



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**APLICABILIDADE DO GARANTISMO PENAL NAS PRISÕES
CAUTELARES**

Assis/SP

2013

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**APLICABILIDADE DO GARANTISMO PENAL NAS PRISÕES
CAUTELARES**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação.

Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin Dassi

Área de Concentração: Processo penal

Assis/SP

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

BARBOSA, Isabela Ferreira.

Aplicabilidade do garantismo penal nas prisões cautelares/ Isabela Ferreira Barbosa.
Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2013.

55 p.

Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin Dassi

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

1. Garantismo Penal. 2. Prisão Cautelar

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

APLICABILIDADE DO GARANTISMO PENAL NAS PRISÕES CAUTELARES

ISABELA FERREIRA BARBOSA

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação analisado pela
seguinte comissão examinadora:**

Orientadora: Ms. Maria Angélica Lacerda Marin Dassi

Analisador (a): _____

**Assis/SP
2013**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter enviado seu filho, o qual teve uma morte de cruz, para que eu pudesse ter vida, e vida plena. Por me ensinar a ter misericórdia, e me fazer crer que qualquer história a qualquer instante pode ser transformada.

À minha professora orientadora, Maria Angélica, por todo carinho, paciência e por suas palavras de incentivo. Faltam-me termos para descrever a sua importância para a conclusão desta monografia.

À minha família e meus amigos, pelo apoio constante.

“Porque Deus amou o mundo de tal maneira que deu o seu Filho unigênito, para que todo aquele que nele crê não pereça, mas tenha a vida eterna. Porque Deus enviou o seu Filho ao mundo, não para que julgasse o mundo, mas para que o mundo fosse salvo por ele. Quem crê nele não é julgado; mas quem não crê, já está julgado; porquanto não crê no nome do unigênito Filho de Deus. E o julgamento é este: A luz veio ao mundo, e os homens amaram antes as trevas que a luz, porque as suas obras eram más. Porque todo aquele que faz o mal aborrece a luz, e não vem para a luz, para que as suas obras não sejam reprovadas. Mas quem pratica a verdade vem para a luz, a fim de que seja manifesto que as suas obras são feitas em Deus.”

João 3:16-21

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo abordar o garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli traçando um comparativo com a Lei 12.403/2011 que modificou a prisão preventiva, bem como trouxe inovações como as medidas cautelares alternativas a prisão.

Fizemos uso das tendências do direito penal, sendo elas de forma máxima na qual se utiliza de meios e técnicas valorativas, tanto na sua forma instrumental quanto na material. Também mencionamos o direito penal mínimo que propõe a menor intervenção punitiva possível, sendo esta feita de forma razoável. E por fim expusemos o abolicionismo penal que defende a abolição completa do sistema penal.

Ainda abordamos a concepção de Ferrajoli sobre o garantismo e a verdade processual. E trouxemos a baila o seu posicionamento frente à prisão preventiva traçando o comparativo com à reforma instituída pela referida Lei estabelecendo se correspondem ou não com os ideais do autor.

Palavra-chave: Garantismo penal; prisão cautelar.

ABSTRACT

This work aims to address the criminal garantism proposed by Luigi Ferrajoli drawing a comparison with the Law 12.403/2011 that modified the custody and brought innovations such as preventive measures alternative to imprisonment.

We use the trends of criminal law, and they form in which maximum use of resources and evaluative techniques, both in its instrumental form as in the material. Also mentioned criminal law proposes the lowest minimum possible punitive action, this being done in a reasonable way. Finally we exposed the penal abolitionism that advocates the complete abolition of the penal system.

Still approach the design of Ferrajoli on garantism procedural and truth. And brought to fore its position opposite the remand tracing the comparison with the reform established by that Act establishing whether or not correspond with the ideals of the author.

Keyword: Garantism criminal; precautionary prison.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DIREITO PENAL MÁXIMO.	12
2.1 MODELOS AUTORITÁRIOS DE DIREITO PENAL	12
2.2 A VERDADE PROCESSUAL NOS MODELOS AUTORITÁRIOS.....	14
2.2.1. A idade média e o direito penal do terror (Direito Germânico Canônico e a inquisição).	15
2.2.1.1Direito penal Germânico.	15
2.2.1.2. Direito Penal Canônico.	15
2.2.1.3..... Inquisição	16
2.3 A JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVA DO DIREITO PENAL	17
3. DIREITO PENAL MÍNIMO.	19
3.1 PROPOSTA MINIMALISTA INTERMEDIÁRIA	19
3.2 AS JUSTIFICAÇÕES UTILITARISTAS DO DIREITO PENAL	20
3.3. ABOLICIONISMO.....	23
3.3.1. Por que abolir o sistema penal?	24
4. GARANTISMO PROCESSUAL	27
4.1.VERDADE PROCESSUAL	27
4.1.1. Verdade científica e verdade processual	28
4.1.2. Dedução jurídica e a verdade opinativa das premissas.	29

4.1.3 Conhecimento judicial subjetivo.....	29
4.1.4 Verdade e Validade.....	30
4.2 GARANTIAS PROCEDIMENTAIS	31
4.2.1 Cognição	32
4.2.3 Acusação e Interrogatório	34
4.2.4 Meios de prova.	35
4.2.5 Defesa.....	36
4.2.6 Publicidade e Oralidade.....	36
4.2.7 Formação das provas	37
4.2.8 Motivação das decisões	38
5. ASPECTOS GARANTISTAS DA LEI 12.403/2011	39
5.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO PREVENTIVA	39
5.2 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011	41
5.2.1. Medidas Cautelares Alternativas.	42
5.2.2. Requisitos de aplicação.....	43
5.2.3. Decretação.	44
5.2.4. Descumprimento da medida cautelar.....	44
5.3 PRISÃO PREVENTIVA	45
5.3.1 Requisitos de aplicação.....	46
5.3.2. Hipóteses que não caberá prisão preventiva.....	47
5.3.3. Motivação de aplicação, substituição ou denegar a prisão preventiva....	47
5.3.4. Fase de Decretação da prisão preventiva.	48
5.3.5. Modalidades de prisão preventiva.	49
5.3.6. Prisão preventiva domiciliar.....	49

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho analisará a Lei 12.403/2011 à luz do garantismo penal, segundo Luigi Ferrajoli. A determinada lei modificou a aplicação da prisão preventiva, bem como, inseriu medidas alternativas menos gravosas antes de sua aplicação mediata. Para tanto, utilizaremos alguns penalistas renomados como: Fernando Capez, Luis Flavio Gomes, Luigi Ferrajoli entre outros.

No primeiro momento falaremos sobre o modelo de Direito Penal máximo, o qual é pautado em uma aplicação de pena valorativa, ficando o acusado muitas vezes sobre sanções fundamentadas no substancialismo. Igualmente ocorre em seu modelo instrumental onde se faz uso de todos meios para justificar uma sentença condenatória.

No segundo momento, ainda elencaremos as tendências do Direito Penal através do Direito Penal mínimo, o qual propõe o mínimo de intervenção punitiva sendo esta pautada de legalidade e razoabilidade. E o abolicionismo penal corrente que defende a abolição completa e imediata do sistema penal, sendo empregados outros meios “não penais” para a resolução dos conflitos.

No terceiro andamento do trabalho, falaremos segundo a concepção de Ferrajoli sobre o garantismo processual, como obter a verdade processual e as garantias procedimentais que o próprio autor decreve, como: colhimento de provas, meios de prova, meios de defesa entre outros.

Por fim, no quarto e ultimo momento falaremos do posicionamento de Ferrajoli quanto à prisão preventiva e traremos a luz da lei 12.304/2013, seu posicionamento frente às reformas. Concluindo assim se são mais garantistas ou não do que o sistema anterior.

2. DIREITO PENAL MÁXIMO.

Neste capítulo elucidaremos sobre o direito penal máximo, visto que o modelo de garantismo processual e penal são institutos relativamente novos advindos de anos de práticas autoritárias.

2.1 MODELOS AUTORITÁRIOS DE DIREITO PENAL

Para FERRAJOLI o direito penal máximo, também chamado pelo mesmo de epistemologia inquisitiva ou antigarantista, se diferencia segundo dois aspectos principais.

O primeiro refere-se ao que é penalmente relevante, levando-se em conta um caráter *substancialista e não formal*, ou seja, o objeto penalizado não é o delito formalizado pela lei, mas a prática criminosa que é considerada muitas vezes imoral, reportando a figura do autor para tal aplicação. A forma mais usada para este tipo de emprego são as elasticidades e amplitudes do tipo penal, podendo fazer uso de termos vagos e com sentido valorativo.

Contudo, ainda pode ir além a desvalorização do tipo penal não se preocupando com a ação prevista e desviada e sim com o comportamento criminoso do autor bastando este para lhe impor pena. Desemboca no direito penal do autor, fazendo acepção por mero caráter étnico, natural e social. As medidas de defesa social ou (medidas cautelares) são um exemplo da mera suposição de haver cometimento do delito, ou quando essa presunção delituosa deriva de suas características ou “status, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinquente habitual’ ou ‘profissional’, ‘de tendência delituosa’ ou similares.”

Como vimos, esse movimento causa um desvio ao princípio da estrita legalidade, onde o cidadão só poderá ser punido se a prática estiver prevista como delito pela

lei. A punição, neste caso, não é por violar a lei, mas sim pelo que o acusado representa ser.

