

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

CRISTINA ROCHA DE OLIVEIRA

**DECISIONISMO JUDICIAL NA ESFERA PENAL:
Uma Análise a Partir dos Decretos de Prisões Cautelares no Processo Penal
Brasileiro**

**São Leopoldo
2018**

CRISTINA ROCHA DE OLIVEIRA

**DECISIONISMO JUDICIAL NA ESFERA PENAL:
Uma Análise a Partir dos Decretos de Prisões Cautelares no Processo Penal
Brasileiro**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

São Leopoldo

2018

Dedico este trabalho a todos que lutaram comigo e me estenderam a mão quando precisei de carinho e apoio e ao meu Orientador que tem muito dele neste trabalho, pessoa inigualável com os alunos, sempre dedicado e preocupado com a nossa excelência. A ele minha eterna consideração e respeito. A ele cada palavra aqui escrita, pois teve papel fundamental ao “nascimento” deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente não há como não agradecer a Deus, por ter me carregado no colo todas as vezes que acreditei ter perdido as minhas forças.

Ao meu pai, que sempre teve o sonho de ver um filho formado, a ele meu desejo que tenha saúde para me ver vencer mais vezes na vida.

A minha mãe que sempre teve uma vida sofrida, mas nunca deixou de lutar e de ter perseverança e resiliência, nem mesmo quando a pior doença quis tirá-la do nosso lado.

Ao meu marido que sempre me disse as palavras certas nas horas certas, que sempre me defendeu quando eu não sabia como reagir às intempéries da vida, sofreu comigo e venceremos juntos até que a morte nos separe.

Aos meus irmãos Alexandre e Vinícius que sempre acreditaram em mim e me estenderam a mão quando precisei e quando nem eu mais acreditava em mim.

As minhas filhas, Mariana e Gabriela, que são as minhas razões de viver e de lutar, seguir em frente e jamais desistir. As minhas fontes de inspiração e a descoberta da vida e do amor verdadeiro. Por elas cada noite perdida, cada madrugada cansada de estudo e leitura, por elas o meu futuro e os meus dias, cada vitória minha é por elas e agora também pela pequena Isis, nossa deusa que veio para encher as nossas casas e as nossas vidas de mais cor e mais alegria e a me dar um motivo a mais para continuar e acreditar que ainda é possível.

Ao meu genro e filho Gustavo que veio só para fazer com que a minha filha conhecesse o amor e a felicidade, pessoa íntegra, correta, maravilhosa e pai amoroso. Não há como não amar e agradecer.

Ao meu amigo Lucas, que jamais saiu do meu lado e me deu todo o apoio e as palavras motivacionais que precisei ouvir.

A todos os professores que de alguma forma marcaram a minha vida acadêmica, porque sem eles eu não teria conteúdo, não teria aprendido nada e não seguiria o caminho que pretendo trilhar.

Ao meu incansável orientador Maiquel, que nem todas as palavras do mundo seriam suficientes para agradecer a paciência e tolerância comigo, me salvando nas dúvidas, nos medos de fracasso e todas as vezes que me aturou e ensinou como montar e explorar tudo que este trabalho hoje contém.

A todos vocês o meu eterno agradecimento, reconhecimento e meu amor incondicional.

Os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos quiméricos, o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes — a incerteza, tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas. (BECCARIA, 1764)

RESUMO

Esta pesquisa aborda o decisionismo judicial e seu impacto em relação às prisões cautelares. Procura-se discutir quais tem sido as justificativas e fundamentações para se chegar em tais decisões e, ainda, demonstrar o quanto tais decisões tem sido efetivamente conhecidas pela arbitrariedade judicial, ultrajando e desprezando o modelo de direito processual penal delineado pelo Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Objetiva-se debater a série de problemas que acarretam este decisionismo judicial na medida em que aumenta substancialmente as prisões cautelares sob os argumentos apresentados para justificar tais decisões. Para tanto, são analisados os pressupostos constitucionais da atuação punitiva do Estado a partir do princípio da motivação das decisões e serão investigadas as tensões entre eficientismo penal e garantismo, a fim de compreender em que medida o Garantismo Penal pode representar um mecanismo de tutela do indivíduo em face do arbítrio punitivo estatal.

Palavras-chave: Decisionismo Judicial. Prisões Cautelares. Arbitrariedade das decisões. Punição antecipada.

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	8
2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROIBIÇÃO DA ARBITRARIEDADE JUDICIAL	12
2.1 As Garantias do Processo Penal no Estado Democrático de Direito	12
2.2 A Motivação das Decisões e a Proibição da Arbitrariiedade Judicial	20
3 O TENSIONAMENTO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS EM FACE DA LÓGICA DA EFICIÊNCIA	25
3.1 O Eficientismo Punitivo no Âmbito do Processo Penal Brasileiro	26
3.2 O Crescimento Exponencial das Prisões Cautelares no Brasil como Manifestação do Eficientismo Jurídico-Penal	34
4 O PROCESSO PENAL DE GARANTIAS COMO CÁPSULA DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	45
4.1 O Garantismo Penal como Condição de Possibilidade para o Controle da Violência no Âmbito Jurídico-Penal	46
4.2 O Princípio da Motivação das Decisões e seu Papel no Reforço da Cápsula de Contenção da Violência no Estado Democrático de Direito	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS.....	58

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As justificativas são as mais diversas: a garantia da ordem pública, a adequação da “letra fria” da Constituição, uma resposta (célere) para a sociedade, a defasagem do Código de Processo Penal, etc. Sejam elas quais forem, o fato é que todas as respostas apresentadas ao problema da banalização das prisões cautelares no Brasil não passam de mera estratégia de legitimação para o decisionismo judicial que tem imperado no Processo Penal brasileiro nos últimos anos.

O decisionismo judicial tem encontrado respaldo na busca incansável de uma justiça com punição antecipada para provar a sociedade e a mídia que ainda há possibilidade de resolver o problema da violência que assola o Brasil, fato este que tem aumentado gradativamente nos últimos anos, face ao descumprimento das normas do ordenamento jurídico ainda vigente, mesmo que obsoleto, e da Constituição Federal que também ainda vigora, porém tem sido esquecida pelos magistrados quando escolhem manter uma decisão de punição antecipada quando mantem as prisões sob fracos argumentos, ora taxados de “entendimentos” para que se possa prestar uma rápida resposta a sociedade ou até mesmo por acreditarem estar em suas mãos a solução para o problema da violência.

Esse decisionismo tem consequências reais. E uma delas pode ser observada no que se refere à escalada da população penitenciária nacional em razão da decretação das prisões cautelares. Entre a filosofia da consciência, os limites da decisão e a convicção motivada do juiz, as prisões cautelares estão superlotando o sistema prisional nacional, deixando esquecida a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal no que tange à verdadeira necessidade destas prisões, que aumentam vertiginosamente e impactam negativamente as estatísticas envolvendo a realidade carcerária no país.

Nesse contexto é que se coloca o problema que orienta a presente pesquisa, o qual pode ser assim sintetizado: em que medida a motivação das decisões que decretam prisões cautelares no Processo Penal brasileiro tem sido marcada pelo decisionismo/arbitrariedade judicial, afrontando o modelo delineado sob o paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988? Caso positivo, qual a contribuição deste processo para o panorama de caos no sistema carcerário nacional, mesmo que sob o fundamento de que tais prisões

representam o melhor à sociedade em face a uma suposta “escalada” da criminalidade?

Como hipótese provisoriamente construída ao problema, salienta-se que o arbítrio judicial na decretação das prisões cautelares no Processo Penal brasileiro é consequência da falta de atuação correta dos aplicadores da lei processual penal no que diz respeito à sua conformidade com a lei, com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, sob o pressuposto de uma eficiência punitiva como reforço na contenção da violência.

Embora não se ignore que a violência tem assolado o dia-a-dia das pessoas, este crescente decisionismo judicial também é responsável por esta escalada, eis que as prisões cautelares fundamentadas além da lei, fazem o sistema prisional superlotar. Com isso, os apenados se revoltam diante da situação precária das penitenciárias, o que gera rebeliões, mortes e a retroalimentação do círculo vicioso da violência.

Nesse sentido, assevera-se que, em um Estado Democrático de Direito, as leis que estão em consonância com os princípios constitucionalmente estabelecidos devem ser respeitadas, sem que a elas se sobreponha qualquer tipo de arbitrariedade revestida de razão para fundamentar este decisionismo tão crescente como medida de eficiência para o controle da violência. Com efeito, não é incomum que, em seus próprios fundamentos, quando expondo as razões que subjazem às suas decisões, os juízes e desembargadores, não escondem que estão decidindo *de acordo com a sua consciência e com seu entendimento pessoal* em cada caso concreto.

A motivação das decisões, quando orientada pela arbitrariedade, também tem sido um forte caminho que o Judiciário tem percorrido buscando justificar as garantias constitucionais, eis que, se por um lado estas motivações têm que ser totalmente fundamentadas sob o risco previsto na Constituição de não serem reconhecidas, por outro lado, elas vêm carregadas de decisionismo para a manutenção das prisões cautelares hoje existentes.

Diante do exposto, o presente trabalho tem por objetivo geral mostrar a série de problemas que acarretam o decisionismo judicial no momento em que aumentam circunstancialmente as prisões cautelares sob os argumentos apresentados para justificar tais decisões.

Já no que se refere aos objetivos específicos da pesquisa, busca-se:

a) analisar os pressupostos constitucionais da atuação punitiva do Estado a partir do princípio da motivação das decisões;

b) investigar a tensão entre eficientismo penal e garantias processuais a partir do crescimento das prisões cautelares;

c) compreender em que medida o Garantismo penal pode representar um mecanismo de tutela do indivíduo em face do arbítrio punitivo estatal.

O método empregado na pesquisa foi o dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográficas e documentais. O enfoque principal do trabalho está centrado no estudo da compreensão em como se alcançou tamanha disparidade no judiciário sob fracos argumentos para fugir do cumprimento das leis, quais as consequências e quais fundamentos apresentados pelo judiciário para se utilizar do livre convencimento nas manutenções das prisões cautelares como justificativa para conter a violência.

O trabalho encontra-se estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo serão abordados o Processo Penal no Estado Democrático de Direito e a proibição da arbitrariedade, bem como as garantias deste modelo de Processo Penal, perquirindo como são e como deveriam ser tratadas as prisões cautelares dentro deste contexto, e ainda a motivação das decisões e a proibição da arbitrariedade judicial, o que ela acarreta quando não cumprida.

Já no segundo capítulo abarca-se o tensionamento das garantias processuais penais em face da lógica da eficiência, bem como sobre o eficientismo punitivo no âmbito do Processo Penal e o crescimento exponencial das prisões cautelares como manifestação do eficientismo jurídico penal.

Por fim, no terceiro capítulo será abordado o Processo Penal de garantias como cápsula de contenção da violência no Estado Democrático de Direito, o Garantismo Penal como condição de possibilidade para o controle da violência no âmbito jurídico penal e o princípio da motivação faz decisões e seu papel no reforço da capsula de contenção da violência.

Esta pesquisa se justifica na medida em que se encontra perfeitamente vinculada à epistemologia garantista do Direito Processual Penal brasileiro que orienta o Curso de graduação em Direito da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Outrossim, a pesquisa contribui para o aprimoramento do sistema de administração da justiça penal, uma vez que visa à

sua conformação ao texto da Constituição Federal e aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

2 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROIBIÇÃO DA ARBITRARIEDADE JUDICIAL

Há que se discutir a questão relativa à expansão da atuação do Poder Judiciário e onde se esgota o limite do poder de julgar e começa a discricionariedade que abala este sistema. Parte-se da ideia de que à magistratura não basta somente fundamentar as decisões apresentadas: elas têm que ter respaldo na lei e, principalmente, na Constituição. Estes parâmetros visam a garantir que a lei será cumprida e, paralelamente a isso, evitar arbitrariedades praticadas sob a proteção do paradigma do “livre convencimento” e do “decido conforme a minha consciência” (STRECK, 2017).

Conforme a lição de Lenio Luiz Streck (2017, p. 57),

[...] se fizermos uma análise do problema de como decidir à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e este é, efetivamente, ‘o problema’ do ‘livre convencimento’) acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades.

Considerando que o tema da discricionariedade no que diz respeito à decretação das prisões cautelares assume centralidade na presente pesquisa, esta primeira seção visa a introduzir a temática a partir do delineamento constitucional do processo penal brasileiro. Inicialmente, serão abordados os princípios constitucionais que o regem para, na sequência, aprofundar o conteúdo do princípio da motivação das decisões, o qual balizará a discussão acerca da discricionariedade/arbitrariedade judicial na decretação das prisões processuais.

