

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LORENA CARLA SANTOS VASCONCELOS SOTTO-MAYOR

**ANÁLISE PRAGMÁTICA DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM *HABEAS CORPUS*:  
GARANTISMO E ANTIGARANTISMO NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS**

MACEIÓ  
2014

LORENA CARLA SANTOS VASCONCELOS SOTTO-MAYOR

**ANÁLISE PRAGMÁTICA DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM *HABEAS CORPUS*:  
GARANTISMO E ANTIGARANTISMO NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

MACEIÓ  
2014

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
**Bibliotecário Responsável: Valter dos Santos**

S718a Sotto-Mayor, Lorena Carla Santos Vasconcelos.  
Análise pragmática de acórdãos proferidos em habeas corpus:  
garantismo e antigarantismo nos julgados do Tribunal de Justiça do estado  
de Alagoas / Lorena Carla Santos Vasconcelos Sotto-Mayor. – Maceió,  
2014.  
144 f.

Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de  
Alagoas. Faculdade de Direito. Maceió, 2014.

Bibliografia: f. 138-142.  
Anexo: f. 143-144.

1. Pragmatismo. 2. Garantismo. 3. Funcionalismo sistêmico.  
4. Habeas-corporus. 5. Tribunal de Justiça – Alagoas. I. Título.

CDU: 342.56(813.5)



## **AGRADECIMENTOS**

A meu marido, pelo apoio e incentivo

Ao meu amado pai, cuja dor me inspirou a contribuir para o aprimoramento da justiça.

A minha mãe, por todo o esforço

Ao Professor Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima, pelo estímulo e exemplo.

Aos colegas da Turma 8 e à Sara.

Aos professores do Curso.

Ao Professor Dr. José João Pinhanços de Bianchi, pela generosidade e frugalidade com que faz apontamentos metodológicos.

## RESUMO

Análise pragmática de acórdãos do Tribunal de Justiça de Alagoas proferidos em *habeas corpus*, com o objetivo de identificar uma inclinação garantista, com preponderância de proteção a direitos fundamentais individuais em detrimento de direitos sociais. A pesquisa pretende responder às seguintes indagações: O Tribunal de Justiça de Alagoas possui, nos julgados finais (acórdãos) proferidos em *habeas corpus*, uma orientação garantista, antigarantista ou não possui orientação definida? Objetiva-se com esse trabalho descrever e avaliar a atividade do Tribunal de Justiça de Alagoas e sua interação com o fenômeno criminoso, bem como sua acepção sobre o direito de liberdade do indivíduo acusado do cometimento de crime. Empregando-se o pragmatismo como método e seguindo o protocolo da análise de conteúdo a fim de conferir sindicabilidade ao passo a passo da pesquisa, reuniram-se cinquenta e nove acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, durante os anos de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012. Os acórdãos foram categorizados como garantistas ou antigarantistas, sendo esta última expressão empregada para abarcar todas as outras correntes do pensamento doutrinário penal diversas do garantismo (e não como antagonismo ao garantismo propriamente considerado). A seguir, os julgados foram contabilizados e examinados à luz das categorias teóricas do garantismo e de outras correntes penais, nomeadamente do funcionalismo penal sistêmico, sugerindo-se, ao final, a adoção de correntes de política criminal de forma mais pronunciada.

**Palavras-chave:** Pragmatismo como método. Garantismo. Funcionalismo sistêmico.

## ABSTRACT

This paper is a pragmatic analysis of judgments of the Alagoas State Court of Justice delivered on habeas corpus, with the goal of identifying a penal guaranteeist bias, with a preponderance of protecting the fundamental rights of individuals at the expense of social rights. The research aims to answer the following questions: Has Alagoas State Court of Justice, in its final trials (judgments) given on habeas corpus, a guaranteeist bias, an anti-guaranteeist bias, or no definite bias at all? The objective of this paper is to describe and evaluate the activity of the Alagoas State Court of Justice and its interaction with the criminal phenomenon, as well as its meaning on the right to freedom of the individual accused of committing the crime. Fifty-nine judgments of the Alagoas State Court of Justice, during the years 2008, 2009, 2010, 2011 and 2012 were gathered, upon which a pragmatist method was applied, through a protocol content analysis so as to warrant a step by step review of the research work. The judgments were categorized as either guaranteeists or anti-guaranteeists, the latter term used to encompass all other doctrinal currents of thought other than penal guaranteeism (and not as antagonistic to penal guaranteeism proper). Subsequently, the trials were recorded and examined under the prism of the theoretical categories of penal guaranteeism as well as other currents of thought of penal law, namely systemic functionalism, suggesting, at the end, the adoption of various flavors of criminal policy in a more pronounced way.

**Keywords:** Pragmatism as a method. Penal guaranteeism. Penal systemic functionalism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 OPÇÕES METODOLÓGICAS E TRATAMENTO CONFERIDO AO MATERIAL DE PESQUISA</b> .....	11
2.1 A preocupação com a sindicabilidade das conclusões da pesquisa.....	11
2.2 O método pragmático aliado ao protocolo da análise de conteúdo .....	12
2.3 As práticas afetas à análise de conteúdo utilizadas nesta pesquisa .....	17
2.4 A seleção das amostras: os critérios de delimitação do objeto empírico .....	19
2.5 A referenciação dos índices e a elaboração dos indicadores.....	24
2.5.1 Caracterização sintética do garantismo a fim de subsidiar a escolha dos índices....	24
2.6 A codificação .....	28
2.7 A exploração do material e o tratamento dos resultados obtidos .....	29
<b>3 O GARANTISMO NOS ACÓRDÃOS EM <i>HABEAS CORPUS</i> DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS</b> .....	43
3.1 A presença dos postulados garantistas nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.	43
3.2 A proteção aos direitos individuais e a opção pela não valoração de condutas .....	43
3.3 Garantismo, positivismo e penas: uma decisão compatível com o ideário garantista de mínimo sofrimento ao desviante.....	49
3.4 Garantismo e processo civil. Uma prisão decretada no exercício da jurisdição não criminal.....	54
3.4.1 Algumas anotações sobre o garantismo em seara processual civil .....	55
3.4.1.1. A iniciativa probatória do juiz sob a ótica garantista .....	58
3.5 Direito de resistência nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas .....	64
3.6 O garantismo em Alagoas e o garantismo no Brasil .....	67
<b>4 OS POSTULADOS GARANTISTAS E AS IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINALIZADORAS EM ALAGOAS E NO BRASIL</b> .....	68
4.1 O “esquecimento” dos comandos constitucionais de índole criminalizadora .....	68
4.2 Normas constitucionais: regras e princípios: a preocupação com o decisionismo.....	68
4.2.1 Decisões antagônicas no Tribunal de Justiça de Alagoas .....	73
4.3 Imposições constitucionais criminalizadoras nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.....	75
4.4 Garantismo e imposições constitucionais criminalizadoras .....	79
4.5 Decisões do Supremo Tribunal Federal e alusões aos princípios limitadores da atividade punitiva estatal ou aos princípios propulsores da atividade punitiva estatal .....	82

4.6 O dever de aplicar as imposições constitucionais criminalizadoras.....	88
<b>5 DEFESA DA SEGURANÇA PÚBLICA NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS.....</b>	<b>90</b>
5.1 Segurança pública como preservação ou restabelecimento da segurança individual e da ordem pública.....	90
5.2 Aspectos relevantes do funcionalismo penal.....	92
5.2.1 Ordem pública, funcionalismo e proteção da vigência da norma .....	98
5.3 Defesa da ordem pública, juízo de prognóstico e coação.....	100
5.4 Dever estatal da tutela da segurança pública.....	102
5.5 Funcionalismo penal e direito penal do inimigo .....	104
5.6 Pessoa e funcionalismo, ordem social e garantismo. Retomando a pergunta: até onde o ordenamento jurídico brasileiro poderia perseguir o dever de defesa da segurança pública? .....	109
5.6.1 Universalismo e direito penal do inimigo. O ordenamento jurídico brasileiro poderia perseguir o dever de defesa da ordem pública desconsiderando um indivíduo como pessoa? .....	111
5.6.2 Garantismo, individualismo e segurança pública.....	113
5.7 A via intermédia.....	114
<b>6 POLÍTICA CRIMINAL, EFICIÊNCIA E DIREITO PENAL NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS .....</b>	<b>115</b>
6.1 Julgados do Tribunal de Justiça de Alagoas, política criminal e eficiência .....	115
6.2 Pragmatismo, a dificuldade em sua definição e sua importância para o direito penal e para a sociedade.....	116
6.3 Análise econômica e direito penal.....	119
6.4 A aplicação da análise econômica ao direito penal no Brasil .....	123
6.4.1 A seleção de condutas e respectivas respostas penais e processuais penais: o papel desempenhado pelo legislador .....	125
6.4.2 A valoração de condutas e respectivas respostas penais e processuais penais: o papel desempenhado pelo julgador.....	129
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>131</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>138</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>143</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Este estudo examina, através de um olhar pragmático, a atividade desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, nas decisões finais proferidas em *Habeas corpus*, de forma a buscar identificar uma tendência à defesa dos direitos individuais através de uma postura positivista e formalista ou do direito individual à segurança pessoal ou do direito social à segurança pessoal através da tutela da ordem pública, traçando, em paralelo, considerações sobre o garantismo, o funcionalismo penal e o pragmatismo jurídico, com breves inferências à vertente da análise econômica do direito.

O exame da atividade do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas é pragmático, na medida em que o protagonismo da pesquisa é concedido à decisão judicial propriamente considerada e à sua atividade, à sua forma de funcionamento. As categorias teóricas, portanto, são coadjuvantes, e se prestam à conformação de um juízo crítico a respeito do conteúdo dos julgados, bem como da não enunciação das finalidades da atividade jurisdicional nestes mesmos acórdãos.

A indagação a ser respondida é qual a orientação adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas nos julgados finais de *Habeas corpus*, sendo a primeira variante hipotética a de que o Tribunal tende à defesa de direitos individuais através da adoção de postulados positivistas e formalistas, demonstrando uma inclinação garantista, pautada no liberalismo positivista capitaneado pela teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli. A segunda variante hipotética é a de que o Tribunal se aparta do ideário liberal e garantista, sendo chamada, para fins de categorização, de antigarantista a disposição de defesa da segurança pública, em aproximação ao funcionalismo sistêmico de Jakobs quanto à proteção do ordenamento jurídico-normativo, ou os bens jurídicos, perfilhando o direito à segurança como bem jurídico a tutelar, se irmanando, assim, ao funcionalismo penal dualista. A terceira variante hipotética é a de que o Tribunal não tem uma orientação bem definida, oras sobrelevando a proteção dos direitos individuais dos acusados, oras do direito social à segurança pública, aparentemente sem critério definido.

De posse da resposta ao problema de pesquisa, é dizer, qual a orientação do Tribunal, o estudo buscou analisar se há considerações de eficiência, nos julgados, ou referências às consequências das decisões, de forma a direcionar a atividade judicante à consecução de finalidades que tragam benefícios à sociedade local. Sendo a resposta ao problema de pesquisa a de que não é possível identificar uma orientação, o desiderato é apontar as

vantagens de perfilhar uma linha político-criminal delimitada, racionalizando o desempenho da função jurisdicional e contribuindo para o avultamento de credibilidade do próprio órgão.

Autores imprescindíveis ao desenvolvimento desta pesquisa são Luigi Ferrajoli, que traça a chamada teoria do garantismo penal, grandemente aceita pelos estudiosos do direito penal brasileiro; Günther Jakobs, criador do chamado funcionalismo penal sistêmico, visto com grande reserva pelos doutrinadores nacionais e Jesús-Maria Silva Sánchez, defensor de uma perspectiva eficientista do direito penal.

A segunda seção é predominantemente metodológica, e se propõe a explicitar, tanto quanto possível, os caminhos percorridos para a elaboração do estudo, desde a seleção dos julgados analisados, até a forma como estes foram categorizados, com eleição de indicadores de que a decisão é garantista ou antigarantista, sempre lembrando que a expressão “antigarantismo”, para os fins deste estudo, não significa a malferição ou a disposição para sobrepujar garantias individuais, mas somente a identificação de posições que deixam de sobrelevar a defesa dos direitos individuais dos acusados em detrimento de quaisquer outros e com esteio em uma abordagem positivista e formalista.

A terceira seção passa à análise de determinadas decisões que, ainda que não declaradamente, albergam importantes elementos da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Em paralelo, observa-se que discussões sobre a assunção de posições processuais garantistas ou não garantistas são, muitas vezes, discutidas a partir de uma perspectiva política, com associação do garantismo aos sistemas democráticos e do não garantismo, a regimes ditatoriais e totalitários.

A quarta seção se destina a analisar os julgados do Tribunal de Justiça considerados garantistas, problematizando a aplicação da teoria do garantismo no Brasil, dadas as peculiaridades da Constituição da República de 1988, nomeadamente no que concerne aos chamados mandamentos constitucionais criminalizadores. Aqui também são analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, para a finalidade de cotejá-los com as normas constitucionais, a fim de verificar como o Tribunal constitucionalmente incumbido da interpretação da Constituição equilibra as garantias constitucionais com os comandos de punição. Sugere-se a adoção de uma postura cautelosa na recepção do ideário garantista, criticando-se a postura absenteísta de determinados setores da doutrina em relação à referida teoria. Aqui, o garantismo é objeto de análise quanto à sua base epistemológica, mas sem fugir ao objeto precípua da pesquisa, que é, como dito alhures, o exame pragmático dos julgados do Tribunal de Justiça de Alagoas, com relegação das categorias teóricas a um plano secundário.