O desvio punível é fundamentado segundo qualquer “verdade”, e não pela autoridade da lei. Esse distanciamento ocorre, pois o *substancialismo* faz confusão entre direito e moral, permitindo deste modo intervenções subjetivas na liberdade dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p.35-36)

O segundo aspecto enumerado por FERRAJOLI é o *decisionismo* processual, ou seja, a falta de materialidade para punir fica a mercê do poder do juiz e da imposição da pena faltando deste modo fundamentos empíricos para sua aplicação. Esta subjetividade é demonstrada de duas maneiras: “no caráter subjetivo do tema processual” em que se usam características pessoais do agente sendo o ser e não a conduta propriamente violada analisados, sendo observada sua naturalidade criminosa e até mesmo sua periculosidade social;

“o caráter subjetivo do juízo” é o segundo elemento que consiste que na falta de provas concretas. Pauta-se por apenas diagnósticos e suspeitas. (FERRAJOLI, 2002, p.36)

A diminuição ou dissolução da estrita legalidade vem abrir espaço para a arbitrariedade inquisitiva no processo penal como também a tomada de decisão sem ser pautada na verdade formal e sim uma “verdade substancial” não podendo ser verificada e analisada. Este sistema nos remota para os modelos autoritários de poder condicionado ao bel-prazer de quem decide. Contradizendo até mesmo o sentido de Jurisdição, onde as normas são ditadas com base em assertivas verificáveis. (FERRAJOLI, 2002, p.37)

O direito penal máximo tem como característica a incerteza e a imprevisibilidade das penas aplicadas e da fase processual não tendo parâmetros racionais para tal aplicação, fundamentando-se no substancialismo penal e na inquisição processual.

Segundo o mesmo autor a certeza que este modelo percorre é “... que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido.” (2002, p.84). Esta certeza decorre da aspiração autoritária em que todo delito por mais ínfimo terá que ser exposto à luz do direito, devendo ser punido pela

mão do Juiz também igualmente autoritário. Predomina o *in dúbio contra reum*. Estes Estados não possuem a descrição da lei disciplinando deste modo suas limitações. (FERRAJOLI, 2002, p.83 a 86)

2.2 A VERDADE PROCESSUAL NOS MODELOS AUTORITÁRIOS

A verdade processual segundo os modelos não autoritários é a chamada verdade formal, podendo estabelecer que um delito realmente acontecesse de acordo com provas empíricas e que seja estabelecida previamente a conduta como ilegal. O fundamento para a condenação é derivado do desrespeito a regras expressas do que é penalmente relevante, além de que a obtenção de provas e o andamento do processo também terão que obedecer às técnicas que a lei estabelece para colhimento, se não encontrados provas concretas e obtidas de forma legal presumem-se a não culpabilidade do réu. (FERRAJOLI, 2002, p.37-38)

Os modelos autoritários usam a verdade chamada de substancial ou material, que são aquelas carentes de limites, podendo ser alcançadas utilizando qualquer método, podendo ser estes além das regras dispostas.

Esses modelos se contrapõem em diversas áreas cognitivismo e decisionismo, comprovação e valoração provam e inquisição, razão e vontade, Verdade e potestade.

Com o decorrer da história passamos por diversas medidas autoritárias em busca do que chamamos hoje de devido processo legal, no qual delimita para que haja a verdade concreta. Desde a civilização grega onde a verdade era estabelecida por um desafio, ao vencer teria razão no litígio. Como também logo após que aparece a figura do pastor, como testemunha e detentor do poder de estipular o que vira e deste modo quem tem razão. Desenvolveu-se a forma de estabelecer essas verdades tanto no campo jurídico, quanto nas demais áreas científicas.

2.2.1. A idade média e o direito penal do terror (Direito Germânico Canônico e a inquisição).

Neste tópico falaremos sobre a evolução deste sistema investigativo de verdades e aplicação da pena ao longo de um período de direito penal máximo.

2.2.1.1 Direito penal Germânico.

Os povos que eram chamados de germanos eram bárbaros que habitavam a região da Germânia, em que estavam em constante confronto com Roma nas fronteiras. Para os germanos a pena era aplicada quando havia a perda da paz, o infrator era posto para fora da proteção do grupo suscetível a qualquer perigo.

A vingança de sangue logo foi também modificada sendo aplicadas tarifas de acordo com a gravidade de cada crime.

Apesar de não possuírem lei escritas, seu direito penal era embasado pelos costumes, em que a maioria dos delitos era tida como interesse privado, podendo o ofendido aplicar a chamada Vingança de Sangue em que uma família guerreava contra a outra terminando apenas se houvesse algum tipo de reparação. Já para os crimes delimitados como de ofensa pública como: traição; deserção; falso testemunho era punido com a perda da paz. Quando estes povos começaram a manter contato com outras civilizações e o povo cristão deu-se a formação do Estado e a perda da paz passou a ser obrigatoriamente estipulada e não mais facultativa ao ofendido, pois passava a ser aplicada pelo Estado. (DOTTI, 2002, p. 134-135)

2.2.1.2. Direito Penal Canônico.

Entre o direito penal Romano, germânico e moderno esteve presente também o direito penal Canônico, que teve grande influência. Transformando o direito Romano

e adaptando este as novas relações sociais, a igreja contribuiu para a humanização do direito penal, embora esta contribuição fosse estabelecida por meros interesses de dominação. (MIRABETE, 2003, p. 37)

“Aquela intervenção se fazia não apenas quanto às infrações que atentassem contra as ordens morais e religiosas, mas também quanto aos eventos praticados no âmbito do poder temporal.” (DOTTI, 2002, p.135).

As características que predominaram neste modelo foram considerar o elemento subjetivo da conduta; se opor as *ordálias*; se opôs também à resolução do processo pela força como era tida nos duelos judiciais; e afirmou o direito da igreja. (DOTTI, 2002, p.135) Contudo além destas influências a principal foi ter contribuído para o surgimento da prisão moderna com o ideal de reforma do delinquente, onde se procurava na pena corrigir e reabilita-lo. Este direito se estendia tanto para leigos quanto para os religiosos desde que o crime fosse de matéria religiosa. (BITENCOURT, 2000, p. 27-28)

Assim, surgia o termo usado hoje para os locais de prisão com “penitenciária”, pois vislumbrava que a pena era uma penitência pra que houvesse redenção do acusado.

2.2.1.3. Inquisição

No período da alta Idade Média já havia a prática do inquérito pela Igreja. Esse método era chamado de *visitatio* onde o bispo visitava a sua diocese. Ao chegar ao povoado perguntava para os mais notáveis se havia ocorrido alguma falta ou crime em sua ausência. Esta primeira etapa era chamada de *inquisitio generalis* (inquisição Geral). Logo se passava para a segunda etapa se houvesse uma resposta positiva, que era chamada de *inquisitio specialis* (inquisição especial) onde se tentava determinar quem era o autor e que tipo de crime. Contudo se em qualquer momento o autor confessava-se a inquisição era interrompida. Este modelo tomou outras proporções sendo usados além de crimes, pecados e faltas para resguardar as funções administrativas e econômicas da igreja. Esse modelo

permeou até o século XII, quando nasce o Estado e este passa a tomar conta dos procedimentos judiciais fazendo da mesma maneira que a eclesiástica, pois o procurador do rei também por inquérito estabelece se houve a manifestação do crime e seu possível autor.(FOUCAULT, 2001, p. 70-71).

Este método inquisitivo instaurado a partir do século XII revolucionou a forma de investigação, que não fora mais tão pautada em provas sendo estas apenas analisadas de forma que deixassem vestígios. Contudo não foi apenas no campo da investigação jurídica, mas em todo campo de investigação do saber.

2.3 A JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVA DO DIREITO PENAL

O problema gerado pela justificação retributiva do direito penal consiste em que se embasa esta justificação e quais as razões que o torna justo para ser aplicado.

Para FERRAJOLI os justificacionistas se dividem em absolutos ou relativos. Os absolutos são todos os que veem a aplicação da pena como uma reparação, retribuição, ou seja, a pena possui um fim em si mesmo.

Já os relativos ou utilitaristas mencionam que a aplicação da pena servirá para prevenir futuros delitos. Esta se subdivide em prevenção especial, na qual o delinquente não cometerá novos crimes e prevenção geral servindo para a contenção de crimes que os cidadãos possam vir a cometer.

Também podemos mencionar a utilitarista a prevenção positiva em que há a correção do delinquente e a disciplina os demais cidadãos e a prevenção negativa que neutraliza o delinquente e intimida os cidadãos. (2002, p. 204-205)

As doutrinas absolutas ou retributivistas são à base de todo sistema arcaico, que detinham todo ordenamento primitivo, como já mencionamos acima “a vingança de sangue” FERRAJOLI elucida que esta concepção “... gira em torno de três ideias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da “vingança” (ex parte agentis), da “expição” (ex parte patientis) e do “reequilíbrio” entre pena e delito.”(2002, p. 205)

Estas ideias nunca foram abandonadas completamente sobre o sistema penalístico, no século XIX surgiram dois novos modelos. Um de origem Kantiana que defendia a pena como uma retribuição ética, pois a lei detinha um valor moral que ao ser violado lhe era justificado a imposição de um castigo.

Segundo QUEIROZ:

“KANT, ao conceber a pena como um “imperativo categórico”, como um fim em si mesmo, que nenhum propósito persegue, rejeita, toda pretensão de lhe prestar fins utilitários ou de convivência política, ou que se justifique a partir daí, ou que tome em conta razões dessa índole, visto que “o homem não deve ser tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser, confundido com o objeto do direito real, porque isto é garantia de sua personalidade, embora ele possa ser condenado a perder sua personalidade civil”. Repudia-se, enfim, a instrumentalização do homem em favor de razões de utilidade social.”(2005, p.20)

O segundo modelo tinha origem hegeliana defendendo que a pena era uma retribuição jurídica, pois ao violar a ordem jurídica só poderia ser reestabelecida por uma violência em sentido contrário.

