem sido usada como expressão do “conceito científico” sobre “teorias, modelos, métodos de compreensão do mundo”. Aqui, usa-se a expressão *paradigmas procedimentais* para representar algumas diretrizes extraídas de princípios constitucionais, e que devem ser levadas em conta pelo legislador na criação de procedimentos processuais penais<sup>237</sup>. Jamais, como decisão de inimaginável justiça e clamor público interpretados pelo juiz, acostumado com a pseudo-discrecionalidade que entende possuir, ao criar direitos à margem do direito constitucional, suprimindo direitos fundamentais.

Oportuna a lição de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira<sup>238</sup>, vez que de antemão questiona: Afinal de contas o que é um paradigma? E ainda mais precisamente, o que é, e quais são os paradigmas constitucionais? Em que eles afetam a questão da interpretação em geral e da interpretação constitucional em particular?

Esclarece Cattoni<sup>239</sup> que de início, portanto, cabe-nos introduzir a noção de paradigma e o seu emprego na Teoria Geral do Direito e no Direito Constitucional:

[...] O conceito de paradigma [...], vem da filosofia da ciência de Thomas Kuhn. Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a

---

<sup>235</sup>BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Dey Rey, 2004, p. 139.

<sup>236</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

<sup>237</sup>“A expressão *paradigma procedimental* vem sendo utilizada pela doutrina, como se extrai do estudo de José Eduardo Elias Romão, *A mediação como procedimento...* p. 25-49. “*No texto, parte-se da idéia geral da doutrina de que o procedimento constitui paradigma do Estado Democrático de Direito, para se verificar algumas diretrizes que dão conformidade a esse paradigma*”. Nesse sentido FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

<sup>238</sup>CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28.

<sup>239</sup>CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29.

comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo.

[...] Por decorrência dos princípios da igualdade e do contraditório exige-se que as normas procedimentais garantam a ambas as partes tratamento isonômico e lhes assegurem a ciência dos atos da parte contrária e a oportunidade de contrariá-los. Ao levar em conta o contraditório, no encadeamento dos atos procedimentais, a defesa deve ser posta sempre em condições de reagir à acusação, atuando depois dela<sup>240</sup>, entendimento esse de Antônio Scarance Fernandes.

Todavia, defendemos a posição no sentido de que o advogado deverá atuar não só após a manifestação do Ministério Público, mas em toda a preparação do provimento judicial, principalmente quando se tratar de prisão preventiva, onde a restrição da liberdade pessoal do jurisdicionado está em debate jurídico. Se levado em consideração o direito democrático, a hermenêutica constitucional e a principiologia constitucional, que deve permear toda a sistematização e procedimentalidade processual penal, não há nenhuma condicionante nesse sentido na Constituição brasileira.

Perfilhamos o entendimento de que a estrutura normativa constitucional não condiciona em momento algum a participação do advogado após o Ministério Público. Ao contrário, estão ambos, advogados e representantes do Ministério Público, no mesmo plano constitucional em relação à função jurisdicional do Estado.

[...] Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto<sup>241</sup>, porque a democracia representa a garantia maior, uma vez que no Estado Democrático o direito impõe limitações legítimas ao exercício do poder, através da Constituição.

---

<sup>240</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

<sup>241</sup>CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

Pode-se, como esclarece Antônio Scarance Fernandes<sup>242</sup>, resgatar as seguintes diretrizes paradigmáticas para a estruturação de um procedimento processual penal justo, em primeiro grau de jurisdição, eficiente e afinado com as garantias do devido processo penal:

- a) o ato inicial do procedimento deve consubstanciar a acusação oferecida por sujeito distinto do juiz, incumbindo-lhe delimitar o fato que constitui o objeto do processo e do julgamento;
- b) os atos do procedimento devem ser desenvolvidos de modo a proporcionar a atuação imparcial do juiz e a participação contraditória e igualitária das partes; na ordem procedimental, devem ser proporcionados à defesa meios eficazes para reagir à acusação formulada e aos atos praticados pelo órgão acusatório;
- c) durante o procedimento, devem ser reservadas fases especiais para que a acusação e a defesa possam provar suas alegações; o julgamento só pode ser proferido após a produção de prova pelas partes e depois que essas tenham se manifestado a respeito da prova realizada.

Segundo Antônio Scarance Fernandes<sup>243</sup>, no Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América, há previsão do procedimento comum constituído de três fases: preparatória, intermediária e julgamento. Entretanto, nada de concreto ainda temos no sentido de maiores esclarecimentos teóricos para aferir-se sobre esse modelo, que se um dia adotado, perpassará, ou não, pela condicionante principiológica constitucional. Vejamos:

[...] Em relação à extensão do procedimento, têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento. Esse direito, contudo, só pode ser entendido e compreendido em face da função que cada ato ou fase exerce dentro da unidade procedimental, tendo em conta o resultado a ser obtido. Nessa ótica, a falta de um ato ou fase ocasionará nulidade do processo se o vício repercutir no todo procedimental de modo a prejudicar direito ou garantia essencial do processo justo.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

<sup>243</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48 e 49.

<sup>244</sup>FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

Adotamos processo formado a partir de uma procedimentalização compartilhada, haja vista que o enunciado *justo* é um conceito jurídico aberto e propenso à concepção instrumentalista inquisitorial de processo, onde a figura mítica do Estado continuaria a ser palco de decisões isoladas e discricionárias.

Nesta diretriz, o processo penal moderno terá o condão de ser conduzido em isonomia pelas partes, desde a preparação inicial do procedimento até a finalização dos atos procedimentais, sem surpreender o acusado com decisões de prisões unilateralmente determinadas discricionariamente pelo magistrado sob o argumento de proteção do interesse público e coletivo, face à supressão dos direitos fundamentais do acusado, cujo modelo desde a promulgação da Constituição brasileira, não se mostra apto e legítimo com os novos rumos do processo penal e do direito de participar no procedimento penal de forma antecipada, intermediária e final, construindo em isonomia o provimento judicial. Constitui direito do jurisdicionado de participar de todos os atos procedimentais, levando-se em consideração que, por imperativo processual penal (art. 792 CPP<sup>245</sup>), todos os atos processuais são públicos, devendo sê-lo também a prisão preventiva e em atendimento ao comando constitucional previsto no art. 37 da CR/88, qual seja, o princípio da publicidade constitucional<sup>246</sup>.

Na estrutura da Constituição brasileira (artigo 5º, inciso XXXIV “a”<sup>247</sup>) é expresso o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos, ilegalidade ou abuso de poder. Este direito poderá ser exercido de forma antecipada na preparação do provimento judicial, no qual o Estado deverá necessariamente manifestar-se perante o jurisdicionado, informando-lhe (art. 37 CR – *princípio da publicidade*<sup>248</sup>) sobre a necessidade ou não da prisão preventiva. Não se justifica o

---

<sup>245</sup>O artigo 792 do Código de Processo Penal contém o seguinte comando: “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”.

<sup>246</sup> Nesse sentido Lopes Meirelles, em sua obra clássica *Direito Administrativo*. São Paulo, RT, p. 81 esclarece: “a publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos, que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante terceiros”.

<sup>247</sup> Menciona o artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição brasileira: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

<sup>248</sup> Em sua dissertação de mestrado realizado junto à PUC Minas, Elpídio Donizete Nunes, à pagina 92 diz: “Regra tradicionalmente existente em nosso Direito, a publicidade dos atos processuais foi fixada pela Constituição da República. O art. 5º, inciso LX, diz: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” Ainda o art.

argumento jurídico de que, se o provimento judicial for construído participadamente pelo jurisdicionado, a prisão preventiva não terá efetividade, uma vez que esse não é o fundamento constitucional e principiológico, se adotada a teoria democrática do direito.

A negativa jurisdicional, entendido como a não acessibilidade à jurisdição e a negativa de exercício dos princípios constitucionais do processo penal, portanto, questão principal a ser manejada ante a violação por parte do Estado em não atender e efetivar os direitos fundamentais estruturantes do processo penal, resultam em nulidade absoluta do provimento judicial, porque a sua inobservância e inefetividade deslegitimam democraticamente a decisão judicial, enquanto ato procedimental isolado do magistrado, visto que os princípios se vinculam na estruturação preparatória do provimento judicial, sendo, portanto, inseparáveis. Esta é a hermenêutica constitucional.

O direito ao procedimento penal de forma democrática e equilibrada, até mesmo para que o provimento judicial torne-se legítimo, implica necessariamente a efetividade de normas constitucionais como conteúdo obrigatório, desde que o jurisdicionado participe da formação desse provimento, tendo em vista que os efeitos da norma incidirão sobre sua liberdade física, sendo esta um atributo constitucional.

O direito ao procedimento como fator de legitimação dar-se-ia com a participação antecipada do jurisdicionado, através do advogado e do órgão do Ministério Público, na formação do procedimento penal em simétrica paridade. O juiz jamais poderia de ofício produzir o provimento judicial (decisão isolada da prisão preventiva), mas sempre com a convocação dos sujeitos participantes no procedimento, ou seja, cumprindo a Constituição e suas diretrizes enquanto norma constitucional de eficácia plena e de aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º da

---

93 repete: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...”. Por ser o direito processual pertencente à seara do direito público, não pode ser a prestação jurisdicional secreta, ressalvadas raras exceções, como as ações que correm em segredo de justiça. Mediante análise razoável, percebe-se que a privacidade das partes é protegida contra o malefício que adviria da publicidade. No processo, além do interesse privado perseguido pelas partes, há um outro interesse concomitante, que vem ser o interesse público. A ampla defesa objetiva coloca as partes e possíveis terceiros interessados no litígio em nível de igualdade (isonomia), daí a indispensabilidade da ciência dos atos processuais”. Obviamente, que a publicidade interna e externa que ora se defende no presente trabalho perpassa a condicionante frágil do que o autor, denominou de “interesse privado e interesse público”. A mensagem do autor não se afina com o direito democrático e a principiologia constitucional e em especial com os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, amplamente discutidos na presente tese.*

CR/88<sup>249</sup>), ou seja, operando-se a argumentação e a contra-argumentação jurídica no procedimento discursivo, acatando e integralizando ao provimento as alegações das partes.

É nesta perspectiva que o processo penal e o direito ao procedimento devem trilhar como fator de legitimação dos interesses do jurisdicionado e do Estado Democrático que se quer ver implantado, pautado pela constitucionalização do processo e pelo respeito aos direitos fundamentais, princípios constitucionais processuais penais, e não pela sapiência inata do juiz. Ou, dito de outro modo, como pretende Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira<sup>250</sup>:

[...] Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o *paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto*.

### **3.4. Atuação do advogado no Estado Democrático de Direito e a Jurisdição compartilhada como etapa para legitimação.**

Eduardo J. Couture<sup>251</sup>, quando de sua intervenção teórica sobre a *jurisdição*, em (1958), estabelecia que a palavra jurisdição aparecia em linguagem jurídica com distintos significados. Muitas das dificuldades que a doutrina não podia superar provinham dessa circunstância. No direito dos países latino americanos esse vocábulo tem pelo menos, quatro acepções:

[...] Como âmbito territorial; como sinônimo de competência; como conjunto de poderes ou autoridade de certos órgãos do poder público; e em seu sentido preciso e técnico de função pública de fazer justiça. Para Couture<sup>252</sup>, citando Alcalá Zamora y Castilho:

---

<sup>249</sup>O artigo 5º parágrafo 1º da Constituição brasileira estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>250</sup>OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

<sup>251</sup>COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma Ediciones, 1974, p.27/30.

<sup>252</sup>COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3ª edição. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 45.

[...] O processo tinha como finalidade, fazer cessar o conflito, mediante um debate preordenado, por ato de autoridade. E destacava que, o Direito, em todas as suas formas – dizíamos – é objeto de interpretação. Os diversos intérpretes possíveis são os seus sujeitos. O legislador, o juiz e o professor são três dos mais qualificados intérpretes da lei<sup>253</sup>.

O enunciado que se pretende desmistificar, no presente tópico, recai necessariamente sobre o que o processualista Eduardo J. Couture<sup>254</sup> denominou de *função pública de fazer justiça*, porque, hodiernamente, incompatível com o atual modelo de Estado e com a nova concepção da teoria do processo, enquanto atributo (garantia) constitucional em sentido amplo e irrestrito.

O processo, segundo Carlos Henrique Soares<sup>255</sup>:

[...] Em face da teoria constitucional, e que foi adotado pela Constituição brasileira de 1988, deve ser entendido como garantia para os litigantes de um amplo espaço discursivo, não sendo mais o ato decisório uma oportunidade do juiz realizar justiça ou tomar o direito eficiente e prestante, mas sim, o instante de uma decisão a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo processo constitucionalizado. Neste sentido, é o advogado o responsável pelo reconhecimento das partes como autores e destinatários da decisão jurisdicional, e que somente por um *médium* lingüístico de uma teoria processual instituinte dos critérios do proceder e do fazer é que se poderia cogitar de um direito, cuja produção e aplicação se mostrassem democrática pela igualdade de oportunidade a todos de um estar discursivo no recinto (estrutura procedimental) da relação espaço-temporal de questionamento de legitimidade dos conteúdos da legalidade. É o advogado, o garantidor do contraditório e da ampla defesa, e que se o juiz, no ato da realização de sua função jurisdicional emana decisão sem a observância desses princípios, talvez possa haver justiça na decisão, mas não será justo o juiz. Nesse sentido, qualquer decisão que não leve em consideração o efetivo contraditório entre as partes, diante do paradigma do Estado Democrático, é uma decisão manifestamente nula.

Nas lições de José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>256</sup>, a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento da supremacia da Constituição sobre normas

---

<sup>253</sup>COUTURE. Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. 4ª edição. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 21.

<sup>254</sup>COUTURE. Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>255</sup>SOARES. Carlos Henrique. *O advogado e o Processo Constitucional*. Belo Horizonte. Ed. Decálogo, 2004. p. 68, 72 e 73.

<sup>256</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89.

processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias.

Na atuação do advogado, os princípios constitucionais do processo devem estar presentes de forma concreta a legitimar não só o ato praticado por ele, mas necessariamente para integrar o provimento judicial, seja ele inicial, intermediário ou final. Não se deve esquecer da proposta constitucional com a moderna concepção da teoria democrática do processo e do Estado atual, tal qual apontamento inserido no art. 1º da CR/88<sup>257</sup> e esquecido desde 1988, quando da edição do Texto Constitucional.

Pelo discurso democrático depreende-se que os provimentos jurisdicionais só adquirirão legitimidade quando submetidos a real participação do jurisdicionado na sua elaboração. Esta proposta teórica não se concretizará por intermédio de juízes, acostumados com a pseudo-discrecionalidade vigente no ordenamento jurídico. Não se deve inviabilizar a operacionalização da discursividade jurídico-democrática pelo procedimento realizado em contraditório e em simétrica paridade, tendo em vista que os agentes estatais não compreendem o direito democrático, ou não querem efetivá-lo.

A teoria do discurso somente poderá ser levada a efeito, se houver participação do jurisdicionado na edição dos provimentos judiciais, com a atuação do advogado, durante a formação do procedimento, e não como ato isolado e unilateral do juiz.

[...] O *arbítrio judicial*, na concepção de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, configura a um só tempo, a tirania da vontade única do juiz calcada em subjetividades ou critérios pessoais, o capricho despótico e ilegal do agente público decisor, a atividade discricionária do órgão jurisdicional, o excesso ou abuso de poder no ato estatal de julgar. À evidência, são situações incompatíveis com o princípio da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito. Ademais, sob tal ótica, onde houver *arbítrio*, este jamais poderá ser *prudente ou moderado*, aflorando da expressão sob exame idéias lógicas e juridicamente antitéticas, sendo certo que os três inimigos figadais do arbítrio judicial são o princípio da reserva legal, o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup>A Constituição brasileira, no artigo 1º menciona: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”.

<sup>258</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *A Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 140.

A Democracia existe. Para a efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais do processo penal, deve o Judiciário, como integrante da administração pública, fazer-se público, em atendimento ao comando expresso do artigo 37 da CR/88<sup>259</sup>, ao determinar que os atos da administração pública manifestem-se de forma pública. A participação do advogado na construção do provimento judicial não deve ser suprimida. Na realidade, o advogado, além de técnico do direito, é o principal protagonista na defesa da aplicação da cláusula do devido processo legal, devendo se insurgir, através dos recursos próprios contra quaisquer violações dos direitos inerentes ao princípio<sup>260</sup>.

A incerteza e não atuação do advogado no procedimento penal implica em dupla negativa: A primeira em negar o acesso do jurisdicionado à jurisdição e ao procedimento penal, e a segunda, em negar a efetivação dos direitos fundamentais acertados na Constituição brasileira, com conteúdo e aplicação imediata<sup>261</sup>, por tratar-se de norma constitucional de eficácia plena, como já amplamente noticiado no curso do presente trabalho.

A dialética do discurso procedimental deveria ser constante entre todos os participantes que pretendem construir o provimento judicial, no sentido de verificar se a liberdade física (garantia constitucional) deve ser tolhida pela prisão preventiva, como vem sendo operacionalizada desde 1942, data em que foi editado o Código de Processo Penal, revelando nítido comprometimento com o inquisitorialismo tecnicista anti-democrático, operando-se a supressão dos direitos fundamentais.