A quinta seção se volta a analisar as decisões categorizadas como antigarantistas. A par disso, são tecidas considerações acerca do chamado direito penal do inimigo e investiga-se se, em determinado julgado, o Tribunal deixou de considerar um indivíduo como pessoa.

Finalmente, a sexta seção lança mão da resposta ao problema de pesquisa para sugerir a adoção de uma linha de política criminal bem definida pelos órgãos judicantes, bem como apontar as vantagens da adoção de perspectivas minimamente pragmáticas, consequencialistas e eficientistas no desenvolvimento das atividades dos juízes e tribunais.

Em arremate, o estudo segue para suas conclusões, apontando o resultado da análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, as considerações, ainda que secundárias, das categorias teóricas utilizadas na pesquisa, sempre buscando confrontá-las com o cenário normativo brasileiro e, finalmente, sugerindo opções de otimização da atividade judicante, visando contribuir para a internalização de considerações pragmáticas, consequencialistas e funcionalistas na aplicação do direito penal.

## 2 OPÇÕES METODOLÓGICAS E TRATAMENTO CONFERIDO AO MATERIAL DE PESQUISA.

### 2.1 A preocupação com a sindicabilidade das conclusões da pesquisa.

A pesquisa em Direito é alvo frequente de críticas que põem em questão sua própria cientificidade.

Com o escopo de produzir conhecimento novo, verificável e objetivo, além de contrastado, o pesquisador em Direito tem sido conclamado a aliar o estudo do conteúdo das fontes bibliográficas à pesquisa empírica.

Em um tal cenário, este estudo primou pelo exame de decisões proferidas em *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, como maneira de observar, na *praxis* judicial, a influência da teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>, com verificação da superfetação da proteção de direitos individuais dos sujeitos passivos em inquéritos policiais ou processos penais através de uma aplicação positivista e formalista do direito ou, em contrapartida, a tutela prevalente da vigência das normas ou do direito à segurança pública, o qual, nos termos do art. 144 da Constituição da República, abrange o direito à segurança pessoal e à ordem pública, o que demonstraria uma aproximação, ainda que não deliberada, ao ideário do funcionalismo penal<sup>2</sup>, e por consectário, de uma atuação consequencialista<sup>3</sup> e assim, pragmática.

A preocupação em assegurar a verificabilidade das conclusões levou a pesquisadora a utilizar o pragmatismo como método, erigindo a própria prática da atividade jurisdicional ao protagonismo da pesquisa, sendo as categorias teóricas coadjuvantes do estudo.

De outro lado, diante da ausência de sistematização em etapas do pragmatismo como método, recorreu-se ao protocolo da denominada análise de conteúdo, que se decompõe em um conjunto de técnicas que visam sistematizar o exame das comunicações.

É indispensável esclarecer que a análise de conteúdo foi utilizada apenas como norte ou modelo a garantir a percepção das etapas percorridas pela pesquisadora no tratamento do material documental sobre o qual se desenvolveu o estudo, de maneira a garantir sua sistematização.

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>2</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 3.

Em outras palavras, embora eleito o pragmatismo como método de pesquisa, a análise de conteúdo é empregada em obséquio e auxílio deste último, para seccionar o estudo em etapas bem destacadas, organizando-o e facilitando a sua visualização e compreensão.

O objeto desta seção é a descrição das opções e do percurso da pesquisa, a partir das escolhas metodológicas, passando pela coleta de dados até a análise destes.

## 2.2 O método pragmático aliado ao protocolo da análise de conteúdo.

Este estudo, como já mencionado, visa examinar acórdãos proferidos em *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de maneira a identificar uma inclinação deste último pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos passivos de investigações criminais ou processos penais, por meio da assunção de posturas positivistas e formalistas, o que o aproximaria do ponto de vista garantista, ou pela defesa da segurança pública, que abrange a segurança pessoal dos indivíduos, de seus patrimônios e a ordem pública, o que o irmanaria a uma perspectiva funcionalista. Ao eleger como objeto de investigação a atividade do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, quanto aos julgados finais proferidos em *habeas corpus*, esta pesquisa necessariamente se aproxima do pragmatismo como método.

A pesquisa tem por escopo a análise de algumas das decisões proferidas em *habeas corpus* durante os anos de 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012, selecionadas conforme especificações a seguir. Volta-se o estudo, portanto, à prática do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, no desempenho de sua atividade fim. O cerne da pesquisa é, assim, a própria atividade do Tribunal.

Elegeu-se a análise de decisões judiciais do Tribunal de Justiça de Alagoas, em acórdãos finais proferidos em *habeas corpus*, para investigar se referido Tribunal possui uma orientação garantista, em que prepondera a defesa a direitos e garantias fundamentais individuais dos acusados ou investigados por meio de uma abordagem positivista e formalista, mesmo em prejuízo à segurança pública, ou antigarantista, em que a defesa da ordem pública e da segurança pessoal do sujeito passivo do crime é o bem mais caro à tutela jurisdicional. As variantes de hipóteses da pesquisa possíveis são três: o Tribunal é garantista; o Tribunal é antigarantista; o Tribunal não tem orientação garantista ou antigarantista definida. A classificação das decisões como antigarantistas, esclareça-se mais uma vez, não significa, em nenhuma hipótese, que há nos julgados a supressão a direitos individuais ou qualquer forma de hostilidade ao sistema protetivo individual trilhado pelo garantismo. Decisão antigarantista, para este estudo, é aquela que sobreleva outros valores, que não a estrita

proteção do sujeito passivo da lide penal por meio da aplicação de postulados positivistas e formalistas, como base para a decisão em *habeas corpus*. É chamada antigarantista para fins de categorização, eis que são tantas as correntes funcionalistas ou pragmáticas a considerar como perfilhadas, em tal hipótese, que “antigarantista” foi a única expressão capaz de açambarcar todas elas.

Segundo Lorena Freitas (informação verbal)<sup>4</sup>, quando da pesquisa com esteio em decisões judiciais, o pragmatismo como método significa que a decisão figura como protagonista e o debate teórico, como coadjuvante. A hipótese que se quer testar é prática e a categoria teórica, portanto, ocupa papel secundário, ainda que não menos relevante, visto que, ao aviso de Oliveira<sup>5</sup>, a pesquisa empírica não se aparta de referenciais teóricos, os quais, ao contrário, lhe garantem significação.

O pragmatismo, enquanto opção epistemológica, pode ser descrito como uma teoria que enfoca a ação, a prática, como fonte de conhecimento<sup>6</sup>. A experiência é alçada ao patamar de fonte anímica do conhecimento, afastando o pragmatismo da metafísica e de qualquer maneira de formalismo<sup>7</sup>. Ele é apontado como uma teoria que tem por desiderato responder à indagação sobre como se dá o conhecimento<sup>8</sup>. A concepção pragmática de que os efeitos práticos conformam uma categoria útil para a compreensão dos conceitos é um ponto em comum nas obras de Peirce, James e Dewey<sup>9</sup>.

Ao debruçar-se sobre o pragmatismo como método cita-se, quase necessariamente, a obra de Charles S. Peirce<sup>10</sup>. Dois textos de Charles S. Peirce, que em tradução livre, podem ser intitulados como “A Fixação das Crenças” e “Como tornar claras nossas ideias”, são apontados por alguns como um resumo de toda a sua obra<sup>11</sup>. Para Peirce, a determinação de

<sup>4</sup> Aula ministrada no Mini-Curso “Realismo Jurídico e Método Pragmático”, ocorrida em 13 de agosto de 2013, na Universidade Federal de Alagoas.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito** (UFPE), v. 13, p.299-330, 2003.

<sup>6</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear**. Disponível em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em 12.09.2013.

<sup>7</sup> FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 31.

<sup>8</sup> FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese de doutorado. Recife, UFPE/PPGD, 2009, p. 30.

<sup>9</sup> FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese de doutorado. Recife, UFPE/PPGD, 2009, p. 42.

<sup>10</sup> SANTAELLA, Lúcia. Contribuições do pragmatismo de Peirce para o avanço do conhecimento. **Revista de Filosofia**. Curitiba, volume 16, n. 18, pp. 75-86, jan./jun. 2004; COSTA, Paulo H. S.; SILVA, Mariluze Ferreira de A. O método pragmático de Charles S. Peirce. **Revista Eletrônica Μετάνοια**, São João del-Rei/MG, n.13, 2011, pp. 19-32, disponível em <http://www.ufsj.edu.br/revistalable>, acesso em 11 de setembro de 2013.

<sup>11</sup> SANTAELLA, Lúcia. Contribuições do pragmatismo de Peirce para o avanço do conhecimento. **Revista de Filosofia**. Curitiba, volume 16, n. 18, pp. 75-86, jan./jun. 2004.

um conceito, seu significado, deve ser auferido através de suas consequências práticas e para tornar uma ideia clara é preciso perquirir sobre sua utilidade. Peirce critica a vacuidade, o hermetismo e a imprecisão dos conceitos e termos usados no discurso filosófico, reclamando sua explicitação através de fatos empíricos, a fim de testar sua veracidade ou falsidade<sup>12</sup>.

Para o pragmatista, a observação sobre o funcionamento de certo objeto permite inferir o que ele é<sup>13</sup>; só o exame prolongado, no caso desta pesquisa, sobre o funcionamento do Tribunal, poderá responder à indagação sobre seu cariz garantista ou antigarantista, independentemente do discurso que propale. A aplicação prática dos preceitos teóricos do garantismo é que revelará se o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas pode ser, ou não, considerado garantista ou funcionalista, em qualquer das inúmeras vertentes do funcionalismo (o que se pretende indicar com o uso das expressões “antigarantista” ou “não garantista”).

Sobre tal ponto confluem as obras de Peirce e James, vez que para ambos a filosofia prática é o método de assentamento de disputas metafísicas, a fim de impedir que se estendam indefinidamente<sup>14</sup>. Sem que se perquirira sobre a consequência prática e concreta, a teoria metafísica frequentemente terá sua plausibilidade inverificada. A caracteriologia instrumental dos conceitos é repetida por Dewey, para quem o propósito de determinado objeto, seu curso e consequências peculiares, são os indicativos de sua natureza, permitindo sua compreensão<sup>15</sup>.

Holmes, em paralelo, acena com a necessidade de investigar-se o propósito da norma<sup>16</sup>, devendo-se inicialmente examinar o corpo dogmático, e, em seguida, sua razão histórica, para finalmente identificar os fins das normas e como alcançá-los. A busca do contexto histórico da norma ou do precedente desempenha papel de singular importância, para Holmes<sup>17</sup>, vez que juízes devem reconstruir o histórico da lei segundo exige a coerência. Cada decisão é uma forma de continuidade e por isso, o estudo da lei é uma extensão do estudo da história<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear.** Disponível em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em 12.09.2013.

<sup>13</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear.** Disponível em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em 12.09.2013.

<sup>14</sup> JAMES, William. **What pragmatism means.** Disponível em <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/us/james.htm>. Acesso em 27.09.2013; no mesmo sentido: FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito.** Tese de doutorado. Recife, UFPE/PPGD, 2009, p. 45.

<sup>15</sup> DEWEY, John. **Experiência e natureza.** Col. Os pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 208; no mesmo sentido: FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito.** Tese de doutorado. Recife, UFPE/PPGD, 2009, p. 47.

<sup>16</sup> HOLMES, Jr. Oliver Wendell. **The Path of the Law.** Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm). Acesso em 05.04.2014.

<sup>17</sup> HOLMES, Jr. Oliver Wendell. **The Path of the Law.** Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm). Acesso em 05.04.2014.

<sup>18</sup> HOLMES, Jr. Oliver Wendell. **The Path of the Law.** Disponível em

Holmes igualmente centra seu objeto de análise na atividade das Cortes de Justiça; de fato, Catão<sup>19</sup> aponta a possibilidade de conexão entre a concepção de Holmes sobre consequências e uma postura epistemológica. Não é possível descrever direitos e deveres independentemente das consequências práticas de suas violações. Isso fica claro quando Holmes, em *The path of law*, descreve o direito como um receptáculo de profecias sobre o que fariam os juízes em cada caso concreto ao longo da história. Trata-se, ao aviso de Catão<sup>20</sup>, de um evidente apelo ao consequencialismo. A lei se limita a prever as consequências práticas do comportamento humano<sup>21</sup> e por ser assim, o pragmatismo deve se dedicar a estudar as finalidades das leis, bem como a maneira pela qual são efetivamente aplicadas: trata-se do aspecto pragmatista que aponta para o futuro<sup>22</sup>, mas ainda para a prática da atividade dos órgãos julgadores.

A ideia de Holmes segundo a qual a lei é o que as cortes decidem, conquanto seja com frequência, relativamente mal interpretada<sup>23</sup>, pois erroneamente confundida com menoscabo à atividade do legislador e por consectário, com os mais importantes postulados democráticos, demonstra com bastante clareza a forte atenção dispensada pelo juiz norte-americano à prática, à atuação concreta, à vivência cotidiana dos órgãos jurisdicionais na compreensão e aplicação das normas.