“Vale dizer: o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação). A pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito.”(QUEIROZ, 2005, p.21)

Essas versões, por mais fundamentada que se encontrem ainda não são sustentáveis visto que o dano causado que visa à aplicação da pena jamais poderá ser reparado, pois se trata de um ato que não pode ser desfeito. (FERRAJOLI, 2002, p.205-206).

Deste modo, estabelece a principal diferença entre o direito civil, onde o dano pode ser reparado e o direito penal, que tem a sua aplicação imposta por um ato que não pode ser desfeito, ou seja, a ação não poderá ser restaurada.

3. DIREITO PENAL MÍNIMO.

Neste capítulo discorreremos sobre o direito penal mínimo que nasce a partir de propostas de filósofos e penalistas com: Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta. A proposta elucidada por esses autores se aproximam das ideias do iluminismo, representado por Beccaria. Esta teoria vem sendo a mais destacada tendência da política criminal moderna. (GOMES, 2007, p.277)

E também falaremos sobre o abolicionismo que é uma forma mais radical dentre as correntes minimalistas.

3.1 PROPOSTA MINIMALISTA INTERMEDIÁRIA

Minimalismo penal, também chamado de Abolicionismo moderado não visa à extinção do direito penal e sim, minimizar a utilização destes na resolução dos conflitos, pleiteando deste modo, a não criação de novas criminalizações, e solicitando também uma descriminalização dos delitos já existentes, a despenalização (penas mais brandas) e principalmente a desprisionização que no nosso sistema penal se reflete quanto aos presos cautelarmente, devendo este ser evitado ao máximo. (GOMES, 2007, p.277)

Em síntese esta teoria visa utilizar o direito penal de forma proporcional, sendo aplicada apenas nos delitos que não podem ser reparados por outros meios, deste modo, a aplicação da pena considerando nosso sistema penal seria uma *ultima ratio*.

FERRAJOLI menciona que o Estado de direito é o que melhor define o modelo de direito penal Mínimo, pois tanto o Poder Público quanto o direito penal estão vinculados e limitados pela lei. O direito penal no que diz respeito à persecução penal e na imposição do que é penalmente relevante.

Contudo, o Estado de Direito nem sempre é dotado do direito penal mínimo em formato puro, mas de forma que as normas dentro deste ordenamento são mais tendenciosas ao mínimo ou ao máximo, convivendo entre si.

“Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos” (FERRAJOLI, 2002, p. 83)

Este instituto por ser condicionado e limitado, garante de forma ampla a liberdade de seus cidadãos frente ao poder punitivo do Estado, vez que estabelece uma forma racional e de certeza. Deste modo, todas as vezes que se depara com dúvidas, exclui-se a responsabilidade penal. A discricionariedade existe, contudo não para ampliar a aplicação da punibilidade, mas, restringi-las ou excluí-las. (FERRAJOLI, 2002, p. 84)

A certeza perseguida pelo direito penal mínimo é aquela “... em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.” Esta “certeza” ainda que relativa, é a que chega mais próxima, pois estabelece mecanismos concretos de verificação. (FERRAJOLI, 2002, p.85)

Nesse sentido ainda entende o mesmo autor que é necessário à prova da culpabilidade, ainda que esta seja subjetiva para que haja a condenação. Caso contrário deverá ser aplicado o *in dúbio pro reo*, ou seja, presume-se sua inocência, sendo que apenas para condenar é necessária a certeza.(2002,p.85)

3.2 AS JUSTIFICAÇÕES UTILITARISTAS DO DIREITO PENAL

Os Utilitaristas não tem em mente a pena quanto fim punitivo, e sim quanto um meio. Este visa proporcionar aos seus cidadãos uma forma de proteção de seus bens fundamentais bem como segurança de sua nação. Neste caso a pena imposta não

deve ser uma retribuição ao dano causado, mas deve olhar para o futuro devendo emendar o réu e prevenir novos delitos, servindo a pena como exemplo. Não deve se punir o mal feito, e sim corrigir o infrator e prevenir os futuros criminosos.

Esta doutrina tornou-se base para todo pensamento reformador na época do iluminismo, pois separou devidamente a moral e o direito. Sendo a punição não mais uma vingança e sim meio de prevenir e garantir segurança ao cidadão e a sua comunidade.

Apesar de representar um pressuposto do garantismo penal e conseqüentemente do minimalismo, não é por si só suficiente, para justificar o porquê punir, pois dependendo da versão do utilitarismo adotado poderá fundamentar os modelos de direito penal máximo, como exemplo “os fins justificam os meios” elucidado por Maquiavel em o livro o príncipe. Leva-se em conta, deste modo, a supremacia do Estado em detrimento ao direito, a moral e etc, é chamada de *ex parti principis*. (FERRAJOLI, 2002, p.210-211)

Temos também dentro do utilitarismo o *ex parti populi* “...que tem como ponto de referência o bem-estar e a utilidade não mais dos governantes mas, sim, dos governados.” Ou seja, são para a utilização dos cidadão, que devem respeitá-las. Este é o modelo que representa de uma melhor forma a separação entre direito e moral, e se aproxima do modelo de direito penal mínimo e do garantismo penal, contudo ainda esta pode ter ambivalências, como exemplo utilizar a pena de morte em prol do bem-estar social, ou seja, impor uma tirania para garantir tal segurança. (FERRAJOLI, 2002, p.210-211)

O autor ainda menciona que dentro da justificação utilitarista devemos diferencia-las em duas espécies: quanto aos seus destinatários, em geral ou especial(coibir a pratica de novos delitos e corrigir o delinquente); e quanto à natureza das prestações da pena, positivas ou negativas.(FERRAJOLI, 2002, p.212)

A prevenção especial e prevenção geral positiva correspondem à função da pena como forma de correção do réu e a função da pena como forma de reforçar a fidelidade dos cidadãos ao seu ordenamento. Já a prevenção especial e prevenção geral negativa são as que visam neutralizar o réu e desaconselhar seus cidadãos pela ameaça da aplicação da pena. (FERRAJOLI, 2002, p.212-213)

Segundo QUEIROZ para FERRAJOLI, a única justificação que se pode atribuir ao direito de punir é a da prevenção geral negativa, não apenas como as doutrinas clássicas apresentam prevenindo apenas os delitos futuros, mas de forma “reformatora” também, ou seja, as penas informais que acarretam reações públicas ou privadas arbitrárias. Estabelecem deste modo duas formas preventivas: as de futuros delitos e as reações desproporcionais que partam do particular ou até mesmo do próprio Estado. (2005, p. 68)

Ainda menciona o mesmo autor que FERRAJOLI considera esta segunda forma como o “fim fundamental” da pena, pois ainda duvida da prevenção de futuros delitos. Assim a prevenção geral delimita o “limite mínimo” das penas e a prevenção de vingança e penas arbitrárias determinam o “limite máximo” desta.(2005, p. 69)

“Com efeito, uma, a prevenção geral de crimes reflete o interesse da maioria não-desviada; a outra, a prevenção de reações sem controle, o interesse do réu e de todo aquele que é suspeito ou acusado como tal. Esses fins e interesses, é certo, entram em conflito, e são seus portadores as partes no processo penal contraditório; a acusação, interessada na defesa social e, por conseguinte, em maximizar a prevenção do castigo aos delitos; e a defesa, interessada na defesa individual e, portanto, em maximizar a prevenção das penas arbitrárias. E o direito penal nasce assim, da necessidade política e social de administrar esse conflito de interesse, objetivando controlar a violência (minimizá-la) e coibir o arbítrio.”(QUEIROZ, 2005, p. 60-70)

Deste modo, FERRAJOLI ainda não acredita na pena como forma de ressocializar ou reeducar, mencionando que esta tem apenas a função de impedir os cidadãos de se digladiarem, assim o direito não tem força de impor que este não seja malvado ou venha a se redimir. As penas privativas de liberdade não poderão exceder a dez anos, bem como devem ser abolidas gradualmente. O fim a ser perseguido por essa não é a pedagogia, mas devem ter sanções taxativas e determinadas, não havendo tratamentos diferenciados, também elucida contra a flexibilização no momento da execução da pena (livramento condicional, progressão de regime e tc.) devendo estar ser certa e determinada não ficando sua concessão a critérios administrativos ou jurisdicionais.(QUEIROZ, 2005, p. 70)

Deste modo, a lei penal protegerá o mais fraco, ou seja, no momento da ação criminosa a vítima, já na fase processual o réu, pois este é o mais fraco perante o poder exercido pelo Estado. Assim o direito penal também tem a função de controlar a violência, mas este discurso ainda não é suficiente para proteger de uma intervenção máxima.

Segundo QUEIROZ

“Não é isso que pretende o “minimalista” FERRAJOLI, evidentemente; antes, se insurge enfaticamente contra tal tendência. Para ele, o direito penal *ideal*, por assim dizer, em face da exigência de *certeza e razão* que devem presidir a intervenção do Estado, é, necessariamente, um modelo de direito penal que represente a um tempo máximo de bem-estar possível para os não desviados (os não-delinquentes) e o mínimo de mal-estar para os desviados (os delinquentes), modelo que corresponde, assim, a um meio termo entre um modelo máximo de direito penal e o abolicionismo penal: um modelo de direito penal mínimo, enfim.”(2005 p.71-72)

Assim, entendemos o direito penal mínimo como aquele que está vinculado e condicionado a situações de absoluta necessidade. Protegerá o cidadão da potestade punitiva do Estado e além, estabelecerá um ideal de certeza e racionalidade quanto à intervenção penal. (QUEIROZ, 2005,p.72)

Portanto fica estabelecido uma ideia intermediária de intervenção penal, não sendo potestativa e valorativa, e nem de forma que não o faça necessário, como o modelo abolicionista e sim de forma moderada e racional.