---

<sup>259</sup>CR/88: Significa Constituição da República. O artigo 37 estabelece: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”. Igualmente relevante é o princípio da publicidade, que se dirige a toda a Administração Pública (art. 37) e também à administração da justiça penal. Decorrência da democracia e do sistema acusatório, o princípio processual da publicidade encontra guarida no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, que declara: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. A publicidade surge como uma garantia individual determinando que os processos civis e penais sejam, em regra, públicos, para evitar abusos dos órgãos julgadores, limitar formas opressivas de atuação da justiça criminal e facilitar o controle social sobre o Judiciário e o Ministério Público. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça, determina o art. 8º, parágrafo 5º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição brasileira, encontramos a seguinte mensagem constitucional: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>260</sup>SILVEIRA. Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 287.

<sup>261</sup>A Constituição brasileira, em seu parágrafo primeiro constante do artigo 5º, estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

### **3.5. Efetividade do processo penal constitucional e a participação do jurisdicionado em simétrica paridade na construção do provimento judicial.**

A efetividade do processo é um conceito intrinsecamente interligado com a segurança jurídica. Ao contrário do entendimento tradicional de que a segurança jurídica caracteriza-se pela imutabilidade e indiscutibilidade de decisões judiciais transitadas em julgado. No Estado Democrático de Direito a segurança jurídica dos provimentos jurisdicionais pode ser entendida como a abertura das vias de participação, controle e fiscalidade dos provimentos pelos seus reais destinatários, para que assim possamos garantir a sua construção legítima.

Pragmaticamente, no sistema jurídico brasileiro, a decisão da prisão preventiva é o exemplo clássico do decisionismo arbitrário e inquisitorialista, bem como do procedimentalismo tecnicista de supressão do direito fundamental de liberdade do acusado, a partir de fundamentações metajurídicas impostas pelo julgador.

Dessa forma, sabe-se que a efetividade do processo não deveria sobrepor-se às conquistas constitucionais e aos princípios constitucionais do processo no atual paradigma estatal. Muitos criticam o enunciado *efetividade*, por entendê-lo como fonte da instrumentalidade do processo. Assim, não pensamos, pelo contrário, defendemos a efetividade do processo, desde que as garantias inerentes a ele sejam exercitadas em simétrica paridade e não como técnica de sumarização do processo.

A realidade caminha em lados opostos. De um lado, o Estado proclama a sumarização do processo e a segurança pública<sup>262</sup>, prevalecendo-se a supremacia do interesse público estatal sobre o interesse privado. Sob outro prisma, os processualistas constitucionalistas, comprometidos com o estudo do direito, numa vertente epistemológica e na teoria do discurso procedimental aberto à participação pelo jurisdicionado, tem como objetivo revisitar o direito, visto que ainda impera, sob o prisma do direito positivado, resistência às novas teorias do processo e da hermenêutica constitucional. A revisitação deve ser feita com escopo nos ideais

---

<sup>262</sup>O artigo 144 da Constituição brasileira estabelece: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)”. Até mesmo no texto constitucional localiza-se conceitos metajurídicos, a exemplo da palavra *ordem pública*, noticiando o interesse público sobre o interesse privado.

democráticos e jamais na visão analítico-dogmática que aniquila os direitos fundamentais.

Por que Processo penal constitucional? Esta indagação tem como premissa nortear o presente trabalho com o objetivo de agregar não só valores de ordem constitucional, mas, principalmente, sugerirmos a revisitação da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a garantia do devido processo legal é a consequência de uma construção histórica que se consolidou através de anos de barbáries e atrocidades mantidas pelo Estado contra o povo e pelo povo contra o povo.

Muito pouco se tem dissertado sobre o direito processual penal, voltado à nova concepção da teoria democrática, principalmente com o pós-guerra e o movimento pela constitucionalização do processo. No Brasil com o advento da Constituição de 1988, o direito processual penal ainda continua sendo operacionalizado como escudo protetor do Estado, resultado de dogmas jurídicos ditatoriais. O processo penal ainda vigente é palco de decisões judiciais sem conotação ou expressão constitucional.

Optou-se por denominar processo penal constitucional, em razão da atual Constituição estabelecer, de forma cristalina, no contexto normativo dos seus setenta e oito incisos, a maior parte deles ao processo penal, ou seja, podemos dizer que o processo penal é um processo principiológico constitucional. Embora se tenha previsão constitucional neste sentido, a realidade, entretanto, tem demonstrado outros horizontes em total desarmonia com o Estado atual, resultante dos impactos e intervenções teóricas que estruturam o processo como *garantia* e não como instrumento isolado de solução de conflitos nas mãos da sapiência desmedida e discricionária do magistrado.

O processo penal não deve ser erigido como estrutura de tutela do Estado, mas atributo de garantia dos direitos fundamentais do jurisdicionado em face dos abusos praticados pelo Estado. Por essa e inúmeras razões esposadas ao longo desse trabalho é de afirmar-se que o processo penal deve ser estudado com fundamento e hermenêutica constitucional, construído de forma racional, lógica, fundamentada e revestida de cunho estritamente constitucional democrático. Em que consiste, então, o processo constitucional?. Segundo Mário Lúcio Quintão Soares:

[...] Trata-se de ramo do Direito Constitucional que estuda os mecanismos processuais, visando promover a eficácia das normas e princípios constitucionais, mediante a jurisdição constitucional e/ou processo constitucional inseridos no Estado Democrático de Direito. Metodologicamente, tal análise exige a compreensão teórica das normas e princípios constitucionais que fixam as bases da organização jurisdicional e de suas diversas manifestações<sup>263</sup>.

Apoiando-nos no texto constitucional, identificamos o processo como *Garantia* – Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e, na evolução do Direito processual penal, a oferta de Luigi Ferrajoli, citado por José Jairo Baluta<sup>264</sup>, para quem:

[...] O desenvolvimento de um processo de modo respeitoso dos direitos fundamentais, encontra-se intimamente ligado com a busca da verdade acerca de uma hipótese delitiva, a qual impõe-se – diante de um Estado de Direito – como indispensável requisito a dar guarida à dignidade humana, constituindo-se – na ótica do precursor da teoria do garantismo – em verdadeiro princípio garantista a salvaguardar os direitos humanos que aparecem - particularmente no processo penal – altamente comprometido diante das conseqüências danosas que lhes pode acarretar.

Não se tem a pretensão de trabalhar o historicismo, mas apenas e tão somente informar ao leitor que o enunciado proposto, *garantismo*, tem como escopo a efetividade constitucional dos direitos concernentes ao processo legal.

A essência da participação em simétrica paridade, implica necessariamente em estabelecer, entre as partes, sujeitos do procedimento penal, advogado e Ministério Público, as mesmas oportunidades em se manifestar antes, durante e pós-procedimento. Assim como ocorre no direito processual civil – artigo 125, I, do CPC<sup>265</sup>, deveria o juiz, no processo penal – artigo 251, do CPP, assegurar as partes igualdade de tratamento<sup>266</sup> na construção do provimento jurisdicional como condição de legitimação.

---

<sup>263</sup>SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Jurisdição Constitucional e Direita Fundamentais*. Coordenação: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 405.

<sup>264</sup>BALUTA. José Jairo. *O Processo Penal*. In: *À Luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 132

<sup>265</sup>O artigo 125, inciso I do Código de processo civil estabelece: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: assegurar às partes, igualdade de tratamento”.

<sup>266</sup>O artigo 251 do Código de processo penal estabelece: “Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”. Atente o leitor que no mesmo comando processual penal, é dever do juiz prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos. No caso da prisão preventiva, ele, o juiz, de ofício desrespeita o artigo de lei em análise, se levado em consideração o teor do artigo 311 do mesmo código, cuja redação se transcreve novamente: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade

Sem a presença do advogado na preparação do provimento inicial, interlocutório ou final, não há legitimidade da decisão, porque o suporte constitucional (art.133 da CR/88<sup>267</sup>) fica relegado a um segundo plano e não se operacionaliza o Direito democrático, de modo que todo provimento jurisdicional deveria ser construído participadamente com o advogado.

A participação do advogado, neste contexto, é fundamental para o exercício do princípio constitucional do contraditório, ampla defesa, devido processo legal em simétrica paridade com o órgão do Ministério Público. Ambos integram a função essencial à jurisdição. A inobservância, ou seja, a não participação, resulta em ilegalidade e supressão dos direitos fundamentais informadores do devido processo legal, porquanto deslegitima a ação estatal do juiz e de seus agentes na persecução penal, tendo em vista que criam direitos com o objetivo de segregar o cidadão e levá-lo ao sistema prisional estatal, de forma antecipada, ou seja, via prisão processual denominada prisão preventiva.

No Direito processual penal, igualdade e liberdade estão vinculados, pois a igualdade existe para proteger a liberdade. A igualdade, independentemente de ser direito do homem, é regra. A igualdade resulta na efetiva paridade de armas na preparação do procedimento e na construção do provimento jurisdicional, nos quais os direitos fundamentais, aqui entendidos os princípios constitucionais específicos do processo penal deveriam ser concretizados, porque, vinculados aos princípios da unidade e supremacia da Constituição. Não há hierarquia entre direitos fundamentais. O discurso jurídico, como já mencionado neste trabalho, do interesse público estatal preponderar sobre o interesse privado, não deveria sobrepor-se aos direitos fundamentais, porque a liberdade é uma garantia constitucional e o processo, o legítimo mecanismo para decidir-se sobre o provimento jurisdicional quanto à prisão preventiva.

---

*policial*". Toda essa estrutura procedimental se passa entre os agentes estatais, em total dissonância com a principiologia do processo, revelando a sapiência inata do juiz, a pseudo-discrecionalidade e o seu sendo de justiça. Toda essa estrutura deslegitima o provimento judicial em se tratando de prisão preventiva, se adotado o direito democrático com ampla participação, nela envolvendo-se a argumentação e contra-argumentação pelo discurso procedimentalizado em simétrica paridade, e desde que os conteúdos jurídicos dos sujeitos participantes no processo sejam efetivamente incorporados ao provimento judicial, durante a sua formação e conclusão, respeitando-se sempre o princípio da publicidade interna e externa, os direitos fundamentais e os princípios do processo, em especial a do devido processo legal, ampla defesa, contraditório preventivo e sucessivo.

<sup>267</sup>O artigo 133 da Constituição brasileira, prescreve: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Importante ressaltar, que a igualdade que discorremos aqui é o que denominamos de isonomia processual, de tratamento igual aos jurisdicionados e às partes interessadas na construção do provimento, não se justificando a inviabilidade do acusado de exercer o contraditório e a ampla defesa, no âmbito do devido processo legal, quando estivermos diante da decisão de prisão preventiva.

A simétrica paridade na construção do procedimento penal, à semelhança do que se verifica no procedimento civil, será uma construção compartilhada numa vertente inicial, interlocutória e final do provimento, visando-se delimitar a atuação estatal e coibir os abusos perpetrados pelos agentes que representam o Estado.

O que se pretende demonstrar, é que na Democracia não podemos entender o Estado como um ente que se encontra em posição hierarquicamente superior aos cognominados súditos, até porque, no Estado Democrático de Direito, a isonomia processual é o parâmetro para o entendimento de que tal hierarquia inexistente e em decorrência disso, viabiliza-se a instauração do discurso legitimador dos provimentos, através do qual os seus destinatários encontram-se na mesma posição e *status* jurídico que o próprio Estado. Desta forma, sabe-se que a compreensão da efetividade do processo constitucional e democrático perpassa pelo entendimento crítico das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais.

A construção participada do provimento judicial, requer dos estudiosos da teoria democrática, a compreensão do atual modelo de Estado, da hermenêutica constitucional e do processo penal constitucionalizado na perspectiva democrática.

Não será redesenhando conceitos e teorias jurídicas, que o direito processual penal será valorado como mecanismo apto a coibir abusos ou ilegalidades por parte do Estado. Ao contrário, somente a partir da compreensão do que são direitos fundamentais, e do direito ao procedimento penal e consequente constitucionalização do processo, é que esse novo modelo de direito processual penal estará apto a reger os impasses, cujo parâmetro será a Constituição, para delimitar a própria ação dos agentes estatais encarregados da persecução penal.

Em recentíssimo e inédito julgamento, cujo acórdão, na íntegra, encontra-se colacionado no presente trabalho como anexo, acórdão<sup>268</sup> esse do Superior Tribunal de Justiça, de suposto crime ocorrido no interior de São Paulo, a Desembargadora

---

<sup>268</sup>Registramos apenas o Relatório do acórdão n. 89.765-SP (2007/0206612-6) do Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento ocorreu no dia 26 de Fevereiro do ano em curso, ou seja, 2008. O acórdão na íntegra está inserido no presente trabalho como anexo.

Jane Silva, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, convocada para atuar junto àquela Corte, esclarece:

[...] Trata-se de *habeas corpus* interposto contra acórdão prolatado pela 11ª Câmara do 6º Grupo da Secção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem, em *writ* ajuizado visando anular decisão que recebeu a denúncia alegadamente inepta e sem a devida análise e fundamentação das preliminares suscitadas na defesa preliminar. Alegam os requerentes que a denúncia foi recebida sem rechaçar as preliminares argüidas em defesa preliminar, mesmo em se tratando de procedimento especial no qual se impõe a fundamentação. Sustentaram inexistir justa causa para a ação penal, uma vez que a denúncia é inepta materialmente, por inexistir nos autos fato ou mera acusação que corrobore a imputação e, também, formalmente, porque não individualizou a conduta supostamente delitiva descrita pelo paciente. Aduzem que o hipotético suspeito é delegado de polícia há mais de 15 anos, e que, também, é vereador da Câmara Municipal de São José dos Campos, local onde cumpre o sexto mandato, não tendo, além do presente caso, sido submetido a qualquer investigação. A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Carlos Fernando Mathias, fl.369/370. As informações foram prestadas pela autoridade apontada coatora, fl. 372/374. A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, fl. 406/412. Os autos me foram atribuídos, fl. 414. É o relatório. Em mesa para julgamento”. Na certidão verificar-se-á: “(...) a turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

No caso em análise, no voto da Ministra Relatora, ponderou-se, durante a discursiva argumentação jurídica que:

[...] O processo penal hodierno, permeado pela principiologia constitucional por meio das garantias atinentes ao devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, o direito à advogado, o duplo de jurisdição e a possibilidade de ver fundamentada todas as decisões dos órgãos do Judiciário, garante a participação efetiva das partes na construção das decisões jurisdicionais. São elas que sofrerão os efeitos da decisão, que terão seu universo de direitos afetados, logo, é razoável que numa Democracia de Direito, as partes participem ativamente da construção do ato estatal que lhes será imposto’. (Cf. BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004). “Posto isto, concedo a ordem para anular o processo desde a decisão que recebeu a denúncia, para que outra seja prolatada conforme o procedimento da Lei 11.343/2006. Julgo prejudicado o pedido atinente à inépcia da denúncia. Os efeitos desse julgado não podem ser estendidos aos co-réus, haja vista que a defesa preliminar inobservada referia-se apenas ao paciente. É como voto.

Ao que se verifica, a discricionariedade dos magistrados da Corte Paulista, ante a inovação constitucional processual, pautada pela efetividade dos direitos fundamentais e, nesse contexto, a estruturação do procedimento penal, afeto ao caso em análise, foram prejudicados, porque suprimiu frontalmente o direito democrático.

Em oferta teórica e a título de complementação, colacionamos a mensagem de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, no sentido de que:

[...] Não é somente a obediência ao princípio da reserva da lei que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a conseqüente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adicione-se a esse desiderato a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser olvidada. Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável *disciplina constitucional principiológica* (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura *normativa metodológica* (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo. Conclui o autor, dizendo que toda decisão jurisdicional que estiver totalmente desvinculada do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, hostilizando por completo o princípio da reserva legal, além de não se legitimar constitucionalmente, poderá configurar ato ilícito, passível de acarretar a responsabilidade do agente público decisor que a tiver proferido (Lei Complementar n. 35, de 14.3.79), que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 49<sup>269</sup>), desde que tenha causado prejuízos às partes<sup>270</sup>.

Segundo Carlos Henrique Soares, nessa perspectiva, o conceito de *parte* ganha novos contornos no paradigma democrático. *Parte* se constitui de pessoa legitimada pela lei a atuar a lei. A *parte* é que vai operacionalizar o processo constitucional, que é o arcabouço fundamental de implantação do devido processo constitucional, que se constitui na garantia de realização desses procedimentos nos planos do direito constituído, mediante instalação do contraditório, observância de defesa plena, isonomia e direito ao advogado<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup>A LC (Lei Complementar) n. 35/79, em seu artigo 49 dispõe: “Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único: “Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dias)”.

<sup>270</sup>BRÊTAS. C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 145.

<sup>271</sup>SOARES. Carlos Henrique. *O Advogado e o Processo Constitucional*. Belo Horizonte. Decálogo, 2004, p. 172.

Somente a partir do entendimento amplo do direito democrático, da responsabilidade dos agentes estatais investidos na jurisdição, poderá o leitor entender o processo penal moderno e sua construção participada, a exemplo do noticiado no acórdão, ora referenciado no presente trabalho e na íntegra como anexo ao final desta tese.