Buscando metaforizar a desagregação da moral com o direito<sup>24</sup>, Holmes<sup>25</sup> cria a figura do “homem mal”. O homem mal não quer saber o que as leis podem vir a significar, se são uma dedução dos princípios ou da ética ou de axiomas internalizados, mas como os tribunais as aplicam, o que pode e o que não pode ser feito, o que gera e o que não gera punição. É neste sentido que Holmes defendem que o direito é o que as cortes decidem, sem pretender

---

[http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm). Acesso em 05.04.2014.

<sup>19</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. **Paper series**. Frankfurt am Main: Goethe University Frandfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 8.

<sup>20</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. **Paper series**. Frankfurt am Main: Goethe University Frandfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 8.

<sup>21</sup> HOLMES, Jr. Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm). Acesso em 05.04.2014.

<sup>22</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. **Paper series**. Frankfurt am Main: Goethe University Frandfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 9.

<sup>23</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. **Paper series**. Frankfurt am Main: Goethe University Frandfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 11.

<sup>24</sup> HALIS, Denis de Castro. Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010, p. 106.

<sup>25</sup> HOLMES, Jr. Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm). Acesso em 05.04.2014.

dizer que os juízes ou tribunais estão autorizados a desrespeitar as leis ou mesmo os precedentes.

Também Cardozo<sup>26</sup> clama pelo reconhecimento de que a lei não está infensa aos postulados da lógica e da filosofia, tampouco da sociologia, e a atividade judicante é duradoura ou efêmera, conforme se extraiam das razões de decidir aquilo que é bom ou mal. É dizer, a prática dos órgãos jurisdicionais direciona, no mesmo sentido ou em sentido oposto, a compreensão e, acima de tudo, a efetivação o ordenamento jurídico, de forma que o exame do direito não pode prescindir da análise dos fatos do cotidiano dos tribunais.

É este olhar pragmático, voltado para a atenta observação do desenvolvimento de atividade fim do Poder Judiciário, que se pretende empreender na pesquisa em vitrine.

Ocorre que o método pragmático, ao aviso de Lorena Freitas (informação verbal)<sup>27</sup>, não é guarnecido por um protocolo, firmado em etapas minimamente definidas, para observação da realidade enfocada pelo pesquisador, a fim de extrair ou testar hipóteses.

Assomam a tal aspecto fatores apontados<sup>28</sup> para a aparente dificuldade da pesquisa científica em Direito gerar conhecimento novo, que são a confusão entre pesquisa instrumental e pesquisa científica propriamente dita; os chamados reverencialismo e “manualismo”; a resistência à pesquisa empírica. Em paralelo, como elucidam Souto & Souto<sup>29</sup>, não há uma metodologia específica para a empiria jurídica. Ao pesquisador incumbe apenas adaptar os métodos, servis à Sociologia geral, ao objeto daquela, é dizer, o Direito.

Surgiu aí a dúvida quanto ao método a seguir para conceder um cariz científico à análise das decisões judiciais. Como assegurar à própria pesquisadora e à comunidade científica jurídica a verificabilidade dos caminhos percorridos para o atingimento das conclusões? Como fugir da já denotada confusão entre pesquisa científica e instrumental (ou seja, teórica, é dizer, orientada para a produção teórica), facultando ao destinatário da pesquisa a oportunidade de identificar todas as fases do estudo, escoimando-o de subjetivação? A técnica da análise de conteúdo é apontada por Souto & Souto<sup>30</sup> como capaz de corrigir subjetivações e imprecisões próprias da investigação dos documentos:

<sup>26</sup> CARDOZO, Benjamin. **The nature of the judicial process.** Disponível em [http://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud\\_proc.htm](http://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud_proc.htm). Acesso em 06.04.2014.

<sup>27</sup> Aula ministrada no Mini-Curso “Realismo Jurídico e Método Pragmático”, ocorrida em 13 de agosto de 2013, na Universidade Federal de Alagoas.

<sup>28</sup> XIMENES, Julia Maurmann . Levantamento de dados na pesquisa em direito - A técnica da análise de conteúdo. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

<sup>29</sup> SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito: uma visão substantiva.** 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 58.

<sup>30</sup> SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito: uma visão substantiva.** 3 ed. Porto Alegre:

Na investigação sociológico-jurídica dos documentos se podem corrigir, até certo ponto, as imprecisões da abordagem documental clássica em seu caráter considerado intuitivamente subjetivo: isso por meio da chamada análise de conteúdo, “uma técnica particular pela qual o conteúdo dos documentos é decomposto em seus elementos constitutivos (palavras, frases, parágrafos, símbolos ou palavras-chave), elementos que são depois classificados em categorias pré-estabelecidas e calculados em número e intensidade” (Treves, 1977: 144: cf. Röhl, 1987: 110-112),

Portanto, esta pesquisa lança mão de práticas adotadas pela análise de conteúdo tal como proposta por Laurence Bardin, a fim de assistir, auxiliar, sistematizar e tornar clara a análise pragmática levada a efeito ao longo do estudo.

### 2.3 As práticas afetas à análise de conteúdo utilizadas nesta pesquisa.

A análise de conteúdo não é uma metodologia, mas uma técnica de coleta de dados<sup>31</sup>. Na sequência de etapas que compõem a construção do pensamento científico, como a definição do problema, a hipótese, o marco teórico e a metodologia, nesta última é que se insere a coleta de dados e por conseguinte, a própria análise de conteúdo<sup>32</sup>. Dentro da metodologia, a análise de conteúdo vai se alojar nas pesquisas de campo, e buscar desvendar tanto o sentido da comunicação do texto analisado, como também, e principalmente, a significação de mensagens possivelmente entrevistas através ou ao lado da primeira<sup>33</sup>.

A análise de conteúdo pode ser descrita como um conjunto de técnicas que, combinadas entre si, pretendem analisar de forma organizada e verificável, as comunicações, podendo ser aplicada sobre discursos políticos, entrevistas, reportagens e matérias jornalísticas. Trata-se de ferramenta que pode auxiliar o pesquisador em Direito no exame de decisões judiciais, mostrando-se instrumento eficaz para a sistematização da pesquisa, de

---

Sérgio Fabris, 2003, p. 63-64.

<sup>31</sup> XIMENES, Julia Maurmann . Levantamento de dados na pesquisa em direito - A técnica da análise de conteúdo. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

<sup>32</sup> XIMENES, Julia Maurmann . Levantamento de dados na pesquisa em direito - A técnica da análise de conteúdo. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

<sup>33</sup> XIMENES, Julia Maurmann . Levantamento de dados na pesquisa em direito - A técnica da análise de conteúdo. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

modo a torná-la verificável, organizada através de dados, compreensível pelo intermédio de elementos objetivos previamente definidos e localizados no texto.

Ao recomendar a utilização da técnica da análise de conteúdo, Julia Maurmann Ximenes explicita o seguinte<sup>34</sup>:

O que aqui propomos é utilizar a técnica na análise das decisões judiciais, isto porque o domínio da análise de conteúdo é justamente o material e o conjunto de técnicas que permitam a explicitação e a sistematização do conteúdo das mensagens e da expressão deste conteúdo.

A análise de conteúdo, destarte, se propõe a desnudar mensagens ocultas, não imediatamente perceptíveis quando da análise do texto sob exame, nem facilmente traduzidas pelas palavras que o compõem. Daí que o objetivo da análise de conteúdo é a inferência, como torna claro Bardin<sup>35</sup>, ao descrever a análise de conteúdo como

[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objectivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições, de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens.

Bardin esclarece, ainda, que “Há duas práticas científicas intimamente ligadas à análise de conteúdo, quer pela identidade do objeto, quer pela proximidade metodológica: a linguística e as técnicas documentais”<sup>36</sup>. Nada obstante, enquanto a linguística se volta para a língua, a análise de conteúdo de volta para a palavra, ou a prática da língua realizada por emissores identificáveis<sup>37</sup>.

Pode-se concluir, de acordo com tais descrições e apontamentos, que a análise de conteúdo é uma técnica posta entre a descrição dos documentos analisados e a interpretação que se pode dar a respeito deles. Os elementos explicitamente eleitos quando da aplicação da técnica tornarão observáveis e controláveis os caminhos percorridos desde a descrição do texto contido no documento até sua interpretação, ou interpretações possíveis, com relação ao marco teórico definido no início do processo de construção do trabalho científico.

---

<sup>34</sup> XIMENES, Julia Maurmann . Levantamento de dados na pesquisa em direito - A técnica da análise de conteúdo. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

<sup>35</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p. 42.

<sup>36</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p. 43.

<sup>37</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p. 43.

A análise de conteúdo, na vertente encabeçada por Bardin<sup>38</sup>, é decomposta em três fases, chamadas de pré-análise, exploração do material e tratamento dos resultados.

Na primeira fase, organiza-se a pesquisa a ser levada a efeito, escolhendo-se os documentos, formulando-se as hipóteses, os objetivos, e apontando os indicadores que darão sustento à interpretação final.

Na segunda fase, procede-se à codificação e à categorização. A codificação é um recorte, mediante a escolha de unidades, que serão necessariamente “de registro” e “de contexto”. As unidades de registro são unidades de significação a codificar. Devem corresponder ao segmento de conteúdo considerado como unidade-base (palavra, tema, objeto, personagem, documento etc.). As unidades de contexto servem para auxiliar a compreensão das unidades de registro. Enquanto a codificação se destina a fornecer elementos para registro de dados, a categorização dá suporte à análise temática.

Finalmente, na terceira fase, realizam-se operações estatísticas, sintetizam-se os resultados, obtendo-se inferências e interpretações.

Ocorre que, na pesquisa e Direito, a análise de conteúdo em sua acepção quantitativa (com regras de frequência, enumeração e estatísticas), cede àquela não quantitativa, que, segundo Bardin<sup>39</sup>, “recorre a indicadores não frequenciais susceptíveis de permitir inferências(...)”. Portanto, os indicadores em pesquisa científica em Direito devem ser tais que permitam inferências, independentemente do número de vezes em que aparecem no texto.

É preciso desfazer a associação corriqueira da análise de conteúdo à abordagem quantitativa, fulcrada na frequência da aparição dos indicadores. É bem verdade que, em sua origem (primeira metade do século XX), a análise de conteúdo estava fortemente jungida ao rigor, e portanto à quantificação<sup>40</sup>. Nada obstante, a análise de conteúdo pode ser também qualitativa, na qual a inferência é fundada na presença do índice, e não em sua frequência. A principal característica da análise de conteúdo é a inferência, desimportando que as modalidades de inferência se baseiem em critérios quantitativos.

Um alerta: o fato de análise de conteúdo ser, predominantemente, qualitativa, não significa que o pesquisador deve desprezar completamente a possibilidade de recorrer a critérios quantitativos. A inferência, na análise qualitativa, é que é permitida fora do âmbito

---

<sup>38</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, passim.

<sup>39</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p. 149.

<sup>40</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p. 116.

da pura e exclusiva frequência dos índices, podendo ser deduzida de sua simples presença; nada obstante, o pesquisador pode lançar mão de testes quantitativos.

Assim, uma vez lançadas as explicações mais basilares sobre a análise de conteúdo, segue-se descrição das etapas percorridas para a efetivação da pesquisa realizada com vistas à elaboração da pesquisa em relevo.

#### 2.4 A seleção das amostras: os critérios de delimitação do objeto empírico.

Conforme explicam Cláudio Souto e Solange Souto<sup>41</sup>, “A amostragem é o procedimento pelo qual se colhe a parte de um todo que seja representativa desse todo (todo que é chamado de 'universo de pesquisa').”

No caso em exame, pretende-se analisar documentos, a saber, acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas proferidos em *habeas corpus*, para neles identificar, ou não, uma orientação garantista.

Portanto, as amostras são decisões finais (chamadas de acórdãos) proferidas em *habeas corpus* que devem indicar se o Tribunal de Justiça de Alagoas possui ou não uma orientação garantista.

As decisões em *habeas corpus*, objeto da análise de conteúdo a ser levada a efeito no estudo em epígrafe, foram extraídas sob o influxo de dois critérios principais. O primeiro deles, a preservação da objetividade, evitando-se qualquer tipo de subjetivismo na escolha das amostras. O segundo, a praticidade, de forma a se selecionar um número não excessivo de decisões judiciais, que culminasse por prejudicar o bom andamento da pesquisa.

A preservação da objetividade, ao aviso de Cláudio Souto<sup>42</sup>, é imprescindível para a credibilidade da pesquisa. Deve estar patenteada a não condução, por parte do pesquisador, através da seleção das amostras, a uma determinada conclusão.

Se a determinação de unidades elementares (indivíduos, famílias, empresas etc.) que constituirão a amostra se faz por julgamento apenas subjetivo, não se pode ter uma medida objetiva da representatividade da amostra. Amostras dessa modalidade se chamam de “amostras de conveniência”, “intencionais”, “propositais”, “por quota”. Ao contrário, uma amostra é “probabilística” quando a probabilidade da

<sup>41</sup> SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito: uma visão substantiva**. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 59.