3.3. ABOLICIONISMO

As tendências elencadas até o presente capítulo de algum modo legitima o sistema penal, sendo ele de forma máxima ou mínima, ou seja, estabelecem ao direito penal o direito e a legitimidade de punir.

Contudo ainda há um pensamento contrário a estas correntes, que menciona que o Estado não poderá exercer tal poder.

O abolicionismo penal como trata QUEIROZ, nega os fundamentos que embasa as teorias tradicionais de justificação do direito de punir, pretendendo "... a abolição imediata de todo sistema penal (direito penal, penitenciárias, judiciário, ministério público, polícias etc. com atribuições penais)."(2005, p.86).

Nega deste modo, o controle "formal" dos delitos, mas atribuem a outras formas chamadas "informais" esta função. Sendo estas feitas por instituições alternativas ou intervenções comunitárias como ocorre hoje na reparação civil, arbitragem, acordos, perdão e etc.

Um dos principais defensores desta obra Louk Hulsman, pois menciona que as penas são perdidas e deste modo trazem um sofrimento inútil.(GOMES, 2007,p.272)

Segundo GOMES apud HASSEMER E MUNÕZ CONDE (2007,p.272)

"a perspectiva abolicionista funda-se no seguinte pressuposto: "se o Direito penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do status de seus autores, e quase sempre recai sobre a parte mais débil e os extratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente o melhor que se pode fazer é acabar de vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício."

Sua fundamentação se pauta pela eliminação da punição Estatal, pois reconhece que suas vantagens são inferiores aos danos causados, sendo que cria mais problemas sociais do que os solucionam. Não podendo então sustentar sua existência.

3.3.1. Por que abolir o sistema penal?

O primeiro fundamento para tal abolição diz respeito à aplicação da pena que não cumpre com sua função de prevenção, em caráter geral e nem ao menos o especial. Vez que o temor pela aplicação da pena não leva a modificação do comportamento criminoso do agente, pois a motivação para delinquir deriva de várias causas, como sociais, culturais entre outras. Assim apenas a reincidência desmentiria a função preventiva da aplicação da pena. Serve a prevenção geral apenas como forma de legitimar a atuação do sistema.

Também a prevenção especial não acarreta resultados, pois a pena de prisão utilizada nos sistemas penais modernos em vez de socializar e integrar o infrator a sociedade, o confina em um ambiente “antinatural”, sofrendo efeitos contrários ao que deveria, como a dessocialização, o perverte, e o estigmatiza.

QUEIROZ apud BARATTA menciona que a prisão é apenas a ponta do *iceberg* de um sistema penal burguês, pois é neste momento que se revela a discriminação social, escolar, da assistência social e etc. O cárcere apresenta apenas a consolidação de uma vida criminosa.

Ainda salienta o mesmo autor que o sistema penal exerce um poder seletivo, onde sua clientela são os miseráveis, que produzem e reproduzem as desigualdades sociais. Assim o direito, principalmente o direito penal, ao tratar os indivíduos através da igualdade formal, legitima a desigualdade material, visto que o direito penal criminaliza comportamentos próprios das classes mais baixas e isentam os comportamentos das classes altas, reproduzindo as desigualdades sociais, pois exerce sua seleção acobertando tal classe.

Estabelece também que o próprio sistema penal opera a margem da legalidade, ou seja, o sistema também viola os direitos humanos, pois é programado para não funcionar. A demanda que essas agências operam é muito superior do que efetivamente suportariam, causando, deste modo, tal violação. São exemplos destas ilegalidades atos de tortura, duração muito prolongada dos processos penais, prisões provisórias que acabam sendo definitivas entre outras.

O sistema ainda intervém em apenas alguns crimes, pois o restante das ações criminosas não é registrado, ou seja, não são identificados os autores, quando os próprios crimes também não são conhecidos, quando prescritos ou até mesmo

quando não consegue se provar a autoria ou materialidade delitiva, entre outros. Assim, se a ação criminal punida é uma minoria, estatisticamente desprezível, porque existir um sistema que é ineficaz. Se este se revela desnecessário, pode-se aboli-lo.

O sistema ainda intervém não apenas no acusado do delito, mais também na vítima, causando um dano enquanto diz protege lá. Pois não permite que haja escolha desta quanto à criminalização do agente, nem tão pouca participação em seu próprio conflito. O delito é tratado como uma “reificação”, onde é limitado não podendo trazer soluções mais plausíveis, ou seja, mais opções para tentar satisfazer da melhor forma.

Quem cria o crime é a própria lei penal, é ela quem estabelece se esta ou aquela conduta será ilegal. Além de atuar sobre pessoas e não sobre toda uma circunstância. “Argumenta-se que todo o sistema penal gira em torno da ideia de culpabilidade individual (pessoal), desprezando por completo o ambiente ou o sistema social em que se insere.”

Desta forma, leva-se em conta apenas a culpabilidade individual e não as demais variáveis como: circunstâncias particulares, características culturais, sociais etc.

O sistema também funciona de forma reativa e não preventiva como deveria atuar. A pena é apenas uma forma de retribuir uma violência já causada, sendo uma forma de compensá-la. (QUEIROZ, 2005, p. 89-99)

Ainda há o atraso em sua aplicação, pois como o sistema penal gera uma investigação minuciosa, e também como já mencionamos o sistema não está preparado para as demandas que lhe são exigidas a aplicação da pena ocorre muito posteriormente à prática do delito. Não sendo o indivíduo o mesmo condizente com aquele momento da ação criminosa. Podendo este estar até mesmo restaurado e intergrado novamente ao corpo social.

4. GARANTISMO PROCESSUAL

Neste capítulo falaremos sobre a forma de verdade adotada no sistema garantista, bem como suas formas processuais que segundo Ferrajoli se divide em procedimentais e orgânicas, contudo abordaremos apenas as procedimentais.

4.1. VERDADE PROCESSUAL

A verdade processual para FERRAJOLI se divide em verdade fática, que ocorre quando o fato praticado ocorreu e pode ser provado empiricamente através de dados probatórios. E a verdade jurídica que decorre do fato praticado e provado empiricamente estar definido em lei como penalmente relevante, para tal avaliação será feita a verificação através da análise comparativa da letra da lei. Deste modo havendo a verdade fática e jurídica então teremos a verdade processual.

Esta teoria chamada também de correspondência não se limita a definir um conceito de verdade, mas estabelecer meios para que dentro do processo possa ter um parâmetro que corresponde com a verdade se encontrados os preceitos fáticos e jurídicos, e como falsos se não estabelecidos. (FERRAJOLI, 2002, p.40-41)

“O que se exige é somente que seja uma linguagem tendencialmente isenta de termos vagos ou valorativos e de antinomias semânticas internas e isto... é exatamente o que os sistemas das garantias de estrita legalidade e de estrita jurisdicionabilidade pretende assegurar e que, ao contrário, resulta como prometido junto com as condições de uso do termo “verdadeiro”, onde tais garantias faltem, ou seja, violadas de qualquer forma.” (FERRAJOLI, 2002, p.42).

A verdade processual pode ser comparada com a “verdade” da teoria científica, pois esta não é tida como absolutamente verdadeira, mas sim como uma verdade aproximada, pois após serem analisadas por ações de controle até aquele momento

o que sabemos delas, o conjunto de conhecimento é o mais próximo que se pode chegar, contudo pode ser superada por outra teoria e tida em um futuro como falsa. Assim não há como falar em verdade ou verdade aproximada quando não se tem um princípio que regula a jurisdição. (FERRAJOLI, 2002, p.42-43)

4.1.1. Verdade científica e verdade processual

A verdade científica quanto a processual possuem algumas características comuns, sendo estas uma verdade aproximada por serem proposições empíricas que não são passíveis de verificação experimental de forma direta.

As proposições judiciais fáticas são um exemplo de modelo de verdade histórica, pois, só poderá ser verificada com os vestígios do passado deixados no presente que indicam a prática delituosa. (FERRAJOLI, 2002, p.43)

“Por exemplo, no caso descrito pela tese fática “Tício causou cupavelmente em caio uma ferida que se curou em dois meses”, o juiz não pode experimentar diretamente a agressão de Tício, que, enquanto passada, é desde logo inacessível à experiência, mas só pode captar sinais de lesões, históricos clínicos, pecas de convicção, informações e similares, que lhe permitem reconstituí-la.” (FERRAJOLI, 2002,p. 44)

A verificação da verdade histórica apresenta-se de forma diferenciada, pois ocorre de fontes já existentes, que são apenas análise de documentos já preexistentes, não criando novas fontes apenas raramente. Diferentemente das proposições judiciais que o fato é reconstruído por novas fontes como testemunhos, perícias etc.

As duas vertentes encontram-se quando há o julgamento, neste caso juiz e historiador se equivalem apenas das análises das provas e documentos para embasarem suas decisões e posições. “Sua verdade não está *demonstrada* como sendo logicamente deduzida das premissas, mas somente *comprovada* como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução.” (FERRAJOLI, 2002, p.44)

A análise destes dados capturados tanto pode levar para uma tese de defesa ou acusação, o julgador deverá levar em conta a que for mais coerente com o número de provas. Podendo ser desfeita a convicção formada desde que surja uma nova prova que se contradiz com as demais, até o momento em que não foi declarada “coisa julgada”. (FERRAJOLI, 2002, p.44-45)

Caso as provas não sejam suficientes para a condenação, prevalecerá a absolvição do réu.