[...] Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>272</sup>, as garantias constitucionais do processo, alcançam todos os participantes do mesmo. Diz ainda, citando Serio Galeotti, que o processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os tornam efetivos e exeqüíveis. Novamente, porém desta feita citando Héctor Fix-Zamudio<sup>273</sup> explica que para a instrumentalização dos pressupostos inerentes ao dualismo Constituição e Processo, destacam-se os direitos de ação e os direitos de defesa. Para efetivação dos mesmos reconhecem-se a igualdade processual das partes e as formalidades essenciais do procedimento (notificações, publicidade, oralidade, oportunidade probatória e saneamento processual). Em irreparável oferta teórica, diz que outra regra técnica é a que se refere ao princípio da paridade dos litigantes. A paridade visa propiciar a projeção endoprocessual do princípio constitucional da igualdade formal. A concessão objetivística da igualdade é traduzida na obrigação do legislador subconstitucional de situar as partes no processo em posição paritária, assegurando situações simetricamente iguais. Nessa percepção, encontramos lapidar oferta teórica apontando que o princípio da igualdade de armas constitui, tal como o do contraditório, manifestação do princípio mais geral da igualdade das partes, que implica a paridade simétrica das suas posições perante o tribunal. No que particularmente lhe respeita, impõe o *equilíbrio* entre as partes ao longo de todo o processo, na perspectiva dos meios processuais de que dispõem para apresentar e fazer vingar as respectivas teses<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional. Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 12,14 e 17.

<sup>273</sup>“Estos principios constitucionales de carácter procesal pueden perfeccionarse de manera paulatina, como se advierte de los textos fundamentales más recientes, pero desafortunadamente en la realidad latinoamericana su aplicación ha resultado tan irregular, que se traduce en avances y retrocesos constantes, debido a la atormentada vida política de nuestros países.” Héctor Fix Zamudio. *Latina América: Constitución, Proceso Y Derechos Humanos*: México: Porrúa, 1988, p. 244. Tradução: “Estes princípios constitucionais de caráter pessoal podem ser aperfeiçoados de maneira gradativa, como se denota dos textos fundamentais mais recentes, porém em virtude da realidade latinoamericana sua aplicação tem tido um resultado insatisfatório, que se traduz em avanços e retrocessos constantes, devido a atormentada vida política de nossos países”.

<sup>274</sup>FREITAS. José Lebre de. *Introdução ao processo civil. Conceito de princípios à luz do Código revisto*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p.

Nessa perspectiva, o processo penal constitucional, diante do presente precedente, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, tende a romper com todo o engessamento inquisitorial do processo penal ainda vigente, retomando como mecanismo democrático novas concepções teóricas, que geram impasses a partir de 1988, com a edição do novo texto constitucional.

Em seguida desenvolver-se-á estudo evolutivo das Escolas de Processo, visando-se esclarecer teoricamente a transformação que se faz necessária no Direito processual penal. Estudo este que será direcionado para a implementação do contraditório preventivo e sucessivo como modelo para o ordenamento processual penal brasileiro.

### **3.6. Provimento final no Estado Democrático de Direito e as Escolas de Processo. Princípio do contraditório preventivo e sucessivo como paradigma na prisão preventiva no Brasil.**

A compreensão da construção do provimento final no Estado Democrático de Direito só é possível através de um estudo acerca das principais Escolas de Processo. A partir delas, terá o leitor condições de entender a evolução e a sistematização da proposta constante neste trabalho.

Em 1800, Pothier, através de sua obra *Traité des obligations* divulga a teoria do processo como contrato. Tal idéia é resultado do hábito da época de relacionarem-se os fenômenos da modernidade aos da antiguidade. Assim, considerando-se que o processo romano, até o aparecimento da Lei *Aebutia* (149 a.C.) e as duas Leis Julia, consistia em uma arbitragem privada, caracterizando-se por uma espécie de contrato entre os litigantes, pelo qual escolhiam o árbitro e se comprometiam a acatar a futura decisão<sup>275</sup>.

Os estudos de Pothier foram também fortemente influenciados pelas idéias iluministas do século XVIII, que colocavam a vontade individual como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares. A debilidade da tese de Pothier era manifesta, uma vez que, já na

---

<sup>275</sup>COUTURE. Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1974, p. 127.

época de sua elaboração, a coatividade da sentença independia da vontade dos interessados.

Em 1850, Savigny e Guényvau, também romanistas, e estimulados pelo liberalismo político, entendendo que o processo não resulta da vontade livre, como o contrato, mas considerando que a *fórmula* romana, ao fixar a *litiscontestatio* produzia efeitos como se fora um contrato, atribuiu ao processo a natureza de quase-contrato. Acreditavam que, quanto ao réu, não era necessária prévia aceitação dos efeitos da sentença, mas, quanto ao autor, seu ingresso em juízo representava seu prévio assentimento aos resultados do processo. Como esclarece Couture<sup>276</sup>, tais estudiosos apoiaram-se em um fragmento do *Digesto* (que, por sinal, não dizia o que lhe era atribuído) e pensavam que, não sendo o processo, como fonte de obrigações, nem um contrato, nem um delito, nem um quase-delito – deveria ser por eliminação um quase-contrato.

Essa teoria, como se percebe, sofre das mesmas deficiências da teoria apresentada por Pothier, pois, na época, a jurisdição já era obrigatória, não necessitando o juiz do consentimento prévio do autor para proferir sua decisão.

O jurista alemão Oskar Von Bülow<sup>277</sup>, também romanista, em sua obra intitulada *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, conceitua o processo como relação jurídica de direito público<sup>278</sup>, que se desenvolve de modo progressivo entre as partes, juiz, autor e réu, e que se diferencia da relação jurídica material pela exigência de configuração dos pressupostos processuais, requisitos de admissibilidade e condições prévias para a tramitação de toda relação jurídica processual.

Embora Bulow tenha deixado evidente em sua obra (ainda que em breves notas de rodapé<sup>279</sup>) que buscou inspiração na máxima de Bulgaro (jurista italiano do século XII): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris e rei* (o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu), e na obra de Bethamann-Hollweg (*Der Civilprozess Rechts in geschichtlicher Entwicklung, 1864-1874* - “O

---

<sup>276</sup>COUTURE. Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 1974, p. 129.

<sup>277</sup>BULOW. Oskar Von. *Teoria das Exceções dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 5, 6 e 7.

<sup>278</sup>TORNAGUI. Hélio. *A Relação Processual Penal*. São Paulo. Saraiva. p, 7. No mesmo sentido de BULOW, o processualista penal brasileiro Hélio Tornagui entendia o processo penal.

<sup>279</sup>BÜLOW. Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p.1, nota 1 e p. 3, nota 3.

processo civil do direito comum em seu desenvolvimento histórico”)<sup>280</sup>, não resta dúvida de que foi também fortemente influenciado pelas teses de Bernhard Windscheid, que em obra publicada em 1856, - *Die Actio des ro: mischen Zivilrechts, Von Standpunkte des heutigen Rechts* (“A ação do direito romano do ponto de vista do direito civil”), possibilitou a conciliação de uma determinada noção de direito subjetivo (prerrogativa sobre a conduta alheia) com a de processo<sup>281</sup>, restando, portanto, a Bülow, apenas a estruturação da teoria da relação processual.

Segundo o apontamento de Hélio Tornagui, em clássica obra denominada *A relação processual penal*, referenciando-se ao alemão Bulow, esclarece:

[...] Que o processo é um caminhar para frente (pro cedere); é uma seqüência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento. O processo deve ser meio de chegar a uma decisão justa. Qualquer formalidade que possa levar a uma solução errada, quer por falta de garantia, quer pelo uso do formalismo como fim e não como meio, é o contra-processo (num hibridismo mais enfático: é o antiprocesso). O processo deve ter uma causa concreta. O Judiciário não tem por finalidade a mera doutrinação teórica; juiz não é professor. O que se destinasse exclusivamente a obter um pronunciamento doutrinário seria processo aparente. Na área penal, cumpre salientar que se a concepção do processo como relação jurídica fosse anódina no campo civil, ela continuaria importante no penal, pois resulta da consideração do acusado como pessoa e não como coisa. No processo penal esta necessidade ainda se acentua. Daí a aceitação do conceito de relação jurídica também neste campo, na doutrina e na legislação. E conclui o renomado processualista penal salientando que o livro de Bulow é de 1868. A partir de 1879 começaram a aparecer artigos e ensaios de Adolph Wach, ligado a preconceitos de sua época, entendia a relação entre o juiz e cada uma das partes como realmente de Direito Público, mas as relações entre o autor e réu como de Direito Privado. Convém não esquecer que Wach se referia ao processo civil, em cujo campo nasceu a teoria, só depois transplantada para o processo penal<sup>282</sup>.

A teoria desenvolvida por Bülow encontra suas bases na idéia de subordinação de um dos sujeitos da relação jurídica processual ao outro, idéia esta compatível com as construções do direito privado da época, marcada por concepções individualistas.

---

<sup>280</sup> Segundo observa Bulow, nesta obra, Bethamann-Holweg, embora sem maiores esclarecimentos, afirma que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas (BULOW. Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Agel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 1, nota 1)

<sup>281</sup> GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 71.

<sup>282</sup> TORNAGUI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 1, 12, 14 e 17.

A teoria do processo como relação jurídica é a que prevalece hoje em praticamente todos os estudos jurídicos nacionais. Adotada pela Escola instrumentalista, tem como seus maiores expoentes, dentre tantos outros, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Nelson Nery Júnior. A Teoria do Processo como relação Jurídica (hoje Instrumentalista<sup>283</sup>), predomina na confecção de códigos e leis processuais, tendo sido aperfeiçoada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman, Alfredo Buzaid e Dinamarco. Embora os adeptos dessa teoria acreditem que fizeram a distinção clara entre processo e procedimento, o que se verifica é uma verdadeira confusão terminológica. Entende-se que procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica. Já, por processo, entende-se marcha avante, caminhada, sendo o processo instrumento para o exercício da jurisdição<sup>284</sup>.

Como a teoria do processo como relação jurídica pauta-se no ideal do individualismo vigente, quando do período do iluminismo, encontra-se a mesma atrelada à idéia de direito subjetivo, na concepção romana de *facultas agendi*. As teorias que trabalham com os antigos conceitos de relação jurídica e de direito subjetivo, na clássica acepção, são ainda predominantes na ciência do Direito Processual.

O modelo clássico de relação jurídica construiu-se sobre a idéia de que ela é um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico. Para a Escola instrumentalista há uma hierarquia entre autor e réu, estando o autor em posição superior ao réu e estes subordinados ao juiz.

No processo penal, não é diferente. O Estado sobrepõe-se ao jurisdicionado numa atividade persecutória inquisitorial, notadamente em se tratando de prisão preventiva. Ainda, vige o entendimento, no sentido de que o juiz está acima e distante das partes e, ao publicizar seu provimento final, parte-se do pressuposto de que teria ele, o juiz, discricionariedade, realizando para tanto uma construção dos

---

<sup>283</sup>Hodiernamente não se deve confundir a Escola do Processo como relação jurídica entre pessoas com a atual Escola Instrumentalista do Processo. A primeira tem como marco teórico a obra de Bülow; já a segunda escola parte da teoria bülowiana, trazendo questões até então não tratadas na obra do renomado jurista alemão. Os denominados instrumentalistas, ora representantes da tradicional Escola Paulista de Processo, além de tratar o processo como instrumento para o exercício da jurisdição, afirma que o presente instituto processual possui escopos metajurídicos, o que não fora discutido na obra de Bülow, nos idos de 1868.

<sup>284</sup>CINTRA. Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 279.

fatos<sup>285</sup> para decidir pelo provimento judicial condenatório ou absolutório (justiça de gabinete).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, citando Carnelutti, esclarece:

[...] Demonstrar a existência de um conflito de interesses lhe é simples: se o fim do processo penal é o acerto da responsabilidade penal; se a responsabilidade penal supõe crime; se o crime é a violação de uma obrigação, não pode existir dúvida de que a essência do processo penal seja constituída pelo conflito de interesses entre o imputado e a parte lesada<sup>286</sup>.

Desde 1988, com a edição da nova concepção de Estado, o direito, igualmente evoluiu. O processo penal não pode ficar fora desse contexto.

Francesco Carnelutti, em sua clássica obra denominada *Lições sobre o Processo Penal*, explica que:

[...] A finalidade preventiva do processo penal é fazer com que o delito se torne impossível, é o que se chama a finalidade preventiva do Direito e, por isto, do Processo Penal (*ne peccetur*). Sob este aspecto o Direito Penal tem uma função análoga à da *higiene* em relação à saúde do corpo; trata-se de criar condições em virtude das quais desapareça, assim como a possibilidade de enfermidades, a possibilidade de delitos<sup>287</sup>.

A teoria do processo como situação jurídica, criada por James Goldschmidt, em 1910, para quem o processo, por não ser estático, não é uma relação jurídica, era compreendida como uma situação jurídica. Para Goldschmidt o processo é um duelo, com a criação e a utilização de inúmeras estratégias, nas quais a decisão do juiz será produto da atuação das partes. O processo é um meio de criação de expectativas de argumentos estratégicos, argumentos estes destinados a convencer o juiz. O processo goldschmidtiano estrutura-se numa visão maniqueísta de ganhar e perder, sendo visto como um duelo entre as partes, um verdadeiro jogo no qual as

---

<sup>285</sup>No Código de Processo Civil, encontramos no artigo 440, o instituto da inspeção judicial realizada pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes. No Código de Processo Penal, encontramos dispositivo semelhante, nos termos do artigo 7º e artigo 3º, cuja redação se transcreve: “Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”, “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

<sup>286</sup>COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 85.

<sup>287</sup>CARNELUTTI. Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Campinas. Editora Bookseller, 2004, p. 73.

partes buscam uma vitória espetacular. O juiz continua com os seus poderes e faculdades carismáticas na condução do processo, praticando abusos e arbitrariedades quando da prestação jurisdicional<sup>288</sup>. Talvez nesta concepção esteja a origem de expressões comumente ouvidas pelos corredores de nossos tribunais, entre as quais: “fulano ganhou o processo”, “o Ministério Público conseguiu a condenação na pena máxima”, “o Advogado não conseguiu “quebrar” a prisão preventiva decretada”, “o juiz decretou a “pp” - prisão preventiva, entre outros conceitos produzidos de forma metajurídica, pautados pela discricionariedade e inquisitorialidade do processo penal.

O espanhol Jaime Delgado Guasp<sup>289</sup> foi o fundador da teoria do processo, como instituição jurídica (1940), idealizando tal teoria sob o impacto do sociologismo reinante a época. A concepção institucional do processo se apóia em uma série de supostos, mais sociológicos que jurídicos. O processo é um conjunto de condutas, como a instituição instrumental de direitos decorrentes dos costumes, ética social e dos direitos praticados pelos tribunais. Esta teoria tem cunho sociológico, tendo sido criada entre os anos 30 e 40 do século XX, período em que se deu a propagação das idéias positivistas, que faziam sucesso entre os intelectuais da época.

Ao contrário do que pensava Guasp, atualmente o processo vem assumindo o *status* de direito fundamental constitucionalizado. No Estado Democrático de Direito não há espaço teórico para a instrumentalidade oblíqua e ultrapassada da concepção de processo como instrumento. Para o Direito processual penal, o tratamento deve igualmente ser o constitucional, tendo como meta a efetivação dos direitos fundamentais ínsitos à prisão preventiva.

Grande contribuição trouxe o processualista italiano Elio Fazzalari<sup>290</sup> ao distinguir, com precisão, processo e procedimento, através de sua teoria do processo como procedimento em contraditório. Não se define processo como a mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas

---

<sup>288</sup>LEAL. Rosemiro Pereira (Coordenador). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Vol. VI. São Paulo: Thomson – IOB, 2005, p. 64 e 65.

<sup>289</sup>GUASP. Jaime Delgado. *Derecho Procesal Civi*. Madrid: Editora Civitas, 1998, p. 31. No mesmo sentido, em obra Coordenada pelo Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, volume IV da coleção *Estudos Continuados de Teoria do Processo*, São Paulo, editora Thomson-IOB, páginas 119/176, trabalho compartilhado do doutorando Líbero Cristiano Leal da Rocha, doutoranda Luciana Pereira Pimenta com o mestrando Jeziel Rodrigues Cruz Júnior. Todos, alunos do Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. PUCMinas.

<sup>290</sup>FAZZALARI. Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução por Elaine Nassif. Campinas. Editora Bookseller, 2006, p. 121/125.

sim pela presença do contraditório entre as partes, em simétrica paridade. O processo deve ser manejado como uma estrutura técnica, construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual, em que a efetividade dos direitos fundamentais<sup>291</sup>, enquanto normas de eficácia plena<sup>292</sup> (aplicação imediata<sup>293</sup>, art. 5º, parágrafo 1º da Constituição brasileira de 1988), constitui-se uma realidade cuja vinculação ocorrerá na estrutura do procedimento realizado em contraditório efetivo.

Na teoria fazzalariana, o processo é espécie de procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento final. Dessa forma, é possível afirmar que procedimento é gênero do qual processo é espécie.

A obra fazzalariana trouxe enorme contribuição para a ciência processual. Para Fazzalari, procedimento é uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais, numa relação espaço-temporal, segundo modelo legal, em que o ato inicial é pressuposto do ato conseqüente e este, como extensão, do ato antecedente e assim sucessivamente, até o provimento final. Processo é a ordem progressiva de

---

<sup>291</sup>“O Poder Judiciário tem a função precípua de efetivar o direito objetivo quando posto em dúvida, violado ou, em caráter preventivo, diante de ameaça de lesão, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. A vinculação dos órgãos do Judiciário aos direitos fundamentais, incumbidos do dever de aplicá-los, bem como de interpretar o direito infraconstitucional à luz dos valores jusfundamentais, é reforçada por força da hermenêutica atribuída ao art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal”. Nesse sentido ZOLLINGER. Márcia. *Proteção processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 71. No mesmo sentido escreve FILHO. Willis Santiago Guerra, em *Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais*, 2006, à pág. 32 “À Constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação “sobrenatural” de um direito de origem divina, e também a confiança na “naturalidade” do direito, que não precisa se tornar objetivo pela posituação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional (Luhman). A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno”. Na mesma reflexão escreve JÚNIOR. Dirley da Cunha. em *Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais*, pág. 259 “O direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado”. Não diferente o Constitucionalista José Afonso da Silva, à pág. 225 em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, “Toda constituição é feita para ser aplicada. Nasce com o destino de reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica, informar e inspirar um determinado regime político-social”.