<sup>42</sup> SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito: uma visão substantiva**. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, pp. 59-60.

inclusão de cada uma das unidades elementares numa amostra é conhecida e diferente de zero.

Assim, foi eleita a forma pela qual as amostras seriam extraídas. De primeiro, estabeleceu-se que a extração ocorreria através do sítio do Tribunal de Justiça de Alagoas, na rede mundial de computadores.

A seguir, constatou-se que, no referido sítio, a pesquisa de jurisprudência possuía, na data de extração das amostras, dois mecanismos de busca, segundo sua cronologia: “jurisprudências de 1996 a 2010” e “jurisprudências atuais”.

Uma vez acessado<sup>43</sup> o mecanismo de busca “jurisprudências de 1996 a 2010”, verificou-se que as buscas não podiam ser limitadas por períodos de tempo. Os critérios de busca eram “pesquisa livre”, “número”, “órgão julgador”, “classe”, “comarca”, “relator”, “partes” e “ementa”.

Preencheu-se apenas o campo “classe”, inicialmente com o filtro “*habeas corpus*”. O sistema indicou 3.806 (três mil oitocentos e seis) acórdãos encontrados, sendo exibidos dez documentos em cada página, num total de 380 (trezentos e oitenta) páginas. Para atendimento dos critérios de evitação de subjetivismos e razoabilidade do número de documentos, estabeleceu-se que seria objeto de análise o primeiro *habeas corpus* de cada uma das 380 (trinta e oito) páginas inserido no período de tempo abrangido pela pesquisa (tendo em conta que a pesquisa abrange documentos exarados ao longo de cinco anos, a saber, 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012), até chegar-se ao limite de trinta acórdãos.

O número máximo de trinta acórdãos visou atender à média de dez acórdãos por ano, considerados os anos de 2008, 2009 e 2010, vez que, como dito alhures, o mecanismo de busca ainda é o de “jurisprudências de 1996 a 2010”.

Decidiu-se acatar os *habeas corpus* oriundos de todas as Comarcas do Estado, vez que não havia nenhum critério objetivo justificável no âmbito da pesquisa que autorizasse a restrição à Comarca de Maceió.

Foram selecionados vinte e nove acórdãos, referentes ao mecanismo de busca “jurisprudências de 1996 a 2010”, sendo a seleção ultimada no dia 12 de outubro de 2012. O número final desta etapa (vinte e nove acórdãos) só foi denotado dias mais tarde, quando do exame do material coletado, não sendo encontrada a razão pela qual o número de trinta acórdãos não fora atingido. Contudo, obtemperou-se que a dedução de apenas um acórdão, considerado o número inicialmente estabelecido, não traria qualquer prejuízo à pesquisa,

---

<sup>43</sup> O acesso ocorreu em 08 de outubro de 2012.

mormente pelo fato de que, ao analisar o material coletado, observou-se que não havia nenhum acórdão (dentro desses primeiros vinte e nove) referente ao ano de 2010, mas apenas acórdãos oriundos de julgamentos realizados em 2008 e 2009. Portanto, estabeleceu-se um critério adicional, com o fito de colmatar esta lacuna, para selecionar os primeiros dez acórdãos referentes ao ano de 2010 que aparecessem no sistema, começando-se a busca pela página “1” do mecanismo de busca “jurisprudências de 1996 a 2010”.

No período de 2008 a 2010, chegou-se, portanto, ao número de trinta e nove acórdãos, seguindo-se os critérios acima explicitados.

Faltavam os anos de 2011 e 2012, para os quais o sítio do Tribunal de Justiça de Alagoas junto à rede mundial de computadores tinha critério de busca mais específico, que permitia ao consulente o estabelecimento de períodos certos para a extração de decisões. Seguindo o mecanismo de busca “jurisprudências atuais”, localizaram-se os seguintes critérios de busca: “ementa”, “inteiro teor”, “número do processo”, “classe”, ‘órgão julgador’, “relator”, “data” e “origem do documento”.

Deliberou-se que seriam extraídos os dez primeiros acórdãos apresentados pelo sistema, utilizando-se os critérios de busca “classe”, onde se preencheu o respectivo campo com o filtro “*habeas corpus*”, e “data”, colocando-se os períodos 01/01/2011 a 31/01/2011, o sistema de automação do judiciário selecionou 34 documentos, sendo extraídos, para a presente pesquisa, os dez primeiros. A seguir, novamente utilizando-se os critérios de busca “classe”, onde se preencheu o respectivo campo com o filtro “*habeas corpus*”, e “data”, colocando-se os períodos 01/01/2012 a 12/10/2012, o sistema de automação do judiciário selecionou 470 documentos, sendo extraídos, para a presente pesquisa, os dez primeiros.

Assim, a extração de amostras em *habeas corpus* foi concluída, contando com cinquenta e nove acórdãos.

Importa destacar que a forma de seleção das amostras seguiu o que em estatística se convencionou chamar de amostragem sistemática. Victor Mirshawka<sup>44</sup> faz da amostragem sistemática a seguinte descrição:

Seleciona-se aleatoriamente, nas “i” observações, um ponto de partida. A seguir, escolhe-se cada i-ésima observação posterior. Aqui, cada observação tem a mesma probabilidade de ser incluída, como na amostragem aleatória simples, mas as probabilidades não são independentes.

---

<sup>44</sup> MIRSHAWKA, Victor. Probabilidade estatística para engenharia. São Paulo : Nobel, 1978, pág. 21.

John E. Freund<sup>45</sup> destaca que a amostragem sistemática é um elemento de aleatoriedade, na qual se utiliza um número aleatório para escolher a unidade em que se começa. Alerta Freund<sup>46</sup> que a amostra sistemática não é uma amostra aleatória por definição, mas é razoável trata-la como tal e em alguns casos, a primeira se mostra como uma melhora em relação à segunda, garantindo que as amostras se dispersem uniformemente sobre a população. As vantagens da amostragem sistemática são a facilidade e a menor suscetibilidade da pesquisa a erros, além de proporcionar mais dados por custo unitário.

Depois de coletar as amostras seguindo o modelo da amostragem sistemática referido, a análise de conteúdo, na forma proposta por Bardin,<sup>47</sup> recomenda ao pesquisador a leitura dos documentos selecionados, liberta de qualquer método, apenas para aproximá-lo de seu objeto de pesquisa.

A primeira leitura é livre. Aqui, o pesquisador ainda não busca dividir e categorizar o texto, mas se familiarizar com ele. Também nesta fase, é possível a ocorrência de inúmeros *insights*, onde surgirão ideias de como eleger categorias e marcadores que denunciarão as mensagens ocultas jacentes nos documentos pesquisados.

Sistematizando a organização da análise de conteúdo, Bardin<sup>48</sup> explica que ela é composta de três fases, assim como no inquérito sociológico ou experimentação, dispostas em três pólos cronológicos: 1) a pré-análise; 2) a exploração do material; 3) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação.

A leitura inicial do material está inserida no pólo da pré-análise que, como bem explica Bardin<sup>49</sup>, é “um período de intuições, mas, tem por objectivo tornar operacionais e sistematizar as ideias iniciais, de maneira a conduzir a um esquema preciso do desenvolvimento das operações sucessivas, num plano de análise”.

Após a efetivação da leitura inicial (chamada por Bardin<sup>50</sup> de leitura flutuante, para usar um termo análogo ao ato do psicanalista) escolhem-se os documentos, formulam-se as

---

<sup>45</sup> FREUND, John E. **Estatística aplicada: economia, administração e contabilidade.** 11ª ed. – Dados Eletrônicos. Porto Alegre : Bookman, 2007, p. 245.

<sup>46</sup> FREUND, John E. **Estatística aplicada: economia, administração e contabilidade.** 11ª ed. – Dados Eletrônicos. Porto Alegre : Bookman, 2007, p. 245.

<sup>47</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo.** Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, passim.

<sup>48</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo.** Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.95.

<sup>49</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo.** Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.95.

<sup>50</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo.** Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.96.

hipóteses e os objetivos e parte-se para a referenciação dos índices e elaboração dos indicadores, preparando-se, em arremate, o material.

Como referido alhures, tais etapas não são estanques, devendo ser adaptadas concretamente a cada pesquisa, de modo a conduzi-la ao encontro de resultados verificáveis e objetivos.

No estudo em relevo, a escolha dos documentos antecedeu a leitura flutuante, porque a ela preexistiram as hipóteses e os objetivos. É dizer, partiu-se do objetivo, que era verificar uma orientação garantista ou antigarantista do Tribunal de Justiça de Alagoas. Em seguida, criaram-se as hipóteses. São três: 1ª) o Tribunal possui orientação garantista; 2ª) o Tribunal possui orientação antigarantista; 3ª) o Tribunal possui orientação errática, ora pendendo para o garantismo, ora para o antigarantismo; e só depois foi escolhido o material.

É curial voltar a esclarecer que a classificação das decisões como antigarantistas ou não garantistas não significa, sob qualquer prisma, que há nos julgados a supressão a direitos individuais ou qualquer forma de hostilidade ao sistema protetivo individual trilhado pelo garantismo. Decisão antigarantista, da maneira aqui considerada, é aquela que sobreleva outros valores, que não a estrita proteção do sujeito passivo da lide penal segundo postulados do liberalismo formalista, como base para a decisão em *habeas corpus*. É chamada antigarantista ou não garantista para fins de categorização, eis que são tantas as correntes funcionalistas ou pragmáticas a considerar como perfilhadas, em tal hipótese, que “antigarantista” foi a única expressão capaz de açambarcar todas elas.

Feito tal necessário esclarecimento, o próximo passo da pesquisa foi a referenciação dos índices e a elaboração dos indicadores.

## 2.5 A referenciação dos índices e a elaboração dos indicadores.

Para Bardin<sup>51</sup>, textos são manifestações que contêm índices que a análise fará falar. No trabalho preparatório, incumbe ao pesquisador escolher estes índices, organizando-os de tal maneira que passem a indicar um determinado sentido. Os índices, uma vez organizados segundo a sistematização proposta pelo pesquisador, conformará os assim chamados indicadores.

Elucida Bardin<sup>52</sup>:

<sup>51</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.99.

<sup>52</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.100.

Por exemplo, o índice pode ser a menção explícita de um tema numa mensagem. Se se parte do princípio de que este tema possui tanto mais importância para o locutor, quanto mais frequentemente é repetido (caso da análise sistemática quantitativa), o indicador correspondente será a frequência deste tema de maneira relativa ou absoluta, relativamente a outros.

Por exemplo: supõe-se que a emoção e a ansiedade se manifestam por perturbações da palavra durante uma entrevista terapêutica. Os índices retidos (“Hã”, frases interrompidas, repetição, gaguez, sons incoerentes...) e a sua frequência de aparição vão servir de indicadores do estado emocional subjacente.

Uma vez escolhidos os índices, procede-se à construção de indicadores precisos e seguros.

Para subsidiar a escolha dos índices, na pesquisa ora relevada, é necessário buscar no referencial teórico as expressões que identificam o garantismo e o antigarantismo.

#### 2.5.1. Caracterização sintética do garantismo a fim de subsidiar a escolha dos índices.

A exposição dos pontos mais significativos da teoria do garantismo é elencada, no presente momento da pesquisa, de forma propositadamente sintética, apenas para permitir a percepção de como se procedeu à referenciação dos índices e à elaboração dos indicadores. A segunda e a terceira seção desta pesquisa abordarão com maior profundidade referida teoria, ao se debruçar sobre os acórdãos do Tribunal de Justiça de Alagoas. Para o objetivo desta seção metodológica, importam apenas os pontos nodais do garantismo.

Na obra de Ferrajoli<sup>53</sup>, referencial teórico adotado para a pesquisa em comento, identifica-se um sistema garantista pela presença de dez principais axiomas, que são os princípios da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*nulla poena sine crimine*), da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade ou exterioridade da ação, da culpabilidade, da jurisdicionariedade, da separação entre juiz e acusação, do ônus da prova e do contraditório. Referidos axiomas se combinam entre si, analiticamente, até conformar um grande conglomerado principiológico, composto por outros quarenta e cinco teoremas<sup>54</sup>. Todo este complexo sistema garantista se presta à tutela de

---

53 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

54 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 92.

direitos fundamentais individuais, e visam inibir a ação do Estado em detrimento das liberdades individuais para além de limites prévia e estritamente estabelecidos.

O garantismo é descrito por Alberto Jorge C. de Barros Lima<sup>55</sup> em sua tríplice significação, sendo, a primeira delas a de um modelo normativo dotado de plano epistemológico (sendo, em tal vertente, um sistema cognitivo de poder mínimo, no que cinge ao direito penal), político (e aí é concebido como técnica voltada à tutela da maximização das liberdades e minimização da violência) e jurídico (neste último plano, consubstancia-se em um sistema de vínculos limitativos da atividade punitiva em obséquio aos direitos dos indivíduos). O segundo significado, de uma teoria jurídica que distingue intransigentemente a validade da eficácia, como contraposição a modelos adotados pelos ordenamentos complexos das democracias ocidentais, onde normas prefacialmente garantistas são ineficazes e práticas prefacialmente inválidas são eficazes. Finalmente, o terceiro significado do garantismo é o de uma filosofia política demandante, em face do Estado, de uma justificação externa com esteio nos bens e interesses cuja proteção é sua própria razão de existir.