4.1.2. Dedução jurídica e a verdade opinativa das premissas.

A verificação jurídica deriva de um processo classificatório. Para a tese de acusação se enquadre no delito descrito é necessário um processo de silogismo e que os termos usados sejam taxativos e precisos, pois diante de um termo que margeia á vários sentidos dentro do tipo o julgador mesmo que de forma discricionária poderá decidir de forma autoritária ou racional. Para que haja validade para a norma ser aplicada, esta não pode descrever a situação fática além da forma vaga de maneira desconexa da realidade empírica que a torne impossível de ser aplicada. (FERRAJOLI, 2002, p.44-45)

Podemos mencionar que a situação fática vem muitas vezes descrita de acordo com as premissas jurídicas sendo feita assim uma forma de silogismo. Como se utiliza de termos e esse é sempre com plurisignificados também a verdade fática fica sujeita a discricionariedade.

4.1.3 Conhecimento judicial subjetivo.

Além destes critérios mencionados há ainda que se investigar a imparcialidade do julgador que por mais que se empenhe está sempre condicionado por seus valores morais, posição social ou política entre outros. (FERRAJOLI, 2002, p.46)

“Mais além das alterações desonestas e partidárias do verdadeiro, na realidade são possíveis e em certa medida inevitáveis às deformações involuntárias, devidas ao fato de que toda reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipótese de trabalho, que, ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e a descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive ver dados disponíveis em contratos com elas. Em todo juízo, em suma, sempre está presente uma certa dose de preconceito.” (FERRAJOLI, 2002, p.47)

Um dos problemas da subjetividade do juízo é que este faz a sua análise de forma única, sendo que na questão científica e históricas podem ser refutadas.

Assim a ampla defesa e o contraditório, pois é este momento que levará o julgador a se posicionar e dependendo deste, não poderá outro interpor outro posicionamento. (FERRAJOLI, 2002, p.48) Se houver o emprego de seu valor moral e ocorrer um erro este será irreparável.

4.1.4 Verdade e Validade

A verdade processual só será alcançada quando se estabelecer meios para tanto. Tendo-se assim a íntima ligação com a validade, pois para ser obtida a verdade será necessária a utilização de meios válidos. Deste modo, constituem um conjunto de regras que correspondem às garantias processuais.

Entanto, FERRAJOLI ressalta que existem inúmeros mecanismos processuais que dificultam a busca da verdade processual. (2002, p.50)

Assim, nem todos os mecanismos levam da melhor forma a busca da verdade e sim a prolarar o processo desviando o processo de seu adjetivo.

“... atividade cognitiva, onde as escolhas e as decisões vêm justificadas por critérios pragmáticos e subjetivos, mas sempre relacionados, como qualquer outra forma de conhecimento, à busca da verdade objetiva.” (FERRAJOLI, 2002, p.56)

A verdade processual ainda que sofra por subjetividades estas serão sempre regulamentadas para que dentro de um parâmetro seja discricionária, mas não potestativa e valorativa.

4.2 GARANTIAS PROCEDIMENTAIS

Além de termos as garantias penais, também chamadas de “substanciais”, temos as garantias processuais também chamadas “instrumentais” as quais juntas garantem um juízo não arbitrário. (FERRAJOLI, 2002, p. 432) Assim existe um nexo entre garantias substanciais e instrumentais.

O primeiro pressuposto processual garantista é o da submissão à jurisdição e este dá ensejo aos demais. Esta se divide em sentido lato e estrito. Em sentido lato é uma exigência do substancialismo, exemplo, reserva de jurisdição e presunção de inocência. E em sentido estrito são os conjuntos instrumentais de tal norma. (FERRAJOLI, 2002, p. 432).

A submissão e o princípio da estrita legalidade caminham juntos. A submissão assegura que não ocorra a aplicação de vinganças através da pena privada já, a legalidade garante a previsão do que é punível.

Deste modo, podemos ter dois procedimentos penais, sendo um de estrita submissão também chamado de cognitivo ou processo garantista ou outro chamado decisionista ou de mera submissão à jurisdição.

O primeiro modelo diz respeito ao direito penal mínimo, buscando a verdade dentro do processo de forma empírica, ou seja, controlada de acordo como já mencionamos neste capítulo. Já o segundo modelo o instrumento acusatório é próprio do direito penal máximo que se fundamenta em valoração não tendo parâmetros para verificar as hipóteses acusatórias.

O processo decisionista embasa-se na inquisição sendo a busca da verdade feita de forma indiscriminada valendo-se de todos os meios para que esta seja

encontrada “...O fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam) ...”

Assim este processo tem sua personalidade instrumental também em virtude de sua forma material, não levando em conta a legalidade sendo que os meios de defesa e garantias dados ao réu são considerados obstáculos ao andamento do processo.

“De fato, as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento com a presunção de não culpabilidade até provem o contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 434).

Já o processo cognitivo não busca uma verdade valorativa e sim uma verdade aproximada em que é necessário contestações e controle de produções de provas tanto para acusação quanto para a defesa.

A principal diferença entre um processo garantista e um decisionista é que para que haja condenação tem que haver tanto a motivação de “fato” quanto a de “direito”, e estas necessariamente devem estar prescritas como normas jurídicas.

A motivação se dará pela submissão a jurisdição e conseqüentemente pela legalidade não podendo um consenso majoritário alterá-las. “...Uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa.” (FERRAJOLI, 2002, p.434-437)

4.2.1 Cognição

De acordo com os momentos históricos os julgamentos sempre foram aflitivos , arbitrários, sendo que o que define uma sociedade em que ponto de civilidade em que se encontra a modernidade é a forma como se julga.

Nos estados modernos encontramos o famoso modo de triangularização, que persegue tanto a “punição dos culpados juntamente com as tutelas dos inocentes”. Assim o método de processo acusatório busca a verdade através de uma controvérsia. (FERRAJOLI, 2002, p. 483).

“ Disso deriva que o primeiro confia não só a verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador; enquanto o segundo concebe a verdade como resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadores respectivamente do interesse na punição dos culpados e do interesse da tutela do acusado presumindo inocente até prova em contrário.” (FERRAJOLI, 2002, p. 483).

O processo então se desenvolve entre as três partes juiz, figura imparcial, a acusação, que requer a condenação e por fim a defesa através da contestação delimitando sua inocência, fazendo uso deste modo do modelo de falsificação mencionado neste capítulo.

“Retomando a distinção entre submissão à jurisdição lata e submissão e jurisdição estrita elaborada no parágrafo 37.2, diremos que o método inquisitório é caracterizado apenas pelo primeiro princípio, requerendo unicamente um juízo, qualquer que seja, como condição necessária da pena; por seu turno, o método acusatório é caracterizado também pelo segundo na medida em exige igualmente que o juízo se desenvolva com as garantias processuais em matéria de prova e defesa que permitam sua verificação e sua falsificação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 484).

O ato jurídico como a sentença para ser válida tem que ter nexos entre submissão à jurisdição e legalidade. A legalidade delimita o que é delito, e a submissão faz o juízo de verificação. Assim para que um ato jurídico tenha validade também dependerá da verdade. (FERRAJOLI, 2002, p. 484)

Assim, a sentença deverá ser fundamentada comparando os fatos narrados, com as condutas descritas como ilícitas, além de ser comprovada a culpabilidade.

4.2.3 Acusação e Interrogatório

A acusação para poder ser realizada deverá seguir algumas regras sendo estas, “...se formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído...” .(FERRAJOLI, 2002, p. 485).

Além de apresentar os indícios de culpabilidade do acusado. Também deverá conter todas as teses de acusação sem que nenhuma fique oculta para que o réu possa refutá-las. Deverá ainda ser tempestivas ou seja deverá ter um prazo para que o acusado possa organizara a sua defesa. E por fim a notificação da acusação deverá ser feita de forma expressa e formal.

O interrogatório diferencia-se no garantismo processual de outros modelos acusatórios que faz uso deste para arrancar a verdade do acusado ou até mesmo fazê-lo confessar de forma escusa, pois o tornou o principal meio de defesa, porque é neste momento que tem a oportunidade de contestar as acusações e se justificar além de ser garantido a ele a presença de seu defensor para que não haja abusos e violações de suas demais garantias. .(FERRAJOLI, 2002, p. 486).

“Precisamente, tendo como fim permitir a defesa do réu, o interrogatório deve subordinar-se a uma série de regras de lealdade processual: a imediação ou do mesmo modo a tempestividade; a contestação verbal não só das acusações, mas de todos os argumentos e resultados instrutórios que se opõem às deduções defensivas; a proibição de perguntas tendenciosas e a clareza e univocidade das perguntas propostas; A proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzí-lo ao arrependimento e a colaboração com a acusação; a compilação original do auto de interrogatório por parte do interrogado em caso do processo escrito e o registro de seu depoimento em caso de processo oral; a tolerância a todas suas interrupções ou intemperanças; a obrigação de “investigar as circunstâncias levantadas pelo réu”; e, sobretudo, liberdade pessoal do imputado, que só é garantida pela igualdade com a acusação, pela seriedade dos depoimentos e pela capacidade de autodefesa.” .(FERRAJOLI, 2002, p. 486).

4.2.4 Meios de prova.

A verdade perseguida pelo processo garantista é aquela definida como relativa ou formal, que é estabelecida por um processo empírico.