2.1 As Garantias do Processo Penal no Estado Democrático de Direito

As garantias do Processo Penal em um Estado Democrático de Direito evidenciam que ele deve ser a fonte de manutenção e proteção dos direitos do acusado, com base no devido processo legal e nas garantias fundamentais, assegurados pela Constituição vigente. Com efeito, as garantias andam lado a lado com a democracia e desta forma tem-se que permanecer enquanto esta não for atualizada ou alterada.

Acerca do Estado Democrático de Direito, Luigi Ferrajoli (2006, p. 693) afirma que este modelo de Estado

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

De outra banda, no campo do Direito Constitucional, o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 43), afirma que

o Estado deve entender-se como conceito historicamente concreto e como modelo de domínio político típico da modernidade. Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que Estado é um sistema processual e dinâmico e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário e metaconstitucional.

A partir dos conceitos acima delineados, é possível asseverar, com base na obra de Ferrajoli (2006), que o garantismo penal tem seu fundamento baseado nos direitos da pessoa, em seus direitos fundamentais, precisamente quando se abrange o Direito Penal, o qual se baseia em um conjunto de prerrogativas atribuídas ao acusado em face do arbítrio punitivo do Estado. Esta relação entre garantismo e Estado Democrático de Direito evidencia o dever estatal de manter o acusado longe de qualquer arbitrariedade.

Conforme afirma Ferrajoli (2006), o garantismo nasceu no âmbito do Direito Penal, como uma resposta ao enorme e desenfreado crescimento deste instituto e, ainda, frente às culturas jurídicas e políticas, interligando todas, sempre em nome da defesa do Estado Democrático de Direito. Partindo ainda deste entendimento, o autor afirma que do termo “garantismo” é possível extrair três significados distintos, mas com conexões entre si. (FERRAJOLI, 2006, p.785).

Em relação ao primeiro significado, o garantismo representa um paradigma regulamentar de direito. Rigorosamente no que tange ao direito penal, o padrão de “precisa juridicidade”, exclusivo do Estado de Direito, sob a ideia da filosofia do

conhecimento, se evidencia como um complexo intelectual ou de controle mínimo; já no plano político, pode ser definido como um modo de defesa honrada com o propósito de diminuir a violência e a potencializar a liberdade; por fim, sob o plano jurídico, como um tipo de sistema de conexão imposta à missão punitiva do Estado em prol dos direitos do cidadão. (FERRAIOLI, 2006, p. 785-786).

Na oportunidade que aborda o segundo significado de garantismo, Ferrajoli o designa como uma teoria jurídica de “validade” e da “efetividade” com natureza distinta não apenas entre si, mas ainda pela “existência” ou “vigor” das diretrizes. Desta forma, o significado do garantismo exterioriza um acercamento teórico que conserva distintos o “ser” e o “dever ser” dentro do Direito. Coloca como indagação conceitual central o desentendimento dentro dos ordenamentos complexos entre modelos normativos (com tendência garantista) e práticas operacionais (com tendência antigarantista), elucidando-as como a contradição que subsiste entre a validade dos primeiros e a efetividade das segundas. (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Por fim, quando aborda o terceiro significado de garantismo, o autor faz referência a uma filosofia política que espera, do direito e do Estado, o compromisso da explicação externa fundada nos bens e nos interesses que a tutela ou a garantia estabelece em seu intento. Neste último significado, o garantismo apreende a doutrina laica da distinção entre moral e direito, entre validade e justiça, entre ponto de vista externo e ponto de vista interno, no reconhecimento do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. (FERRAJOLI, 2006, p. 787).

Ainda abordando o sistema garantista, a doutrina elenca que ele possui cinco princípios básicos que, conforme Aury Lopes Junior (1998), são reitores do processo penal. São eles: a Jurisdicionalidade; a Ininterrogabilidade do Juízo; a Separação das atividades de julgar e acusar; a Presunção de inocência; e a Contradição.

Quanto à Jurisdicionalidade, trata-se de princípio consagrado no art. 5º, LXI¹, da Constituição Federal de 1988. Este princípio designa não só a indispensabilidade do processo penal, mas também, em amplo sentido, a pura da figura e do estatuto do juiz, bem como mantém o domínio do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, soberania dos magistrados e a restrita subordinação à lei. (LOPES JUNIOR. 1998).

¹ “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.” (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido, o princípio do direito à jurisdição tem papel extremamente fundamental, explicando que de nada valeria a apuração dos direitos se não existisse garantia de sua efetividade. Assim, é este princípio o que assegura aos indivíduos a viabilidade de se valerem de um tribunal independente para a resolução de conflitos – notadamente os de natureza penal. (FERNANDES, 2001).

No que se refere ao princípio da Inderrogabilidade do juízo, Lopes Júnior (1998) afirma que ele impõe a infungibilidade e a indeclinabilidade da jurisdição. Isso, no entender de Ferrajoli (2006, p. 517), quer dizer duas coisas ligadas ao princípio da legalidade: primeiramente, que o julgamento é indeclinável, no sentido de que o juiz não pode subtrair-se a ele qualquer que seja o assunto a julgar; em segundo lugar, que ele é infungível, no sentido de que não pode ser substituído por outras formas de atividade cognitiva operadas por outros sujeitos públicos ou privados. A não derrogação remete à organização da atividade judicial: por um lado a divisão de funções entre juiz e acusação e às condições que definem a figura do juiz e, por outro lado, os procedimentos e os métodos de investigação.

Em relação à separação entre as atividades de acusar e julgar, afirma Lopes Junior (1998) que o Ministério Público se configura como agente exclusivo da acusação, assim asseverando a imparcialidade do juiz e sujeitando sua atuação à antecipada solicitação por meio da ação penal. Esse princípio também deve ser utilizado na fase pré-processual, ignorando o superado modelo de juiz de instrução.

No mesmo sentido, Nucci (2005) afirma que há a separação entre o acusador e o julgador; há, também, a autonomia da acusação, constatado o direito ao ofendido e a qualquer cidadão, prevalece a liberdade de defesa e a igualdade entre as partes no processo; persiste a publicidade no procedimento; o contraditório está sempre presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; prevalece também a maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII², da Constituição Federal, impõe-se a certeza de que será preservado o estado de inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que gera as mais variadas consequências no tratamento da parte ré no processo penal, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a

² “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

certificação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença. (LOPES JUNIOR, 1998).

Para Nucci (2011), acrescenta-se a este princípio o da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), segundo o qual, no caso de dúvida, sempre se deve imperar o estado de inocência, absolvendo-se o acusado. Ainda, acrescenta o autor o princípio penal da intervenção mínima do Estado na vida do indivíduo, vez que a condenação penal somente atingirá aquele que realmente for culpado, o que, por fim, impossibilita que as pessoas sejam obrigadas a se auto acusar, prevalecendo o direito ao silêncio.

Em relação à contradição, Lopes Júnior (1998) salienta que este princípio é uma forma de enfrentamento da prova e comprovação da verdade, constituído não mais sobre um juízo potestativo, e sim sobre a discussão, disciplinada e ritualizada, entre as partes contrárias: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune às penas arbitrárias e desproporcionadas). Afirma ainda o autor referido que, para o controle desta contradição e de que realmente existe prova para derrubar a presunção de inocência, se faz necessário o princípio da motivação de todas as decisões judiciais, eis que somente este princípio permite classificar se a racionalidade da decisão prevaleceu sobre o poder.

Assim, o contraditório não só transporia a garantia do direito à informação de qualquer episódio ou argumento contrário ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos, mas também garantiria a chance de que a resolução pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão, ou seja, o contraditório reivindicaria a garantia de participação em harmoniosa semelhança. (OLIVEIRA, 2018, p. 47).

Em síntese, pode-se afirmar que as garantias são os meios pelos quais se asseguraria a justiça àquele que está sendo processado. Ocorre que, em muitas situações, na contemporaneidade, essas garantias tem ficado de lado, pois é sabido que, não raro, os juízes decidem de acordo com as suas convicções e sem a necessidade de esclarecerem seus pontos de vista, eis que intitulam-se como soberanos das suas próprias decisões, sem pensar que o correto seria existir um equilíbrio entre as garantias e a justiça, sem que isso comprometesse o contexto do processo penal como um todo.

Ao falar sobre as garantias e o juiz, sustenta Lopes Junior (2014, p.159) que,

para termos um juiz natural, imparcial e que verdadeiramente desempenhe sua função (de garantidor) no processo penal deve estar acima de quaisquer espécies de pressão ou manipulação política. Não que com isso estejamos querendo o impossível – um juiz neutro – senão um juiz independente; alguém que realmente possua condições de formar sua livre convicção. Essa liberdade é em relação a fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas.

Ainda nesta leitura, continua Lopes Junior (2014, p.181) salientando que “a forma dos atos processuais serve à tutela de um princípio”. Isso significa que, “diante de um ato defeituoso, deve-se perquirir se a eficácia do princípio foi tolhida ou não, na medida em que o ato defeituoso pode, ainda assim, não violar o princípio constitucional que ele tutela.” Nesse sentido, “a questão aqui não se reduz ao costumeiramente tratado como ‘princípio do prejuízo’, senão de ir ao princípio constitucional e verificar o nível de eficácia atingido.” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 181).

Um exemplo claro disto têm sido as constantes violações dos direitos fundamentais no âmbito da chamada “Operação Lava-Jato”, que sem sombra de dúvidas tem causado as mais diversas sensações na mídia e na população face aos eventos que certamente farão história no País, visto que o *modus operandi* da referida operação fere a Constituição Federal de 1988. Isto porque a operação Lava Jato está completamente recheada de “decisionismos”, eis que os interesses do Judiciário se mostram infinitamente maiores que qualquer cumprimento às normas vigentes ou em respeito à Constituição Federal.

Em várias situações envolvendo o curso da referida Operação, evidencia-se que a Constituição foi totalmente ignorada, assim como os Tratados Internacionais, como o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos³ e o artigo 8º do Pacto São Jose da Costa Rica⁴, que revelam o direito de ser julgado por juiz imparcial (GIOVANAZ, 2017).

³ “Todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública julgada por um tribunal independente e imparcial em determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer acusação criminal contra elas.”

⁴ “Artigo 8º - Garantias judiciais- 1. Toda pessoa terá 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, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Com efeito, quando se fala em Pacto São Jose da Costa Rica, vem à tona a ocasião em que se iniciaram, com maior intensidade, os debates acerca dos Direitos Humanos e sua recepção e interferência no ordenamento jurídico Brasileiro. Trata-se de um motivo a mais para ratificar que os direitos fundamentais não são apenas os assegurados pelas normas internas, mas também aqueles que são previstos em tratados dos quais o Brasil é signatário.

Somente para introduzir o tema de direitos e garantias da pessoa, conceitua-se aquele que é o basilar para os demais, o da dignidade humana, pois a partir dele é que se desdobram os demais princípios no âmbito do Direito Processual Penal:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (FAVORETTO, 2012, p. 37).

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 1969, na Costa Rica, e recepcionada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto nº 678, editado no ano de 1992. No artigo 7º do referido Pacto, tem-se o Direito à liberdade pessoal, o direito de não ser privado de sua liberdade física, bem como, no item 3 do mesmo artigo, consagra-se que ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969). Esses direitos são intransferíveis, devem ser conservados pela constituição e respeitados pelos magistrados quando de suas decisões, ainda porque o Estado tem por obrigação o respeito aos direitos de todos os cidadãos.

Neste passo, no entendimento de Nucci (2005, p. 60), o Estado também necessita limitá-los em nome da democracia, pois para preservar a estabilidade entre o direito individual do cidadão e o direito à segurança da sociedade é necessário um sistema de garantias e limitações. Nas palavras de Nucci (2005, p. 63) sobre o tema dos tratados e os direitos fundamentais,

poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais em sentido material são os direitos supraestatais, reconhecidos como inerentes à dignidade da pessoa humana pela maioria das nações e que formam, na atualidade, o cerne da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sejam as de 1789 (França) ou de 1948 (ONU), mas também todos os que figuram nos inúmeros tratados celebrados e assinados pela comunidade internacional.

Do exposto, evidencia-se que o processo penal tem que ser visto como origem de preservação das garantias do réu, na medida em que o paradigma garantista não aceita que erros na prestação jurisdicional acabem por lhe trazer algum tipo de prejuízo. É este processo penal que comanda toda a atividade jurisdicional do Estado e está visceralmente ligado ao Direito Constitucional, eis que além de unir suas normas com as dos demais ramos do direito, define as suas bases diretoras.

