

Boletim - 163 - Junho / 2006



[Sumário](#)
[Editorial](#)
[Artigos](#)
[Jurisprudência](#)

GESTÃO DO BOLETIM BIÊNIO 2005/2006

Coordenador chefe:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Coordenadores adjuntos:

André Pires de Andrade Kehdi, Andréa Cristina D'Angelo, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Lui

Conselho Editorial

Decretação de prisão preventiva ex officio. Violação ao princípio da inércia da jurisdição e ao princípio acusatório

Autor: Diogo Tebet da Cruz

Advogado e mestrando em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes

A realidade do processo penal brasileiro espelha, infelizmente, as práticas punitivas atuais. O estágio de hipercriminalização em que se encontra nossa sociedade, como demonstrada percucientemente pelos estudos do professor **Nilo Batista**(1), exacerba e distorce os institutos processuais penais, refletindo as diretrizes de uma política criminal severa e rígida. Como bem observou **Salo de Carvalho**, "o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova 'guerra santa' contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do Direito e do Processo Penal"(2).

Um dos pontos mais emblemáticos desse atropelo utilitarista em sede processual penal é o total desvirtuamento da utilização das chamadas prisões cautelares, mormente da prisão preventiva. Tal instituto, que visa resguardar a ordem e o bom funcionamento processual, é utilizado constantemente como aplicação de pena antecipada(3), através de práticas puramente inquisitivas por parte de alguns magistrados cujo exemplo maior é a **decretação de prisão preventiva ex officio**.

Inobstante haver previsão legal para tal no Código de Processo Penal(4), há de ser feita, segundo a melhor hermenêutica, uma interpretação do dispositivo legal à luz da Constituição Federal. Como é notório, todo o ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988 sofreu um verdadeiro abalo sísmico. Considerada uma das constituições mais avançadas do mundo moderno, nossa Carta Magna representou a passagem do Estado nacional absoluto a um efetivo Estado Democrático de Direito(5), consagrando para tanto princípios fundamentais que se materializam como alicerces deste novo Direito.

Estas matrizes constitucionais representam uma alteração profunda na sistematização normativa (muitos diplomas foram revogados expressamente, outros dispositivos não-recepcionados), e sobretudo, no que diz respeito à hermenêutica jurídica. Nas palavras de **Lenio Streck** "a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o **topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico**"(6).

Esse processo (de constitucionalização) inaugurado obriga forçosamente todas as normas infraconstitucionais a adequarem-se aos novos ditames constitucionais, a sofrer um "banho de imersão" como ensina **Liebman**, um "processo de contaminação constitucional" nas palavras de **Streck**(7), ou uma "oxigenação constitucional" nas de **Morais da Rosa**(8).

Evidentemente que tal mister interpretativo cabe aos "operadores do Direito". Tal norte visa justamente evitar uma desfuncionalidade entre o Direito Constitucional e as instituições encarregadas de aplicar a lei. **Luigi Ferrajoli** atesta a obrigatoriedade da visão constitucional das leis, ensinando que "a **sujeição do juiz à lei não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente quando válida, ou seja, coerente com a Constituição**"(9).

A importância da relação Constituição-normas infraconstitucionais ganha enorme relevo no que tange a questões processuais penais. Os valores constitucionais exacerbam-se e ganham envergadura quando analisados e interpretados em sede processual criminal, pois é nesta que se verifica, com maior intensidade, pontos de tensão entre Estado e os indivíduos. Nas palavras de **Hassemer**, o processo penal é o Direito Constitucional aplicado.

Advém deste novo enfoque constitucional o que **Rogério Tucci** denomina de "regramentos constitucionais do processo penal"(10), entendido como "forma constitucional do processo penal" por **Binder**(11), ou seja, enxergar o processo penal com lentes constitucionais e perceber que o mesmo é definido, delineado e orientado pela Carta Política. **Aury Lopes Jr.** afirma que "num Estado Democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa"(12).

Numa abordagem mais eloqüente, e precisamente ressaltando o caráter nitidamente inquisitório do Código de Processo Penal brasileiro, **Jacinto Coutinho**

atesta que a Constituição de 1988 traçou uma base capaz de enterrar grande parte do atual Código de Processo Penal, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual da persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo Código de Processo Penal italiano(13).

Vê-se que a Carta Magna assegurou ao Ministério Público o monopólio exclusivo da ação penal pública, conforme disposto no art. 129, inc. I da CF. E neste *munus* está abrangido qualquer atividade persecutória, como requerimento de prisões cautelares, medidas constritivas, dentre outras prerrogativas inerentes a sua função de *dominus litis*. Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in judicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial(14).

Essa disposição é decorrente do que se convencionou chamar de **sistema acusatório**, no qual há a divisão nítida dos atores no processo penal; distintos órgãos desempenham as funções necessárias para o desdobramento regular do processo: órgão de acusação (Ministério Público), de defesa (advogado ou Defensoria Pública) e outro de julgamento (juiz). Como afirma **Geraldo Prado**, “o sistema processual que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito, (...), será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais — acusar, defender e julgar — sincronizadas, consoante o lembrado magistério de **Calamandrei**, de sorte a validar os direitos fundamentais”(15).