Compete sempre a acusação o primeiro passo, ou seja, propor os fatos referente a denúncia, provando tal acusação, pois se esta não ocorrer o réu será considerado inocente, ou seja, “*nulla acusacutio sine protione*”.(FERRAJOLI, 2002, p. 488)

Deste modo, se nota a devida separação entre acusação que tem o dever de produzir provas, a defesa que deverá contestá-las, e o juiz que tem o papel de julgar de forma livre com base nas refutações apresentadas, não podendo assim confundir a função de cada ente dentro do processo. (FERRAJOLI, 2002, p. 488)

Assim, o livre convencimento no processo garantista é pautado nas provas e estas obedecem a uma forma idônea e legal de colhimento sendo elas as confissões, testemunhas, documentos, perícias, acareações e depoimentos.

“E são reflexo de um distinto conteúdo do princípio de legalidade processual nos dois sistemas: enquanto no processo acusatório é livre a valoração, mais é vinculado o método de aquisição das provas, no processo inquisitório é vinculada a valoração das provas, mas é livre seu método de formação”(FERRAJOLI, 2002, p. 489)

As provas que demonstram realmente esse sistema são as confissões e os testemunhos, pois o juiz nesses casos fica distante, sendo um espectador entre acusação e defesa. A confissão é adquirida de forma espontânea e não tem nenhum valor decisório absoluto, tendo que haver confronto com as demais provas para que possa ser considerada, não podendo ser apreciada de forma isolada. O testemunho, no processo acusatório é realizado pelas partes, tendo também que ser refutadas com as demais provas, além de ser condição de que quem o preste não tenha interesse no processo. Não poderão ocorrer ainda perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízo de valor. (FERRAJOLI, 2002, p. 488)

Portanto a principal diferença é a não aplicação de atos valorativos e potestativos nesta fase, sendo a prova obtida de forma técnica e razoável.

4.2.5 Defesa

O processo garantista permite a ampla defesa, ou seja permite ao réu contestar as hipóteses acusatórias, que também devem ser taxativas e ter relação com o tipo penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 490)

A disputa que o processo fornece, é que leva ao encontro da verdade. Assim para que ocorra de forma leal é necessário a igualdade das partes. Para que isto ocorra primeiro deverão ser dados os mesmos poderes, tanto para acusação, quanto para a defesa, sendo assim por se tratar de um tramite complexo é necessário ao acusado a assistência de um defensor, este é um direito que poderá dispor, contudo deverá ser assegurado caso necessite até mesmo ser custeado pelo Estado. (FERRAJOLI, 2002, p. 490-491)

Defende ainda o mesmo autor que segundo o pensamento iluminista deveria haver uma defesa pública que precisaria ser apoiado por um defensor privado, dotado assim dos mesmos poderes do Ministério Público.

O segundo fator é que o defensor esteja em todo procedimento que será usado para acusar, exemplos, perícias, interrogatórios, testemunhos, etc. (FERRAJOLI, 2002, p. 490)

Apenas, desta forma, respaldado em pé de igualdade pelo seu defensor e presentes em todos os meios usados para acusá-lo estaria pronto para defender-se de forma plena.

4.2.6 Publicidade e Oralidade

Alega FERRAJOLI que para haver a garantia das garantias devemos preservar a publicidade e a oralidade do processo.

A publicidade, pois assegura a atividade judiciária tanto de forma interna quanto externa. Deste modo, todos os procedimentos devem se desenvolver sob o prisma da opinião pública. (2002, p. 492) “...na verdade o segredo convém a justiça? Não deveria ser próprio somente do crime esconder-se?”(FERRAJOLI apud VOLTAIRE, 2002, p. 493)

A oralidade do juízo assegura como na publicidade uma forma de controle dos segredos, garantindo a autenticidades das provas através do controle do público e da acusação além de permitir que a audiência seja una, mesmo que esta não termine tolera a sua continuidade, além de garantir a presença física do juiz até a decisão do litígio. Também afirma o diálogo entre as partes e comporta o juiz conhecer o processo de forma evidente e não por meras escrituras. (FERRAJOLI, 2002, p. 495)

Assim, a oralidade parcial bem com a publicidade parcial, esconde o processo não o tornando claro, estando à mercê de manobras escusas.

4.2.7 Formação das provas

Para que se satisfaça efetivamente as garantias processuais devem ser embasadas por um rito pré determinado por lei, delimitando sua forma de obtenção e procedimento. Assim, “As formas processuais de maior relevância são obviamente aquelas que condicionam a validade das provas ao *método legal* de sua formação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 496)

Por ser livre a valoração das exige-se que estas sejam adquiridas de forma legal, para serem colhidas como verdade mínima. Contudo, apesar da necessidade do rito e procedimento para que sejam válidas estes não devem causar efeito de complicar o processo para que este não atinja seu fim.

4.2.8 Motivação das decisões

Este princípio, por fim, esclarece a diferença de um processo potestativo do garantista, cognitivo e decisicionismo penal, entre verdade e valoração, entre garantismo e substancialismo.

Este princípio estabelece o nexó entre a estrita legalidade e as provas, ou seja, entre o direito e os fatos, este nexó é usado para fundamentar as decisões judiciais chegando enfim em uma verdade legitimada e verificada, também chamada de “saber”.

5. ASPECTOS GARANTISTAS DA LEI 12.403/2011

Neste capítulo, serão abordadas as mudanças trazidas pela lei 12.403/2011 referente as prisões cautelares e seu aspectos garantistas frente ao posicionamento de Luigi Ferrajoli.

5.1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO PREVENTIVA

Segundo o renomado doutrinador Ferrajoli, para que uma conduta seja considerada um fato criminoso esta deverá ser submetido a uma jurisdição e para ser apenada terá que ser comprovada, caso contrário, não poderá ser acusado de nenhum delito nem culpado e muito menos submetido a pena. “Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição -exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A 7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63)...” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Deste modo tem-se a presunção de inocência onde até provado e decretado sentença definitiva estabelecendo a condenação do acusado este será presumido inocente dos fatos alegados, assim o que deverá ser provado é a culpa e não a inocência pois esta é presumida desde o princípio.

Esta é ainda fruto de uma opção garantista, pois um imputado inocente não poderá temer um juízo e se isso ocorrer demonstrará a falência do juízo bem como a interrupção dos seus conceitos legitimadores. (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Com base na presunção de inocência, o autor então não admite a prisão provisória declarando ser ela inadmissível. Defende que apesar do desenvolvimento sofrido pelo processo através do movimento iluminista e do chamado humanismo das penas, ainda assim, acabou-se utilizando a prisão preventiva de uma forma justificada transfigurando-a não como uma medida aflitiva e sim como uma medida (processual cautelar) logo deixa de levar em conta a inocência e se estabelece a

presunção de culpabilidade baseada na conduta e comportamento do acusado. (FERRAJOLI, 2002, p. 444).

Elucida ainda que quando se admite uma pena pela ordem de um juiz e não pelo procedimento de um julgamento está ferindo nitidamente o princípio da submissão à jurisdição pois a aplicação da pena foi um ato de força e não de motivação. (FERRAJOLI, 2002, p. 446).

Contradiz ainda o mesmo autor a teoria que a custódia preventiva seria uma injustiça necessária, com a finalidade de prevenir e defender a sociedade através da prevenção da deterioração das provas e o perigo de fuga do acusado.

Diante do argumento de defesa social o garantismo refuta que nem mesmo em prol da defesa da maioria poderá ocorrer tal imposição frente às minorias e também ressalva a presunção de culpabilidade e não de inocência neste quesito.

Já quanto a deterioração das provas, sugere que há outros meios que evite o acusado de as deteriorá-las, como detenção durante o tempo necessário sendo horas e no máximo dias, assim quando houvesse os atos realizados e o perigo afastado o acusado seria posto imediatamente em liberdade não lhe causando efeitos infamantes ou difamatórios. (FERRAJOLI, 2002, p. 447)

“O prolongamento da detenção não pode ter outro efeito (para não dizer outro escopo) que o de colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos a sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão e até mesmo permitir que outros sujeitos – a acusação, a parte civil ou outros interessados – realmente deteriore as provas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 447)

O perigo de fuga do acusado só há por ocorrer o perigo de ser apenado antes do processo, pois se não houvesse tal perigo o indiciado não teria a pretensão de fugir e sim de defender-se. Salienta ainda que o perigo de fuga em uma sociedade informatizada por si só não justifica a imposição da prisão cautelar, pois nesta sociedade é impossível uma fuga definitiva e que bastaria uma vigilância mais asseverada para desmotivá-lo a fuga. Contudo ainda se optar a fugir viver em um estado de clandestinidade já seria uma pena. Ainda se desta fuga não se deixa

rastró o efeito de neutraliza-lo que a pena suscita seria sido imposta. (FERRAJOLI, 2002, p. 447)

Em outra linha, em nosso ordenamento jurídico, a doutrina convencional defende que a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988), visto que a mesma prevê a possibilidade de prisão provisória em caso de flagrante e em crime inafiançáveis, Assim respaldado pela súmula 9 do STJ o legislador infraconstitucional poderá disciplinar este tipo de prisão sem ofensa a presunção de inocência.(CAPEZ, 2012, p. 329)

Contudo para que verdadeiramente não viole a presunção de inocência Fernando Capez menciona que precisará ser preenchidos os requisitos de aplicação sendo estes o *fumus boni iuris e periculum in mora*, caso contrário haverá sim a violação ao princípio da presunção de inocência, apesar disso ainda será uma medida excepcional, pois mesmo que encontrados só será imposta quando outra medida menos gravosa encontrada no artigo 319 do código de processo penal não for capaz de assegurar. (2012, p. 329)

5.2 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.403/2011

Esta Lei, Nº 12403/2011 nos trouxe a afirmação de que se deve prevalecer o princípio da Supremacia da Constituição, em outras palavras, a normatização infraconstitucional vem sendo moldado em consonância com seus preceitos e garantias. Sendo a prisão processual uma exceção ao Estado Democrático de Direito e a liberdade à regra.