Assim, toda análise dos direitos e garantias fundamentais do cidadão qualificado como réu dentro de um processo tem que ser feita sob a ótica do devido processo legal, que está previsto no artigo 5º da Constituição Federal como uma das garantias fundamentais, e, ainda, no Pacto de São Jose da Costa Rica, eis que qualquer acusado tem que ser tratado com dignidade, independentemente se posteriormente será considerado culpado ou não.

Nesse sentido, a análise dos direitos e garantias fundamentais do réu no processo será feita pela ótica do devido processo legal, que figura no rol do art. 5º da Carta Magna de 1988 como garantia fundamental, bem como, pelo Pacto de São José da Costa Rica, no qual constam diversas garantias judiciais que integram o ordenamento jurídico interno, que também impõe severos limites ao poder de atuação do Estado.

“Sob tal prisma, nenhuma norma infraconstitucional pode conflitar com a Constituição sem ter de ceder o seu espaço para a *supremacia* da Lei Fundamental.” (NUCCI, 2005, p. 67, grifo do autor). Em virtude do exposto, evidencia-se que cabe ao Estado cumprir e fazer cumprir a Constituição, visto que o garantismo se relaciona com a forma de amparo dos direitos fundamentais dos cidadãos, sempre sob a ótica do Estado de Direito, não cabendo aqui o “ponto de vista” do julgador, e sim o estrito cumprimento das leis. Isso está diretamente relacionado com o princípio da motivação das decisões, garantia do processo penal no Estado Democrático de Direito que será abordada na sequência, a partir do viés da proibição, via motivação, da arbitrariedade judicial.

2.2 A Motivação das Decisões e a Proibição da Arbitrariedade Judicial

Em face ao contexto delineado no tópico precedente, a motivação das decisões e a proibição da arbitrariedade judicial dela decorrente, evidenciam a necessidade de que o processo penal tenha respaldo nos princípios constitucionais, sem que haja nenhum tipo de omissão por parte daquele que irá julgar e sem que esta decisão motivada transcenda a lei e os referidos princípios. Garante-se, assim, a preservação dos direitos humanos do acusado, diante do fato de que a magistratura, por ter o poder decisório em suas mãos, sempre representa o perigo de agir de modo arbitrário.

Nas palavras de Streck (2017, p. 42), “no exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a própria lei.” Tais palavras denotam o profundo perigo de tamanha autonomia nas mãos dos magistrados, eis que a prática se mostra totalmente diferente da teoria no que diz respeito à motivação e fundamentação das decisões e do poder e liberdade de julgar que eles possuem.

Sobre o tema, salienta ainda Streck (2017, p. 43) que,

depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-lo.

Um caso recente que mostrou transparentemente a arbitrariedade revestida de fundamentações descabidas que revoltou a população, foi o de Breno Fernando Solon Borges, filho da Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, que foi preso em flagrante em julho de 2017 com 130 quilos de maconha e mais 200 munições de calibres variados, além de ter contra ele vastas escutas telefônicas em contato com líderes de facções criminosas, que por meio de um Habeas Corpus, ganhou liminarmente a liberdade. Não bastasse este fato, ele ainda possuía outro processo por ter facilitado a fuga de presos perigosos e, por intermédio de outra medida liminar, obteve o direito de se internar em uma clínica para tratamento psiquiátrico.

Comumente, casos semelhantes a este teriam liberdade provisória indeferidas, argumentando a famosa “garantia da ordem pública”. Os juízes são protagonistas das suas fundamentações e, desta forma, consciente ou

inconscientemente, a posição adotada pelos magistrados está correta em seu íntimo, tendo qualidade no seu teor ou não.

É cediço que nesta seletividade de decisões tomadas por situações particulares, a título de privilégio dado a poucos, que acabam por ser totalmente mal fundamentadas, fere-se o direito extensivo aos demais acusados na mesma linha, que teriam, a título de justiça, os mesmos direitos, o que efetivamente não ocorre.

Assim, comprova-se que estes “favorecimentos” que acabam por causar o problema do livre convencimento, geram a arbitrariedade do juiz. Ao dispor sobre o tema, a Constituição Federal da República, em seu artigo 93, IX, preconiza a necessidade da fundamentação das decisões por parte do julgador, quando prescreve que

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.

Nesta temática, o entendimento é uníssono. Paulo Rangel (2006, p. 455) destaca, a propósito, que uma “sentença sem motivação é corpo sem alma”. E é neste sentido que os autores se encontram quando o assunto é a fundamentação das decisões, visto que toda decisão não fundamentada é passível de nulidade absoluta.

Para o próprio Rangel (2006), a fundamentação é a manifestação da lógica desenvolvida pelo juiz para chegar à conclusão. O sistema do livre convencimento está profundamente conectado à motivação da sentença, pois é ela que proíbe o juiz de portar-se movido por convicções pessoais, levando em considerações fatos ou informações que não se encontram nos autos do processo. Deste modo, ao ter arbítrio de decidir conforme a sua consciência, esta liberdade está cerceada pela motivação que sua decisão deve ter, porém, dentro das provas que foram levadas ao processo pelas partes.

Complementando o que aduz Rangel, Ferrajoli (2006) salienta que a última garantia processual de segundo grau, que tem o valor de uma garantia de desfecho do sistema garantista, é a responsabilidade da motivação das decisões judiciais. Ainda que se encontrem particularidades da motivação nas jurisdições estatutárias,

na eclesiástica da Santa Inquisição e, mais ainda, naquela dos magistrados romanos, o princípio da obrigação de *reddere rationem* das decisões judiciais, e especificamente das sentenças, é francamente moderno.

Compreende-se, assim, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais, resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada. (FERRAJOLI, 2006, p. 573).

É pela motivação que se aprecia se o juiz julgou com conhecimento de causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, tendo em vista que interessa à sociedade e, em particular, às partes, saber se a decisão foi ou não acertada. E, somente com a exigência da motivação, da fundamentação, permitir-se-ia à sociedade e às partes a fiscalização da atividade intelectual do magistrado no caso decidido. (WEDY, 2013, p. 82).

Sobre o tema, acrescenta Colli (2007) que a intenção do legislador é nítida em garantir a todos o direito de exame do judiciário e a garantia de que todo veredito que venha do julgador seja fundamentado, esclarecendo a razão que utilizou para relacionar a verdade fática e a verdade jurídica, em um arrazoado no qual prevaleça a racionalidade sobre o poder.

E essa motivação das decisões, antiga dentro do direito, eis que já conhecida desde o tempo do constitucionalismo moderno, se mostra particularmente importante no campo da decretação das prisões cautelares, uma vez que elas evidenciam uma tensão entre o direito fundamental à liberdade e a eficiência que se espera do Processo Penal na contemporaneidade, conforme análise que será empreendida no capítulo seguinte.

Atualmente, as expressões “ponderação” e “entendimento”⁵ pessoal do juiz, tem sido as palavras mais usadas para justificar as decisões por eles tomadas. Em muitos casos, sem efetivamente explicar o porquê, a Lei penal e processual penal, e a própria Constituição Federal, têm sido rechaçadas e totalmente ignoradas à luz de uma explicação subjetiva para a sociedade que, sem entender do tema, cobra do judiciário a resposta que deveria vir do governo com mais investimento na

5 Grifo nosso

segurança pública e, porque não dizer, também em educação, visto que esta tende a diminuir infinitamente o número de pessoas que rumam à marginalidade e conseqüentemente entram na roda do judiciário/prisões cautelares/presídios lotados/decisionismo e suas conseqüências, que é o motivo desta pesquisa.

No Brasil, as punições antecipadas têm sido constantes, visto que em face do não cumprimento das leis sob a ótica do enfrentamento da impunidade, fortemente alarmados pelos meios de comunicação de massa que forçam a “punição imediata”, vendida como sinônimo de eficiência e justiça do Poder Judiciário.

Nesse sentido, salienta Wedy (2013, p. 19) que,

na atualidade, cada vez mais, os meios jornalísticos e legislativos indicam uma “punição imediata” como sinônimo de eficiência, prontidão e justiça do Poder Judiciário. E assim, não raro, se vai industrializando o crime e vulgarizando as prisões cautelares.

Entendem os juízes que, moralmente falando, está em suas mãos o combate à criminalidade, seja de que forma for assim confiando que seu poder de decisão é de suma importância a esta resposta que a sociedade tanto clama para o fim da violência.

Este assunto fica claro quando o assunto abordado for a motivação das decisões. Conforme Goulart (2011),

é imprescindível, ainda, que o posicionamento seja determinado (e não determinista), coeso e impessoal, onde o juiz demonstre uma visão holística do problema e domínio do fato, bem como se comprometa a atuar com respeito à tragédia penal, promovendo uma abordagem conglobante do caso.

Assim, é necessário estabelecer uma distinção entre a forma de interpretar e a forma de aplicar, para que haja comprometimento por parte do juiz para que esta seja verdadeiramente qualificada. Somente assim é que não caberá dúvida quanto à arbitrariedade por parte dos julgadores.

Sobre o assunto, assevera Streck (2016, p.21):

preocupa-me sobretudo tudo isso. Como me preocupa o fato de, seguidamente o Judiciário pretender corrigir a legislação a partir de juízos pessoais e não constitucionais. Se o juiz ou judiciário *lato sensu* não quiser aplicar uma lei, deve utilizar os mecanismos que estão a sua disposição, como o controle da constitucionalidade.

Assim, por todo abordado na discussão empreendida neste capítulo, percebe-se que se faz indispensável entrelaçar o tema da motivação das decisões como condição de possibilidade para se obstaculizar a arbitrariedade jurisdicional com o tema do tensionamento das garantias processuais penais que subjaz à lógica da eficiência que rege a aplicação da lei processual penal na contemporaneidade, visto que os tópicos se comunicam e articulam. Trata-se de discussão que será empreendida no capítulo seguinte.

3 O TENSIONAMENTO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS EM FACE DA LÓGICA DA EFICIÊNCIA

Quanto ao tensionamento das garantias processuais penais em face da lógica da eficiência, deve-se, inicialmente, salientar que entre o eficientismo punitivo e o crescimento exponencial das prisões cautelares há uma relação intrínseca. Esta urgência que o Estado tem para punir, aliada à correspondente impotência do sistema, evidencia que não é este o caminho correto a seguir. É preciso pensar em uma reforma no Código Processual Penal vigente. Mas, enquanto isso não ocorre, a ilegalidade das prisões cautelares é cada vez mais gritante.

Analisar-se-á, nesse capítulo, a forma como se tenta endurecer as penas pelo instrumento do poder que se tem nas mãos, poder este, que não se confunde com o que se considera, a partir de uma perspectiva garantista do processo, como justo e correto. É nítido que a banalização das prisões cautelares serve, em boa medida, para satisfazer as demandas da mídia e da sociedade. Ocorre que, nesta tentativa de “combater” a violência, produz-se mais violência: superlota-se o já caótico sistema prisional brasileiro, com um aumento absurdo das situações de extrema violação de direitos humanos da população carcerária – levando o Brasil a uma posição vergonhosa no cenário internacional.

Como salienta Alessandro Baratta (apud BEZERRA, 2017),

o eficientismo penal quer tornar mais eficaz e célere a resposta punitiva, de forma simbólica, suprimindo as garantias e direitos materiais e formais que foram conquistados pelo direito penal e positivados nas constituições e convenções internacionais.

Como já assinalado por Nucci (2011) em oportunidade anterior, a primazia dos princípios constitucionais do processo penal precisa ser respeitada. E isso independentemente de termos um Código Penal entendido pela mídia como obsoleto ou um Código de Processo Penal que necessita ser reformulado. A verdade clara é de que não há justificativa plausível para que os magistrados fundamentem suas decisões a partir de meros decisionismos, sob a força de um eficientismo que não cumpre os ditames da lei, visto que existem infinitas possibilidades jurídicas para que a norma seja executada com a lucidez e a coerência que a Constituição exige. Desta forma, surge um eficientismo judicial com

tendência punitiva que inegavelmente visa a uma rápida resposta repressiva que afeta diretamente a (i)legalidade das prisões cautelares.

Feitas essas considerações, cumpre salientar que o presente capítulo discute, inicialmente, o tema do eficientismo no âmbito do Direito Processual Penal brasileiro, analisando as características desse processo para, na sequência, abordar o quanto este fenômeno implica um crescimento exponencial das prisões cautelares, as quais assumem percentuais assustadores que também serão analisados, justamente como manifestação deste eficientismo jurídico.