<sup>292</sup>Segundo José Afonso da Silva em sua obra denominada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo:Malheiros,1999, p.101 e 102, “As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos”.

<sup>293</sup> O artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição brasileira estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

preclusões, ou seja, é espécie do procedimento à luz do contraditório. Ainda que o procedimento se realize pelo modelo normativo, se não contiver o dado legal do contraditório em sua estrutura jurídica espaço-temporal, não haverá processo. Nessa teoria a sentença não é um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma conseqüência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores no procedimento em contraditório entre as partes.

A contribuição de Fazzalari se deu na distinção do processo e procedimento pelo atributo do contraditório. É o contraditório conquista histórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia, que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo. Embora Fazzalari não tenha idealizado o contraditório como um instituto do Direito Constitucional, tal não era de se esperar do processualista, visto que, à época em que elaborou sua teoria, não havia iniciado os estudos do movimento constitucionalista, abordados a seguir.

Segundo Fernando Gonzaga Jaime<sup>294</sup>, destacando a importância do procedimento realizado em contraditório, adverte:

[...] O processo como procedimento realizado em contraditório é o instrumento de garantia da democracia, ao criar, assegurar, ampliar e efetivar direitos. É através do devido processo legal que se determinam o conteúdo e o alcance dos direitos humanos, unifica-se a interpretação da Convenção Americana e concretizam-se os direitos nela declarados. Com acerto teórico, acentua, ainda, o autor que o processo não pode ser compreendido como mero instrumento, ainda que se alcance um resultado presumivelmente justo, pois há muito está superada a idéia maquiavélica de que “os fins justificam os meios”. O fenômeno atual é exatamente oposto, ou seja, “a legitimidade dos meios justifica o fim alcançado. Registra ainda que a permissão legal para o acusado defender-se pode representar uma ruptura do devido processo legal, se não houver uma defesa efetiva, real, uma vez que, na definição de processo empregada pela Corte, a ausência do contraditório implica violação do devido processo legal.

José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>295</sup>, por sua vez, estudioso do tema Constituição e Processo, em sua obra *Processo Constitucional*, oferta teoricamente:

---

<sup>294</sup> JAIME. Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 134, 136 e 139.

<sup>295</sup> A leitura na referida obra deve ser realizada de forma ampla. Desse modo, a conclusão da mensagem ofertada pelo autor no que se refere ao processo, se dá principalmente e de forma conjugada no capítulo terceiro, ao tratar de teoria geral do processo conjugada com o capítulo sexto referente às Perspectivas do Processo Constitucional. Outrossim, adverte o autor, à página 85, 346 e 348 que: “*Nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva*”. “*A palavra processo*

[...] O processo é uma instituição constitucionalizada apta a reger em contraditório, ampla defesa e isonomia o procedimento. Como a obra foi lançada no início dos anos 80, quando ainda não havia sido implantado o atual modelo de Estado, sua teoria foi inicialmente incompreendida.

Para referida teoria, o processo é direito-garantia fundamental, e não mero instrumento para o exercício da jurisdição, como ainda preconiza a Escola instrumentalista, que continua concebendo o processo numa acepção individualista e presa aos ideais que nortearam a Revolução Francesa.

O processo, quando visto como direito-garantia fundamental, pautado no devido processo legal, compreendendo os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, representa uma conquista histórica da humanidade na luta secular contra a tirania, os abusos e arbitrariedades cometidas e causadas comumente pelo Estado. A soberania popular é a única fonte legítima de poder, haja vista a possibilidade do povo exercer a fiscalidade dos atos estatais, a fim de coibir qualquer tipo de abuso na confecção e execução dos diplomas legislativos. O processo, dessa forma, deve ser visto como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, portanto elemento essencial à construção de um conceito de Estado Democrático de Direito.

A lei é um ato jurídico que, para sua legitimidade, nos Estados Democráticos de Direito, há de passar, em sua elaboração e discussão, pela procedimentalidade regida pelo processo em seus imperativos, que são a ampla defesa e o contraditório, em regime de isonomia entre os legisladores, no debate amplo, plenário, do projeto legislativo, até a sua aprovação, que é o provimento final denominado lei<sup>296</sup>. Para Fernando Gonzaga Jaime, uma norma assegura um direito subjetivo, quando o seu titular tem o direito de ver realizado determinado ato a ser prestado por outrem<sup>297</sup>.

---

*é assim empregada de maneira ampla, nos estudos de diversos institutos do Direito Constitucional, desde que a sistematização e metodologia tornar-se necessária para efetivar várias providências e mecanismos que compõe a vida política". "O objeto do processo é apontar o ato ilegítimo que colide com o dispositivo da Constituição".*

<sup>296</sup>“São os destinatários da normatividade legislada que legitimam a validade e eficácia do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Os destinatários são os únicos legitimados a testificar incessantemente a vigência, a validade e a eficácia do ordenamento jurídico”. (ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. v. IV. Síntese: Porto Alegre, 2004, p. 92).

<sup>297</sup>JAIME. Fernando G. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 109.

Destaca-se nesse trabalho a recente teoria neo-institucionalista do processo, sugerida por Rosemiro Pereira Leal. Aqui não se atribui à concepção guaspiana de instituição. Este termo recebe a acepção, nas palavras do citado autor:

[...] De 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 a jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados<sup>298</sup>.

Sabe-se que a teoria neo-institucionalista do processo só pode ser compreendida através de uma teoria constitucional de direito democrático<sup>299</sup> de bases legitimantes na cidadania. O que difere a teoria neo-institucionalista do processo da teoria constitucionalista é a consciência participativa do povo na construção dos provimentos jurisdicionais, na fiscalização da confecção e execução dos diplomas legislativos. Parte-se, portanto, de uma acepção de exercício de uma completa cidadania, como conquista histórica constitucionalizada de produção de direitos fundamentais, em enunciados jurídicos plebiscitariamente decididos. A principiologia dessa teoria é a legitimidade conferida ao povo para a realização do controle irrestrito dos procedimentos político-jurídicos. Pauta-se, portanto, na teoria do discurso, buscando-se a efetivação permanente ou de reconstrução ampliada da cidadania.

O processo constitucionalizado defluiu de uma Sociedade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado.

O Brasil adota em seu artigo 1º da Constituição brasileira o modelo de Estado Democrático de Direito. Trata-se de norma constitucional a ser executada, não

---

<sup>298</sup>LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 95.

<sup>299</sup>"A democracia não é algo acabado, consiste na participação de todos os destinatários, quer da lei ou do provimento, na produção, aplicação, interpretação e fiscalização incessante da constitucionalidade (co-instituições). O exercício da democracia não se limita à participação do povo nas eleições. Um decisão somente retratará "expectativas socialmente compartilháveis" se for construída por todos os destinatários e não pressuposta em algum momento anterior. Não bastam leis democráticas por si só, são necessárias implicações hermenêuticas (interferência intelectual) dos destinatários das normas e do provimento. A legalidade per se não suficiente para validar a legitimidade". (ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. v. IV. Síntese: Porto Alegre, 2004, p. 88).

devendo prosperar a idéia de que a Democracia, em nosso país, é utopia, ela existe pelo fato de se conferir legitimidade ao povo para o exercício da fiscalidade dos atos estatais, pois a participação ativa do cidadão no discurso jurídico é o elemento essencial à caracterização e realização efetiva da Democracia.

Como reconstruir adequadamente o papel da jurisdição constitucional, “jurisdição em matéria constitucional”, no Brasil ?. Problematiza Marcelo Andrade de Oliveira Catoni<sup>300</sup>:

[...] Partindo de uma compreensão da Constituição, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, como a regulação dos processos que visam a garantir o exercício da autonomia jurídica, numa perspectiva que supera tanto o paradigma liberal, quanto o paradigma de bem-estar social, de Constituição e de autonomia, poderemos reconstruir a tarefa da jurisdição constitucional como primordialmente referida ao exame e à garantia de realização das condições procedimentais, das formas comunicativas e negociais, para um exercício discursivo da autonomia política. Através da participação discursiva no processo legislativo democrático, os destinatários das normas jurídicas são os autores das mesmas.

O processo aqui é concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. Refletindo nesse sentido, os direitos fundamentais, passam a ser atributos inerentes do jurisdicionado, devendo o Estado pugnar primeiramente pela efetivação dos direitos fundamentais aplicáveis ao Direito processual penal, de modo que o jurisdicionado, enquanto participante do procedimento, possa em simétrica paridade contribuir com a construção do provimento judicial, decidindo igualmente se a prisão preventiva, cujos efeitos serão por ele suportados, será a melhor solução, haja vista que sua liberdade (garantia constitucional) será cerceada pelo Estado que ao mesmo tempo impede-o de exercitar em simétrica paridade o princípio do contraditório e do devido processo legal, o que é ilegal, ou seja, há negativa de acesso à jurisdição e o não exercício pleno do devido processo legal, mecanismo constitucional idôneo para, somente após a construção do provimento jurisdicional, determinar se é, ou não, possível, juridicamente, a restrição da liberdade física do jurisdicionado pela via procedimental da prisão preventiva.

---

<sup>300</sup>CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 153 e 154.

Em reflexão, na perspectiva dos direitos fundamentais, Fernando Gonzaga Jaime<sup>301</sup>, pondera:

[...] Que a democracia representa a garantia maior, uma vez que em estados democráticos o direito impõe limitações legítimas ao exercício do poder, através da Constituição e mais, a legitimidade da prisão condiciona-se, segundo pronunciamento da Corte<sup>302</sup>, à observância do aspecto material de ninguém poder ser privado da liberdade pessoal senão pelas causas, fatos ou circunstâncias expressamente tipificadas na lei e pelo aspecto formal, pois, além daquele, exige-se estrita observância aos procedimentos objetivamente definidos, de modo que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos – ainda que qualificados como legais – que possam reputar-se como incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, por serem, entre outras coisas, imoderado, imprevisível ou desprovidos de proporcionalidade”. Conclui, destacando que o devido processo legal existe para salvaguardar os direitos das pessoas em quaisquer circunstâncias e, por essa razão, é uma garantia absoluta, inafastável, mesmo em situações de extrema gravidade, onde a segurança do próprio Estado esteja em risco e que o art.8.1 assegura a toda pessoa, em processos de qualquer natureza, penal ou não, “o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei.

O que se busca com a teoria neo-institucionalista é a definição de um conceito do que seja processo, fundado na estrutura de um discurso jurídico que possibilite o exercício permanente da cidadania. O processo, enquanto instituição<sup>303</sup> constitucionalizada, tem como pressuposto democrático e lógico a realização, recriação e aplicação dos direitos fundamentais, porque os mesmos independem de qualquer outra norma constitucional para alcançar a efetividade.

Sob outro prisma, o princípio constitucional do contraditório precisa ser compreendido como essência de todo o caminho procedimental, cuja meta será a formação do provimento, de tal forma que seja possibilitado integralmente a efetiva participação dos interessados na construção do provimento (inicial, intermediário e

---

<sup>301</sup>JAIME. Fernando G. *Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Dey Rey, 2005, p. 117, 131,132 e 137.

<sup>302</sup>Ao se referir a Corte, Fernando Gonzaga Jaime lembra, em nota de rodapé de seu livro denominado *Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*, constante da página 132, nota nº 28 assim esclarecido: “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Gangaram vs. Suriname*, Sentencia, de 21.1.1994, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, 1994, p. 33”.

<sup>303</sup>Para Rosemiro Pereira Leal, “instituição, significa: agrupamento de instituto(s) e princípio(s) que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal e instituto, o agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal”. Nesse sentido: *Teoria Geral do processo*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 220.

final) para verificar-se a necessidade, ou não, do provimento judicial (decisão de prisão preventiva). Por isso, a intervenção teórica do jurista italiano Vittorio Colesanti<sup>304</sup> remete-nos ao quadro reflexivo adiante, no sentido de exercitar o princípio constitucional do contraditório preventivo e sucessivo, ora sugerido como paradigma para o exercício da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração a seguinte estrutura a ser manejada no decorrer do procedimento penal:

a) preventivo, antecipado ou *ex ante* (sua forma genuína), ou seja, aquele possibilitado no procedimento formativo do provimento;

b) sucessivo, ou postecipado ou *ex post* (impróprio), ou seja, aquele manifestado para a eficácia e controle do provimento após seu proferimento.

O contraditório antecipado, esclarece Vittorio Colesanti<sup>305</sup>, possibilita o efetivo diálogo dos sujeitos processuais anterior à formação do provimento, permitindo, como se impõe nossa Constituição (art. 5º, LV), que as partes façam valer suas próprias razões, em posição de simétrica paridade. Evidentemente impõe-se a adoção de instrumentos técnicos idôneos para sua efetivação. Assim, ele precisa ser compreendido como cânone essencial de todo o *iter* procedimental, formador do provimento, possibilitando uma constante participação dos interessados no desenvolver do procedimento, impondo instrumentos adequados para o exercício concreto, de modo a permitir o diálogo entre os sujeitos processuais. Seu exercício jamais poderá ser remetido à apreciação discricionária e subjetiva do juiz, nem à mera iniciativa dos interessados no provimento, mas deve ser normativamente garantido, de modo a possibilitar a interlocução em todo o espaço processual. Nessa perspectiva, visando-se o controle de seu exercício, o contraditório possui um nexo de interligação com a garantia de fundamentação das decisões, uma vez que o juiz, ao enunciar os fundamentos do provimento (decisão), deverá acatar, levando-se em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da participação dos interessados em todo o procedimento. A ausência do

---

<sup>304</sup>COLESANTI. Vittorio. *Principio del Contradditorio e Procedimenti Speciali*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1975, p. 587 e 589.

<sup>305</sup>COLESANTI. Vittorio. *Principio del Contradditorio e Procedimenti Speciali*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1975, p. 600, 601, 602, 611, 612,613

contraditório antecipado, apesar de criticado, é justificado no caso das liminares<sup>306</sup>, ante o fato de que seu exercício preventivo impossibilitaria a eficácia do provimento, caso a parte contrária fosse cientificada do pedido.

A efetividade e exercício do princípio constitucional do contraditório, como mencionado, não será remetido à discricionariedade e sensibilidade mítica do juiz, mas deverá ser laborado de forma compartilhada, possibilitando aos participantes do procedimento a melhor solução jurídica para o caso concreto. É necessário que o Direito sirva para alterar o estado natural das coisas. Discurso teórico-jurídico, sem argumentação e contra-argumentação jurídica efetiva, torna-se inoperante. Não serve ao direito democrático e à sua ampla efetividade principiológica na construção do provimento.

Na Constituição brasileira a leitura que se faz do princípio do contraditório condiciona as partes à bilateralidade da audiência, ou seja, a permissão para atuar no procedimento, pelos jurisdicionados é formal. O modelo ora proposto servirá como etapa dialética, buscando-se através dele (princípio do contraditório preventivo e sucessivo) construir em simétrica paridade o provimento judicial que decidirá, ou não, pela prisão cautelar<sup>307</sup>, cujos efeitos incidirão sobre a garantia constitucional da liberdade física do jurisdicionado.

---

<sup>306</sup>A possibilidade de deferimento de provimento sem a ouvida da parte contrária é prevista na legislação processual penal e civil. Para tanto, vejamos: O Código de Processo Penal, em seu artigo 311 estabelece: *“Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”*. O artigo 366 do CPP, preceitua: *“Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art.312*. O artigo 13, inciso IV do CPP, por sua vez estabelece: *“Incumbirá ainda à autoridade policial: representar acerca da prisão preventiva”*. Em sentido contrário, de forma a oportunizar uma verdadeira anarquia jurídica no sistema processual, tem-se que nos precisos termos do art. 2º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, se lê: *“À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos mais forem mais favoráveis”*. Nessa linha de reflexão, o artigo 792 esclarece: *“As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados”*. No Código de Processo Civil, encontramos o artigo 273 estabelecendo: *“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Parágrafo 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”*. O artigo 804, também do CPC estabelece: *“É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”*.

<sup>307</sup>*“Pressupõe, via de regra, como é obvio, já tenha sido formulado contra o recolhido um juízo de culpabilidade – lato sensu – sobre o cometimento de determinado delito. Constitui esse juízo,*

A proposta e sugestão em comento deverá ser interpretada de forma incondicionada, na aplicação dos direitos fundamentais, garantidoras do pleno exercício constitucional de defesa, no processo penal (art. 261, parágrafo único CPP<sup>308</sup>). O provimento (decisão de prisão preventiva), no atual modelo de Estado, deverá obrigatoriamente estar em consonância com as normas constitucionais, direito ao advogado e à atividade funcional do Ministério Público de forma compartilhada. O juiz deverá necessariamente acatar todos os comandos constitucionais, teses e argumentações jurídicas, cujo fundamento é integralizá-los ao provimento. Não o fazendo, deverá ser declarado nulo, porque contrário aos interesses dos participantes da construção daquele provimento e da teoria democrática extraída da Constituição. Afasta-se aqui, em definitivo, a observação meramente analítica dogmática e inquisitorial do direito, porque não serve ao processo penal constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, é importante reafirmar que no plano decisional o contraditório, mencionado no art. 5º, LV, da CR/88<sup>309</sup>, deve ser entendido como um princípio constitucional de conexão efetiva ao provimento, devendo nortear toda a interpretação do Código de processo penal e legislação infraconstitucional.