A teoria do garantismo penal tal como proposta por Ferrajoli, segundo Salo de Carvalho<sup>56</sup>, se aproxima sobremaneira do ideário iluminista. Tal teoria converte o ordenamento jurídico-normativo em instrumento prático concebido e desenvolvido para fazer frente ao inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas das agências punitivas. Seu ponto nodal é a distinção entre direitos e garantias, forte na convicção de que o direito, por si, não está apto a tutelar coisa alguma. O sistema jurídico deve, a par de enunciar direitos, dotá-los de mecanismos processuais que lhes favoreça a efetiva satisfação, através de estruturas de poder sensíveis às demandas e não obstrutivas de espaços sociais de resistência. O garantismo encontra sua caracterização ótima na obra de Ferrajoli<sup>57</sup>, conformando um modelo de controle e redução dos poderes estatais punitivos, contribuindo para a sofisticação das práticas forenses cotidianas voltadas à redução dos danos causados aos direitos humanos.

A associação do ideário garantista, sistematizado por Ferrajoli, ao iluminismo, também está presente na obra de Lênio Luiz Streck<sup>58</sup>, para quem o garantismo compõe uma

---

55 LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais.** - São Paulo : Saraiva, 2012, pp.37-38.

56 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 3ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p.145.

57 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 3ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p.146.

58 STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em [www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007\\_05/doutrina/doutrina\\_boletim\\_5\\_2007\\_proporcionalidade.pdf](http://www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf); Acesso em 16 de setembro de 2013.

linha acentuadamente crítica à dogmática jurídico-penal tida por este último como dominante, propugnando por uma intervenção estatal cada vez menor do direito penal, sem que se importe com a natureza dos crimes.

O próprio Luigi Ferrajoli<sup>59</sup> descreve o que intitula de constitucionalismo garantista como uma nova modalidade de positivismo, criticando a mescla entre direito e moral no que chama de constitucionalismo ético, bem como a distinção entre regras e princípios preceituada por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para Ferrajoli, a violação de um princípio sempre faz deste uma regra, sendo a constituição mais que um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, ou seja, de princípios, mas também um sistema de limites e de vínculos.

Forte em tais delineamentos, é possível conformar uma visão nítida do garantismo “de Ferrajoli”, como uma teoria que visa limitar o poder e a atuação das instâncias de controle social estatal, através da interpretação restritiva dos tipos penais, com recorrência incessante ao convencionalismo em detrimento de qualquer busca pela verdade real. É defeso ao intérprete e ao aplicador do direito, segundo a teoria do garantismo penal, lançar mão de juízos valorativos em prol da sociedade. Isso só seria possível em apanágio à proteção dos direitos individuais do sujeito passivo do inquérito policial e do processo penal. Daí que o garantismo eleva os direitos do indivíduo a um patamar superior a quaisquer outros de natureza coletiva ou transindividual, de maneira que a proteção aos direitos individuais fundamentais de acusado e investigado são encargo e fim do Estado.

Portanto, sempre que se estiver, quando da análise dos acórdãos, diante da presença de menções diretas ou contextuais à tutela de direitos fundamentais individuais dos investigados ou acusados através de uma abordagem positivista e formalista, cujos indicadores serão alusões a ilegalidades praticadas pelas autoridades apontadas como coatoras nas decisões em *habeas corpus*, imantadas pela finalidade, que é a defesa dos direitos fundamentais individuais do sujeito passivo do inquérito ou do processo, classificar-se-á a decisão como garantista.

Ainda segundo Ferrajoli<sup>60</sup>, ofende ao sistema garantista, informado pelo princípio da legalidade estrita, qualquer tipo penal ou motivação de decisão judicial que utilize como fundamentos elementos insusceptíveis de controle empírico, como verdadeiros ou falsos, válidos ou inválidos. Assim, alusões a atos hostis, reprováveis, perigosos, que não se

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: Ferrajoli, Luigi, Streck, Lénio Luis, Trindade, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. – Porto Alegre : Livraria do Advogado. Pp. 8-68.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

subsumem a verificações de falseabilidade mas tão somente a valorações, não sendo como tais nem verdadeiros nem falsos, indicam um sistema que se afasta do garantismo ou que é antigarantista.

Assim, para a pesquisa em vértice, sempre que a análise dos textos contiver menções diretas à periculosidade do agente, imantadas pelo desiderato da defesa da segurança pública (e por via de consequência, da ordem pública e da segurança pessoal), estas expressões e finalidade serão tomados como índices, e a decisão em *habeas corpus* será classificada como antigarantista.

Um corte epistemológico é inarredável. É que para a teoria do garantismo penal criada por Ferrajoli, qualquer forma de prisão antes de condenação final é considerada como atentatória ao direito fundamental individual da presunção de inocência. Assim, não se poderia cogitar de qualquer prisão antes de condenação transitada em julgado<sup>61</sup>. Ora, a recepção sem reservas deste aspecto da teoria do garantismo tornaria esta pesquisa demasiado simples, comprometendo sua relevância para a comunidade jurídica, pois sempre que um acórdão mantivesse a prisão seria, automaticamente, tido como antigarantista e mesmo que concedesse a soltura, só poderia ser tido como efetivamente garantista se o fizesse calcado na inadmissibilidade da custódia cautelar.

Portanto, fez-se a opção pela mitigação deste ponto do postulado garantista em sentido literal, para classificar os acórdãos em garantistas ou antigarantistas apenas atendendo aos aspectos da proteção aos direitos individuais fundamentais e da utilização de fundamentos passíveis ou não de falseabilidade.

A significativa frequência de decisões classificadas como garantistas e antigarantistas serão indicadores de que o Tribunal de Justiça de Alagoas segue uma orientação garantista, ou, ao contrário, uma orientação antigarantista. Estas são a primeira e a segunda hipóteses contempladas pela pesquisa.

Em não se atingindo um número significativo em sentido garantista ou antigarantista, os indicadores apontarão para o fato de que o Tribunal de Justiça de Alagoas tem atuação errática, não conformando alinhamento com ideário garantista ou antigarantista.

## 2.6 A codificação

---

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, pp. 511-515.

A codificação é uma das etapas da fase preparatória da análise de conteúdo, como explicitado alhures, e se subdivide em recorte, enumeração e classificação. O recorte, por seu turno, se subdivide em unidades de registro e de contexto, ambos também já referidos acima. Ao recorte, segue-se a enumeração e a classificação.

A unidade de registro<sup>62</sup>, já conceituada como unidade de significação a codificar e correspondente ao segmento de conteúdo a considerar como unidade base, visando a categorização e a contagem frequencial, pode ter natureza ou dimensões muito variáveis. São exemplos de unidade de registro: a palavra, o tema, o personagem, o documento.

No caso presente, a unidade de registro é a decisão judicial. Cada uma delas é a unidade base na qual se buscarão os índices, a fim de classificá-las como garantistas ou antigarantistas.

Já a unidade de contexto<sup>63</sup>

[...] serve de unidade de compreensão para codificar a unidade de registro e corresponde ao segmento da mensagem, cujas dimensões (superiores às da unidade de registro) são óptimas para que se possa compreender a significação exacta da unidade de registro. Isto pode, por exemplo, ser a frase para a palavra e o parágrafo para o tema.

No caso em exame, a unidade de contexto é o conjunto formado pelas cinquenta e nove decisões que constituem o objeto da análise de conteúdo em sua totalidade.

A enumeração é a regra pela qual se fará a contagem das unidades de referência. Há várias formas de enumeração, como a simples presença ou ausência, a frequência, a frequência ponderada, dentre outras. No caso em relevo, como se trata de pesquisa qualitativa, a enumeração será feita por presença ou ausência dos índices acima explicitados.

A classificação, como já mencionado, será feita em função dos índices, caracterizando uma decisão como garantista ou como antigarantista.

Um número significativamente maior de decisões classificadas como garantistas revelará (será um indicador) de uma orientação garantista do Tribunal de Justiça de Alagoas (é a primeira hipótese da pesquisa). Ao contrário, um número significativamente maior de decisões classificadas como antigarantistas revelará (será um indicador) uma orientação antigarantista do Tribunal de Justiça de Alagoas (é a segunda hipótese da pesquisa). Por fim, um número próximo de decisões classificadas como garantistas ou antigarantistas, revelará

<sup>62</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.104.

<sup>63</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.107.

(será um indicador) a ausência de orientação e um perfil errático na tomada de decisões (é a terceira hipótese da pesquisa).

Um quadro sinótico pode facilitar a compreensão da codificação aqui empreendida.

Unidade de registro	Índices	Enumeração	Classificação	Unidade de Contexto	Indicadores	Hipótese
Acórdão em <i>habeas corpus</i>	Referências a ilegalidades para proteção de direitos fundamentais individuais	Presença dos índices	A decisão é garantista	Conjunto das decisões judiciais objeto da pesquisa	Significativa maioria de decisões classificadas como garantistas	O TJAL tem orientação garantista.
Acórdão em <i>habeas corpus</i>	Motivação fundada em elementos valorativos para proteção da ordem pública	Presença dos índices	A decisão é antigarantista	Conjunto das decisões judiciais objeto da pesquisa	Significativa maioria de decisões classificadas como antigarantistas	O TJAL tem orientação antigarantista.
Acórdão em <i>habeas corpus</i>	Referências a ilegalidades para proteção de direitos fundamentais individuais / Motivação fundada em elementos valorativos para proteção da ordem pública	Presença dos índices	A decisão é garantista ou antigarantista	Conjunto das decisões judiciais objeto da pesquisa	Equilíbrio entre decisões classificadas como garantistas e antigarantistas	O TJAL não possui orientação garantista ou antigarantista definidas

## 2.7 A exploração do material e o tratamento dos resultados obtidos.

À fase preparatória seguiram-se as fases de exploração do material e do tratamento dos resultados obtidos e interpretação, concluindo o exame metodicamente pragmático dos acórdãos, auxiliado pela técnica de análise de conteúdo tal como elucubrada por Bardin e por conseqüente, a pesquisa.

Na fase de exploração do material, que nada mais é senão a administração sistemática das decisões tomadas na fase da pré-análise, procedeu-se a operações de aplicação dos critérios eleitos na etapa antecedente. A segunda fase – exploração do material – é mecânica, repetitiva, com o contínuo etiquetamento do material segundo os índices, unidades de contexto e registro, indicadores e classificações individuados alhures. Bem diz Bardin<sup>64</sup> que

<sup>64</sup> BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, p.101.

“Esta fase, longa e fastidiosa, consiste essencialmente de operações de codificação, desconto e enumeração, em função de regras previamente formuladas (...)”.

Por fim, a terceira e última fase agregou os dados coletados, de maneira a dar-lhes significado. Daí, advém a propositura das inferências com interpretação dos dados, de acordo com os objetivos e hipóteses da pesquisa. Como resultado da elaboração do material e do tratamento dos resultados, obteve-se o seguinte quadro:

Número do acórdão	Classificação	Comentários
1 - 505702008	Garantista	Concede a ordem por excesso de prazo. O paciente foi preso em julho de 2008, não havendo denúncia até outubro do mesmo ano.
2 - 505632009	Garantista	Concede a ordem por considerar inidônea (faltosa) a fundamentação do decreto prisional.
3 - 505572008	Garantista	Denega a ordem por entender que houve excesso de prazo causado pela defesa e por aplicar a Súmula 52 do STJ. Não há alusões à periculosidade do agente ou ao risco para a ordem pública.
4 - 505452009	Garantista	Diz ser, a fundamentação do decreto prisional, insuficiente para embasar a prisão cautelar. Embora o juízo <i>a quo</i> refira a fuga anterior do paciente, tal fato foi considerado inidôneo para delimitar a necessidade da prisão para assegurar a aplicação da lei penal. Há alusão, inclusive, a direito de resistência, ou ao direito que o paciente teria de tentar fugir.
5 - 505302009	Garantista	Concessão da ordem, baseada na impossibilidade de revisão de decisão que concedeu progressão de regime e ainda, na impossibilidade de decretação de prisão em mutirão carcerário. Consideração apenas de elementos formais e, portanto, passíveis de falseabilidade.
6 - 505222009	Não garantista	Embora aponte inexistência de ilegalidade, a manutenção da prisão se funda, em maior parte, na periculosidade do paciente.
7 - 505112009	Não garantista	Prisão fundada na presunção de periculosidade por reiteração criminosa, sendo o decreto prisional mantido em sua integralidade.
8 - 505032009	Não garantista	Prisão fundada na presunção de periculosidade do agente e na necessidade de salvaguardar a credibilidade da justiça com denegação da ordem postulada.
9 - 504972009	Não garantista	Prisão redetretada no juízo <i>a quo</i> por ameaça a testemunha mas, ainda que finda a instrução processual, em obséquio à ordem pública. Manutenção pelo juízo <i>ad quem</i> .
10 - 504882009	Não garantista	Denegação da ordem por não vislumbre de excesso de prazo embora o Ministério Público tenha demorado 3 (três) meses para ofertar alegações finais, à vista da complexidade do feito e do grande número de acusados.