3.1 O Eficientismo Punitivo no Âmbito do Processo Penal Brasileiro

O sistema penal engloba a polícia, o judiciário, o sistema penitenciário e as demais instituições que são incumbidas de realizar o Direito Penal para manter o controle social punitivo institucionalizado. (ZAFFARONI, 2005). A compreensão de que o sistema penal engloba todas essas instituições é de extrema relevância para se abordar o tema do eficientismo punitivo, uma vez que todas elas acabam impactadas por este processo: a polícia que passa a ser avaliada\mensurada a partir de critérios quantitativos relacionados ao número de abordagens\indivíduos presos; o judiciário que não pode demonstrar em nenhum momento uma perspectiva de “lassidão” em relação ao fenômeno criminal; o sistema penitenciário que sofre as consequências do aumento vertiginoso de pessoas presas e vive, no Brasil contemporâneo, uma situação de completo colapso, etc.

Conceitualmente, pode-se afirmar que o eficientismo penal pretende tornar mais rápida a resposta punitiva, ainda que de uma forma figurativa. Com isso, relativizam-se e, não raro, se eliminam garantias e direitos já consolidados pelo direito penal e processual penal, conseqüentemente, já positivados na Constituição e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos.

Tal inclinação em punir antecipadamente está nitidamente retratada numa guerra entre o bem e o mal. Cria-se, desta maneira, um círculo vicioso entre uma prevenção mais rígida e uma prevenção “mínima”, ou seja, quanto mais firme for a prevenção rígida, totalizadora e forte, maior será o contentamento da população e a sensação de segurança, e menor a sensação de impunidade.

Neste contexto, temos o entendimento de Wermuth (2011, p. 61):

A partir da noção de eficiência, torna-se possível subdividir as normas penais que vem sendo produzidas no processo de expansão do Direito Penal em dois grandes blocos: o primeiro dele é composto pela legislação cujo escopo é reacionar frente às novas formas assumidas pela criminalidade na sociedade contemporânea, em especial diante da criminalidade organizada e do terrorismo; o segundo é integrado pelas normas que constituem uma retomada, sob influência do discurso jurídico-penal que sustenta a criação das normas integrantes do primeiro bloco, da ideia do repressivismo/punitivismo como estratégia primeira de segurança diante da criminalidade tradicional.

Não há um conceito pré-definido para o efficientismo. Nas palavras de Wermuth (2011, p. 137), na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas enquanto agente social de bem estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da “ordem” levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados “ameaçadores”, tornando-se, assim, possível a afirmação de que campanhas punitivas de cunho repressivo constituem um mecanismo hábil de controle desses estratos populacionais.

No contexto da Alemanha nazista, no afã de aumentar a rigidez e o prazo de existência da pena privativa de liberdade, visto que neste país foi ocorrendo, paulatinamente, uma cisão entre lei e moral, com o propósito de substituir por uma convicção moral diretamente resultante da “consciência do povo”. Essa “nova técnica de dominação” vem a ser inserida no direito penal por meio da criação de pontos de vista como o do “bem-estar do povo” e o “sentimento nacional saudável” como critérios normativos oficiais, deixando claro que esta é uma forma “enrustida” de efficientismo. (WERMUTH, 2018, p. 5).

Desta forma, os magistrados começaram a padecer sob uma dura intimidação em prol do aumento das penas e da diminuição das solturas, ante a argumentação de que o arbítrio do Estado necessita com urgência de proteção. (WERMUTH, 2011). As consequências disto serão abordadas no próximo subcapítulo.

Sobre o tema, também cumpre salientar as palavras de Wedy (2013, p.20), no sentido de que não há como ignorar que “a busca por essa eficiência mais primitiva, acaba por repercutir no direito penal com a aplicação de verdadeiras penas antecipadas, por intermédio de prisões supostamente cautelares”.

Ocorre que este enfrentamento entre as garantias e o efficientismo, deveria ser orientado por uma harmonia e estabilidade (proporcionalidade). A concepção

desta eficiência tem que estar conectada com a ideia de justiça, em razão da presença de uma pressão natural para que esta “eficiência” seja um sinônimo de presteza jurisdicional e de enfrentamento da impunidade. (WEDY, 2013, p. 21).

No entendimento de Amaral (2008),

o efficientismo está incluso em um grupo denominado "políticas criminais autoritárias", antigarantistas, assim denominadas por desvalorizarem, em maior ou menor intensidade, o princípio da legalidade estrita ou um de seus corolários. Essa política busca dar uma eficácia absoluta ao Direito Penal, sendo que a certeza que ela pretende obter reside em que nenhum culpado fique impune.

O efficientismo se inicia na ânsia de erradicar a criminalidade do meio social, e neste caminho evidencia-se a criação de novos modelos punitivos, além de aumento de penas dos crimes já existentes. Nota-se, com isso, que quase se alcança um direito penal máximo, que aliás não tem previsão legal, visto que ele é conhecido como violento e violador de garantias, lembrando o modelo americano de “tolerância zero” e, em casos extremos, os sistemas sob a égide do nazi-fascismo. (CARVALHO; AZEVEDO, 2006, p. 49-50).

Conforme afirma Wedy (2013, p. 19), nos dias atuais, é cada vez maior a intenção dos meios jornalísticos e legislativos, em indicar uma “punição imediata” como sinônimo de eficiência. Com isso, não raro se vai industriando o crime e vulgarizando as prisões cautelares. Desse modo, a busca por essa eficiência acaba por repercutir no direito penal, com a aplicação de verdadeiras penas antecipadas, por intermédio de prisões supostamente cautelares.

Complementando o entendimento anterior, a consequência dessa onipotência é que o Estado, na tentativa de dar uma resposta imediata aos anseios da população, promove a criação contínua das leis e tipos penais; porém, nesse processo, ele escancara a violação de direitos fundamentais e, concomitantemente, generaliza a insatisfação social, deixando de tutelar justamente aquilo a que se predisponha. (CARVALHO; AZEVEDO, 2006, p. 51).

Desta forma é que se adentra na temática das prisões cautelares, que são altamente usadas pelo poder judiciário para prender os indivíduos acusados da prática delitiva desde o início do processo penal. A utilização desmedida das prisões cautelares serve, não raro, para mostrar à sociedade que “a justiça está sendo feita”,

antecipando as penas, prejudicando direitos humanos e fundamentais como a liberdade, a presunção de inocência e o devido processo legal. (BEZERRA, 2017).

Observa-se uma ambiguidade no entendimento do que efetivamente representa o instituto das prisões cautelares, eis que para muitos, esta é uma saída para não permitir que delinquentes não fiquem impunes, ao passo que este entendimento confronta o princípio da presunção de inocência, outrora já abordado. Com efeito, este entendimento viabiliza que se deixe de manter solto um inocente pela condenação de um suposto culpado.

Sobre o tema, Nucci (2011) afirma que as “medidas céleres colaboram com a Justiça célere, algo que toda a sociedade deseja. Sejam gravosas ou não, o ponto fundamental é que tenham efetividade.” Nesse sentido, ele entende que “as modificações são positivas”, na medida em que “conferem maior flexibilidade para a atuação do magistrado, possibilitando a aplicação de várias medidas alternativas, evitando-se a inserção do acusado no cárcere”. Demonstrando que o instituto da prisão cautelar é deveras polêmico, continua Nucci (2011) afirmando, sobre a substituição da prisão por medida cautelar, que, “como pena definitiva, acho, de fato, uma inócua sanção a proibição de frequentar lugares. Porém, como singela medida cautelar, pode ser útil, afinal, o réu fará tudo para cumpri-la, evitando ser preso”. O jurista ainda destaca: “Lembremos que o temor do cárcere é muito maior no espírito do acusado do que no condenado. Um tem a esperança de ser absolvido; o outro já está condenado”.

Com efeito, há uma diferença entre eficiência e efficientismo, dentro do processo penal, visto que a eficiência é aquilo que se espera de um julgador que segue a Constituição para fundamentar as suas decisões, sem medo de não respaldar seu julgamento no que a sociedade está esperando. O efficientista, por seu turno, é aquele julgador que cria uma justiça utópica, sem sopesar que ficaram para trás direitos fundamentais da pessoa do condenado.

É claro que o judiciário não pode refazer as leis. Porém, se estas se fazem obsoletas, não cabe a este poder “remodelá-las” a seu modo, tensionando, com isto, as garantias processuais previstas na Magna Carta.

Há, inegavelmente, uma crise no sistema punitivo estatal que vem sendo enfrentada numa oposição da legalidade (garantias) à política criminal (funcionalidade). Em decorrência disto se denota a incapacidade do Estado em dar uma resposta efetiva nesta busca de um equilíbrio entre o efficientismo e a justiça,

desta forma resultando numa “inflação” legislativa (Direito Penal material) e numa obstrução processual (lentidão e não resolução dos processos). Além disso, o Sistema Penal deixou de atender aos propósitos que uniam seus diversos setores, resultando na incoerência e não funcionalidade de todo o sistema. É simples notar que quanto mais forem sendo escolhidas soluções particularizadas em cada um dos setores, muitas vezes motivadas em princípios particulares (diversos do princípio geral unificador do sistema), maior será seu contrassenso e menor a sua eficácia para alcançar os propósitos a que realmente se encontra vinculado. (FERNANDES, 2001, p.96).

Conforme lecionam Wermuth e Streck (2014, p. 126),

a tarefa da interpretação sempre consistirá na concretização da lei, ou seja, em sua aplicação em cada caso concret. O juiz, aqui, é responsável pela “complementação produtiva do direito” que se dá na aplicação. No entanto, o juiz também se encontra sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Daqui resulta que “a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”.

Não resta dúvida que o sistema punitivo, tal qual se configura no Brasil atualmente, é decorrente da atitude metafórica do judiciário, no escopo de acalentar a população, visto que esta, altamente motivada pela mídia, reivindica medidas urgentes face ao “desenfreado” aumento da criminalidade. Dentro desta perspectiva, a garantia do devido processo legal, prevista na Constituição com o intuito de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, fica fragilizada, não assegurando mais tais direitos, face à arbitrariedade e mau uso do poder, como forma de punir injustamente ou até mesmo, antecipadamente, aqueles que o direito penal, em verdade, deveria proteger, em decorrência de sua missão constitucional (CARVALHO; AZEVEDO, 2006, p. 53).

Com efeito, percebe-se, de modo majoritário, na mídia brasileira contemporânea, a ausência de informações fidedignas, o que se evidencia na maior parte das matérias divulgadas. Dessa forma, ao invés de procurar esclarecer a população que não tem obrigação de conhecer os detalhes das leis e do sistema jurídico, vê-se somente uma abordagem simples e exagerada de episódios reiterados: a da pessoa sendo presa e transportada sob a chacota pública até uma viatura.

Não há perspectiva de mudança deste sistema punitivo. Infelizmente, ele é tétrico e, nas palavras de Zaffaroni (2005, p. 38), “não vai ser verdade que, depois de alguns milhões de anos, tomando um sol um pouco mais pálido, alguma barata antropológica inteligente fale que existiu raça de gigantes que, um dia suicidou-se, atrás de uma falsa idolatria do poder punitivo”.

Não existe possibilidade de se utilizar da “interpretação da lei”, como se tem visto frequentemente em algumas decisões, com base somente naquilo que dita a “consciência” do julgador. Não se quer com isso que os magistrados tenham que seguir à risca cada palavra da norma, mas que eles ajam dentro de limites estabelecidos pelos princípios constitucionais quando a lei não estiver clara. Fora isto, sim, as palavras que descrevem os artigos têm que ser lidas, seguidas e obedecidas, porque mais forte que o clamor do povo sobre aquilo que lhes é desconhecido, é o clamor pela observância das leis nas projeções de todas as decisões.

Ao se falar no vasto “entendimento”¹ dos juízes, é imprescindível lembrar as palavras de Streck (2006. p.30): “vou com o juiz até o fim do mundo, se preciso, para punir os laráprios. Mas só vou se for com a Constituição. Se não, ele se torna a fonte de legitimidade da Carta, e não a Carta a fonte da sua legitimidade”. Estas poucas palavras traduzem o que deveria ser a frase de cabeceira dos juízes. Assim, fosse qualquer fundamento para as suas decisões, estariam regadas de coerência e retidão.

Como já lecionava Beccaria (2006. p. 37), “uma desordem que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal não deve ser comparada com as desordens nascidas de uma interpretação”. Neste sentido, importa uma crítica à eficiência punitiva com o propósito de não institucionalizar tais atos, ora entendidos como constitucionais, a cada vez que se fundamenta uma sentença neste sentido.

Nesse mesmo sentido são as palavras de Lopes Junior (2011, p. 20), quando afirma que

sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”, assim quando esta cumprir a sua função, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa como a presente. O maior

¹ Grifo nosso.

problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional.

Diante do exposto, tem-se que o eficientismo punitivo nada mais é do que uma forma de direito penal de emergência. De tal modo, o direito penal se transforma em um instrumento, ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e a elevação qualitativa e quantitativa da pena) e simbólico (através de leis inadequadas e sem chance de eficácia, feitas para satisfazer a opinião pública criando uma sorte de “direito penal mágico, cuja principal função é o exorcismo e não a solução de problemas”) (BARATTA, 2000).