Não basta assegurar às partes as mesmas oportunidades de pronunciamento, é necessário que os respectivos pronunciamentos dos sujeitos participantes do procedimento processual penal sejam integrados ao provimento judicial, como mencionado anteriormente, confirmando a imperatividade do texto constitucional, diante dos princípios constitucionais do processo.

---

*portanto, o prius ou antecedente necessário da prisão*". Nesse sentido: PEDROSO. Fernando de Almeida. *Processo Penal – O direito de defesa, repercussão e limites*. São Paulo: RT, 2001, p. 91. "o perigo de dano, portanto, representaria o interesse processual da parte na obtenção do provimento cautelar". Nesse sentido: MACHADO. Antônio Alberto. *Prisão Preventiva*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 27.

<sup>308</sup>Esclarece o comando processual penal, CPP em seu art. 261: "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". O art. 257 prescreve: "O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei". A Constituição brasileira, em seu art. 127 estabelece: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Deveria, portanto, O Ministério Público defender a efetivação da ordem jurídica em se tratando dos direitos fundamentais e não coadjuvar secretamente ao juiz no sentido de construir o provimento (decisão sobre a prisão preventiva) de forma isolada e discricionária, tendo em vista que cabe a ele enquanto instituição defender o regime democrático e não extirpá-lo.

<sup>309</sup>CR/88 significa Constituição da República. O art. 5º, inciso LV possui a seguinte mensagem constitucional: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O pleno e efetivo exercício do contraditório preventivo e sucessivo, poderá ser exercitado na construção da decisão autorizadora, ou não, da prisão preventiva, tendo o condão de integrar o provimento judicial diante das argumentações jurídicas dos participantes do processo, onde a atuação do advogado e do Ministério Público serão construídas de forma isonômica e de forma pública, jamais secretamente (justiça de gabinete), ou com a atuação isolada do magistrado e do órgão do Ministério Público e o Delegado de Polícia judiciária.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>310</sup>, ao estabelecer um parâmetro entre o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, oferta o seguinte:

[...] O Estado brasileiro segue o modelo italiano, porque princípio da fundamentação, assim, expressamente considerado, tem enunciado normativo na regra do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, ao dispor que todas as decisões dos órgãos jurisdicionais serão fundamentadas. No plano infraconstitucional, dito princípio surge informando as regras dos artigos 165 e 458 do Código de Processo Civil, ao incluírem, entre os requisitos estruturais da sentença, os fundamentos, que abrangem a obrigatória análise das questões de fato e de direito discutidas pelas partes no processo, e o dispositivo, no qual o órgão jurisdicional resolverá ditas questões. De igual forma, o Código de Processo Penal, embora sem a precisão técnica do Código de Processo Civil, também prescreve que a sentença conterá a exposição sucinta da acusação e da defesa, a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e a indicação dos artigos de lei aplicados (art. 381). A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos.

Nesta jornada reflexiva, tem-se que, a exemplo do art. 59<sup>311</sup> do Código Penal, igualmente, o juiz, usando de sua pseudodiscricionariedade, que entende possuir, elabora, de forma solitária, comando decisional, quando da dosimetria da pena, ao

---

<sup>310</sup>BRÊTAS C. DIAS. Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 147.

<sup>311</sup>O artigo 59 do Código Penal prescreve: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

avaliar referências do sentenciando, de forma íntima e subjetiva, sem a participação do próprio jurisdicionado, do advogado e do representante do Ministério Público, Não havendo contraditório.

José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>312</sup>, sob o enfoque do direito democrático e sobre a tutela do processo, sinaliza:

[...] A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias. Com essas reflexões, apresenta algumas premissas:

- a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;
- b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo consagrada na Constituição.

André Cordeiro Leal<sup>313</sup> problematiza e faz a seguinte intervenção teórica:

[...] Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões. E conclui, citando Friedrich Muller<sup>314</sup> para quem, no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes 'executantes' ['*ausführenden*'] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia.

Aprofundando o tema sobre Estado Democrático de Direito, Rosemiro Pereira Leal<sup>315</sup> faz a seguinte intervenção teórica, esclarecendo:

---

<sup>312</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 105.

<sup>313</sup>LEAL. André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2002, p. 105.

<sup>314</sup>LEAL. André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2002, p. 106.

<sup>315</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 177.

[...] A jurisdição é atividade para prestar a tutela jurisdicional. A fonte que tem poder e dita a atuação jurisdicional é o ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico impõe ao Estado a função jurisdicional que este delega ao juiz como um dever, não um poder. Nos Estados Democráticos de Direito, a única fonte de PODER é o ordenamento jurídico a que todos estão submetidos, inclusive o ESTADO.

Dentro dessa perspectiva, perfilhamos o entendimento de que o Estado deve observar ele próprio o ordenamento jurídico direcionado a uma hermenêutica constitucional democrática extensiva, no sentido de dar efetividade às normas constitucionais de eficácia plena, que incidirão necessariamente no procedimento, cujos efeitos imediatos serão suportados pelos jurisdicionados, em face da prisão preventiva como ato estatal. O Estado só tornará legítimo seu provimento judicial, quando o jurisdicionado participar ativamente da construção do procedimento penal. O Direito processual penal não pode mais ser concebido como algo inimaginável, onde mazelas geradas pelo próprio Estado devem recair sobre o direito penal e o direito processual. O Processo penal, no atual modelo de Estado, não deve ser operacionalizado como instrumento de controle de criminalidade<sup>316</sup>, retirando, da sociedade, parcela da população desprovida de todos os recursos morais e materiais mínimos. O Estado é co-responsável pela produção de normas, ineficiência e mazelas que ele próprio gerou, ao impedir que o cidadão participe da condução da administração pública, tendo em vista que avocou toda a responsabilidade civil, administrativa e penal. Não agiu o Estado de forma escoreta e em atendimento aos direitos fundamentais. Não possui o Estado legitimidade para retirar a liberdade física de ninguém, de forma preventiva, se ele próprio, através de seus agentes, não respeita e efetiva os direitos fundamentais. Não possui, legitimidade para atuar desta forma, ou seja, inquisitorialmente.

---

<sup>316</sup>“*Por excelência, quem determina o especial modelo de atuação estatal – que pela definição de princípios, metas e métodos – é a Constituição, como expressão formal e racional da organização política e jurídica do Estado. Modernamente a doutrina distingue em relação ao Direito Penal uma função simbólica. A primeira seria própria e legítima da norma jurídico-penal, consistindo na proteção efetiva dos bens jurídicos através do efeito dissuasivo que as cominações legais – e a eventual aplicação delas – produzem nos infratores em potencial. A segunda, chamada função simbólica, seria o efeito psicológico que a proibição gera na mente dos políticos, do legislador e de seus eleitores (satisfação nos primeiros, confiança e tranquilidade nos últimos), nada tendo a ver com pretensa defesa de bens jurídicos.*” Nesse sentido, a crítica de Maurício Antônio Ribeiro Lopes em sua obra denominada *Teoria Constitucional do Direito Penal*, p. 43 e 478”, expressam a realidade no Estado Democrático de Direito e o continuísmo legalista, arcaico, inquisitorialista da atuação estatal em se tratando do Direito Processual Penal e não diferente, em relação aos provimentos decisórios discricionários do julgador.

Outro não é o entendimento de Márcia Dometila Lima de Carvalho<sup>317</sup>, ao encaminhar a seguinte intervenção teórica:

[...] A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal. Do infrator, ao qual foram negados pelo Estado, os direitos sociais necessários ao seu pleno desenvolvimento (artigo 6º da Constituição brasileira), não se pode exigir uma responsabilidade (culpabilidade) nos moldes da comumente exigível daqueles infratores sócio-financeiramente bem situados, safos da carência resultante do não gozo dos direitos sociais.

O processo penal, na concepção inquisitorial, é oferta da figura mítica do Estado, em busca da persecução penal punitiva, onde as classes mais pobres clamam por justiça social, porém desinformadas da ilegitimidade dos atos estatais. O processo penal, nessa concepção, esclarece de forma duvidosa que as necessidades de uma justiça sumária simbolizam um conceito pronto e acabado de justiça salvadora da humanidade, gerada pelo Estado e ainda reinante na concepção dos aplicadores do direito, enquanto intérpretes solitários do direito positivado e do Direito processual penal, como técnica de procedimento supressor dos direitos fundamentais.

A prisão preventiva, enquanto mecanismo de sumarização, não se mostra ética e compatível com o atual modelo de Estado. Um dos gravíssimos problemas do Estado brasileiro é a improbidade, a não distribuição escorreita de receita pública, alinhado a outros fatores de ordem política e econômica. Não será pelo processo penal que as inquietações sociais serão resolvidas, mas pelo discernimento da hermenêutica constitucional e do devido processo legal. Ao Estado não é lícito cercear a liberdade física do cidadão, sem observar ele próprio os princípios constitucionais do processo. O Estado não tem legitimidade para tanto, deve ele observar o ordenamento constitucional e fazê-lo cumprir integralmente. Todo o direito, após o advento da Constituição de 1988, deve necessariamente ser revisitado, estudado e efetivado, com fundo estritamente constitucional democrático,

---

<sup>317</sup>CARVALHO. Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Safe: 1992, p. 45 e 72.

sem retorno ao historicismo analítico-dogmático, que engessou e vem suprimindo direitos fundamentais.

A principal motivação para o estudo dessa modalidade de prisão é a inobservância do princípio do contraditório e do devido processo legal no Estado Democrático de Direito. As inquietações acerca da prisão preventiva, se levados em consideração a hermenêutica constitucional e sua estrutura no Código de Processo Penal e o modo como vem sendo hodiernamente operacionalizada, não se reveste de legalidade constitucional, de modo que se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito

O provimento (decisão de prisão preventiva) invade a esfera de disponibilidade física, moral e material do jurisdicionado, porque não há processo e acesso à jurisdição, apenas o provimento isolado do juiz. Não se efetiva a garantia do princípio constitucional do contraditório e do devido processo legal, apto a reger a participação e construção do provimento em simétrica paridade. Depreende-se com uma negativa jurisdicional, em flagrante supressão dos direitos fundamentais, o que vem a deslegitimar a decisão estatal.

A operacionalização da prisão preventiva, como vem sendo executada, inviabiliza a proposta democrática constitucionalizada, as garantias do devido processo legal, tendo em vista que, na concepção de Luiz Flávio Gomes<sup>318</sup>, toda decisão que decreta a prisão preventiva é uma decisão *rebus sic stantibus*, ou seja, a prisão pode ser decretada e revogada quantas vezes for necessário (art. 316, CPP<sup>319</sup>). A figura do pretor romano não se mostra compatível com a hermenêutica constitucional. No atual modelo de Estado, não pode mais o magistrado brincar de Juiz Hércules, como dizia Dworkin, aqui entendido no sentido de decretar ou revogar quantas vezes for necessário a prisão preventiva. Não está o juiz acima das partes. A inquisitorialidade do processo penal se mostra vesga, no atual paradigma de Estado.

[...] Para o constitucionalista José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>320</sup>, não se pode buscar a *simplicidade e eficácia* processuais, com sacrifício das garantias fundamentais do processo. Lembra o jurista que o constitucionalismo processual contemporâneo

---

<sup>318</sup>GOMES. Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2005, p.247.

<sup>319</sup>O artigo 316 do Código de Processo Penal prescreve: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

<sup>320</sup>BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.20,53 e 54.

preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do processo constitucional. A recepção dos direitos fundamentais, pelas constituições, levá-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mesmos, tornando-os eficazes. Os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e a própria jurisdição, como direitos diretamente aplicáveis. É nesse sentido que a jurisdição, em suas distintas instâncias, em razão das normas constitucionais, está obrigada à imediata aplicação dos direitos fundamentais. A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso, segundo o constitucionalista, ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais.

Não será o magistrado, portanto, de forma solitária, que terá legitimidade para definir a restrição da liberdade pessoal do jurisdicionado. Não possui o magistrado, se levada em conta a teoria do discurso democrático, legitimidade para definir discricionária, secreta e inquisitoriamente sobre a liberdade física do cidadão, decidindo pela prisão preventiva, sem observar ele, o juiz, os direitos acertados na Constituição brasileira, ou seja, direitos fundamentais ínsitos à teoria do processo democrático de plena participação.

Nesse contexto, [...] Marcelo Andrade de Oliveira Cattoni<sup>321</sup>, alinha-se ao entendimento de que o processo legislativo, jurisdicional ou administrativo, enquanto conceito renovado – “procedimento realizado em contraditório” na perspectiva Fazzalariana, entre os que serão afetados pela decisão a ser assim preparada –, tem um papel fundamental. Nem reduzido a uma mera ritualística ou a um instrumento legitimador de decisões políticas, nem esgotado no momento da decisão, mas entendido como “procedimento realizado em igualdade”, o processo é a dinâmica do Direito. Para uma teoria do Direito e da Democracia que ultrapassa os paradigmas jurídicos liberal e de bem-estar social, o Direito deverá ser compreendido, fundamentalmente, como processo, ou termos procedimentalistas. Nesse quadro, o processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito, pode ser caracterizado como uma seqüência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais e

---

<sup>321</sup>CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.108/110.

realizados discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, visam à declaração e emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, nesse caso, de provimentos normativos legislativos, que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica. Para o autor, o processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos, e, na verdade, funcionam como pontos de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, jurisprudencial e do administrativo. Assim, a “participação em simétrica paridade”, dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantida pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação na discussão política, mediada processualmente.

No caso dos direitos fundamentais, considerando que todos eles foram resultantes da função constituinte e estão acertados na Constituição brasileira, outra não pode ser a missão da Jurisdição, qual seja, dar eficácia a eles, na estruturação do procedimento processual penal.

Necessário seja encontrada solução adequada para a crise que se instalou no Direito processual penal, onde o Estado desrespeita normas fundamentais, relegando a um segundo plano as garantias constitucionais específicas do processo penal. A prisão cautelar implica negativa jurisdicional, com o descumprimento das funções fundamentais do Estado. Inconcebível, portanto, se adotado o direito democrático, a permanência da cláusula *rebus sic stantibus*<sup>322</sup>, em se tratando de prisão preventiva. O jurisdicionado não deve ser visualizado como objeto de um processo penal inquisitivo. Na tentativa de encontrar soluções para o problema, o Estado deve efetivar a estrutura principiológica constitucional democrática, de modo a facultar a participação do jurisdicionado em todo o procedimento, até mesmo para legitimar seu provimento.

Nessa proposta, o Direito processual constitucional estabelece uma nova etapa, um desafio para os juristas, no sentido de que o princípio do contraditório, na concepção de Paulo Roberto de Gouvêa Medina, consiste em:

[...] Uma garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influir em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontre em ligação com o objeto da

---

<sup>322</sup> Enquanto as coisas estiverem ou permanecerem como estão. Trata-se de uma interpretação a nosso ver que afronta a hermenêutica constitucional, se adotada a teoria democrática do direito.

causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão<sup>323</sup>. A palavra-chave para sintetizar o princípio do contraditório deixou de ser, pois, o termo defesa (no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheira) para passar a ser o vocábulo influência (“no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo”).<sup>324</sup>.

Encaminhando e revisitando o princípio constitucional do contraditório, Aroldo Plínio Gonçalves<sup>325</sup> esclarece:

[...] O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. Sujeitos do processo é o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, interveniente). 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. O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. 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<sup>326</sup>.

Não há interlocução, ou seja, argumentação e contra-argumentação jurídica, em todo o espaço procedimental, de modo que as garantias constitucionais do processo não são cumpridas, em se tratando de prisão processual.

O Estado antecipa os futuros efeitos do provimento, porque mantém em custódia preventiva o jurisdicionado, sem que haja participação em simétrica paridade, no espaço (procedimento penal) que deveria ser procedimentalizado argumentativamente, observando-se a principiologia constitucional do processo democrático, com a atuação técnica do advogado.

---

<sup>323</sup>MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

<sup>324</sup>MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

<sup>325</sup>GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 120.

<sup>326</sup>GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 127.

Comentando sobre os princípios processuais, André Cordeiro Leal defende o seguinte:

[...] A inserção de princípios processuais no plano constitucional, operada pela Constituição de 1988, suscita necessária problematização das várias abordagens tradicionais dos institutos do processo na infraconstitucionalidade e na própria Constituição, principalmente porque o processo, perante a nova ordem constitucional, não mais pode ser tido como instrumento a serviço da paz social posto à disposição do Judiciário, tendo em vista que tal implicaria a negação de direitos fundamentais ínsitos ao processo no paradigma do Estado Democrático de Direito, com retorno aos paternalismos decisórios do Estado Social<sup>327</sup>.

A democracia somente será idealizada, se os estudiosos do direito processual, conscientes de suas amarras jurídicas, manifestarem o desejo de liberdade racional, manejável pela via da jurisdição. A função jurisdicional, como integrante da administração pública, deve-se fazer pública, quando da manifestação dos provimentos.

Segundo Rosemiro Pereira Leal, quanto ao aspecto do contraditório, deve-se levar em consideração o seguinte:

[...] Como elementos jurídico-existenciais do processo, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o processo em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais<sup>328</sup>.

O processo penal moderno estará apto a funcionar na efetivação dos direitos fundamentais, desde que profissionais do direito (Advogados, juízes, representantes do Ministério Público, Delegados de polícia), promovam mudança comportamental, com escopo na teoria democrática, relendo o Direito processual penal, em uma concepção de hermenêutica constitucional participativa e com efetiva operacionalização dos direitos fundamentais, não sendo lícito ao Estado negar efetividade aos direitos fundamentais. Outra não é a crítica de Sérgio Fernando Moro<sup>329</sup>, no sentido de que cabe tanto ao Judiciário quanto ao Legislativo, paralela e

---

<sup>327</sup>LEAL. André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2002, p. 19.