11 - 504832008	Garantista	Concede a ordem, mesmo depois da soltura do paciente em primeiro grau (que se deu por iniciativa do juízo <i>a quo</i> ), em razão de sua menoridade.
12 - 504782008	Não Garantista	Recebe <i>habeas corpus</i> para impugnação de pronúncia e concede a ordem por deficiência na fundamentação, anulando a decisão. Contudo, mantém a prisão por estar devidamente fundamentada mas não alude a elementos empíricos ou passíveis de falseabilidade para justificação da segregação. Na verdade, diz somente que mantém o acautelamento provisório em face da manutenção de sua motivação, mas esta não é explicitada.
13 - 504692008	Não garantista	Denega a ordem. Embora mantenha a prisão por considerar adequada a fundamentação do respectivo decreto, faz extensa alusão à gravidade do delito e das provas constantes nos autos, bem como à necessidade de assecuramento da ordem pública.
14 - 504652009	Garantista	Embora denegue a ordem, considerando que não ficou evidenciada a ausência de justa causa que dimane no trancamento da ação penal, analisa somente aspectos empíricos passíveis de falseabilidade, sem alusão a aspectos valorativos.
15 - 504622008	-	Prejudicado pela soltura do paciente pela instância <i>a quo</i> .
16 - 504592008	Garantista	Embora denegue o salvo conduto almejado, considerando que não ficou evidenciada a existência de fatos indicativos da sujeição do paciente à iminência de prisão ilegal, analisa somente aspectos empíricos passíveis de falseabilidade, sem alusão a aspectos valorativos. Contudo, há breve alusão à não comprovação, pelo paciente, de preenchimento de requisitos subjetivos, sendo a decisão considerada garantista pela predominância dos aspectos avalorativos sobrelevados.
17 - 504562008	Garantista	Concede a ordem e para tanto, analisa unicamente o decurso do prazo superior a trinta dias para conclusão do inquérito, sem qualquer consideração acerca da periculosidade da paciente ou gravidade do crime (tráfico de entorpecentes)
18 - 504542008	Não garantista	Denega a ordem com interpretação que limita a incidência de norma penal mais benéfica, fazendo breve menção à vida pregressa do acusado, sendo a decisão considerada garantista pela predominância dos aspectos avalorativos sobrelevados.
19 - 504512008	Garantista	Embora a prisão tenha sido decretada na sentença condenatória pela prática de quatro crimes de tortura em concurso material, tendo o voto do relator dito que a investigação aponta com eloquência a materialidade e a autoria, a ordem é concedida à vista de o paciente

		ter permanecido solto durante a instrução processual.
20 - 504462009	-	Não conhecido por já existir apelação com alegações iguais às do <i>habeas corpus</i> .
21 - 504442008	-	Prejudicado pela soltura do paciente pela instância <i>a quo</i> .
22 - 504412009	-	Prejudicado pela soltura do paciente pela instância <i>a quo</i> , face à superveniência de absolvição.
23 - 504392009	Garantista	Denega a ordem por considerar que o excesso de prazo foi provocado pela defesa. Embora haja transcrição do parecer do Procurador-Geral de Justiça, o qual alude à gravidade do crime (abuso sexual praticado contra duas crianças), é evidente que a atuação da defesa foi o motivo da manutenção da custódia. Trata-se portanto, de dado avalorativo compatível com a teoria do garantismo.
24 - 504372009	Não garantista	Paciente preso em 31 de maio (prisão temporária por tráfico). Denúncia ofertada em 30 de julho. Excesso de prazo não reconhecido por justificativa apresentada pelo Ministério Público de que a colocação dos nomes das testemunhas na denúncia poderia colocar suas vidas em risco. Manutenção da prisão preventiva pela intranquilidade gerada pelo crime de tráfico e munição de grosso calibre, pertinente a armas de uso restrito, encontrada com o paciente.
25 - 504342007	Garantista	Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta.
26 - 504312009	Garantista	Concessão da ordem por excesso de prazo (cem dias, desde a prisão, para o oferecimento da denúncia), sem alusão à periculosidade ou dados insubsumíveis à falseabilidade, embora se trate de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes. No voto vista, contudo, alvitra-se a enorme quantidade de entorpecentes encontrada com o paciente (46kg de maconha e 3 kg de <i>crack</i> ) e a superação do excesso de prazo pelo oferecimento da denúncia.
27 - 504292008	Garantista	Concede a ordem por observar que na pronúncia, decretou-se a prisão, quando antes daquela decisão interlocutória mista o TJAL já havia concedido <i>habeas corpus</i> . Nenhuma alusão à periculosidade do paciente e concessão da ordem.
28 - 504272009	Garantista	A liminar em <i>habeas corpus</i> já havia sido deferida, pelo fato de o paciente estar preso desde 10 de março de 2009, mas em 16 de junho de 2009 ainda não ter havido a conclusão do inquérito. O acórdão ratifica a liminar, vez que até sua prolação (outubro de 2009) não havia notícias de denúncia. Os crimes eram os de tráfico de drogas ilícitas e associação para o tráfico mas não há nenhuma alusão à periculosidade dos agentes ou das condutas.

29 - 504242009	Não garantista	Denega a ordem com fundamento na periculosidade concreta do agente e em sua vida pregressa. Alude à Súmula 21 do STJ (pronúncia espanca excesso de prazo), mas tem os dados valorativos como razões preponderantes da custódia, razão porque não se coaduna com os postulados garantistas.
30 - 504812010	Não garantista	Paciente preso em 28 de dezembro de 2009. Denúncia oferecida em 03 de maio de 2010. O acórdão transcreve o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, o qual alude à grande quantidade de droga encontrada em poder do paciente e à razoabilidade no prazo para oferecimento da denúncia (cinco meses). O fundamento da decisão é que o oferecimento e recebimento da denúncia afastam o excesso prazal. Denega-se a ordem.
31 - 504322010	-	Houve declínio de competência da 15ª Vara Criminal para a 17ª Vara Criminal, de maneira que esta passou a ser autoridade coatora. Seria necessário discutir a competência do novo juízo, o que extrapola os limites do <i>habeas corpus</i> , razão porque não se conheceu da ordem.
32 - 504212010	Garantista	Tratou-se de crime de roubo onde o paciente, junto com um comparsa, encapuzado e armado de uma faca “peixeira”, adentrou um bar e anunciou assalto, subtraindo a importância de R\$ 900,00. A decisão final reiterou a liminar, concedendo a ordem, porque a decisão segregatória estaria desamparada por elementos concretos que a sustentassem. A autoridade apontada como coatora teria se referido ao fato de a Comarca (de Boca da Mata) ser violenta, mas não teria apontado elementos concretos que demonstrassem a periculosidade do agente, ou do delito, ou reiteração criminosa. Fez-se menção, ainda, ao excesso de prazo para oferecimento da denúncia, de maneira injustificada, vez que a prisão teria ocorrido em 18 de março de 2010, mas a denúncia só fora ofertada em 21/05/2010
33 - 504192010	Garantista.	Tratou-se de crime de roubo praticado em continuidade delitiva e concurso de agentes, sendo o paciente preso em 17 de outubro de 2009. Considerou-se não haver excesso prazal, vez que concluída a instrução criminal (Súmula 52 do STJ), e observância do princípio constitucional do devido processo legal. A liminar, assim como a ordem, foram denegadas. Não há alusões à periculosidade do agente ou ao risco para a ordem pública; contudo, a aplicação da Súmula 52, na prática, conduz a presunção de regularidade que pode sanar excesso prazal anteriormente verificado, de maneira a comprometer a aferição da garantia da razoável duração do processo. Ainda assim, trata-se de critério

		não decorrente de avaliação subjetiva do julgador, eis que o entendimento é sumulado, e passível de falseabilidade, o que coloca a decisão na seara do garantismo.
34 - 504152010	Não garantista.	A decisão demonstra o esforço para apontar elementos concretos que corporificam o risco para a ordem pública, bem como para indicar a competência da autoridade apontada como coatora. A decisão termina por considerar sanado o excesso de prazo para oferta da denúncia, sendo que a decretação da prisão preventiva ocorreu em 30.03.2010 e a denúncia só foi ofertada em 28.04.2010, sendo o crime de roubo majorado pelo emprego de arma. Percebe-se que a salvaguarda da ordem pública foi o motivo efetivamente reitor do dispositivo decisional.
35 - 504142010	Garantista	Concedeu-se a ordem para trancar a ação penal, uma queixa-crime por calúnia, injúria e difamação, por falta de justa causa. Mencionou-se também erro no procedimento, vez que a peça inicial foi recebida antes da audiência do art. 520 do CPP. Embora houvesse rol de testemunhas na queixa, considerou-se que não se tratava de suporte probatório mínimo a configurar justa causa para a ação penal.
36 - 504132010	Não Garantista	Presumiu-se que o paciente era perigoso pela maneira com que executou o crime (cruel, perigosa e covarde). O paciente desferiu tiros de arma de fogo pelas costas da vítima, atingida nas costas e na cabeça, atitude que revelaria frieza e covardia. O paciente era tecnicamente primário e tinha bons antecedentes, residência e trabalho fixos. A ordem foi denegada.
37 - 504122010	Garantista	A ordem é concedida pelo fato de o paciente ser idoso e encontrar-se em precárias condições de saúde. A liminar fora indeferida, presumindo o relator que assim se deu por instrução deficiente do <i>habeas corpus</i> , que sequer trouxe cópia da decisão que decretou a prisão, além de as autoridades apontadas como coatoras (juízes da 17ª Vara Criminal) não prestarem informações sobre o fato porque os autos estavam com carga ao Ministério Público no instante em que se requisitaram as informações. O paciente foi preso em flagrante quando, no curso de busca e apreensão, foram encontradas em seu poder armas e munições de uso permitido e restrito. Aludiu-se ao fato de o paciente ser primário e ter bons antecedentes, bem como ao de as armas estarem desmuniçadas.
38 - 504112010	Não garantista	Denegou-se a ordem. Presumiu-se que o paciente era perigoso pela maneira com que executou o crime (cruel, perigosa e covarde). Descreveu-se que o paciente quase decepou a cabeça da vítima, ao golpeá-la uma vez no pescoço. Aludiu-se que, após a prática

		do crime, o paciente se evadiu do local e constituiu advogado para promover sua defesa. As teses defensivas – legítima defesa e “outras assertivas” - foram consideradas inadequadas em relação à via eleita.
39 - 504102010	Não Garantista	Ordem denegada. O paciente estava preso há mais de 240 dias, segundo a defesa, sem realização de audiência de instrução. Informou a autoridade apontada como coatora que o paciente foi preso em flagrante em 23/08/2009 por roubo em concurso de pessoas e com emprego de arma e a audiência de instrução designada para 18 de maio de 2010 não se realizara por ausência da vítima. Há descrição pormenorizada do roubo na decisão (inclusive asseverando-se que “não há dúvida do roubo praticado pelo paciente, em 22 de agosto de 2009 (...)", bem como referência à existência de outros processos em face do paciente. Afasta-se o excesso de prazo pelas peculiaridades do caso concreto e justifica-se a continuidade da custódia pela intranquilidade que a ação delituosa gerou na comunidade social.
40 - 300992011	Não Garantista	Denega a ordem por considerar-se demonstrada a periculosidade do agente, visto que há informações de que trocou tiros com a polícia, sendo preso em flagrante com 63 pedras de <i>crack</i> e uma arma de fogo com seis balas, sendo três deflagradas, duas intactas e uma pinada. Embora tenha sido ferido na mão por projétil de arma de fogo, determinou-se que seu tratamento médico fosse realizado sob escolta, em unidade hospitalar fora do presídio. Considerou-se não haver excesso de prazo (prisão ocorreu em 07 de dezembro de 2010 e acórdão é de 26 de janeiro de 2011) e que a primariedade e os bons antecedentes do demandado não afastam a presunção de periculosidade.
41 - 301002011	Não Garantista	Denega a ordem por presumir-se a periculosidade da paciente, vez que foi presa em flagrante, em 03 de julho de 2009, pela mercancia de <i>crack</i> (17 pedras, acondicionadas de tal forma que inferiu-se a venda) e, posta em liberdade, incorreu em nova prisão em flagrante, em 18 de agosto de 2009, com 14g de <i>crack</i> e a quantia de R\$ 427,20 (quatrocentos e vinte e sete reais e vinte centavos). Além disso, pela investigação, resulta que a paciente integra organização criminosa que abastece parte do [Bairro] Jacintinho no que concerne ao tráfico de drogas.
42 - 301022011	Não Garantista	Denega a ordem com atenção à repercussão do crime, no qual o paciente teria matado a vítima após ter praticado roubo contra outras duas vítimas. Considera, ainda, que não há excesso de prazo pois a defesa interpôs três pedidos de liberdade provisória e houve aditamento da denúncia, o que tornou razoável o tempo