Neste cenário em que a sociedade exige rapidez, visto que as informações são dadas em tempo real, tal velocidade faz com que não exista mais lapso temporal entre o fato e as notícias. Esta celeridade do tempo traz graves efeitos no âmbito penal, visto que a sociedade exige das ações do Estado esta mesma velocidade, como forma de executar a sanção imediata, eis que a sociedade, cada vez mais alicerçada na lógica do risco, não consegue conviver com a insegurança e a incerteza. (WEDY, 2006).

De acordo com os ensinamentos de Wermuth (2011, p.35),

paralelamente à antecipação da intervenção punitiva, verifica-se um desapareço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade.

As imposições do processo penal, usadas no contexto decisionista eficientista, possuem características que condicionam o acusado a uma posição similar à do condenado. É preciso mais para arguir que o confinamento do imputado, somado à sua subordinação, tem um alto preço? Este preço quem paga é somente o imputado, quando, ao invés de culpado, acaba por ser inocentado e, nesta qualidade, já suportou uma medida análoga – e, talvez, até mais aflitiva - à pena.

Como salienta Carnelutti (1950, p. 75),

não se esqueça de que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva

do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!

A questão do combate ao crime, a garantia da ordem pública, valores morais e sociais, foram aos poucos, até mesmo sem perceber, fazendo surgir este estado punitivo que hoje é reconhecido como um eficientismo punitivo com o propósito de tranquilidade social, finalizando, neste contexto, uma democracia sem cidadania e de pessoas desprovidas de direitos fundamentais.

Assim, verifica-se o surgimento de um modelo de processo penal eficientista, que tem sido utilizado de forma extensa e desmedida e atualmente considerado instrumento de segurança pública que reverencia um propósito de punição penal, julgando ser este o modelo justo de eficiência,

dificultando a capacidade de enfrentar os problemas penais de forma serena e frontal, sem perceber a capacidade de, em meio ao conflito jurídico, perceber a necessidade de manutenção de garantias, a fim de alcançar a justiça de maneira eficiente. (WEDY, 2013, p. 21-22).

Na perspectiva eficientista em matéria penal, os direitos fundamentais passam a ser vistos como obstáculo à segurança, como entrave para a luta eficaz contra a criminalidade. Nas palavras de Wermuth (2018, p.7), fala-se aqui de um “Direito Penal que se converte em ‘arma política’, que não está mais preocupado com indagações relativas à sua legitimação.” Nesse sentido, “os ‘custos’ das medidas ‘inovadoras’ apresentadas são relegados à condição de ‘desculpas desresponsabilizantes’ que não se coadunam com um modelo de Direito Penal ‘feito para o público’, produto da atividade de um ‘legislador *cool*.’”

Nesta senda, a seguir se discorrerá sobre as consequências de um eficientismo punitivo no que tange às prisões cautelares, demonstrando, inclusive em números, o resultado da falta de consonância entre o eficientismo e sua conformidade com o Código de Processo Penal.

3.2 O Crescimento Exponencial das Prisões Cautelares no Brasil como Manifestação do Eficientismo Jurídico-Penal

Busca-se, neste tópico, demonstrar, a partir de dados estatísticos, os percentuais de presos provisórios no contexto carcerário brasileiro, além das consequências do número exorbitante destes presos. Pretende-se, assim, verificar até que momento o efficientismo pune efetivamente e a partir de onde esta punição se transforma em inconstitucionalidade, sendo esta, a própria violação dos direitos da pessoa.

Conforme afirma Wedy (2013, p. 15),

num período de quinze anos, entre 1994 e 2010, o número de presos aumentou 390%, enquanto a população brasileira aumentou 29%, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional. O número de presos provisórios, de outra parte cresceu de maneira exponencial, compondo em alguns Estados brasileiros a metade ou mais dos indivíduos presos.

É público e notório que a promiscuidade no âmbito das prisões é tamanha, que faz com que o preso, com o tempo, perca o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta. Ao invés de o Estado, por meio do cumprimento da pena, nortear a reintegração do apenado ao meio social, dotando-o de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma contrária, inserindo o condenado num sistema que, para Oliveira (1997, p. 55), nada mais é do que

um aparelho destruidor de sua personalidade, pelo qual: não serve o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade e prisionalização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos

Atualmente, no Brasil, conforme a última apuração apresentada, existem 726.712 pessoas presas, sem contar os mandados de prisão que estão em aberto, que somam o estarrecedor cômputo de 277.355². Desta forma, na hipótese de cumprimento de todos os mandados expedidos, alcança-se a soma de mais de um milhão de presos.

² Dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/relatorio>

Desta população prisional³, 689.510 são presos dentro do sistema penitenciário, 36.765 são presos em carceragens de delegacia/secretaria de segurança e 437 no Sistema Penitenciário Federal.

Os números, de fato, são alarmantes. Conforme o Mapa do Encarceramento⁴ que vai planilhado abaixo (quadro de evolução prisional), numa comparação, em 2010, o número de presos era de 200 mil; já em 2014 o número chega assustadoramente a 622 mil presos; e, por fim, em 2016, pela primeira vez o número chega aos 726.712, conforme já informado, o que representa um aumento na ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 1990. Já a população carcerária no Rio Grande do Sul, também conforme o referido mapa carcerário, em vinte anos será de 90 mil presos para apenas 45 mil vagas, o que prova que o caos no sistema penitenciário está longe de findar.

Com estes números, o Brasil está em terceiro lugar no *ranking* mundial de pessoas encarceradas⁵, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China. O total de vagas no Brasil⁶ é de 368.049. Evidencia-se, desta forma, que há uma defasagem de 358.663 vagas.

Uma das explicações para este alarmante número de pessoas presas, seria o arbitrário uso de prisões processuais. Dá-se conta de que 40% dos presos brasileiros hoje, estão dentro das prisões sem condenação, à espera de julgamento. Neste contexto, fica a dúvida se os direitos e garantias estão sendo efetivamente observados pelos magistrados a cada decreto de prisão.

Talvez os números apresentados neste capítulo não sejam surpresa para muitos, o que realmente é lastimável. Nesse sentido, são sensatas as palavras de Streck (2016, p.56) quando afirma que

o dever de fundamentar corretamente as prisões existe independentemente da AC. Se o objetivo é “soltar mais” - e quem disse que isso é bom (ou ruim)? -, que se cobre melhor fundamentação das prisões. Ou que se invista, de fato, nas medidas cautelares alternativas, como o monitoramento eletrônico (cujo sistema é falho e que, pior do que isso, vem sendo utilizado como

³ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- Infopen, junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE,2016.

⁴ Fonte: Infopen, de dezembro de 2014; Senasp: Secretarias de Segurança Pública; IBGE 2014.

⁵ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2016

⁶ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- Infopen, junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE,2016

substitutivo das prisões- definitivas! - em regime semiaberto e aberto, como sabem todos).

Sobre o tema das prisões provisórias, segue um quadro comparativo⁷ de alguns Estados que comprovam a disparidade de “entendimentos” e “motivações efficientistas” para justificar a manutenção das prisões cautelares:

Quadro 1 – Estados com maior percentual de prisões provisórias

Estado	Percentual de Presos Provisórios
Ceará	65,8%
Sergipe	65,10%
Amazonas	64,40%
Maranhão	58,60%
Minas Gerais	57,80%
Piauí	55%

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Antes de abordar o próximo quadro comparativo, cumpre acentuar, no que diz respeito ao tema, que

o controle e a vigilância são construídos socialmente como obsessões, e a busca pela segregação de grupos de risco, a fortificação e a exclusão são vistas como urgências. Isso pode ser analisado como respostas construídas ao medo enquanto sentimento fundamental de compreensão da realidade contemporânea, devendo-se atentar para o fato de que essa utilização do medo e da insegurança tendo tão somente a aumenta-los. (WERMUTH, 2011, p. 31).

Em contrapartida ao quadro acima, mais uma vez se verifica que os entendimentos variam de modo gritante de Estado para Estado, visto que, conforme

⁷ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

o quadro abaixo, há algumas unidades da Federação na quais a taxa de presos provisórios é três vezes menor:

Quadro 2 – Estados com menor percentual de prisões provisórias

Estado	Percentual de Presos Provisórios
Rondônia	17,30%
Amapá	23,40%
Distrito Federal	24%
Paraná	28,40%
São Paulo	31,60%
Mato Grosso do Sul	32,40%

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016

Complementando o exposto, abaixo segue gráfico extraído do Mapa do Encarceramento, demonstrando um quadro de evolução prisional, desde o ano de 1990 até o ano de 2016:

Gráfico 1 - Evolução prisional do ano de 1990 até 2016



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen, 2016

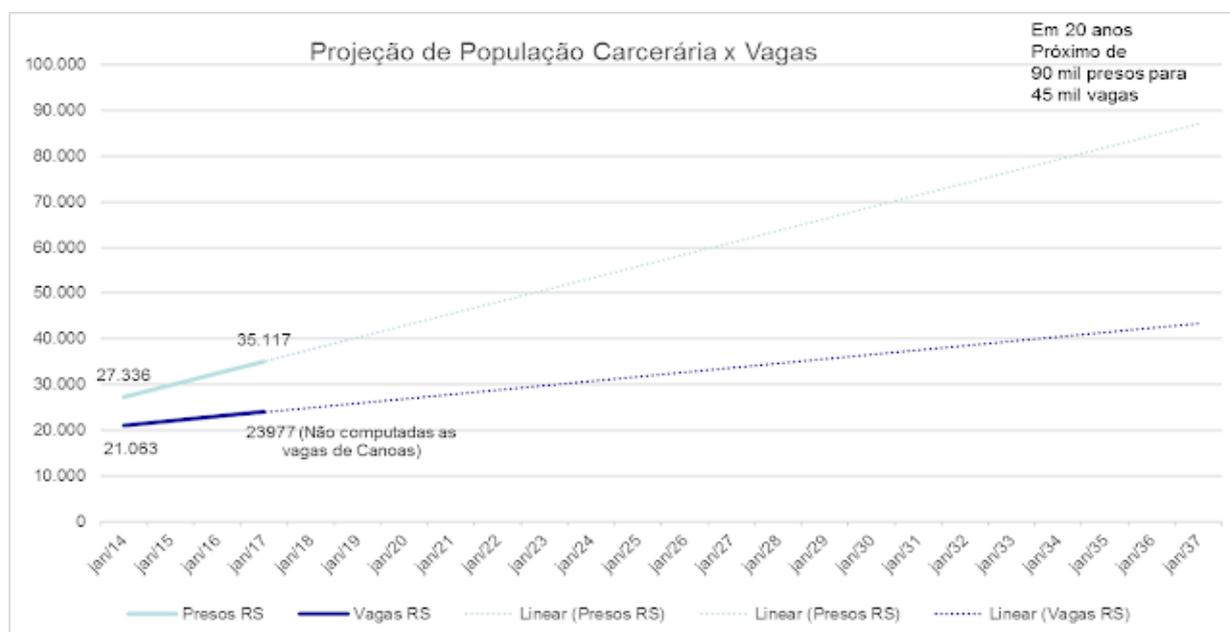
Nas palavras de Wedy (2013, p. 76-77),

a prisão cautelar, sob o manto da proporcionalidade, haverá de ser a última e impostergável medida restritiva, a qual só será adotada em caso último que justifique o cerceamento da liberdade individual em, diga-se por, bem, só após a racional, equilibrada e fundamentada análise judicial avaliadora dos custos e efeitos de tal providência.

Ocorre que, ao se analisar o gráfico acima, percebe-se evidentemente que tais critérios fundamentais sequer são levados em consideração, pois salta aos olhos os números que, além de apavorantes, só tendem a crescer em todas as suas proporções.

No mesmo contexto, o quadro abaixo demonstra um prognóstico de como estará a população carcerária em vinte anos no Estado do Rio Grande do Sul, se o número de vagas continuar da mesma forma como se encontra nos dias atuais e a situação não se reverter de algum modo:

Gráfico 2 - Mapa da população carcerária no RS x número de vagas



Fonte: Mapa carcerário da SUSEPE, 2017

Na visão garantista, o imputado deve comparecer livre perante o juiz, não só em virtude da dignidade humana do sujeito que se presume inocente, mas, sobretudo, por necessidades processuais (WEDY, 2006, p. 151). Porém, o aumento

da opção pelo encarceramento no Brasil não é acompanhado pela garantia das condições carcerárias, contribuindo para a violência no interior do sistema prisional, a disseminação de doenças e o crescimento das facções criminosas.