Logo o objetivo é evitar o encarceramento do acusado na fase investigatória e processual, sendo a prisão uma “*extrema ratio da ultima ratio*”, aproximando-se assim ainda que não de forma plena aos preceitos garantista segundo FERRAJOLI. Demonstrando, deste modo, a prevalência de princípios constitucionais como: presunção de inocência ou não-culpabilidade (ninguém será considerado culpado até o fim de sentença penal condenatória), devido processo legal (o andamento do

processo deve assegurar as garantias processuais e fundamentais), dignidade da pessoa humana, entre muitos outros.

Apesar desta aproximação constitucional e garantista, pois a prisão preventiva será decretada com mais cautela, ainda assim ocorre a imposição da mesma fato que para o autor viola completamente ainda que de forma fundamenta a presunção de inocência.

5.2.1. Medidas Cautelares Alternativas.

A norma inovou ao estabelecer em seu artigo 319, medidas acautelatórias diferente da prisão. Essas alternativas são capazes de tutelar de forma eficaz os fins do processo sem a necessidade de uma medida mais drástica (prisão preventiva). Ela está entre a decretação da prisão e a liberdade provisória. Estas medidas acautelatórias que antes não existiam restringiu a aplicação da prisão preventiva, se aproximando ainda mais do modelo garantista proposto por Ferrajoli. Contudo ainda poderá haver a decretação em crimes mais graves e quando encontrados os requisitos, fato que o garantismo não admite.

Essas medidas estão elencadas no artigo 319, I a IX, do CPP. Sendo elas: comparecimento obrigatório em juízo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de manter contato com pessoas determinadas; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar em dias de folga e no período noturno; suspensão da função pública ou de atividade econômica; internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; fiança em casos que se admite e monitoração eletrônica.

Apesar de ser uma forma mais branda que a prisão, ainda assim é estipulada uma punição e de maneira muito mais abrangente, podendo ser decretada com mais facilidade, ou seja, a presunção de inocência será violada ainda que de forma velada.

5.2.2. Requisitos de aplicação.

Para a imposição de qualquer medida cautelar tem que se observar o artigo 208, I e II do código de processo penal, que descreve o princípio da proporcionalidade para decretar a prisão preventiva, que será aplicada apenas em último caso.

Apesar de ser decretada em último caso e tendo dos requisitos para sua aplicação, para o garantismo este é apenas uma justificção para a violação da presunção de inocência. Sendo feito através de dois requisitos, a necessidade e a adequação.

A necessidade consiste na argumentação do “*periculum in mora*”, ou seja, só caberá a determinada medida para assegurar a situação fática, devendo o Estado agir de forma adiantada para garantir o interesse processual e o meio social. Para alguns doutrinadores o termo a ser usado deveria ser o “*periculum libertatis*” sendo que a liberdade do acusado é quem coloca em risco o processo e não a demora na sua apreciação. (CABETTE, 2011).

A necessidade se subdivide em três sub-tópicos: a) garantia da aplicação da lei penal; b) para investigação ou instrução criminal e c) para evitar a prática de infrações penais. Encontrada uma destas já será justificada a necessidade.

Não poderá ser usada a gravidade da acusação como fundamentação do “*periculum in mora*”, pois esta não se justifica. Se não demonstrada de forma consolidada a prisão será ilegal.

A adequação, reporta-se a análise da situação concreta, verificando a medida que trará a eficácia de proteção ao processo e a sociedade, porém causando o menor dano possível ao acusado. Se observado o uso de uma medida mais gravosa sem necessidade, a prisão será ilegal. (CAPEZ, 2012, p. 344).

Ao analisar sua aplicação deverá se fazer uma individualização da medida cautelar através de três sub-tópicos: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato e c) condições pessoais do acusado.

Não havendo necessidade de prisão preventiva o magistrado poderá aplicar outra medida cautelar desde que analisados o princípio da proporcionalidade. Caso isso

ocorra ao se deparar com a liberdade provisória o magistrado poderá: aplicar somente a liberdade provisória, não achando necessário qualquer outra medida; aplicar a liberdade provisória com fiança isoladamente ou cumulada com uma medida cautelar alternativa; ou simplesmente aplicar uma medida cautelar alternativa. Estas medidas poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulada, desde que não sejam conjuntas com a prisão preventiva. Qualquer medida terá que ser fundamentada. (CAPEZ, 2012, p.345).

Segunda o garantismo processual as prisões cautelares e podemos estender as atuais medidas cautelares servem apenas para prolongar o processo tornando a aplicação da pena quando instaurado ineficaz, mesmo sendo uma pena longa, para ele a pena para ter sua aplicação plena deverá ser curta e o mais próximo da prática do delito.

5.2.3. Decretação.

Poderá infligir este instituto na investigação criminal mediante representação da autoridade policial e por requerimento pelo Ministério Público. Já na fase processual, pelo juiz de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (CAPEZ, 2012, p. 347).

5.2.4. Descumprimento da medida cautelar.

Caso a medida venha ser descumprida o magistrado poderá: substituir a medida; cumulá-la ou em último caso recorrer à prisão preventiva. A lei também demanda que o juiz ao receber o requerimento ou representação para aplicação de uma medida cautelar, o acusado deverá ser intimado para ser ouvido, junto a esta, irá à cópia do requerimento e das peças que forem necessárias. Isso poderá não ocorrer em caso de urgência da medida ou perigo de ineficácia. Estas exceções vêm sendo bastante criticadas, por ser a urgência um dos requisitos para aplicação das medidas cautelares. (CAPEZ, 2012 p. 348).

Assim, a alegação de urgência impede a sua defesa de forma ampla, comprovando a ideia garantista de que a prisão cautelar como outras medidas servem para oprimir a defesa do acusado colocando-o em um patamar de submissão frente as suas acusações.

5.3 PRISÃO PREVENTIVA

Para Mirabete a prisão preventiva em sentido estrito:

“É uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança” (MIRABETE, 2003, p.384).

A prisão preventiva é uma medida de caráter cautelar que visa à proteção da eficácia processual, vem conjuntamente com a prisão em flagrante e a prisão temporária. Tem natureza excepcional, sendo implantada apenas em último caso quando nenhuma medida menos gravosa lhe convier, por ser uma punição antecipada.

Para Ferrajoli a única necessidade processual que pode justificar uma coação é a não danificação ou perdas das provas antes do primeiro interrogatório, deste modo, permite que seja levado o acusado a juízo para defender-se sem que haja alteração das provas. Contudo deverá ocorrer apenas em crimes graves. “E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar.” (FERRAJOLI, 2002, p. 449)

Apesar de o autor salvaguardar esta hipótese, no nosso ordenamento jurídico o que mais se aproximaria seria a prisão temporária que tem como objetivo o aprisionamento na fase de investigação policial.

5.3.1 Requisitos de aplicação

A aplicação legítima segundo nosso ordenamento jurídico ocorrerá com a presença dos requisitos sendo estes:

O primeiro a se verificar trata-se do “*fumus boni iuris*” ou para alguns doutrinadores “*fumus commissi delicti*”, representados pela prova de existência do crime e pelos indícios suficientes de autoria.

A prova de existência do crime reporta-se a comprovação da ocorrência do ilícito penal através de exame de corpo delicto, documentos, provas e etc. Já os indícios suficientes de autoria, não serão provas concretas, mas sim meros indícios feitos por apontamentos. (RANGEL, 2009, p.715). Não poderá aplicar o “*in dubio pro societate*” quando não existirem esses pressupostos.

Outro requisito a ser analisado será o “*periculum in mora*” ou “*periculum libertatis*”, constitui-se do perigo na demora do início do processo, sendo que se a medida não for adotada quando dada sentença final condenatória poderá esta ser completamente ineficaz. Bastará apenas uma delas para a existência do “*periculum in mora*”. São elas: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, garantia da ordem econômica.

a) Garantia da ordem pública: servirá para resguardar a harmonia social, sendo que o indiciado solto poderá praticar novos delitos, ou seja, o impedirá de continuar a delinquir. O clamor popular, pela gravidade do crime cometido não poderá servir como medida autorizadora para aplicação da prisão preventiva. Pois o Estado é quem deve garantir a integridade física e mental do indiciado.

b) Conveniência da instrução criminal: será autorizada a prisão preventiva do acusado quando este de algum modo interferir de maneira a prejudicar o andamento da instrução criminal. Terá a finalidade de assegurar um processo justo e livre de provas contaminadas.

c) Garantia de aplicação da lei penal: só ocorrerá quando houver provas de que o acusado está se desfazendo de seus bens matérias para evitar o pagamento dos prejuízos causados pelo fato criminoso. Ou que haja a intenção de fuga do agente

inviabilizando a sua submissão ao sistema judicial. A funga não será aceita como elemento, quando não provada de forma cabal nos autos do processo.

d) Garantia da ordem econômica: permite a prisão do acusado que perturba o exercício de atividade econômica. Poderá ser decretado em casos previstos nas Leis nºs 8.137/91, 8.176/91, 8.078/90 e outras. (RANGEL, 2009, p.713 e 714).

Para Fernando Capez o Descumprimento da medida cautelar imposta também faz parte do “*periculum in mora*”, ou seja, quando descumprida uma medida cautelar prevista no artigo 319, o juiz poderá: decretar outra medida substituindo; cumular a medida ou em ultimo caso, decretar a prisão preventiva. Quando estas medidas não bastarem. (CAPEZ, 2012, p.331).