		de duração do processo.
43 – 301082011	Garantista	Concede salvo conduto pelo fato de ter sido expedida a ordem de prisão com esteio no trânsito em julgado da sentença condenatória, nada obstante a paciente não ter sido intimada da decisão que indeferiu embargos declaratórios. Na espécie, a paciente ingressou simultaneamente com embargos de declaração e apelação. Os autos foram remetidos ao TJAL, que não conheceu da apelação, à vista de sua interposição intempestiva por antecipação. Com o retorno dos autos à instância inicial, o juiz conheceu dos embargos, indeferiu-os e ordenou a prisão, sem que a paciente fosse intimada de tal decisão.
44 - 301062011	Não Garantista	Denega a ordem, a qual mantém a custódia preventiva após a prolação de sentença condenatória, vez que o paciente passou toda a instrução segregado e foi reconhecido por três testemunhas como autor de assalto brutal. A prisão foi considerada necessária à manutenção da ordem pública: “Acaso permitamos que dessa natureza obtenha o direito de aguardar em liberdade o seu julgamento, estaríamos ignorando toda a base principiológica que fundamenta a existência do instituto das prisões cautelares, mais especificamente o fundamento, aqui invocado, da garantia da ordem pública, concebido justamente para casos como tais”.
45 - 300962011	Não Garantista	Denega a ordem tendo em conta o fato de o acusado ter passado dezoito anos foragido, e nega haver excesso de prazo à vista de a instrução já se encontrar em fase final, mas não justifica em detalhes porque a prisão ocorrida em 07/01/2010 não configura constrangimento ilegal, sendo o acórdão datado de 26/01/2011.
46 - 301072011	Não Garantista	Denega a ordem, tendo em conta a regular tramitação do feito, embora a prisão em flagrante tenha ocorrido em 30/07/2010, abrindo-se vistas ao Ministério Público em 30/08/2010 e recebendo-se a denúncia em 14/09/2010. Alude à impossibilidade de concessão de liberdade provisória por tratar-se de crime de associação para o tráfico.
47 - 300952011	Garantista	Denega a ordem por aplicar a Súmula 52 do STJ. Não há alusões à periculosidade do agente ou ao risco para a ordem pública.
48 - 301032011	Garantista	Concede a ordem por entender que a prisão por crime de desobediência não pode ser decretada pelo juízo cível. Releva, para a concessão da ordem, elementos estritamente formais, embora haja alusão, no voto do relator, à ojeriza causada pela ação do paciente – gerente do Banco do Brasil - , que obstruiu a efetivação da prestação jurisdicional ao não

		encaminhar ao Juízo da 18ª Vara Cível documentos que instruiriam ação de improbidade administrativa.
49 - 301012011	Garantista	Tratou-se de <i>habeas corpus</i> impetrado com o desiderato de anular sessão do Tribunal do Júri, por suposta malferição do princípio da paridade de armas, vez que foi juntado aos autos do processo originário (ação penal por crime de homicídio qualificado) um laudo de exame de DNA que supostamente comprovaria a materialidade delitiva, tendo a acusação acesso pleno a ele e a defesa, não. Com isso, a materialidade teria restado demonstrada, pois a acusação teria sabido fazer uso do laudo, vez que tinha amplo conhecimento sobre o documento. A ordem foi denegada, pois a materialidade já tinha sido reconhecida pelo TJAL junto ao Recurso em Sentido Estrito manejado pelos impetrantes em face da decisão de pronúncia. Pontuou-se ainda a ausência de prejuízo para a defesa. A decisão apoiou-se, portanto, em elementos técnicos passíveis de falseabilidade, não havendo alusões à periculosidade do agente ou ao risco à ordem pública.
50 - 2012 <sup>65</sup>	-	Prejudicado pela soltura do paciente pela instância <i>a quo</i> .
51 - 311922012	Não Garantista	Tratou-se de <i>haabeas corpus</i> impetrado pela demora no processamento de recurso em sentido estrito interposto contra decisão de pronúncia. Alega-se que há demora na tramitação do recurso e que o magistrado <i>a quo</i> não o teria processado corretamente, porquanto não teria havido juízo de retratação, o que gerou a determinação do Desembargador Relator de baixa dos autos à instância primeva para colmatação de tal lacuna. O recurso em sentido estrito foi interposto em maio de 2011; distribuído ao relator em doze de julho de 2011; o primeiro despacho, que determina a baixa dos autos ao juiz singular, data de 03 de agosto de 2011; em 14 de setembro de 2011, face a não devolução dos autos, o relator reiterou a ordem ao juiz singular. Denega-se a ordem por não enxergar-se excesso prazal a gerar constrangimento ilegal. Contudo, não está claramente explicitado por qual razão não há dito excesso de prazo, quando o relator admite que houve demora no cumprimento de diligência por parte do juízo <i>a quo</i> e “alguma demora” no processamento do recurso. Há, ainda, transcrição de parecer da Procuradoria-Geral de Justiça que alude à fuga do paciente, bem como à inexistência de dúvidas quanto à autoria delitiva – isso na fase da pronúncia, ou seja, antes do julgamento pelo Tribunal do Júri.

<sup>65</sup> Este acórdão não possui numeração. O número do HC é 2012.005977-0.

52 - 311902012	Garantista	Concede a ordem por ter decorrido o prazo da prisão temporária fustigada (a prisão temporária foi decretada por suposto envolvimento do paciente no crime de tráfico de entorpecentes), bem como pelo fato de o paciente, já tendo sido condenado por homicídio, ter sido agraciado com progressão de pena para o regime semi-aberto e, estando a ser monitorado eletronicamente, torna-se desnecessária a segregação cautelar de sua liberdade.
53 - 311872012	Garantista	O paciente cumpre pena privativa de liberdade de quinze anos de reclusão por homicídio qualificado em regime inicialmente fechado. Tendo progredido para o regime semi-aberto, após o cumprimento de dois anos, sete meses e vinte e cinco dias da pena no regime fechado, foi agraciado com o benefício da prisão domiciliar, tendo em conta não existir estabelecimento adequado para cumprimento do regime semi-aberto no Estado de Alagoas. A isso sobreveio a Portaria 17/2012, editada pelo Juízo da 16ª Vara da Capital (Execuções Penais), a qual determinou que todos os reeducandos em regime semi-aberto deveriam ser monitorados eletronicamente. A ordem foi concedida, tendo em conta a desnecessidade de monitoramento eletrônico, tendo em conta o bom comportamento do paciente.
54 - 2012 <sup>66</sup>	Garantista	Denega a ordem por aplicar a Súmula 52 do STJ. Não há alusões à periculosidade do agente ou ao risco para a ordem pública.
55 - 2012 <sup>67</sup>	-	Prejudicado pela soltura do paciente pela instância <i>a quo</i> .
56 - 311892012	Garantista	Concede a ordem por entender que são cabíveis outras medidas cautelares diversas da prisão. Na espécie, o paciente foi preso em flagrante por porte ilegal de arma de fogo e, obtendo liberdade provisória, sob condição de comparecer a outros atos processuais, não foi encontrado para citação pessoal. Foi citado por edital, ocasião em que se lhe decretou a prisão preventiva. Só foi encontrado ao ser preso em flagrante por outro crime, que originou outro processo criminal, de nº 00003537-32.2012.8.02.0058. Neste último foi-lhe concedida a revogação da prisão cautelar. Em vista de tal fato, e por entender não ser de maior gravidade o delito em relevo, além do fato de o paciente já ter passado mais de um ano preso em razão de sua prática, entendeu-se suficiente a imposição da medida de comparecimento mensal ao juízo, proibição de ausentar-se da Comarca e recolhimento domiciliar no período noturno.

<sup>66</sup> Este acórdão não possui numeração. O número do HC é 2012.005755-6.

<sup>67</sup> Este acórdão não possui numeração. O número do HC é 2012.006358-0.

57 - 311912012	Não Garantista	Denega a ordem, fundamentando com clareza a ausência de constrangimento ilegal por excesso de prazo, aduzindo que o recebimento da denúncia ocorreu em 13 de março de 2012 e a audiência de instrução, em 16 de agosto de 2012, não tendo sido concluída a instrução por aguardo de laudo residuográfico, o que demonstra razoabilidade na duração do processo. Contudo, transcreve as informações do juízo <i>a quo</i> , aludindo à periculosidade concreta do paciente, ao risco para a ordem pública e ao fato de o paciente responder a outro processo criminal por corrupção passiva, sendo perceptível que tais fatos foram relevados para a manutenção da custódia.
58 – 2012 <sup>68</sup>	Não Garantista	Denega a ordem forte na gravidade concreta do delito , na periculosidade concreta do agente, na perniciosidade da ação no meio social, na necessidade de salvaguardar a ordem pública bem como a instrução processual, vez que o paciente estava a amedrontar testemunhas. Aludiu-se, ainda, à ausência de excesso prazal. Tratou-se de homicídio qualificado consumado em concurso com homicídio qualificado tentado praticado contra mãe e filha.
59 - 311952012	Garantista	Concede a ordem por não ter havido, decorridos dois meses após a homologação do flagrante, pronunciamento da instância primeva sobre a presença dos requisitos da prisão preventiva.

Após a análise das cinquenta e nove decisões acima referenciadas, concluiu-se que vinte e oito delas foram consideradas como garantistas, vinte e quatro como não garantistas e sete como insusceptíveis de classificação em um ou outro quadrante<sup>69</sup> (tais decisões serão referidas como “inclassificáveis”).

Importa anotar a necessidade de fazer referência às amostras tidas como “inclassificáveis” na pesquisa, para comprovar a fidelidade da pesquisadora ao modelo proposto pela amostragem sistemática, vez que ao aviso de Victor Mirshawka<sup>70</sup>, neste modelo, as amostras e probabilidades são interdependentes<sup>71</sup>, justamente para assegurar a irrestrita adesão ao número aleatório eleito para coleta das amostras.

Separando-as por períodos a serem divididos segundo a terminação dos números dos acórdãos, quanto aos que estão numerados e pela data do voto do relator, quanto aos acórdãos

<sup>68</sup> Este acórdão não possui numeração. O número do HC é 2012.006358-0

<sup>69</sup> Ver anexo ao final.

<sup>70</sup> MIRSHAWKA, Victor. **Probabilidade estatística para engenharia**. São Paulo : Nobel, 1978, pág. 21.

<sup>71</sup> Ver anexo ao final.

não numerados, tem-se que o seguinte: há apenas um acórdão cujo final da numeração é 2007<sup>72</sup>, sendo ele garantista (tranca a ação penal). Há doze acórdãos cujo final da numeração é 2008, sendo que destes, sete são garantistas, três, não garantistas e dois, inclassificáveis. Há dezesseis acórdãos cujo final da numeração é 2009 e deles, sete são garantistas, sete são não garantistas e dois, inclassificáveis. No ano de 2010, dos dez acórdãos extraídos, quatro são garantistas, cinco são não garantistas e um, inclassificável. No ano de 2011, quatro acórdãos são garantistas, seis são não garantistas e não há inclassificáveis. Finalmente em 2012, cinco acórdãos são garantistas, três são não garantistas e dois são inclassificáveis. O quadro a seguir melhor o demonstra:

Ano	Amostra inicial	Acórdãos excluídos	Amostra final	Parte da amostra inicial retida na amostra final
2007	1	0	1	100%
2008	12	2	10	83%
2009	16	2	14	88%
2010	10	1	9	90%
2011	10	0	10	100%
2012	10	2	8	80%
Totais	59	7	52	88%

Conclui-se que, em números absolutos, há quatro decisões a mais com pendore pela defesa do indivíduo investigado ou processado, segundo critérios positivistas e formalistas. Tal revelaria uma discreta inclinação ao ideário garantista nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Contudo, em quantitativos anuais, não há diferenças significativas entre uma e outra inclinação (garantista ou não garantista)<sup>73</sup>. Seja pela pouca expressiva maioria de decisões com inspiração garantista (apenas quatro a mais), seja pela ausência de maiorias expressivas em se tomando as decisões ano a ano<sup>74</sup>, não é possível afirmar que o Tribunal de Justiça de Alagoas se volta, indubitavelmente, em um ou outro sentido. Essa conclusão é confirmada no decurso do estudo, ao verificar-se que sobre uma base fática similar, o Tribunal de Justiça de Alagoas tomou decisões opostas.

<sup>72</sup> Ver anexo ao final.

<sup>73</sup> Ver anexo ao final.

<sup>74</sup> Ver anexo ao final.

O procedimento descrito, embora suficiente para garantir o propósito de não subordinar o critério de inclusão na amostra a qualquer característica dos acórdãos conhecida *a priori* (exceto, evidentemente, as relativas aos âmbitos temático e temporal que definiram o universo da pesquisa), sustenta a expectativa de que a amostragem foi independente de apreciações ou escolhas subjetivas, oferecendo garantia razoável de preservação da objetividade, um dos mais relevantes requisitos da cientificidade. No entanto, a não ser que as bases de dados consultadas não estivessem ordenadas, em função de qualquer critério pertinente, o procedimento seguido não permitiu saber qual era “a probabilidade da inclusão de cada uma das unidades elementares”, fragilizando, portanto, qualquer inferência probabilística. Acresce que a dimensão da amostra extraída –  $59/(3806+34+470)$ , i.e., cerca de 1.5% do universo amostrado – restringe a convicção de que ela seja representativa e adequada.

Consequentemente, qualquer extrapolação para a totalidade dos acórdãos, ao longo do período considerado, terá apenas valor heurístico, devendo ser considerada meramente hipotética e sujeita a comprovação posterior, mediante estudo(s) baseado(s) em amostra(s) mais ampla(s).