Desta forma, as prisões cautelares estão sendo declaradamente banalizadas, sem a preocupação de não ter no futuro um preso primário, possivelmente inocente, que uma vez dentro do sistema prisional, sairá dele conhecedor e com vasta habilidade em todo tipo de delito, já que é de conhecimento nacional, e até mundial, que no Brasil as facções dominam o complexo carcerário.

Em qualquer dos casos de prisão cautelar, seja em flagrante, temporária ou preventiva, estas somente devem ser decretadas como medida extremamente excepcional. A prisão preventiva, sem dúvida a mais utilizada nas fundamentações para manutenção da prisão, está prevista no Código de Processo Penal entre o artigo 311 e o 316 e é descrita pela restrição da liberdade do indiciado quando esta for imprescindível. Nas balizas adotadas pela lei, deve haver a existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Desta forma, quando não preenchidos os requisitos do artigo 313⁸ do sobredito diploma legal, os quais justificariam as referidas prisões cautelares, verificada está a possibilidade de medidas diversas da prisão, elencadas no artigo 319⁹ do Código de Processo Penal.

⁸ “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II - Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

⁹ “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

Realmente, deveria ser assim na prática. Porém, decisões mal fundamentadas ou com argumentos vazios como o da subjetiva “garantia da ordem pública”, são as mais utilizadas atualmente como argumento para a manutenção destas prisões, ao invés de substituí-las pelas medidas previstas do 319 do CPP.

Nas palavras de Lopes Junior (2011, p.19),

a base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico. Especificamente nessa matéria- prisões cautelares- são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência.

O autor segue, ainda, afirmando que, infelizmente, “a prisão cautelar é um instituto que sofreu uma grave degeneração, que dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa [...]. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional”. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 20).

Já nas palavras de Wedy (2006, p.67), “a cautelar pessoal é o instrumento do instrumento. Diante disso, as prisões cautelares podem ser conceituadas como as medidas que tem por objeto a proteção do sereno e seguro desenrolar do processo e do proficiente direito de punir”.

Do exposto, pode-se afirmar que, no Brasil, há uma vulgarização das prisões cautelares e não a sua decretação de forma excepcional, de forma que se consagra o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente depois prender. É ver que, assim, a prisão perde a sua natureza cautelar de instrumento do processo e se torna uma medida policial inadmissível no ordenamento jurídico-constitucional pátrio. (BRANDT, 2018).

Acontece que a natureza cautelar destas prisões, hoje reside tão somente em uma antecipação de punição ditada por razões de ordem substancial e não instrumental, pressupondo um reconhecimento da culpabilidade do imputado, o que contraria a garantia constitucional da presunção de inocência. Desta forma, é

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

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

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

IX - Monitoração eletrônica.”

preocupante verificar ainda que a previsão legal de prisão processual para garantia da ordem pública e da ordem econômica dá vazão para que ela seja empregada, em conformidade com uma tendência mundial, para a intenção política, simbólica e imediata de derrotar a criminalidade, alterando a prevenção de delitos numa regra comum do processo penal. (BRANDT, 2018)

Enquanto a prisão cautelar continuar sendo vista apenas como resposta antecipada ao crime, utilizada para não contrariar a opinião da população ou inclusive para que os magistrados não sejam apontados como favoráveis ao réu, enfrentaremos mais um problema além de todos já mencionados: o do acúmulo de Habeas Corpus nos tribunais.

Pode-se, então, concluir que se situando, assim, nos limites entre o direito processual e o direito material, a prisão cautelar constitui, na verdade, um poderoso instrumento a serviço do aparato punitivo estatal, refletindo quase sempre uma opção deliberada. Assim, percebe-se que não é o simples fato de um erro. É um erro que condiciona toda uma estrutura a persistir no recuo do próprio sistema. Por fim, é inadmissível deixar para trás o fato de que a própria lei (artigo 300, CPP¹⁰), exige que os presos provisórios fiquem segregados em ambiente separado daqueles que já tiveram condenação, o que não ocorre em vista da crise do sistema prisional e a total falta de espaço para estas manutenções.

Cabe lembrar que, numa comparação simples, se observa que o número de presos provisórios é quase o mesmo que o déficit de vagas no sistema prisional. Diante disto, mesmo ante a premissa das garantias individuais dentro do processo penal e execução penal, as penas privativas de liberdade estão em total declínio, precisamente por fracassar no seu principal intuito que é o de ressocializar o criminoso. Diversamente, elas, apresentam, sim, um encorajamento à reincidência.

Então, não há de se pensar que uma coisa está atrelada à outra? As prisões cautelares ilegais se reanalisadas não ajudariam a sanar o problema da superlotação dos presídios? E ainda, talvez enfraquecer o poder das organizações criminosas que tomam conta deste sistema?

Neste sentido, leciona Carvalho (2013, p. 164) que

¹⁰ Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

a crença na regularidade dos atos do poder sobretudo do poder punitivo, define postura disforme dos sujeitos processuais, estabelecendo situação de crise através da ampliação da distância entre as práticas penais e a expectativa democrática da atividade jurisdicional. O reflexo concreto é violação explícita ou a inversão do sentido garantista de interpretação e de aplicação das normas de direito e de processo penal, revigorando práticas autoritárias.

Amarrando a vulgarização das prisões cautelares com a superlotação do sistema prisional, tem-se como o resultado a atuação de um Estado impiedoso, discricionário, que impõe à população a obediência à lei, e em contrapartida, ele mesmo não o faz. Se a liberdade das pessoas, por força constitucional, é regra, conclui-se que parte mais enérgica do Direito é o Direito Penal, visto que interfere na liberdade dos indivíduos. Assim, ele deveria ser mínimo, e deste pensamento é viável extrair, como princípio constitucional penal, a intervenção mínima. (CARVALHO, 2018)

Buscando entender onde está a responsabilização do caos no sistema prisional, bem como seu abarrotamento, se observa que o judiciário deve ser o maior culpado, visto que este é quem deve se colocar na posição de garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Sem fugir também do compromisso do judiciário no que diz respeito ao controle de outros poderes, isto é, ele não pode se dobrar diante de pressões políticas e acatar a prática de antijuridicidades de outros poderes. (CARDOSO, 2018).

De acordo com Carvalho (2018):

Um Estado de Direito não irá prevalecer se tivermos um Judiciário que não obedece às leis e sim, se encurva diante da mídia, que na maioria das vezes prega o desrespeito às nossas leis, pois incentiva a violação de direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Neste pensamento, não obstante com o advento da Lei nº 12.403/2011 tenha o Congresso elaborado outras medidas cautelares diversas da prisão e relatado a excepcionalidade da prisão preventiva, o que se nota na prática é o emprego inapropriado e incorreto deste recurso demasiadamente nocivo aos princípios consagrados na Constituição Federal, ignorando completamente os direitos dos acusados nela previstos.

Sobre o tema não há como deixar de falar sobre a ADPF 347 que aborda profundamente a violação dos direitos humanos dos presos em vários momentos.

Isso levou o próprio STF a reconhecer o sistema carcerário brasileiro como imerso em um “estado de coisas inconstitucional”.

Nas palavras do Ministro Edson Fachin:

Creio que, dessa forma, o Supremo Tribunal Federal está, em cognição sumária, reconhecendo a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário; reconhecendo a importância da proteção internacional dos direitos humanos; dando indicações ao Poder competente para que tome medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados e deixando para analisar mais detidamente o caso e os demais pedidos requeridos quando da devida análise do mérito. (STF, 2015).

Assim visto, e já reconhecido pelo STF, o caos do sistema prisional vem demonstrado no descaso de anos e anos a fio, demonstrando a falta de efetividade das normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais que regem o tema, as quais, se efetivamente aplicadas, teriam o poder de acabar com este quadro caótico que aniquila as penitenciárias de todo Brasil. É indiscutível a ineficiência do Estado no que tange à garantia da dignidade dos presos. (STF, 2015).

Em face do até aqui exposto, é importante destacar o crescimento exponencial das prisões cautelares como manifestação do eficientismo jurídico penal, dentro de um Estado Democrático no qual o juiz tem o dever de garantidor. Há que se falar sobre o garantismo, frisando que esta perspectiva não se confunde com formalismo, processualismo ou com o legalismo (LOPES JUNIOR., 2014). O garantismo nada mais é senão a tutela dos direitos fundamentais que não estão sendo preservados quando do argumento da contenção da violência, deixando de lado o papel de garantidor que o Direito – notadamente o Penal e Processual Penal – deveria exercer corretamente.

Não existe possibilidade de deixar para trás a consequência gigantesca da manutenção destas prisões – a profunda crise no sistema prisional. Também não há como deixar de reconhecer que todo preso que fica segregado por tempo maior que o necessário, além de se revoltar contra o sistema, cria a cada dia um vínculo maior com aqueles pesos de maior potencial de conhecimento e liderança. Isso faz com que a prisão temporária faça do tempo do recluso dentro da prisão uma experiência cada vez maior, criando um laço mais forte com estes presos mais “poderosos”.

É indiscutível que estes fatores também têm que ser levados em consideração quando da decisão da decretação/manutenção de prisões cautelares, mesmo porque, além dos pontos acima destacados, ainda há que se lembrar da própria falta de estrutura do sistema, que não permite uma garantia mínima de subsistência. Isso, por consequência, também aumenta a revolta e incrementa a criminalidade sobremaneira, tudo isso face à total e grave violação dos Direitos Humanos.

Neste contexto, é imprescindível abordar o fato de que, além de inconstitucionais tais acontecimentos, como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, eles geram outros tantos problemas e descontroles, como o montante gasto com cada preso provisório, que poderia ser investido na própria segurança pública que gera a insatisfação da sociedade.

Não fosse tudo isso suficiente, é oportuno salientar, também, que a prisão de alguém que não se tem a certeza da culpa fere o direito fundamental à saúde, visto que é conhecido o fato das disseminações de doenças no sistema prisional. Ainda, há a rotulação e a estigmatização social, além da total destruição da identidade e da personalidade do preso, e da perda dos laços familiares e dos amigos.

Por fim, e não menos importante, as prisões são conhecidíssimas como “universidades do crime”, “reprodução da fábrica de delinquência”. Logo, a “aprendizagem intensiva do crime” fará com que um cidadão sem antecedentes, saia de lá *expert* em vários outros delitos. (HIRATA, 2014).

Conclui-se que há muito debate ainda quanto à questão das prisões cautelares, pois há um evidente confronto acerca do referido instituto, vez que este enfrentamento do “cumprir a lei” mantendo vivo o princípio da presunção de inocência, versa contra o imediatismo do “punir urgente” como resposta à sociedade e, ainda, como o medo de transmitir a ideia de estar cooperando com o imputado, mesmo sabendo que seus efeitos geram consequências graves, inclusive para o Estado e até mesmo para o próprio judiciário.

Dando continuidade ao tema abordado neste capítulo, a seguir será debatido o sistema de garantias, considerado enquanto cápsula da contenção da violência que está intrinsecamente relacionado ao problema das prisões cautelares.

4 O PROCESSO PENAL DE GARANTIAS COMO CÁPSULA DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como é sabido, o processo penal de garantias, para funcionar efetivamente como uma cápsula de contenção da violência no Estado Democrático de Direito, deve ser totalmente interligado ao que disciplina a Constituição Federal, pois é impensável que se tenha todo um rol como o descrito no artigo 5º, entre direitos e garantias, os quais respaldam toda a dignidade humana, deixar de valer e submergir. Outrossim, assume especial relevância o controle, além da constitucionalidade, da convencionalidade das leis, conforme já salientado no capítulo inicial deste trabalho.

O processo penal de caráter efficientista representa, invariavelmente, um risco de constante antecipação da pena, o que se afigura como inadmissível. O processo penal, desta forma, passa a ser compreendido como um direito de emergência, cujo objetivo principal consiste em “acalmar” a sociedade diante da violência que preocupa. Outrossim, somente a punição em forma de prisão é compreendida, neste marco, como solução possível para o problema da criminalidade.

De acordo com Tavares (2006, p. 162), “nesta questão entre a liberdade individual e poder de intervenção do Estado não se pode esquecer que a ‘garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência’”. No mesmo sentido, Lopes Junior (2010, p. 8) assevera que

a perigosa viragem discursiva que nos está sendo (im)posta atualmente pelos movimentos repressivistas e as ideologias decorrentes faz com que, cada vez mais a “liberdade” seja “provisória” e a prisão cautelar (ou mesmo definitiva) uma regra. Ou ainda, aprofundam-se a discussão e os questionamentos sobre a legitimidade da própria liberdade individual, principalmente no âmbito processual penal, subvertendo a lógica do sistema jurídico-constitucional

O processo não deve mais ser entendido como uma ferramenta básica a trabalho do poder punitivo, senão que executa a função de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele sujeito. Nesse sentido, o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. “O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente à pena. Por isso só se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem observadas

as regras e garantias constitucionalmente asseguradas”. (LOPES JUNIOR, 2010, p. 9).