<sup>328</sup>LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 87.

<sup>329</sup>MORO. Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 133.

conjuntamente, desenvolver e efetivar a Constituição. Novamente, André Cordeiro Leal, fomenta a discussão principiológica nos seguintes termos:

[...] O princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no procedimento que prepara o provimento e, por outro, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes<sup>330</sup>.

A preparação inicial do provimento judicial somente se operacionaliza entre os interlocutores estatais, num discurso repressivo inquisitorial, como receptores da mensagem veiculada entre eles (juiz, Delegado de polícia e Ministério Público). Na fase pré-processual, tem-se instalado uma barreira de acesso à jurisdição, onde as garantias fundamentais, inerentes ao processo e ao procedimento penal, são projetadas de modo meramente formal, deslegitimando, portanto, os provimentos judiciais, porque não há efetividade do direito democrático.

De outro prisma, há entendimento, já consolidado, no sentido de que a decisão de prisão preventiva, com fundamento na ordem pública, não se mostra legítima ante a teoria do discurso democrático. Nesse sentido, manifesta-se Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>331</sup>, citando Carlo Fiore, sustentando a inconstitucionalidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública:

[...] O apelo à ordem pública representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, que se postula fundamental à matéria, para propiciar a atribuição de um amplo poder discricionário ao juiz, que nesse particular não fica sujeito à limitação senão da própria "sensibilidade". E mais, apesar dessa apontada nebulosidade, o recurso à "ordem pública" em matéria penal e processual penal tem uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Para o processo penal constitucional, deve-se efetivar a ampla defesa, com igualdade de tratamento, ou seja, acesso à jurisdição e ao advogado, antes mesmo da enunciação do provimento sobre a prisão preventiva. O efetivo exercício do

---

<sup>330</sup> LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2002, p. 20.

<sup>331</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

princípio constitucional do contraditório deve ser respeitado durante todo o procedimento e não apenas de forma postergada. Não foi essa a proposta inserida na Constituição brasileira. Em momento algum do texto constitucional (art. 5º, LV), onde se lê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, fizera o legislador constituinte referência ou exceção à prisão preventiva; ao contrário, mostra-se o processo como uma garantia constitucional. A exclusão do processo e do acesso à jurisdição e do direito ao procedimento penal participado torna o provimento (decisão de prisão preventiva) ilegítima. A exclusão da garantia do devido processo legal e do exercício do contraditório e ampla defesa não deve ser atributo discricionário dos agentes estatais, como hermeneutas discricionários e solitários do ordenamento jurídico constitucional.

O artigo 316 do Código de Processo Penal prescreve: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

O artigo de lei em análise traz a nítida percepção de que a sensibilidade conatural do juiz prevalece no atual modelo de processo penal. O discurso constitucional deve ser efetivo. Os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, pressupõe a compreensão de que o direito, na atualidade, legitima-se pela teoria do discurso procedimentalizado. Na verdade, o discurso democrático e a interpretação do direito, de acordo com a hermenêutica constitucional democrática, é que assegurarão a construção e reconstrução legítima do ordenamento jurídico processual penal, com o objetivo principal de adequação ao modelo de Estado implantado desde 1988.

Ao juiz, não é lícita a interpretação isolada da norma, como agente estatal, investido na jurisdição. A interpretação da norma processual penal deve estar em harmonia com a Constituição, para se tornar legítima, desde que, do provimento judicial haja a participação efetiva do advogado, ou seja, exercitando o contraditório ao lado da publicidade de todo o procedimento.

A realização de estudo comparativo entre o sistema jurídico processual brasileiro com o italiano, tendo como marco e referência a teoria do processo como procedimento em contraditório, do jurista italiano Elio Fazzalari<sup>332</sup>, mostra-se apta a reger o processo penal, no atual modelo de Estado, e o direito ao procedimento

---

<sup>332</sup>FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1989, p. 58.

penal, na construção participada pelo jurisdicionado, em todos os atos procedimentais. Ou seja, advogado, juiz e Ministério Público, na preparação do provimento, para definir sobre a efetivação, ou não, da prisão preventiva, encontrando-se a melhor solução jurídica.

Embora referida teoria não estivesse assentada em concepções constitucionalistas, isto é, Elio Fazzalari não atribuiu o *status* de instituto constitucional ao contraditório, o que não poderia ser diferente, uma vez que o processualista italiano formulou sua teoria por volta de 1968, antes, portanto, do surgimento das teorias constitucionalistas do processo, mister a revisitação do Direito processual penal, tendo como referência a teoria fazzalariana.

Em 1997, Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>333</sup>, processualista penal, em sua obra “Direito à Prova no Processo Penal”, já referia-se ao processo penal, com visão futurista, tendo como referencial teórico Elio Fazzalari, passando a explicar:

[...] O contraditório não é apenas uma qualidade do processo, mas representa antes de tudo, uma nota essencial ao seu próprio conceito; como ensina Fazzalari, só o procedimento regulado de modo a que dele participem aqueles em cuja esfera jurídica o ato final produzirá efeitos, em simétrica paridade, pode ser chamado de *processo*. Trata-se, portanto, de garantia fundamental de *imparcialidade, legitimidade e correção* da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça. Todos os dados processuais devem ser comunicados aos interessados; só a partir de seu efetivo conhecimento será viável a participação em contraditório. Essa participação, comenta o processualista citando Giostra, ativa dos interessados no provimento pode ocorrer de várias formas: *preventivamente*, quando se instaura o contraditório para debater a oportunidade de realizar determinado ato; *concomitantemente*, quando se manifesta através de atuação na própria prática do ato; ou ainda, *posteriormente*, quando consiste em manifestação subseqüente ao ato, como, por exemplo, na discussão sobre o valor de uma prova já produzida. Mas, embora possa ser fracionado em diversos atos, ou momentos de participação, o contraditório possui uma *unidade teleológica*, pois tais atos estão todos voltados a um resultado final, que é a sentença. Daí a conclusão de Giostra - fundamental para o nosso estudo -, no sentido de que uma decisão só pode ser considerada como proferida em contraditório, quando este tiver acompanhado o completo itinerário de sua formação.

---

<sup>333</sup>GOMES FILHO. Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo:RT, 1997, p. 135/ 139.

Para o Direito processual penal, a teoria do processo como procedimento em contraditório tem como objetivo estruturá-lo diante da constitucionalização do processo e desmistificar o tecnicismo inquisitorial processual penal ainda vigente e contrário à teoria do direito democrático. Não se mostra legítimo ato de autoridade com ato de justiça, realizado em contraditório. O primeiro manifesta-se de forma a criar um direito arbitrário, ao passo que o segundo implica necessariamente em convocar os envolvidos diretos para que em todo o itinerário do procedimento possam manifestar-se, devendo suas argumentações serem obrigatoriamente incorporadas ao provimento jurisdicional.

A institucionalização do processo, efetivada pela Constituição brasileira de 1988, retoma a análise dos provimentos jurisdicionais, reconhecendo o processo como instituição capaz de assegurar a legitimação dos atos estatais no Estado Democrático de Direito e a força imperativa dos princípios constitucionais do processo. Princípios estes que, na moderna concepção do processo, devem ser exercitados por todos os agentes jurídicos (advogados, promotores públicos, magistrados, Delegados de polícia). Com essa proposta, o contraditório e o devido processo legal, visto como um princípio constitucional regente, será instrumento de efetividade, garantindo a imparcialidade e o fim da racionalidade das decisões judiciais.

Eis a crítica que Uadi Lammêgo Bulos e Luís Roberto Barroso fomentam:

[...] Sem embargo, a construção ou interpretação constitucional *lato sensu* permite que o intérprete vá além das normas constitucionais para captar as exigências sociais, as necessidades práticas da vida<sup>334</sup>. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos<sup>335</sup>.

Para Marcelo Campos Galuppo:

[...] A identidade constitucional ou cidadania é necessariamente aberta porque sabemos que a ampliação inclusiva do quadro de direitos gera novas exclusões, novas desigualdades, requerendo a sua permanente revisão. Assim é que a modernidade deflagrou o processo constitucional ao levantar a pretensão de instaurar uma

---

<sup>334</sup>BULOS. Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 97.

<sup>335</sup>BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

comunidade de homens livres e iguais que viveriam sob a égide de leis que eles próprios aprovaram para reger sua vida em comum<sup>336</sup>.

Konrad Hesse, jurista alemão e estudioso do Direito Constitucional, chega a dizer que:

[...] A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Shom, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição.<sup>337</sup>

O quadro de reflexão, até então colocado ao leitor, tem como objetivo delimitar o estudo pautado pelos princípios orientadores do Direito Constitucional, mencionado ao longo do presente trabalho, quais sejam: os princípios da supremacia, unidade e máxima efetividade da Constituição.

Não há como repensar o Direito processual penal e o direito ao procedimento em contraditório com efetiva participação, senão com o acatamento dos princípios constitucionais específicos do processo penal. O Estado é co-responsável pela fonte de produção da norma, devendo, portanto, respeitar e fazer cumprir a Constituição.

Segundo Vicente de Paula Maciel Júnior, ao fomentar uma crítica sobre a atuação estatal e sobre o processo penal, relembra:

[...] É um erro da doutrina a pressuposição de que os sujeitos têm poderes. A partir do deslocamento do foco de atenção do sujeito para a norma a idéia de personificação de poderes no sujeito se esvaziou. Os indivíduos, até mesmo o Estado, nas sociedades que adotam o paradigma do Estado Democrático de Direito, não possuem nem podem possuir poder algum. Ao Estado vem sendo conferida na história uma proeminência em virtude da idéia de subjetivação de poder que lhe é atribuída. É como se o poder fosse o próprio Estado ou decorresse dele. Mas o Estado não tem poder propriamente dito. Ele, através de seus agentes, exerce competências de poder, que são funções criadas, delimitadas e atribuídas pela norma como funções do Estado<sup>338</sup>. Nessa mesma linha de reflexão, citando Riccardo Orestano, defende o posicionamento em se tratando dos efeitos da mudança de paradigma na concepção de escopo do processo, no sentido de que com relação ao direito penal, embora fosse diferente e se

---

<sup>336</sup>GALUPPO. Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, prefácio da obra.

<sup>337</sup>HESSE. Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 11.

<sup>338</sup>MACIEL JUNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas. As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 117.

reconhecesse o direito de punir como atributo próprio da soberania do Estado, o processo penal adotou semelhantes esquemas do direito privado e trabalhou com conceitos de direito subjetivo do Estado e com o reconhecimento ao Estado de um direito de agir correspondente ao existente em matéria civil.

Na verdade, a estratégia utilizada pelo Estado liberal burguês, para enfrentar dilemas como esse, consiste em monopolizar a produção legislativa, através do parlamento, e produzir um discurso racional que opera uma espécie de mistificação de valores, como a isonomia (igualdade de todos perante a lei), ordem, legalidade, certeza, segurança, progresso, liberdade entre outros, escamoteando a profunda desigualdade entre as pessoas (sujeitos de direito), e que, no processo penal, provoca um grave desequilíbrio nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois a maioria dos réus não dispõe de meios e recursos para a promoção de uma defesa eficaz em juízo. Na maioria dos casos a defesa técnica desses acusados fica a cargo do defensor dativo, nomeado pelo juiz e sem nenhuma afinidade com o procedimento instaurado. Assim, somente através de leitura e hermenêutica constitucional será possível afirmar-se que o processo penal, no Estado democrático de Direito, será conduzido com escopo necessariamente constitucional, onde o provimento acerca da prisão preventiva deverá igualmente, obedecer aos direitos fundamentais acertados e definidos no rol dos princípios constitucionais do processo.

A adoção da teoria do processo, realizado em contraditório, com plena e efetiva participação do jurisdicionado, ao lado dos princípios constitucionais do processo, em especial do devido processo legal, contraditório e publicidade, podem ser exercitados no Estado Democrático de Direito, desde que seja adotada a teoria do discurso procedimental, onde as argumentações e contra-argumentações jurídicas deverão igualmente ser integralizadas ao provimento jurisdicional.

O modelo italiano do contraditório preventivo e sucessivo, igualmente, mostra-se compatível com a teoria do processo de Fazzalari, tendo em vista que a hermenêutica constitucional democrática passa a ser elemento de plena participação, em simétrica paridade com aqueles sobre os quais os efeitos da norma incidirão, de modo que não haverá espaço para a discricionariedade e decisão unilateral do juiz.

Os envolvidos diretos na dialética processual terão oportunidade de manifestar-se na fase preparatória e em todas as demais fases do procedimento, de

modo a se fazer respeitar e implementar os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, desde 1988, por ocasião da promulgação da Constituição brasileira.

## 4. CONCLUSÃO.

A auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais, assim como a premente necessidade de compreendermos o processo penal, na vertente constitucionalizada e democrática, são os elementos justificadores do estudo da legitimidade democrática do provimento, que decidirá, ou não, pelo deferimento da prisão preventiva, no Estado Democrático de Direito. É por isso que a interpretação extensiva e o exercício efetivo dos princípios do contraditório, devido processo legal, e da publicidade, na prisão preventiva, são os atributos hábeis a garantir a efetividade processual, mediante a participação, fiscalidade e controle dos destinatários do provimento jurisdicional, quando de sua construção democrática.

A vulgarização da interpretação metajurídica do interesse público e coletivo não pode ser utilizada como parâmetro justificador da decisão indiscriminada da prisão preventiva.

A dogmática jurídica está fadada ao abismo, ao lado da instrumentalidade do processo. Desde 1988, com a edição da Constituição brasileira, todo provimento deveria ser produzido em simétrica paridade com os sujeitos participantes do processo. Não será pela discricionariedade e senso comum de justiça que o juiz resolverá os impasses criados pelo Estado. Não será o direito penal e o processual penal que resolverão os impasses da Humanidade, que reclama por uma justiça célere, sumária e efetiva. Não será o sincretismo processual que resolverá os impasses causados pela figura mítica do Estado, com supressão dos direitos fundamentais.

Não será, sob o argumento do interesse público sobre o interesse privado, que a prisão preventiva, até o presente momento operacionalizada pelo Estado, dirimirá os conflitos por ele criados. O jurisdicionado deve ser respeitado porque confiou no Estado que ele, de forma mínima, através do sufrágio, sugeriu como Estado Democrático de Direito.

A hermenêutica constitucional democrática é o referencial para efetividade dos direitos fundamentais, acertados na Constituição brasileira. As normas constitucionais, constantes do artigo 5º, parágrafo 1º, são normas de eficácia plena e de aplicação imediata. Portanto não estão e não podem ser objeto de ato discricionário e inquisitório do juiz.

Os provimentos isolados pelo juiz, quando da decisão de prisão preventiva, não são legítimos, visto que os efeitos da norma serão suportados pelo jurisdicionados e não pelo aplicador da lei. O ato decisório é unilateral, o que contraria o direito democrático.

O advogado e o Ministério Público são essenciais à função jurisdicional. Não é lícito e legítimo ao juiz construir, de forma isolada, o provimento judicial que visa cercear o direito de liberdade física do jurisdicionado, através da prisão preventiva, no paradigma do Estado Democrático de Direito. O Código de Processo Penal brasileiro entrou em vigência no ano de 1942 e até o presente momento vem sendo operacionalizado de forma anti-democrática, ritualística e inquisitorialmente.

A efetividade e o exercício dos princípios constitucionais do processo são realidades e conquistas constitucionais, porém inefetivados até o presente momento, quando se trata de prisão preventiva. Esse modelo de prisão não se mostra compatível com a teoria democrática e com a evolução das Escolas de processo.

O princípio do Estado democrático (art. 1º da Constituição brasileira de 1988) vincula-se à toda estrutura do Estado, devendo, portanto, pautar-se pela absoluta publicidade de seus provimentos, sejam eles administrativos, legislativos ou jurisdicionais.

Não deveria ser diferente o processo penal. Não há restrição legal no sentido de que a prisão preventiva assim o seja. É lamentável a construção do provimento judicial isolado e unilateral. Falta transparência, por parte do Estado, quando se estabelece um discurso jurídico acerca da prisão preventiva, já que essa modalidade de prisão, em regra, é decidida secretamente, sem a participação do advogado na construção do provimento judicial, ou seja, a construção do provimento é articulada apenas entre o juiz, o Ministério Público e o Delegado de Polícia. Trata-se da justiça de gabinete.

A construção participada do provimento (decisão de prisão preventiva) com o novo Estado deveria acontecer de forma compartilhada entre todos os interessados, sempre com direito ao advogado, para argumentar e contra-argumentar, juridicamente, sendo, ao final, integralizados ao provimento.

A proposta em análise é no sentido de que seja exercitado o princípio do contraditório preventivo e sucessivo, concomitantemente, com a publicidade do procedimento, para legitimar o provimento judicial, desde que construído de forma compartilhada com os participantes do processo.

O exercício do princípio do contraditório preventivo e sucessivo será participado em simétrica paridade com o jurisdicionado, advogado e Ministério Público, através da produção antecipada de atos procedimentais iniciais, intermediários e finais, no sentido de verificar-se a necessidade, ou não, da prisão preventiva. Esse é o direito democrático. O juiz não é o proprietário da norma. É mero aplicador da lei, não deve ser o intérprete final. A autonomia pública e privada dos sujeitos participantes do discurso condiciona a construção dos provimentos democráticos, a partir dos princípios constitucionais da isonomia, contraditório, ampla defesa, legalidade e supremacia da Constituição.