Toda essa engenharia de entregar a cada órgão distinto uma função visa única e exclusivamente preservar a neutralidade do magistrado julgador. Quanto mais Judiciário aproximar-se de atividades persecutórias, portanto parciais, mais o magistrado se tornará um juiz inquisidor, figura absolutamente estranha e repudiada pelo nosso Estado Democrático de Direito. Agrande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do juiz, com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade. Por este motivo, **a tendência é retirar do Poder Judiciário quaisquer funções persecutórias, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente**, ao atuar das partes(16).

Logo, qualquer atividade persecutória do juiz, como por exemplo, a decretação de ofício de prisão preventiva, quando o Ministério Público, não por inércia, mas por não vislumbrar a necessidade da medida, não formula o pedido, fere gravemente o **Princípio da Inércia da Jurisdição**, que nada mais é do que a impossibilidade do exercício da jurisdição de ofício pelo juiz. Isto implica dizer que para que se mova, precisa ser provocada, segundo o brocardo *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. **Jorge Figueiredo Dias**, atesta que “a imparcialidade e objectividade que, conjuntamente com a independência, são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha também funções de investigação preliminar e acusação das infracções, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (...)”(17).

Não se está aqui a pugnar pelo total e completo alijamento da figura do juiz no processo penal, nem a figura de um magistrado passivo e conformista como condena **Ada P. Grinover**(18). Mas a partir do momento em que o legislador constituinte fez uma opção de sistema, e delineou e definiu claramente as funções de cada ator processual, há de se respeitar estes limites. A decretação de prisão preventiva pelo juiz caracteriza nitidamente como função de parte acusadora(19). Juiz que determina prisão espontaneamente, ao alvedrio da vontade do Ministério Público, é um juiz inquisidor, que se imiscui em dois papéis, dissonante a um direito processual garantista(20).

O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores que a ordem constitucional entende cultuar(21). Logo, a decisão judicial que decreta a prisão preventiva de ofício é, não só ilegal, como flagrantemente inconstitucional, considerando-se desta forma como parcialmente não-recepcionado o artigo 311 do CPP, devendo ser declarada a nulidade parcial deste dispositivo, com redução de texto, frente à Constituição Federal.

NOTAS

(1) Por todos: **BATISTA, Nilo**. “Os sistemas penais brasileiros” in: **BATISTA, Nilo**. *Novas Tendências do Direito Penal: Artigos, Conferências e Pareceres*, Rio de Janeiro: Revan. 2004.

(2) **CARVALHO, Salo de**. *Pena e Garantias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 80-81.

(3) Os professores **Nilo Batista** e **Raúl Zaffaroni** constataam a gravidade desta realidade demonstrando que quase dois terços de todos os presos latino-americanos são presos provisórios, afirmando que a prisão preventiva, numa visão crítica, nada mais é do que a habilitação irracional do poder punitivo, sendo uma imposição de pena pela mera acusação. **RAÚL ZAFFARONI, E.; BATISTA, Nilo**. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume. Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 292.

(4) Art. 311, CPP: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.

(5) **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, trad. por **Ana Paula Zomer Sica et alii**, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.

(6) **STRECK, L. L.** *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, pp. 245/246.

(7) *Op. cit.*, 250.

(8) **ROSA, Alexandre Morais da.** *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102.

(9) **FERRAJOLI, Luigi.** “O direito como sistema de garantias”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 61, jan-mar, 1995, p. 41.

(10) **TUCCI, Rogério L.** *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 196.

(11) **BINDER, Alberto M.** *Introdução ao Direito Processual Penal*, trad. por **Fernando Zani**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 38.

(12) **LOPES JR., Aury.** *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 39. Grifos no original.

(13) **COUTINHO, Jacinto N. M.** “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais”, in: **WUNDERLICH, Alexandre** (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Cláudio Tovo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.

(14) **JARDIM, Afrânio S.** *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.

(15) **PRADO, Geraldo.** *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 60.

(16) **JARDIM, Afrânio S.** *Op. cit.*, p. 40. Grifo nosso.

(17) **DIAS, Jorge de Figueiredo.** *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra, 1974, p. 136.

(18) **GRINOVER, Ada P.** “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”, in: **GRINOVER, Ada P.** *A Marcha do Processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 80.

(19) **LOPES Jr., Aury.** *Op. cit.*, 167.

(20) “A um Direito Penal limitador ou de garantias corresponde um Direito Processual acusatório, e a um Direito Penal autoritário, um Processo Penal inquisitório”. **BATISTA, Nilo; RAÚL ZAFFARONI, E.** *Op. cit.*, p. 290.

(21) **DINAMARCO, Cândido R.** *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

Diogo Tebet da Cruz

Advogado e mestrando em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes

Quem Somos

- Conselho Consultivo
- Convênios
- Coord. Regionais e Estaduais
- Documentos Institucionais
- Gestão Diretoria
- Grupo de Trabalho / Comissões
- Bolsas de Estudos
- Relações Internacionais

Atendimento

- Central de relacionamento
- Serviços on-line

Cursos e Eventos

- Laboratório
- Mesas e Debates
- Cursos IBCCRIM-Coimbra
- Seminário
- Diversos
- Divulgação Outras Entidades
- Eventos Realizados

Publicações

- Artigos Antigos
- Boletim
- Notícias
- RBCCrim
- Revista Liberdades
- Monografias
- TV IBCCRIM

Biblioteca

- Apresentação
- Livro do Dia
- Pesquisa on-line
- Regulamento
- Auxílio a Pesquisa
- Intercâmbios