O processo, desde sempre, é o acesso para que exista a pena. Logo, não há como se aceitar que primeiro exista a punição sem o devido processo, bem como não se admite a prisão cautelar que não esteja dentro da razoabilidade e da proporcionalidade, pois as prisões cautelares somente podem ser aceitas se dentro de uma justa medida (NUCCI, 2014, p.551).

É a partir destes pressupostos que se analisará, nos tópicos precedentes, o garantismo penal como condição de possibilidade para o controle da violência e da arbitrariedade no campo do Direito Processual Penal, com ênfase no papel exercido pelo Princípio constitucional da Motivação das Decisões como “reforço” da cápsula de contenção de violência ínsita ao Estado Democrático de Direito.

4.1 O Garantismo Penal como Condição de Possibilidade para o Controle da Violência no Âmbito Jurídico-Penal

A “garantia da ordem pública” e o “assegurar a aplicação da lei”, como salientado anteriormente, apresentam-se como fundamentos vazios que são usados com bastante frequência para fundamentar decisões sobre prisões cautelares no Brasil. Tratam-se de conceitos totalmente vagos e indeterminados e, não raro, estão vinculados ao sinônimo de “clamor público” para a aplicação da lei.

O Garantismo Penal, por sua vez, vem carregado de “injustiça necessária do Estado contra o indivíduo” (AZEVEDO; CARVALHO, 2006, p.55), pois tem abusado do princípio da motivação das decisões, argumenta na garantia da ordem pública e no assegurar a aplicação da lei, tanto fundamento vazio, onde bem se observa que qualquer argumento apresentado é válido, eis que por si só, serem conceitos totalmente vagos e indeterminados, e como bem assevera, por sequer ter um texto concreto, este tem sido um dos fundamentos favoritos dos magistrados, como sinônimo de “clamor público” e na aplicação da lei, o mais conhecido fundamento é o de que há o risco de fuga, ignorando que este representa uma tutela cautelar, eis que ela busca resguardar a eficácia da sentença que é efetivamente do próprio processo, assim, jamais deveria ser presumido tal risco de fuga. (LOPES JR., 2014, p. 854).

Nesse marco, discorrer sobre o garantismo penal significa adotar uma postura que, de acordo com Carvalho (2001, p. 52), representa uma

fervorosa defesa dos oprimidos contra os opressores, em favor da liberdade contra a ordem, numa afirmação da soberania do povo. Em linguagem garantista, poderíamos sustentar que se trata de uma clara manifestação de prevalência hierárquica dos direitos contra os poderes: quem quer que use força sem Direito, como o faz todo aquele que deixa de lado a lei, coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais assim a emprega; e neste estado cancelam-se todos os vínculos, cessam todos os outros direitos, e qualquer um tem o Direito de defender-se e de resistir ao agressor...Nem toda resistência ao príncipe é rebelião.

A garantia do devido processo legal foi estabelecida no sentido de resguardar os direitos inerentes ao ser humano. Ela foi consolidada ao longo da história da humanidade. Essa consolidação marca o nascimento do constitucionalismo moderno, que se caracteriza pelo predomínio da constituição sobre as leis ordinárias. Desta forma, o devido processo funciona como limitação aos três poderes do Estado, sendo o instrumento-garantia do pacto abstrato ao qual se submetem cidadãos e governantes em prol da paz social. (AZEVEDO; CARVALHO 2006, p. 53)

Adentrando em outro pressuposto básico do viés garantista do Direito Penal e Processual Penal, Carvalho (2001, p. 91) refere a importância, também, do princípio da legalidade, o qual é

entendido como regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral ou outras fontes externas) dizem o que é crime, e que as leis dizem somente o que é crime (e não o que é pecado).

A garantia tratada, além de proporcionar um direito de defesa, reflete o bom andamento de todo ordenamento jurídico: ela é a garantia do processo penal, não somente é uma segurança do acusado, mas de todo o sistema e da sociedade, de que ninguém está sujeito a arbitrariedade e ao mau uso do poder como forma de punir indevidamente ou antecipadamente aqueles que o direito penal deve proteger. (AZEVEDO; CARVALHO, 2006, p.53).

Sobre o tema, afirma Luigi Ferraioli (2006, p. 69) que

[...]para justificar as decisões que concluem um juízo penal não basta aderir a uma posição garantista – que tenham “êxito” ou que genericamente “satisfaçam” as funções de prevenção e de segurança, que igualmente são próprias do direito penal. Nem basta que se receba o consenso da comunidade. Nem uma amplíssima maioria e nem sequer a totalidade dos consentidos podem justificar que se aceite como pressuposto de uma decisão penal uma tese não provada ou não submetida a prova. Não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos [...]. No direito penal, a única justificação aceitável as decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a “verdade” precisamente no sentido da “correspondência” mais aproximada possível da motivação das normas aplicadas e aos fatos julgados.

Um modelo de direito penal máximo, no âmbito do qual nenhum culpado fique impune, se baseia, ao contrário, num critério oposto, mas igualmente subjetivo, do *in dubio contra reum*. Aponta uma pretensão punitiva severa por parte do Estado, sendo que a ideia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária. (FARRAJOLI, 2006, p. 104).

Afirma, ainda, Ferrajoli (2006, p. 104), que há neste sistema penal máximo “um empenho extremado em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo, que arrastam efeitos funestos.” Por outro lado, abarcando o tema sob a visão das proibições no âmbito do direito penal de garantias, Ferrajoli (2006, p. 427), explana:

se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

Para Ferrajoli (2006, p.508), dentre todas as garantias processuais, a mais importante – e que deveria ser regra de tratamento ao imputado – é a da presunção de inocência. Neste caminho, sustenta “a ilegitimidade e a inadmissibilidade que este instituto já central na experiência processual contemporânea impõe a prisão preventiva do imputado antes da condenação.”

Ocorre que, em tempos de expansionismo jurídico-penal de cunho eficientista, conforme aduz Wermuth (2011, p.35),

paralelamente à antecipação da intervenção punitiva, verifica-se um desapareço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade.

Em face deste contexto de mitigação e derrocada de garantias, Streck (2016, p.30-31) considera que “é uma pena ver parcela da magistratura e do Ministério Público torcendo contra aquilo que é condição de possibilidade da jurisdição - a Constituição e o processo. As conquistas civilizatórias trocadas pela possibilidade de exceção”.

Cada vez mais se esboroa, neste contexto, “a ideia de constituição”, a qual, “mais do que uma garantia, é uma direção de garantia – o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, e a Constituição é um meio para isso”. (STRECK, 2009, p. 30-31). É claro que o paradigma garantista, em se tratando de tipo ideal, nunca foi (nem será) realizado em sua plenitude (CARVALHO, 2001, p. 69), mas ele funciona como um “farol” em direção ao qual se deve, sempre, seguir.

Na atualidade, a maior apreensão é a manutenção das garantias, da defesa dos direitos individuais, de forma que o bem jurídico (penal) será dividido entre ideias de liberdade negativa, isto é, “a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, pois para os liberais ele é necessariamente um opressor, sendo função do direito proteger o indivíduo desse abuso, eis que o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo”. (STRECK, 2009, p. 31).

Conforme Carvalho (2001, p.95), pode-se caracterizar o garantismo como “uma tecnologia dirigida à satisfação de valores substanciais, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas, objetivando a minimização do poder punitivo ilegítimo”. Até mesmo porque, na carência de limites à incidência do sistema penal, contrapõem-se os modelos de Estado de direito. (CARVALHO, 2001, p.89).

Nesse rumo, a condição de validade e eficácia do pacto social assentado no reconhecimento dos direitos fundamentais e no Estado Democrático de Direito é a limitação da violência graças ao monopólio legítimo do uso da força por parte de um Estado imparcial (WERMUTH, 2011). No entanto, deve-se atentar para o fato de que as “courageiras” que aprisionam o Estado de polícia no seio do Estado de Direito não o eliminaram de forma absoluta, apenas o encapsularam, razão pela qual “o Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar,

procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca.” (ZAFFARONI, 2007, p. 170).

Na perspectiva de Ferrajoli (2006, p. 48),

a oposição entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitivismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade. Se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade. Entre estes dois extremos, se situam em distintas formas os diversos sistemas penais positivos e, em cada sistema, os subsistemas representados pelos diversos níveis e setores normativos nos quais pode ser diferenciado.

Relativamente ao Direito Penal de garantias Zaffaroni (2007, p. 173, grifos do autor) destaca que ele

é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de direito. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo.

Nesse sentido é que se compreende, no presente trabalho, que as garantias penais e processuais penais se afiguram como verdadeira “cápsula de contenção” da violência do sistema punitivo. Elas “aprimam”, no seu núcleo, as pulsões absolutistas próprias do Estado de Polícia. A principal função do garantismo, nesse sentido, é o reforço dessas barreiras.

Então, numa construção baseada nas análises dos limites das decisões e as convicções motivadas dos juizes, será abordado, na sequência, o decisionismo utilizado hoje para a decretação/manutenção das prisões cautelares, buscando ao final, acrescentar a ideia de que este não é o caminho a se buscar para responder à sociedade, ignorando completamente a Lei e a Constituição Federal ainda vigentes – sem esquecer de mencionar as Convenções Internacionais. Para tanto, o princípio da motivação das decisões é apresentado como condição de possibilidade para o

reforço da “cápsula de contenção” da violência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

4.2 O Princípio da Motivação das Decisões e seu Papel no Reforço da Cápsula de Contenção da Violência no Estado Democrático de Direito

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais está previsto na Constituição Federal, conforme abordado anteriormente, no inciso IX do artigo 93. O princípio pode ser visto como sucedâneo da garantia do devido processo legal, também previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV. Portanto, nesta conformidade, é clausula pétrea, mencionada no artigo 60, § 4º, inciso IV¹, também da Constituição Federal.

Antes de adentrar efetivamente no tema, é preciso salientar que, para que a decisão seja motivada, não basta a simples alusão pura e simples aos documentos da causa, às testemunhas ou à transcrição dos argumentos dos advogados. O requisito constitucional só será efetuado se houver análise concreta de todos os elementos e demais provas dos autos, exaurindo-os em substância e verificando a observância da forma. Só assim a higidez de um decisum se aferirá, compatibilizando-se com a mensagem insculpida nos preceitos constitucionais. (GOULART, 2011).

O livre convencimento motivado ou persuasão racional “é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, estando previsto no artigo 157 CPP².” (LOPES JUNIOR, 2006, p.286). Nesse sentido, deve-se destacar o alcance dessa liberdade de convencimento que o juiz possui.

Neste sentido, essa liberdade

não significa que o juiz possa substituir a prova em sentido jurídico pela prova em sentido moral. Tal questão é sumamente relevante e diz respeito à interioridade não controlável do julgador. Sempre destacamos a importância do resgate da subjetividade e a assunção da sentença enquanto ato de eleição e de sentir do julgador. Mas

¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”

² “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

isso não significa pactuar com juízos morais e de notado cunho discriminatório. Por evidente, isso não impede que ele faça um juízo moral e construa uma blindagem argumentativa, até porque, o processo é uma estrutura de discursos. Mas pelo menos que construa uma argumentação jurídica legítima. A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados refutáveis e de argumentos jurídicos é um limitador dos juízos morais. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 287).

Sobre o tema, Streck é taxativo quando aborda a “opinião” adotada pelos juízes: “é de uma ingenuidade de dar dó a crença generalizada da comunidade jurídica na bondade das análises judiciais. O juiz é bom? Para quem? Depende do lado que você está. Ou eu tenho direito, ou eu não tenho – se tenho, o Poder Público tem o dever de reconhecê-lo”. (STRECK, 2016, p. 34).

Ao explicar o tema da motivação das decisões, não há como deixar de abordar alguns exemplos que, nas palavras de Streck (2017, p. 24), ajudarão a auxiliar na compreensão do problema. Isto, segundo o sobredito autor, fica muito evidente no voto proferido em um julgamento do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito (Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp nº 279.889/AL, julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001):

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Em face de tal manifestação, pelo seu simbolismo diante do tema abordado na presente pesquisa, Streck (2017, p. 24) reafirma que “o direito não é e nem pode ser aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”.