A prisão preventiva no Brasil é palco de espetáculo e sensacionalismo. Não tem prazo de duração. No sistema processual estrangeiro, há prazos pré-fixados pelo legislador.

A validade, eficácia e legitimidade dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, só podem ser vislumbrados através da discursividade processualizada. A teoria do discurso implica necessariamente a participação direta e efetiva dos destinatários na construção, tanto dos provimentos legislativos quanto jurisdicionais.

A legitimidade do direito só é alcançada se todos os envolvidos por suas normas puderem reconhecer-se simultaneamente como seus autores. E isso só é possível, se o sistema de direitos fundamentais for garantido em alguma medida, uma vez que os cidadãos só podem se reconhecer como autores do discurso, se sua participação nos discursos jurídicos não for impedida ou restringida. A democracia não é um estado, mas sim um processo que só ocorre pela interpenetração entre a autonomia privada e a autonomia pública, que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade. Os direitos fundamentais são os direitos em que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em um dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo.

No curso da história da humanidade os direitos fundamentais passaram pelas etapas da positivação, generalização, internacionalização e especificação. O Estado Liberal foi o primeiro modelo de Estado na história a utilizar como veículo inicial a ideologia do jusnaturalismo racionalista, entendendo serem direitos somente aqueles que se podem justificar racionalmente como pretensões morais iguais para todos os homens e para todos os tempos.

No Estado Social, o que se pretendeu foi a socialização dos direitos fundamentais. É neste momento que há o deslocamento do foco de preocupação do legislador, que até então estava centrado apenas no indivíduo e passa agora a focalizar, com mais intensidade, a própria coletividade.

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais representam o pilar sustentador do respectivo modelo de Estado, tendo em vista que só é possível falar na existência efetiva de uma Democracia, por meio da Teoria do Discurso e da processualidade democrática.

A dogmática analítica engessa o dinamismo científico do Direito através de sua produção assistêmica. É o caminho inverso ao percorrido por aqueles que preconizam pela construção e interpretação discursiva do Direito, levando-se em consideração a sistematicidade principiológica trazida pela Constituição brasileira de 1988.

O desconhecimento científico da hermenêutica constitucional democrática, por parte do operador do direito, contribui para a perpetuação das denominadas interpretações gramatical, literal, teleológica, e a construção de equívocos na Ciência do Direito, no que diz respeito às interpretações subjetivamente impostas pelos julgadores, com fundamento no seu senso inato de justiça.

Dessa forma, conclui-se que é por meio da análise do caso concreto, a partir da principiolgia constitucional do processo, ou seja, a partir dos princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, publicidade e supremacia da Constituição, que o magistrado terá condições de definir qual direito fundamental proteger e resguardar, diante do estudo das peculiaridades da pretensão a ser apreciada.

O processo penal, enquanto regente da prisão preventiva, no atual modelo de Estado, que é o democrático, deve-se pautar pela constitucionalização de seus atos procedimentais de forma antecipada (preparatória), sucessiva (intermediária) e concomitante, com a efetiva participação do jurisdicionado, na construção do provimento judicial.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ALBUQUERQUE. João Batista de. *O contraditório e a sentença trabalhista*. São Paulo: Ltr, 1999.
- AGNOL JÚNIOR. Antônio Janyr Dall. *Princípios orientadores do processo penal*. Uberaba: Editora Vitória, 1979.
- ALEXY. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALMADA. Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005.
- ALMEIDA. Andréa Alves de. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático. Estudos Continuos de Teoria do Processo*. v.IV. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- ANDOLINA. Ítalo. *IL Modello Costituzionale del Processo civil italiano*. Torino: Giappichelli-Torino Editore, 1990.
- ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAÚJO. Marcelo Cunha de. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARAÚJO. Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2006.
- ARAÚJO. Sérgio Luiz de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- AROCA. Juan Montero. *Proceso Civil e Ideologia*. Madrid: Tirant lo blanck.
- ÁVILA. Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- AVÓLIO. Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: RT, 1999.
- BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BALUTA. José Jairo. *O Processo Penal À Luz do Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá, 1997.
- BATISTA. Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha universitária, 1979.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. In: *Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Revista Forense, v. 337 (separata).

BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS. Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROS. Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília jurídica, 1996.

BECCARIA. Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BESTER. Gisela Maria. *Direito Constitucional - Fundamentos Teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.

BÍBLIA SAGRADA. Rio de Janeiro: Kings Cross editora, 2006. Tradução: João Ferreira de Almeida.

BIZZOTO. Alexandre. *Processo Penal garantista. Visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 1998.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Revista Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (2008) *Constituição da República do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS. Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

BULOW. Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Algel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

BULOW. Oskar Von. *La teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN editora, 2003.

BUONO. Carlos Eduardo de Athayde. *A Reforma Processual Penal Italiana – Reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CALAMANDREI. Piero. *Instituições de Direito Processual civil*. vol. II. Campinas: Bookseller, 2003.

CALAMANDREI. Piero. *Estudos de Direito Processual*. Tradução de Karina Fumberg. Campinas: Editora LZN, 2003.

CÂMARA. Luiz Antônio. *Prisão e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 1997.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI. Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995.

CARNELUTTI. Francesco. *Direito Processual Civil e Penal*. volumes I e II. Campinas: Péritas Editora, 2001.

CARNELUTTI. Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Classicbook, 2000.

CARNELUTTI. Francesco. *Como se faz um processo*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

CARNELUTTI. Francesco. *Lições sobre o Processo Penal*. Volumes I e III. Campinas: Bookseller, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. *Direito processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

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

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

CASTRO. João Antônio Lima. *Direito Processual*. Instituto de Educação continuada da PUCMinas. Belo Horizonte, 2004.

CAPEZ. Fernando. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 1999.

CARVALHO. Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre. Safe: 1992.

CARVALHO NETTO. Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHIOVENDA. Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. volumes II e III. Campinas: Bookseller, 1998.

COLESANTI. Vittorio. *Princípio del Contradditorio e Procedimenti Speciali*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1975.

COUTURE. Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COUTURE. Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COUTURE. Eduardo. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974.

COSTA. Fabrício Veiga. *O processo constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito*. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Número 13, 2007, Belo Horizonte – Minas Gerais.

COSTA. Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível. (Leituras complementares de Constitucional – Direitos fundamentais)*. Salvador: Juspodivm, 2006.

DANTAS. Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1995.

DEL NEGRI. André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo. Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DELMANTO JÚNIOR. Roberto . *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIAS. Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1, Coimbra: Editora Coimbra, 1974.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. v. I, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ. Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN. Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENCICLOPÉDIA DE DIRITTO. *Prerogative – procedimento. Facoltà di giurisprudenza da Università di Roma*.

ESSER. Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4ª tir. Tübingen, Mohr, Siebeck, 1990. Tradução espanhola de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAZZALARI. Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1989.

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

FAZZALARI. Elio. *Introduzione Allá Giurisprudenza*. Padova: Cedam, 1984.

FERREIRA. Wolgran Junqueira. *Comentários a Constituição de 1988*, 1ª edição. Campinas: Julex, vol.I, 1999.

FERRI. Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Campinas: Bookseller, 1999.

FELIPPE. Marcio Sotelo. *Razão Jurídica e Dignidade Humana*. Campinas: Max Limonad, 1996.

FERNANDES. Antônio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES. Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES. Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

FERRAJOLI. Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAIOLI. Marzia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. Padova: Cedam, 1997.

FREITAS. José Lebre de. *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FOCAULT. Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis. Vozes, 1998.

GOMES FILHO. Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

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

GRECO FILHO. Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. *O processo como referencial teórico para o Estudo dos Direitos Fundamentais. (Leituras complementares de Constitucional – Direitos fundamentais)*. Salvador: Juspodivm, 2006.

GAGLIARDI. Pedro. *As liminares do processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GALATI. D. Siracusano A. *Diritto Processuale Penale*. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1996.

GALUPPO. Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO. Marcelo Campos. *O que são Direitos Fundamentais ?. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GEBRAN NETO. João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES. Luiz Flávio (org). *Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

GOMES. Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2005.

GOLDSCHMIDT. James. *Princípios gerais do processo penal*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GOLDSCHMIDT. James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRECO. Leonardo. A prova no Processo Civil. *Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL*. Londrina, v.5/6, n.1, p. 93-123, 2004.

GRECO. Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *Novas Tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense universitária, 1990.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER. Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 1998.

GUASP. Jaime Delgado. *Derecho Procesal Civil*. Madrid. Civitas, 1998.

HABERLE. Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Safe, 1997.

HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. I 2. ed.. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE. Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

ITALIA. *Códice Di Procedura Penale e leggi complementari*. A cura di Aurélio Barazzetta e Renato Bricchetti. Carsoli: Ed. 24 ore, 1997.

JANONE. Ângelo. *Breves indicações sobre o procedimento penal italiano*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi>. Acesso em 23 de março de 2007.

JAYME. Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Dely Rey, 2005.

JAYME. Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: Exigência Democrática*. Belo Horizonte: Dey Rey, 2000.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL. André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2002.

LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

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

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

LEAL. Rosemiro. *A prova na teoria do processo contemporâneo. Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL. Rosemiro. *Estudos Continuados de teoria do processo*. v. II. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL. Rosemiro. *Estudos Continuados de teoria do processo*. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

LEAL. Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOPES. Maurício Antônio Ribeiro. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000.

LUIISO. Francesco Paolo. *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terti*. Milano: Giuffrè editore, 1981.

MACIEL JÚNIOR. Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas. As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MACHADO. Antônio Alberto. *Prisão Preventiva*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MALCHER. J.L. da Gama. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos editora, 2002.

MARCONDES. Hilton Japiassú. *Dicionário básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1996.

MAFFINI. Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES. José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. vol.I. Campinas: Bookseller, 1998.

MARTINEZ. Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid: Eudema, 1991.

MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: RT, 1989.

MIRANDA. Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIREILLE. Delmas-Marty. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Itália)*. Association de Recherches Pénales Européennes – ARPE-. Traducción: Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: EDIJUS, 2000.

MORO. Sergio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER. Friedrich. *Quem é o Povo. A questão Fundamental da Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NERY JÚNIOR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2000.

NUNES. Elpídio Donizetti. *O exercício da jurisdição sob o prisma da efetividade. Dissertação de mestrado*. 2002. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

NOVELINO. Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEDROSO. Fernando de Almeida. *Processo Penal. O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites*. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA. André Estevão Ubaldino. *Da prisão preventiva*. 2002. Dissertação de Mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal anotado e comentado*. Anot. Manuel Lopes Maia Gonçalves. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

RAMOS. João Gualberto Garcez. *A Tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REZEK NETO. Chade. *O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

ROTHENBURG. Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Safe, 1999.

SANTOS. Gil Moreira. *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1996.

SARMENTO. Daniel. A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmento de uma Teoria. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA. José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA. Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES. Carlos Henrique. *O Advogado e o Processo e a Constituição*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Coordenação: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES. Mário Lúcio Quintão. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUSA. Fernanda Marinela de. *Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2006.

SOUZA. Sérgio Ricardo de. *Temas de Direito Processual Penal Constitucional aplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SOUZA. Marcelo Agamenon Góes de. *A cautelaridade na prisão preventiva*. Rio de Janeiro: Temas e idéias, 2004.

SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUANES. Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 40. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI. Rogério Lauria. *Teoria do Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2003.

TONINI. Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. 1. ed. Tradução: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TORNAGHI. Hélio. *A Relação Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VIEIRA. José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 1, n. 1, 1º sem. 1998, Belo Horizonte, p. 90 -107.

WOLF. Francis. *Nascimento da Razão, Origem da crise*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

WOLKMER. Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Safe, 1990.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAMÚDIO. Héctor Fix. *Latino América: Constitución, proceso y Derechos humanos*. México: Editorial Porruá, 1988.

ZOLLINGER. Márcia. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006.

## ANEXOS.

### PROJETO DE LEI Nº..... DE 2003.

(Do Senhor Paes Landim)  
*Dispõe sobre prisão preventiva, liberdade condicional e concessão de comutação de pena, indulto ou anistia.*

#### **O CONGRESSO NACIONAL decreta:**

Art. 1º - Será obrigatória a decretação da prisão preventiva do maior de 16 (dezesesseis) anos quando houver indícios suficientes da prática dos seguintes crimes:

I – contra autoridades judiciárias, militares, policiais, membros do Ministério Público, serventuários do Poder Judiciário, fiscais de órgãos públicos, advogados, parlamentares e jornalistas no exercício de suas atividades profissionais ou em razão de sua prática, se ao ofendido resultar morte ou lesão corporal grave;

II – contra qualquer pessoa pelo exercício de ato de dirigir, orientar, manter a ordem ou disciplina inerente à sua atividade profissional, se lhe resultar a morte ou lesão corporal grave;

III – de comércio ilegal ou tráfico de entorpecentes, substâncias tóxicas ou prejudiciais à saúde;

IV – de comércio ilegal ou tráfico de armas de fogo ou explosivos;

V – de roubo, seqüestro, estupro, latrocínio e, se utilizados meios que impossibilitarem a reação ou evasão da vítima, cárcere privado, com violência ou ameaça contra pessoas;

VI – mediante a utilização ou exploração de menores de idade ou de pessoas criminalmente inimputáveis;

VII – de extorsão ou ameaça, se o autor for autoridade judiciária, militar, policial, membro do Ministério Público, fiscal de órgão público, tutor ou curador da vítima;

VIII – de tortura e ofensas físicas a quem estiver sob a guarda, custódia ou responsabilidade do ofensor;

IX – sob os efeitos de uso voluntário ou por dependência das substâncias mencionadas no inciso III;

X – que forem cometidos a mando de criminosos ou por grupos organizados de criminosos para a criminalidade;

XI – de depredação ou invasão de patrimônio ou bem público ou de uso coletivo;

XII – praticados com armas de uso privativo das Forças Armadas ou órgãos policiais.

§ 1º - A autoridade que efetuar a prisão fará ao juiz competente, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, a comunicação de sua realização, acompanhada de fundamentação, indícios e provas que tiver apurado.

§ 2º - Em se tratando de menor de 18 (dezoito) anos, a medida será de internação em estabelecimento destinado à custódia de menor infrator.

§ 3º - O juiz decidirá imediatamente pela manutenção da prisão preventiva ou sua revogação, se verificar não haver os requisitos necessários para sua decretação ou constatar evidências de causas excludentes de criminalidade ou inimizabilidade penal.

§ 4º - O juiz, ao decretar a prisão preventiva, fixará o prazo de sua duração, podendo, ao final deste, prorrogá-la por igual período.

§ 5º - Responderá administrativa, criminal e civilmente, inclusive por danos morais, a autoridade que efetuar ou mantiver prisão preventiva injustificada, ilegal ou sem os requisitos necessários para que seja realizada.

§ 6º - A quem for preso preventivamente serão garantidos todos os direitos previstos na Constituição Federal e leis aplicáveis, inclusive o contato com familiares e a assistência de advogado.

Art. 2º - Aos condenados pelos crimes mencionados no artigo anterior, não poderão ser concedidos livramento condicional, comutação da condenação, indulto ou anistia, enquanto não cumprirem, pelo menos, 2/3 (dois terços) da pena, salvo se comprovadamente contraírem doença grave incurável.

Parágrafo único – A individualização e concretização dos benefícios mencionados neste artigo dependerá de decisão do juiz competente, sujeita a recurso.

Art. 3º - Nos crimes leves contra a natureza, meio ambiente, animais, de discriminação ou de ameaça com armas ou explosivos, o juiz poderá decretar prisão preventiva de até 15 (quinze) dias, que terá caráter meramente correccional, sem prejuízo da pena a que estiver sujeito o autor.

§ 1º - Se o réu for reincidente, a duração poderá ser de até 30 (trinta) dias.

§ 2º – A medida somente será decretada se houver condição de cumprimento em dependências que não abriguem condenados ou presos preventivamente por outros delitos.

§ 3º - No julgamento final do processo, o juiz poderá isentar de pena quem tiver cumprido a prisão preventiva, se entender ter sido ela suficiente para readaptação social do réu.

Art. 4º - A prisão preventiva, para nenhum efeito, será considerada antecedente ou agravante criminal se, no julgamento final, o réu for absolvido ou isento de pena.

Art. 5º - Dos presos ou internados preventivamente se poderão exigir trabalhos compatíveis à sua condição em estabelecimentos ou serviços públicos.

Art. 6º - Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 7º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

## **JUSTIFICAÇÃO**

O combate à violência, ao crime organizado, aos grandes delitos e pequenas transgressões e práticas que facilitam a criminalidade necessita de normas que sejam mais eficientes e possibilitem mais rapidez, como prevenção e capazes de ensejar apuração mais célere, com correção reeducativa imediata de conduta anti-social.

A correção reeducativa imediata de contravenção penal ou pequenos delitos evita a escalada da criminalidade. Também, não será eficiente o combate à criminalidade e ao crime organizado se não for estabelecido maior rigor no cumprimento da pena.

O respeito aos direitos individuais e ao de ninguém ser preso, salvo flagrante ou ordem judicial, não pode chegar ao ponto de manietar as autoridades na apuração de crimes ou na prevenção da criminalidade.

Resguardados os direitos individuais e garantidos mecanismos que evitem o arbítrio e o abuso de poder, é preciso dar às autoridades responsáveis pela segurança pública e judiciárias meios de exercer com eficiência suas atividades e de impor penas que façam regredir e conter os impulsos criminosos.

O processo judicial é normalmente lento até pelo próprio exercício do direito de defesa do réu, o que dificulta a ação dos órgãos de segurança pública, tornando inócua até a instauração de inquérito ou condenação posterior, se mesmo a detenção provisória depender de flagrante ou ordem de juiz, provocando ainda a sensação de impunidade.