5.3.2. Hipóteses que não caberá prisão preventiva.

Quando verificado que o agente praticou um fato típico, porém sobre uma excludente de ilicitude prevista no artigo 23 do Código Penal Brasileiro, sendo estes em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Com relevante constatação de uma delas, não poderá aplicar a prisão preventiva, pois tem-se grande probabilidade de tornar-se depois de sentença penal um fato atípico. Para alguns doutrinadores apesar de o artigo 314 da lei reformadora não mencionar a excludente de culpabilidade nem tanto as discriminantes putativas também recairiam como hipóteses. (CUNHA, 2011, p.157 e 158).

5.3.3. Motivação de aplicação, substituição ou denegar a prisão preventiva.

Toda decisão que de aplicar, substituir ou negar a prisão preventiva deverá se fundamentada levando-se em consideração todos os seus requisitos, constados no artigo 312, 313, além do “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Não podendo se embasar em suposições abstratas, e sim verter-se a fatos concretos. Caso o

magistrado venha denegar à custódia, caberá recurso em sentido estrito. Porém se conceder impetra-se *habeas corpus*.

Em caso de aparecimento de novos fatos, que não justifique o uso da prisão preventiva o juiz poderá revogá-la de ofício, ou a requerimento da parte. Desta decisão caberá recurso em sentido estrito.

Contudo em uma terceira presunção o juiz poderá substituir a medida provisória por outra cautelar menos danosa. Para este caso não foi estabelecido recurso, sendo interpretado analogicamente como negação e aplicação da prisão preventiva, sendo então os mesmo recursos, em sentido estrito quando aplicar a substituição e quando denegar, *habeas corpus*. (CUNHA, p.158 e 159, 211).

Para o ordenamento jurídico brasileiro se a prisão preventiva for devidamente fundamentada de acordo com seus requisitos de aplicação não viola o princípio de presunção de inocência. Fato que para FERRAJOLI a justificação não isenta de violação.

5.3.4. Fase de Decretação da prisão preventiva.

Com a reforma trazida pela referida Lei as fases de decretação da prisão preventiva ainda se manterão no que diz respeito a serem autorizadas em toda a persecução penal, contudo poderá ser decretada de ofício apenas na fase processual, destacando deste modo a imparcialidade do juiz.

Já na fase do Inquérito Policial poderá ser requerida pelo Ministério Público, atuando este como parte ou fiscal da lei. Ou por representação da autoridade policial, onde explicitará os motivos e justificativas para aplicabilidade da medida.(CUNHA, p.139 á 141)

Deste modo, a qualquer tempo na fase investigatória quanto na fase processual o acusado poderá, desde que de forma fundamentada pelos requisitos de aplicação ser preso preventivamente.

5.3.5. Modalidades de prisão preventiva.

Para o autor Fernando Capez, por haver a conversão do flagrante em prisão preventiva quando esta apresenta seus requisitos de aplicação surgem três situações diversas: a prisão preventiva autônoma que ocorre quando se encontra “*fumus boni iuris*” um dos requisitos do “*periculum in mora*” e por fim uma das modalidades descritas no artigo 313 do Código de Processo Penal Brasileiro; a segunda modalidade consiste na prisão preventiva convertida que será aplicada quando lavrado o flagrante encontrarem-se os requisitos da preventiva, convertendo deste modo o flagrante em prisão preventiva; e por fim a substitutiva que será decretada quando descumprida a medida cautelar alternativa imposta, sendo que nenhuma outra medida imposta menos gravosa seja suficiente para assegurar a persecução penal. (p.335 e 336, 2012)

Ou seja, com a decretação direta ou conversão ainda assim há a violação ao garantismo penal, pois segundo estes ideais a prisão cautelar ou medida cautelar ainda que imposta de forma justificada será uma violação a presunção de inocência do réu, pondo-lhe em uma circunstância inferior dificultando até mesmo a sua defesa.

5.3.6. Prisão preventiva domiciliar.

Segundo o artigo 318 do Código de Processo Penal Brasileiro o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar em alguns casos como: sendo o agente maior de 80 anos; debilitado por doença grave; pessoa imprescindível para menor de 6 anos ou pessoa com deficiência; e por fim gestantes a partir do sétimo mês ou gravidez de alto risco.

A prisão preventiva domiciliar trata-se de recolhimento em período integral, diferentemente das medidas cautelares que o recolhimento acontece apenas no período noturno. No caso da domiciliar é admissível a detração penal, pois trata-se

de uma prisão preventiva, já no caso da medida cautelar diferente da prisão a detração não é admitida. (CAPEZ, p. 336, 2012)

Apesar da possibilidade de decretação da prisão domiciliar, sendo um método menos gravoso de apenar, ainda sim, é uma pena sendo esta inadmissível pelo modelo garantista antes de sentença condenatória, ou seja, sem que se garanta ao acusado ampla defesa e contraditório de suas acusações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, abordamos sobre o garantismo penal e a Lei 12.403/2011, que cria novas regras sobre prisões cautelares. Assim, discutimos até que ponto a referida Lei se aproxima do garantismo processual proposto por Ferrajoli. Para tanto, utilizamos obras de doutrinadores renomados como: Fernando Capez, Luis Flávio Gomes e Luigi Ferrajoli entre outros.

No primeiro capítulo, relatamos sobre o Direito Penal máximo o qual pauta seus delitos e forma instrumental de processo em verdades valorativas, também chamadas de substancialista, visto que não estabelecem parâmetros para alcançá-las, predominando assim o “*in dubio contra reum*”, esses modelos foram exemplificados através do direito penal germânico, canônico e inquisitivo.

No segundo capítulo descrevemos o Direito Penal mínimo, modelo este tendente a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual visa à mínima intervenção ou o mínimo sofrimento possível ao apenado, defendendo sempre o mais fraco frente ao mais forte. Também narramos neste capítulo o modelo abolicionista visão mais radical na qual seus defensores estabelecem a total e imediata extinção de todo o sistema penal, indicando meios “não penais” para a solução dos conflitos.

No terceiro capítulo, expusemos a visão de Ferrajoli quanto ao modelo processual garantista e a obtenção da verdade dentro deste processo. Que como enumera o autor a chamada “verdade aproximada”, estabelecendo comparativo e procedimentos para sua obtenção.

No quarto capítulo, abordamos sobre o posicionamento do referido autor quanto às prisões preventivas, sendo para o mesmo um ato de quebra de um sistema garantista, pois fere o princípio da presunção de inocência, pois este princípio fundamenta o garantismo penal assegurando que ninguém será culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Alega que mesmo de forma justificada como adotado pelos doutrinadores liberais ainda viola este alicerce. Com bases nesses ideais, comparamos a Lei 12.403/2011, a qual tráz modificações a aplicação da prisão

preventiva, principalmente pela inclusão das inovadoras medidas cautelares diversas da prisão.

Deste modo, concluímos que apesar de abrandar a aplicação das prisões cautelares ainda a lei viola o que Ferrajoli pretende no garantismo, pois este não admite justificativas de aplicação de pena antes de sentença condenatória, garantindo contraditória e ampla defesa ao réu, valendo-se do ideal de que o que se presume é a inocência e não a culpabilidade.

Portanto, as novas medidas, de um lado, ampliam as possibilidades de aplicação de penalizações antes de sentença condenatória, se aproximando então do direito penal máximo e apenas aparentemente do direito penal mínimo.

Apesar de precisar do “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*” ainda deverá analisar as hipóteses de cabimento elencadas no 313 do Código de Processo Penal, sendo elas em caso de crime doloso com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, casos de reincidência em crime doloso e em casos de violência domésticas para garantir as medidas protetivas. De tal modo, embora aplicada com mais restrição ainda é admitida.

E para suprir de forma mais branda a imposição da prisão preventiva foram utilizadas às medidas cautelares alternativas a prisão enumeradas pelo artigo 319 do mesmo código que poderão ser aplicadas sem tantas observações. São elas comparecimento obrigatório em juízo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de manter contato com pessoas determinadas; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar em dias de folga e no período noturno; suspensão da função pública ou de atividade econômica; internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; fiança em casos que se admite e monitoração eletrônica.

Logo, ao contrário do que pretende Ferrajoli, ampliaram-se o leque de possibilidades de aplicação de punição antes de sentença penal condenatória transitada em julgado tendo em vista o amplo rol de medidas menos severas se aproximando do Direito Penal máximo.

Contudo por outro lado, o emprego da prisão preventiva com menos abrangência por ser possível sua aplicação apenas nos casos enumerados pela lei e quando

outra medida menos gravosa não for suficiente para garantir o fato justificante assumindo esta a condição de “*ultima ratio*” aproxima a lei, sob esse aspecto, ao sistema garantista, visto que este presa por aplicações menos inquisitivas para a proteção do processo quando as admite. Sendo estas medidas menos gravosas para o acusado do que a decretação da prisão.

Conseqüentemente, podemos concluir que a Lei 12.403/2011, apesar de trazer previsões mais brandas, ainda se aproxima do Direito Penal máximo por estar alicerçado na punição antes de sentença penal condenatória. Entretanto se aplicarmos outro olhar, pode-se observar que essas medidas mais brandas podem ser uma transição para a extinção das vertentes maximalistas dentro deste ordenamento, para que possa adotar o sistema do Direito Penal mínimo de forma pura, com aplicação dos princípios garantistas.

REFERÊNCIAS

- BIANCHINI, Alice et al. **Prisão e Medidas Cautelares: comentários a lei 12.403/2011, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2 Ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.