Sobre o tema, também convém salientar que a motivação do juiz possui restrições em referência ao princípio do *nemo teneur se detegere*. Com efeito, o juiz não pode decidir contra o réu a partir do seu silêncio, ou seja, não pode deduzir sua culpabilidade ou imputar “qualquer espécie de prejuízo pelo exercício do direito de

silêncio e de não produzir prova contra si mesmo. Este é um importante ato decisório”. (LOPES JUNIOR, 2006, p.288).

Efetivamente, a partir do marco ora delineado,

o juiz consciente não se deixa levar pelos juízos imediatos e tampouco pelos julgamentos apriorísticos, no sentido Kantiano, de “antes da experiência”. Deve experimentar”. as teses acusatória e defensiva à luz da prova trazida, evitando os pré-julgamentos, guardando o ato decisório de eleição das teses apresentadas, para o momento correto. Tampouco pode deixar-se seduzir pela “sua” experiência de vida, rechaçando de imediato aquilo que não encaixa nas “suas” categorias. Deve duvidar, acima de tudo, sempre e sempre, principalmente de suas mais arraigadas convicções. O livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. (LOPES JUNIOR, 2006, p. 289).

Esquece-se, porém, “que o judiciário não pode dar a ‘sua’ interpretação aos textos, como se o direito fosse significativamente aquilo que os tribunais dizem que ele é”. (STRECK, 2009, p.80). Discorrendo ainda sobre a importância dos princípios neste tema, o “uso adequado da proporcionalidade deve ter o propósito de ‘recolocar’ a integridade eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial”. (STRECK, 2009, p. 87).

Nesse contexto, a teoria garantista, nas palavras de Carvalho e Azevedo (2006, p. 282), pode ser “entendida como meio de diminuir o poder punitivo estatal e estabelecer uma racionalidade às decisões, impondo tempo para maturação da decisão e respeito às garantias processuais”. Desse modo, esta teoria “atua(ria) de forma a impedir a proliferação da prática inquisitiva e paternalista dos operadores da justiça Instantânea, trazendo à tona o devido processo legal e todos os seus limites.”

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Streck (2017, p. 57) salienta que, ao se fazer uma análise do problema “de como decidir” à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do interprete – e esse é, efetivamente, o problema do “livre convencimento” –, acabam gerando discricionariedades e arbitrariedades. Nesse sentido, “menos subjetivismo é igual a mais democracia.” (STRECK, 2017, p.63).

Na verdade, o problema, em qualquer das teses que procuram resolver a questão de “como se interpreta” e “como se aplica”,

localiza-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito “da subjetividade assujeitadora”. (STRECK, 2017, p. 107).

“O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social”. (FERRAJOLI, 2006, p.46). Nesse sentido, “expungir o livre convencimento não equivale à proibição de interpretar. Não se reproduz sentido nem se o atribui livremente. [...] antes de dizer algo sobre o texto, deve-se deixar que o texto diga algo”. (STRECK, 2017, p. 107-108).

Em outras palavras, Streck (2017, p. 62) alerta para o fato de que o

juiz não cria normas e tampouco pode deixar de aplicar uma regra válida sem que lance mão dos mecanismos próprios para isso. Se ponderar princípios já é um problema pela falta de critérios, a ponderação de regras é de extrema gravidade, porque transforma o Poder Judiciário em legislador.

Acontece que quando se refere ao plano jurídico, as decisões judiciais *stricto sensu*, “como a decretação de medida cautelar ou o recebimento de uma denúncia, se faz necessário um plus no tocante à simples motivação da manifestação de vontade tornando-se imprescindível o que se denomina fundamentação qualificada.” (GOULART, 2011, grifos do autor). Nesse sentido, salienta-se que o

juiz deve decidir por princípios e segundo o direito, E o direito não é moral, não é sociologia, não é opinião pessoal e tampouco é o que o porteiro acha melhor. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto, não podem vir a corrigi-lo.

Assim, entende-se por correto e indispensável que o parecer seja determinado (e não determinista), coerente e imparcial. O magistrado deve expressar uma visão abrangente do problema e conhecimento total do episódio, bem como se responsabilizar em agir com respeito à “tragédia penal”, possibilitando uma abordagem conglobante do caso. (GOULART, 2011).

De uma forma geral, denota-se que a garantia da motivação das decisões é já antiga no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, nem sempre ela é bem utilizada, mesmo tratando-se de cláusula pétrea e causa de nulidade no processo em caso de sua violação. Constantemente, a motivação das decisões aparece apoiada no “sentimento pessoal” do magistrado, sob os mais fracos argumentos que foram abordados neste capítulo, bem como nos primeiros, ignorando completamente as garantias e direitos fundamentais.

Ocorre que, como se demonstrou ao longo dessa pesquisa, é ínsito ao Estado Democrático de Direito a existência, em prol dos cidadãos, de mecanismos aptos a resguardarem-nos de toda e qualquer ação arbitrária ou abusiva por parte do Estado, haja vista que o respeito aos direitos fundamentais do ser humano é, nesta ótica, o pressuposto central da intervenção penal (FERRAJOLI, 2006). E a existência de um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos é um dos traços característicos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nesse sentido, considerando que a privação de liberdade é uma pena, a partir de um sistema de garantias, ela “não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade”. Com efeito, “a ‘custódia de um cidadão que seja julgado culpado, deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível’ e ‘não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime’.” (FERRAJOLI, 2006, p. 508). Em razão disso, a partir de Voltaire, Ferrajoli (2006, p. 508) afirma que “o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos”.

Considerando este estado de coisas, e sendo a motivação das decisões um dos princípios que se incluem dentro do quadro das garantias fundamentais asseguradas pela legislação brasileira e também pelos Tratados Internacionais, a sua observância no caso concreto evidencia um importante passo no reforço da contenção da violência e da arbitrariedade. Isso assume especial relevância quando se está falando na privação – cautelar – da liberdade do indivíduo. Entre eficiência punitiva e maximização das liberdades, o fiel da balança deve sempre pender em favor da proteção do sujeito em face do arbítrio punitivo estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foi abordado o tema do decisionismo judicial nas suas mais variadas formas. Buscou-se demonstrar como, no Brasil, esse tema acaba por afetar diretamente as prisões cautelares.

O assunto foi perspectivado pelo viés das garantias fundamentais, o que restou evidenciado já no primeiro capítulo, quando foi abordada a arbitrariedade judicial no processo penal dentro de um Estado Democrático de Direito, a fim de demonstrar os prejuízos que elas causam e a quem ela afeta diretamente.

Além disso, também se versou acerca do tensionismo destas garantias frente a uma lógica da eficiência, procurando um efficientismo punitivo. O crescimento das prisões cautelares é, então, apresentado como manifestação deste efficientismo. Nesse sentido, foram apresentadas as garantias – com destaque para a motivação das decisões – como válvula de contenção da violência

Durante todo o período de pesquisa, ficou claro que o decisionismo judicial tem cada dia se dilatado um pouco mais. Sem dúvida, ele afeta diretamente nas prisões cautelares, visto que conforme os números apresentados, percebemos que o número de presos sem condenação tem o mesmo percentual dos presos condenados.

Nesse sentido, a pesquisa apresentou uma projeção do que provavelmente teremos de presos daqui há 20 anos se nada for feito a título de mudanças drásticas, principalmente, no âmbito processual penal, no que se refere às decisões proferidas com base em “sentimentos pessoais” para que se dê uma resposta à sociedade ou até mesmo porque os magistrados acreditam que desta forma estariam evitando o aumento da violência.

Percebemos que não se conseguirá resolver o problema do decisionismo judicial, somente “culpando” os juízes, visto que se cria uma bola de neve, um círculo vicioso de decisão que mantém um indivíduo presumidamente inocente preso, que entra em um sistema prisional falido e dominado por facções, e não se vê interesse algum do Estado em oportunizar algum tipo de mudança, mas uma mudança de forma chocante, no bom sentido, até mesmo clamorosa, para que uma coisa se vincule a outra e possamos, a partir de um sistema prisional decente, um Estado interessado em investir não só no sistema prisional, mas também nos presos, e aí assim, quem sabe, os decisionismos que vemos hoje, fundados em

argumentos altamente subjetivos, comecem a se valer de pressupostos concretos e seguidores da Constituição Federal, bem como das leis e princípios ainda vigentes.

Acredita-se que, se temos hoje o que muitos entendem ser um conjunto de leis penais obsoletas e antiquadas, não cabe aos magistrados se valerem de seus “sentimentos pessoais”, seja lá qual o pretexto, para reformá-las.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Alberto Carvalho. **O Conflito Entre Dois Modelos De Política Criminal Contraditórios**. O eficientismo e o garantismo. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10985/o-conflito-entre-dois-modelos-de-politica-criminal-contraditorios>. Acesso em 10 out.2018.

AMARAL, Augusto Jobim. **Violência e Processo Penal**: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AZEVEDO de, Rodrigo Ghiringhelli e CARVALHO, Salo de. **A Crise do Processo Penal** e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal. Sapucaia do Sul: Notadez Informação Ltda, 2006

BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución**: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. n. 29. p. 27-52.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 183.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. **O Princípio Constitucional da Motivação das Decisões**. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/viewFile/2765/1688>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BEZERRA, José Willuames Santos. **Prisão Cautelar e o Eficientismo Penal no Brasil**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/438557312/prisao-cautelar-e-o-eficientismo-penal-no-brasil>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BRANDT, Milton Teixeira. **A Prisão Provisória de Acordo com a Teoria Processual**. Disponível em: https://docplayer.com.br/79080115-4-a-prisao-provisoria-de-acordo-com-a-teoria-processual.html#show_full_text. Acesso em 28 set. 2018.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção De Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. 1. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Processo Penal**. V. II. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Reformas Penais em Debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Jeferson Botelho Pereira Ribeiro de, CARDOSO, Dioni Barbosa. **A banalização da prisão preventiva e seus reflexos na superlotação carcerária.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64984/a-banalizacao-da-prisao-preventiva-e-seus-reflexos-na-superlotacao-carceraria/2>. Acesso em 12 out. 2018.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Garantias Constitucionais-Processuais Penais (a efetividade e a ponderação das garantias no Processo Penal).** Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_186.pdf. Acesso em: 25 nov. 2017.

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

CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COLLI, Maciel. **A importância da motivação das decisões judiciais no Processo Penal: Uma análise à luz do Garantismo De Ferrajoli e do Constitucionalismo de Canotilho.** 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4120 Acesso em: 25 nov. 2017.

COPETTI, André e outros. **Criminalidade Moderna e Reformas Penais.** Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Fernando. **O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal.** Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIOVANAZ, Daniel. **Passo-a-passo: Como a Lava-Jato ameaça a Constituição Federal.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/05/26/passo-a-passo-como-a-lava-jato-ameaca-a-constituicao-federal>. Acesso em: 25 nov. 2017.

GOULART, Douglas. **O princípio da motivação como garantia processual.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6308/O-principio-da-motivacao-como-garantiaprocessual>. Acesso em: 25 nov. 2017.

HIRATA, Felipe Akio de Souza. **O AUMENTO DAS PRISÕES CAUTELARES: banalidade ou necessidade?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31831/o->

aumento-das-prisoas-cautelares-banalidade-ou-necessidade. Acesso em 01 de out. de 2018.

KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR, Aury Celso. **Direito Processual Penal** e sua Conformidade Constitucional. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

LOPES JR, Aury Celso. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual**, Liberdade provisória e Medidas Cautelares Diversas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury Celso. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury Celso. **O Fundamento da Existência do Processo Penal**: Instrumentalidade Garantista. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1060/o-fundamento-da-existencia-do-processo-penal>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

LOPES JR., Aury Celso. **Prisões Cautelares**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIQUITO, Carla da Silva. **Fundamentação das decisões judiciais**: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11892>. Acesso em: 10 nov. 2017.

MINAGE, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas a prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2018

QUEIROZ, Shymene Silva. **A pena no Estado Democrático de Direito**: Uma breve análise conceitual, principiológica e teleológica. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8643&revista_caderno=3>. Acesso em: 25 nov. 2017.

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

STJ (disponível em: <https://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/13418/Nova-lei-de-prisoas-cautelares-e-positiva-mas-impoe-desafios-de-fiscalizacao>). Acesso em 01 out. 2018

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus - Juge nést pas Dieu.** Curitiba: Juruá, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 6. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Da Epistemologia da interpretação à Ontologia da compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento do mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim).** Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/270583277/Da-Epistemologia-Da-Interpretacao-a-Ontologia-Da-Compreensao>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **Direito Penal e Constituição:** A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal.** 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WERMUTH, Maiquel A. Dezordi. **O “ANJO DA HISTÓRIA” E O Expansionismo Penal: Rumo A Um Modelo Totalitário?** Revista dos Tribunais online, 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal:** reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal:** reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.