Sala da Comissão, em 22 de maio de 2003.

Deputado **PAES LANDIM**

# **COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA**

## **PROJETO DE LEI Nº 1.102, DE 2003**

Dispõe sobre prisão preventiva,  
liberdade condicional e concessão de  
comutação de pena, indulto ou anistia.

**Autor:** Deputado PAES LANDIM

**Relator:** Deputado LUIZ EDUARDO  
GREENHALGH

### **I - RELATÓRIO**

Entre outros aspectos, o Projeto de Lei em análise obriga a decretação da prisão do maior de dezesseis anos, quando houver indícios suficientes da prática de determinados crimes, como, por exemplo, comércio ilegal ou tráfico de entorpecentes, substâncias tóxicas ou prejudiciais à saúde; roubo; seqüestro; estupro e latrocínio.

Prevê, ainda, hipóteses de impedimento de concessão de livramento condicional, comutação da condenação, indulto ou anistia.

Alega o nobre Autor do Projeto que “o combate à violência, ao crime organizado, aos grandes delitos e pequenas transgressões e práticas que facilitam a criminalidade necessita de normas que sejam mais eficientes e possibilitem mais rapidez, como prevenção e capazes de ensejar apuração mais célere, com correção reeducativa imediata de conduta anti-social.

Compete-nos o pronunciamento quanto à constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e ao mérito do Projeto.

É o relatório.

### **II - VOTO DO RELATOR**

A proposição em apreço contém vícios de inconstitucionalidade, de injuridicidade e é de má técnica legislativa.

O art. 228 da Constituição Federal é claro, ao determinar que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Desse modo, a lei infraconstitucional não poderá prever a prisão do menor de dezoito anos, em hipótese alguma, estando este sujeito às normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A retirada de benefícios como o livramento condicional, comutação da pena, indulto e anistia, também revela-se inconstitucional, na medida em que viola a individualização da pena, prevista no inciso XLVI, da Carta Magna.

Assim, o Projeto contém vícios insanáveis de inconstitucionalidade e injuridicidade. A técnica legislativa também não se adequa à Lei Complementar nº 95/98, ao deixar de indicar a finalidade da Lei nova e utilizar-se de cláusula revogatória genérica.

No mérito, não se vislumbram avanços no combate e punição das condutas delituosas. O simples agravamento ou a eliminação de benefícios na execução penal não têm o condão de prevenir a criminalidade nem contribui para a ressocialização do condenado.

O Projeto também contém dispositivo inócuo, como o art. 4º, segundo o qual “a prisão preventiva, para nenhum afeito, será considerada antecedente ou agravante criminal se, no julgamento final, o réu for absolvido ou isento de pena”.

A absolvição já tem o efeito de afastar qualquer efeito penal em relação ao réu, podendo até mesmo surgir para este o direito a indenização por danos materiais e morais, em caso de prisão procedida ao arrepio da lei ou de ação penal instaurada de má-fé.

Por todos esses argumentos, voto pela inconstitucionalidade, injuridicidade e má técnica legislativa do Projeto de Lei nº 1.102/03, e, no mérito, pela sua rejeição.

Sala da Comissão, em 2006.

Deputado LUIZ EDUARDO GREENHALGH  
Relator

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 89.765 - SP (2007/0206612-6)**

**RELATORA : MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**

**IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : CARLOS ALBERTO MACEDO BASTOS**

## **EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PECULATO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO SOBRE A DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PROCEDIMENTO ESPECIAL. PREVISÃO DE DEFESA PRELIMINAR. NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS PRELIMINARES ARGÜIDAS PELA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR O PROCESSO ATÉ A DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. PREJUDICADO O PEDIDO DE INÉPCIA MATERIAL E FORMAL DA PEÇA ACUSATÓRIA.

1. O procedimento da lei 11.343/2006 prevê em seu artigo 55 a apresentação de defesa preliminar pelo denunciado no prazo de dez

dias.

2. Nos procedimentos especiais em que o legislador exigiu defesa preliminar, é evidente a necessidade de motivação da decisão que recebe a denúncia, eis que, nesse tipo específico de procedimento, faculta-se à parte a manifestação pretérita ao ato decisório que deflagra a ação penal, podendo ela, inclusive, ofertar provas, tudo em homenagem ao princípio constitucional do contraditório.

3. A ausência de análise das preliminares suscitadas pelo denunciado em defesa preliminar constitui vício que macula o procedimento e requer a declaração de sua nulidade como forma de cessar o constrangimento.

4. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR O PROCESSO ATÉ A DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA, INCLUSIVE. PREJUDICADO O PEDIDO DE INÉPCIA DA PEÇA ACUSATÓRIA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,

acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 26 de fevereiro de 2008.(Data do Julgamento)

MINISTRA JANE SILVA  
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)  
Relatora

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 89.765 - SP (2007/0206612-6)**

**RELATORA : MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**

IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : CARLOS ALBERTO MACEDO BASTOS

## RELATÓRIO

**A EXM<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)(Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus* interposto contra acórdão prolatado pela 11<sup>a</sup> Câmara do 6<sup>o</sup> Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem, em *writ* ajuizado visando anular a decisão que recebeu a denúncia alegadamente inepta e sem a devida análise e fundamentação das preliminares suscitadas na defesa preliminar.

Alegam os requerentes que a denúncia foi recebida sem rechaçar as preliminares argüidas em defesa preliminar, mesmo em se tratando de procedimento especial no qual se impõe a fundamentação.

Sustentam inexistir justa causa para a ação penal, uma vez que a denúncia é inepta materialmente, por inexistir nos autos fato ou mera acusação que corrobore a imputação e, também, formalmente, porque não individualizou a conduta supostamente delitativa descrita pelo paciente.

Aduzem que o hipotético suspeito é delegado de polícia há mais de 15 anos, e que, também, é vereador da Câmara Municipal de São José dos Campos, local onde cumpre o sexto mandato, não tendo, além do presente caso, sido submetido a qualquer investigação.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Carlos Fernando Mathias, fl. 369/370.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada coatora, fl. 372/374.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, fl.406/412.

Os autos me foram atribuídos, fl. 414.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

# Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 89.765 - SP (2007/0206612-6)

**RELATORA : MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)**

IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS ALBERTO MACEDO BASTOS

## VOTO

**A EXM<sup>a</sup>. SR<sup>a</sup>. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)(Relatora):**

Interrompi o julgamento após a sustentação oral, ante algumas dúvidas que ela me ensejou em relação ao processo.

Analisei, também, atentamente as razões da impetração, as informações prestadas, a documentação acostada, o parecer do Ministério Público Federal e entendo que há, de fato, vício insanável maculando a decisão que recebeu a denúncia e os atos a ela posteriores, impondo-se a declaração de sua nulidade afim de fazer cessar o alegado constrangimento ilegal.

Trata-se de *habeas corpus* interposto contra acórdão prolatado pela 11<sup>a</sup> Câmara do 6<sup>o</sup> Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem, em *writ* ajuizado visando anular a decisão que recebeu a denúncia inepta formal e materialmente e sem a devida análise e fundamentação das preliminares suscitadas na defesa preliminar.

Na ação constitucional encaminhada a esta Superior Instância, os requerentes sustentam igualmente que a denúncia foi recebida sem rechaçar as preliminares argüidas em defesa preliminar, mesmo em se tratando de procedimento especial em que se impõe a fundamentação.

Sustentam que inexistente justa causa para a ação penal, vez que a denúncia é inepta materialmente, por inexistir nos autos fato ou mera acusação que corrobore a imputação e, também, formalmente, por não ter individualizado a conduta em tese criminosa do paciente.

A denúncia atribuiu ao paciente, Delegado da Polícia Civil, e a mais quatro investigadores da mesma corporação, os crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico de drogas, peculato e falsificação de documento público.

O procedimento adotado, à época do recebimento da denúncia, fl. 296, foi o especial, previsto na Lei 11.343/2006, motivo pelo qual, seguindo o preceito do artigo 55 dessa Lei, foi aberta vista à defesa para apresentar defesa preliminar no prazo de dez dias, nos termos da Lei:

Art 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

A primorosa peça defensiva acostada às fls. 251/294, levantou diversas preliminares, quais sejam:

1. Inépcia material da denúncia, consistente na não descrição de condutas que demonstrassem a existência de um lastro probatório mínimo a embasar os crimes ao paciente atribuídos. Tal vício foi apontado mediante a sustentação de que o Delegado somente teria aparecido no local da apreensão para que a prisão em flagrante fosse formalizada na DISE de São José dos Campos; que ele não teria praticado qualquer verbo do tipo atinente ao tráfico de drogas; que a droga teria permanecido no carro da polícia militar durante o tempo em que se discutia onde seria lavrado o flagrante; que não há, na foto batida pela polícia militar logo após a apreensão, qualquer saco de nylon em que estaria as quarenta barras de maconha prensada que hipoteticamente teria sumido; que há contradição entre os depoimentos dos próprios policiais militares, uns dizem que não existia saco de nylon, outros narram história no sentido oposto; que os fatos somente teriam sido atribuídos aos policiais civis porque os militares sentiram-se desgostosos com o sucesso da diligência ter sido atribuído à corporação civil e, por fim, que o Delegado exerce sua função há quinze anos sem que haja em sua folha funcional qualquer falta, que ele foi o responsável pela maior apreensão de droga já realizada na circunscrição pela qual é responsável, que é fundador de uma associação contra as drogas, que já está em seu sexto mandato como vereador e mesmo assim, a denúncia, sem qualquer suporte fático, afirmou, sem compromisso com a veracidade do alegado, que o paciente, juntamente com os investigadores, se associavam com vínculo permanente para a prática do crime de tráfico, facilitavam a ação de traficantes, entregavam droga a terceiro para consumo e que a delegacia da qual era ele o responsável era famosa por facilitar a atividade ilícita.

2. Inépcia formal da denúncia, consistente, segundo a impetração, na não individualização das condutas atribuídas a cada denunciado: não teria a denúncia esclarecido qual a conduta praticada pelo Delegado de Polícia que pudesse ensejar os crimes a ele atribuídos. Se o paciente somente compareceu para resolver onde o flagrante seria formalizado, porque o sumiço da droga lhe foi atribuído? Se a droga foi transportada no carro da polícia militar, porque são os policiais civis os responsáveis pelo suposto desvio? Também segundo a defesa, a denúncia teria capitulado o crime de associação para o tráfico sem indicar qualquer fato concreto, apenas valendo-se de palavras estereotipadas. A ausência de individualização, nesse caso, segundo pleiteia a defesa, consiste na atribuição de responsabilidade objetiva aos denunciados.

3. Excesso acusatório da denúncia que capitulou os crimes de tráfico de drogas e peculato, ocorrendo em *bis in idem* e necessidade de absorção do crime meio de falsificação de documento público pelo delito fim de tráfico.

Os autos foram, então, ao Ministério Público, após, sobreveio a primeira decisão que recebeu a denúncia, limitando-se a dizer, como se vê na fl. 309, que não existiam questões preliminares a serem analisadas, que a denúncia preenchia os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual foi, naquele momento, recebida.

Percebendo o equívoco, a defesa peticionou nos autos, lembrando ao magistrado que sua peça preliminar estava permeada de preliminares suscitadas que requeriam análise prévia, antes que fosse proferida a decisão de recebimento da peça acusatória, aliás, as preliminares pretendiam justamente afastar de plano o início da ação penal.

Reconhecendo que as preliminares não foram analisadas, o Juiz monocrático proferiu nova decisão, fl. 312/313.

Todavia, a decisão que deveria suprir a ausência de análise das questões levantadas na defesa preliminar, mostrou-se falha e equivocada ao mencionar genericamente que as preliminares suscitadas pela defesa cingiam-se à matéria de mérito e que aquele não era o momento oportuno para a discussão. Mencionou genericamente que as condutas não foram individualizadas porque tratava-se de crime societário, em que é prescindível a demonstração específica de atuação de cada agente, assim como, afirmou, sem demonstrar suas razões de decidir, que os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal foram preenchidos.

Trecho da decisão que deveria ter analisado a defesa preliminar:

As petições de fls. 615/627 e 659/671 abordam questões de mérito (...). A denúncia não é inepta. Com efeito, estão preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Em se tratando em tese de crime societário, não é imprescindível a individualização da atuação específica de cada agente, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (...).

Ora, confrontando todas as alegações suscitadas pela defesa, observando seu inegável trabalho de análise das matérias processuais de inépcia material e formal da denúncia e excesso na acusação é impossível negar que a decisão que deveria ter analisado a defesa preliminar padece de fundamentação e, mais, além de não ter demonstrado com base nos elementos dos autos porque a denúncia deveria ser recebida, não analisou efetivamente as preliminares argüidas.

Nos crimes cujos procedimentos prevêm defesa preliminar antes do recebimento da denúncia é necessário, mesmo que de forma sucinta, uma abordagem em relação às questões trazidas pelo acusado, para ensejar o controle processual e possibilitar o exercício da ampla defesa.

Esse é entendimento de Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo penal Comentado, 6ªed, p. 146):

Em todos os procedimentos onde se exigir defesa preliminar do denunciado, vale dizer, antes de haver o recebimento da peça acusatória, ocorre a manifestação do interessado, com a possibilidade, inclusive, de ofertar provas. Torne-se evidente o dever do magistrado de motivar a decisão, ainda que concisamente.

Nesse sentido estão alguns dos julgados desse Superior Tribunal de Justiça:

Despacho meramente formal que não se coaduna com o sentido material do comando da Constituição (RHC 8.481/ SC – Relator o Ministro Cernicchiaro – DJ 31/05/99, p. 189; RHC 9.165/SP Relator o Ministro Felix Fischer – DJ 02/12/1999, p. 46).

Sabe-se que para o recebimento da denúncia é preciso que haja justa causa e o preenchimento dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. A justa causa consiste na prova da existência do crime e na presença de indícios mínimos de autoria.

A análise desse lastro probatório mínimo é indispensável para justificar o início de uma ação penal que, como é cediço, atenta, por sua própria natureza, contra a liberdade do indivíduo e lhe impõe alguns gravames, sobretudo, quando os denunciados são servidores públicos pertencentes à polícia judiciária.

Não basta afirmar de forma minimalista que as preliminares referiam-se à matéria probatória e que aquele momento não era o adequado para a sua análise. Tal afirmativa já não seria suficiente para o procedimento ordinário, quiçá para os procedimentos especiais que prevêem defesa preliminar antes do recebimento da denúncia.

O processo penal hodierno, permeado pela principiologia constitucional por meio das garantias atinentes ao devido processo legal, como o contraditório, a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, o direito à advogado, o duplo grau de jurisdição e a possibilidade de ver fundamentada todas as decisões dos órgãos do Judiciário, garante a participação efetiva das partes na construção das decisões jurisdicionais. São elas que sofrerão os efeitos da decisão, que terão seu universo de direitos afetado, logo, é razoável que numa Democracia de Direito, as partes participem ativamente da construção do ato estatal que lhes será imposto. (Cf. BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004).

Suprimir as garantias atinentes ao devido processo legal é o meio mais seguro de obstar a realização de direitos fundamentais. Sem a observância do contraditório e da ampla defesa o cidadão fica, face ao poder do Estado, impossibilitado de desfrutar dos direitos assegurados a ele pela Constituição da República. Tais direitos não são, por óbvio, ilimitados, mas sua restrição, no Estado que se funda na lei e na democracia, requer a fundamentação necessária para que a incursão no universo de direitos da parte não seja feita ao largo da lei.

Assim, de fato não cabia ao magistrado realizar grande aprofundamento na prova dos autos, fazendo juízo de valor açodado, antes da instrução probatória, todavia, para que ele demonstrasse que há justa causa, que a denúncia não padece de inépcia material ou formal e que a acusação não se excedeu, fazia-se necessário demonstrar a existência de um lastro probatório mínimo de que os crimes existiram e de que os denunciados possuem contra eles indícios de serem seus autores.

A denúncia é sim o momento para que esse tipo de análise ocorra, afinal, acaso o magistrado entendesse pertinente a absorção do crime de falsificação de documento público pelo de tráfico, ou a necessidade de exclusão do crime de peculato, ante a presença do de tráfico, poderia tê-lo feito nesse momento procedimental.

Repita-se, nos crimes em que o legislador fez previsão de uma técnica procedimental que estipula o ato da defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, primando pelo contraditório efetivo, a ausência de análise pormenorizada de todas as preliminares argüidas pela defesa e a deficiência de fundamentação da decisão que a recebeu, causa inegável constrangimento aos denunciados e vai de encontro à vontade do legislador que visava possibilitar à parte se defender, com a possibilidade de influir na decisão, antes de ser deflagrada a ação penal.

Há, pois, inegável vício sobre a decisão que recebeu a denúncia ante a ausência de fundamentação e análise das preliminares que enseja a necessidade de declaração de sua nulidade.

Julgarei prejudicada a análise das alegações defensivas relativas à inépcia material e formal da denúncia e excesso da acusação, porque o magistrado *a quo* não o fez, o que resultaria em supressão de instância, proibida em nosso ordenamento jurídico.

**Posto isto, concedo a ordem para anular o processo desde a decisão que recebeu a denúncia, para que outra seja prolatada conforme o procedimento da Lei 11.343/2006. Julgo prejudicado o pedido atinente à inépcia da denúncia.**

**Os efeitos desse julgado não podem ser estendidos aos co-réus, haja vista que a defesa preliminar inobservada referia-se apenas ao paciente.**

**É como voto.**