Nos capítulos seguintes, analisar-se-ão as decisões mais amiudadamente, de maneira a demonstrar seu (des)alinhamento com o ideário garantista e também, não garantista, inclusive considerando-se as peculiaridades do sistema constitucional pátrio.

### 3 O GARANTISMO NOS ACÓRDÃOS EM *HABEAS CORPUS* DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS.

3.1 A presença dos postulados garantistas nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Esta Seção dedica-se à demonstração de como diversas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Alagoas se coadunam com os postulados garantistas em seus mais diversos matizes, como por exemplo, a proteção aos direitos individuais dos acusados em detrimento à proteção do sistema normativo intrinsecamente considerado ou de direitos individuais à segurança ou de direitos sociais à segurança pública e a opção por julgados avalorativos; o ideário da mínima aflição ao apenado no cumprimento da reprimenda, mesmo após condenação passada em julgado; o manejo dos postulados garantistas nas decisões privativas de liberdade decretadas na área cível e ainda, a menção ao direito de resistência.

3.2 A proteção aos direitos individuais e a opção pela não valoração de condutas.

Do que se expôs no capítulo antecedente, já se pode destacar como ideário nodal do garantismo uma forte proteção aos direitos individuais contra o aparato repressivo e punitivo do Estado e das garantias fundamentais constitucionais individuais, em detrimento de quaisquer outros, através de rígido controle da atividade judicante, com interpretações baseadas em dados passíveis de falseabilidade.

A expressão “garantismo” surge pela primeira vez no Séc. XVIII, sendo comumente associada a Mario Pagano<sup>75</sup>. Este último dizia ser, o garantismo, uma doutrina voltada à limitação da discricionariedade potestativa do julgador.

Já no Séc. XIX, o *Dictionnaire de la langue française*, de Émile Littré, define o vocábulo *garantisme* como uma expressão acadêmica empregada no âmbito filosófico-político por Charles Fourier (1772-1837) e seus discípulos<sup>76</sup>. Fourier, por seu turno, apresenta o garantismo como um sistema de segurança social, para fornecimento aos mais

75 TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. Disponível em [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98). Acesso em 28 de julho de 2013.

76 TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. Disponível em [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98). Acesso em 28 de julho de 2013.

fracos de garantias dos direitos vitais, por meio de um plano de reformas que devem ser adotadas tanto em esfera pública quanto privada.

Na Itália, a expressão “garantismo” surge somente no Séc. XX, na obra *Storia del liberalismo in Europa*, de Ruggiero<sup>77</sup>. Aqui, “garantismo” diz com liberdade política do indivíduo em relação ao Estado.

De seu histórico, se depreende facilmente que “garantismo” é vocábulo comumente associado à relação entre liberdade individual e poder estatal, geralmente postulando a restrição deste em apanágio daquele, e é com este mesmo cariz que o garantismo tal como concebido por Luigi Ferrajoli ingressa no mundo jurídico, com a obra *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*<sup>78</sup>. Datada de 1989, tal obra, como dito alhures, é dividida em cinco partes, sendo a primeira epistemológica, a segunda, axiológica, a terceira, teórica, a quarta, fenomenológica e a quinta, propositada à formação de uma teoria geral do garantismo.

É nesta quinta parte que, talvez, resida a maior equivocidade dos doutrinadores e juristas que, em geral, fazem remissões ao garantismo: este último não é uma proposta voltada somente ao Direito Penal e Processual Penal, mas sim ao Direito como um todo, inclusive civil e processual civil<sup>79</sup>, como já escandido na seção precedente.

O garantismo é, enquanto proposição de teoria geral, um modelo normativo de estrita legalidade; um modelo epistemológico que impõe um sistema cognitivo ou de poder mínimo; um modelo político impositivo da adoção de técnicas que tutelem, de forma idônea, a maximização das liberdades e a minimização da “violência estatal”; um modelo jurídico que traça um sistema de vínculos impostos à força punitiva do Estado.<sup>80</sup>

O garantismo também é, segundo Ferrajoli<sup>81</sup>, uma teoria jurídica da validade e da efetividade, cuidando de ressaltar que validade e efetividade, para a teoria do garantismo, são necessariamente diferentes entre si, e diferentes também da noção de vigor (entendido como vigência), de forma a proporcionar a adoção de uma perspectiva crítica interna, onde os atores da criação e aplicação das normas questionam por etapas a concreção do direito através do

---

77 TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. Disponível em [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98). Acesso em 28 de julho de 2013.

78 FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

79 RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2788, 18 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012

80 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp 785-832.

81 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp 785-832.

confronto de categorias normativas constitucionais com infraconstitucionais, daí extraindo juízos de validade, efetividade e vigência.

Finalmente, o garantismo<sup>82</sup>, ainda, uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela e a garantia são sua finalidade.

As decisões judiciais devem, para que sejam consideradas garantistas, desprezar elucubrações sobre a periculosidade do agente, ou as ameaças que a liberdade do acusado – paciente, no *habeas corpus* – poderia trazer à ordem pública ou à segurança pessoal de outros indivíduos.

O garantismo<sup>83</sup> concentra poderes nas mãos das partes do processo, conferindo-lhes protagonismo em detrimento do juiz. O contraponto do garantismo seria o ativismo judicial, que conferiria caráter publicístico ao processo, concentrando nas mãos do juiz os poderes de direção processual e iniciativa probatória. Segundo Gumerato<sup>84</sup>, para o ativismo, a categoria fundamental “jurisdição” tem maior destaque. O ativismo propõe a dação de maiores poderes ao juiz, no desiderato de alcançar o ideal de justiça na solução do caso concreto. Para tanto, o juiz estaria autorizado a lançar mão de medidas não previstas em lei. O ativismo “confia no juiz”.

O garantismo enfatiza o processo, não a jurisdição, e o juiz garantista, não pode estar comprometido com outra coisa que não a Constituição no que atine às garantias constitucionais. Esclarece Gumerato<sup>85</sup> que

[...] as garantias constitucionais a que se refere o chamado garantismo processual são fundamentalmente aquelas afirmadas pela cláusula do devido processo legal e suas derivações, como ampla defesa, contraditório, imparcialidade, bilateralidade, e a própria inafastabilidade do controle jurisdicional.

Para o garantismo, o debate processual permeado pelas garantias derivadas do devido processo legal é o que confere legitimidade ao produto do processo: a decisão judicial. O juiz não pode prescindir de tal debate em reverência à solução mais justa.

82 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp 785-832.

83 RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012. (pp. 1-3)

84 RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012. (pp. 1-3)

85 RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil. Apresentação do debate. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012. (pp. 1-3)

Tais características basilares do garantismo estão presentes na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas no *habeas corpus* nº 2010.002199-586, cujo acórdão é o de n. 504212010, a trigésima segunda decisão analisada nesta pesquisa.

Ali se alegou a ilegalidade da prisão sob os argumentos do excesso prazal, já que dois meses depois do flagrante (ocorrido em 19/03/2010) a denúncia ainda não havia sido ofertada, bem como a ausência de decretação de prisão preventiva (calhando lembrar que, à época, a homologação do flagrante era considerado decreto prisional autônomo), além da primariedade, bons antecedentes, profissão definida e endereço certo do paciente.

Ao prestar as informações, a autoridade apontada como coatora informou que o paciente fora preso em flagrante, pela prática de roubo majorado pelo concurso de pessoas, no dia 18.03.2010. Constava no auto de prisão em flagrante que três dias antes o paciente, encapuzado, juntamente com um “comparsa”, usando uma faca peixeira, adentrou um bar local, anunciou o roubo e subtraiu a quantia de novecentos reais. Acresceu que a prisão preventiva era justificada, vez que a Comarca onde se deu o fato era violenta, não havendo excesso de prazo pelo alto número de processos em tramitação.

No voto do Relator, foi considerado que a denúncia contra o paciente fora ofertada em 21/05/2010, mas tal fato não permitia que se olvidasse que o paciente passara dois meses custodiado sem inicial acusatória. Considerou-se ainda que o magistrado não se reportou à gravidade concreta do delito ou à periculosidade do agente, mas somente a aspectos genéricos. Calha transcrever tal passagem:

Noutro patamar, compulsando os autos, não verifiquei, em termos de elementos concretos, quais motivos pautaram o convencimento do magistrado *a quo*, que não fossem aspectos, diga-se de passagem, genéricos. Na verdade, a decisão que manteve a prisão em flagrante limitou-se a apontar a materialidade e autoria delitivas, a gravidade abstrata do crime bem como a comentar que a liberdade do Acusado, principalmente numa sociedade violenta, representaria risco à credibilidade da Justiça.

Ao final do voto, o Relator arremata da maneira seguinte:

Portanto, os argumentos apresentados não justificam a manutenção da prisão, ante a não indicação de qualquer fato concreto no sentido de que a soltura do

---

86 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva decretada sem qualquer menção aos requisitos da cautelar. Simples alusão a aspectos genéricos sobre eventual cabimento da medida. Ausência de indicação de elementos concretos do caso no decreto construtivo. Desnecessidade da segregação. Paciente primário e com ocupação lícita. Ordem concedida. Decisão unânime. *Habeas corpus* nº 2010.002199-5. Impetrante Reginaldo da Costa Neves e Henrique da Graça Vieira. Impetrado Juiz de Direito da Comarca de Boca da Mata. Paciente José Elvon dos Santos. Relator Otávio Leão Praxedes. Acórdão em *habeas corpus* n. 504212010.

Paciente ameace a ordem pública, de forma a manter a restrição à sua liberdade. Como se sabe, referida prisão cautelar, pela sistemática do nosso Direito positivo, é medida de exceção, sendo cabível somente em situações extremas. Destarte, não existindo razões sérias e objetivas para a decretação, não há motivos que a autorizem.

Constata-se que a prisão foi considerada ilegal pela morosidade no oferecimento da denúncia e pela suposta deficiência na fundamentação do decreto prisional, que deixaria de se referir a fatos concretos demonstrativos de que a soltura do paciente ameaçaria a ordem pública. Portanto, os elementos formais foram sobrelevados, em detrimento de valorações que se pudesse fazer, a partir da simples descrição da conduta levada a efeito pela autoridade apontada como coatora.

Com efeito, quando a autoridade coatora descreve o ato praticado pelo paciente, o julgador *ad quem* está livre para valorá-lo como concretamente perigoso e, portanto, capaz de justificar a segregação cautelar. De outro lado, a demora no oferecimento da denúncia já foi considerada sanada por sua efetiva oferta, pelo mesmo Tribunal, no *Habeas Corpus* nº 2010.001762-887 (trigésima decisão analisada nesta pesquisa). Portanto, percebe-se que no *Habeas Corpus* nº 2010.002199-5, o Tribunal de Justiça de Alagoas faz uma opção deliberada pela avaliação da legalidade da prisão com base em formalidades. Aí seu vizez garantista.

Ao discorrer sobre a epistemologia garantista, Luigi Ferrajoli<sup>88</sup> apregoa que os princípios sobre os quais se assenta o modelo garantista, no direito penal, são o da legalidade estrita, da materialidade, da lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório e da presunção de inocência. São princípios que decorrem da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Tais princípios, embora derivados de pressupostos teóricos e filosóficos heterogêneos e ambivalentes, culminam por formar, sempre segundo Ferrajoli, um sistema coerente e unitário<sup>89</sup> conformando um esquema epistemológico de delineamento do crime e verificabilidade da racionalidade da decisão judicial.

Elementos constitutivos do garantismo seriam, primeiro, o convencionalismo penal, que dá azo à legalidade estrita (elemento este dependente da condição formal do critério da definição do desvio e empírico de aferição da conduta ou do comportamento) e que apregoa

---

87 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Habeas corpus*. Alegação de excesso de prazo no oferecimento da denúncia e inocência do réu. Exigência de exame aprofundado de provas. Impossibilidade na via estreita do *writ*. Denúncia já oferecida e devidamente recebida. Conhecimento e denegação da ordem impetrada. Maioria de votos. *Habeas corpus* nº 2010.001762-8. Impetrante Neilton Santos Azevedo. Impetrados Juízes de Direito da 17ª Vara Criminal da Capital. Paciente Tiago José dos Santos. Relator Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. Acórdão em *habeas corpus* n. 504812010.

88 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

89 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

que o direito penal só admite normas regulamentadoras, repudiando as normas constitutivas, bem como que a verdade, a justiça, a moral e a natureza não podem conferir relevância penal a um fenômeno, mas apenas a lei pode fazê-lo e segundo, o cognitivismo processual e a estrita jurisdicionabilidade. Deste segundo elemento deriva a noção do processo penal como de cognição ou de comprovação, predominantemente indutivo e avaliativo, que admite apenas afirmações e negações, das quais se deduza a verdade e a inverdade processual.<sup>90</sup> O modelo garantista é intransigente na separação entre direito e moral e entre direito e natureza<sup>91</sup>, donde se extirpa toda e qualquer função ética ou pedagógica da pena.

A cisão entre direito e moral é um traço característico do positivismo jurídico, muito embora alguns juristas sejam reconhecidamente favoráveis à tal separação e não possam ser tidos como positivistas. É certo que Holmes também insiste na cisão entre direito e moral, o que atrai sua classificação como positivista<sup>92</sup>. Contudo, o receio de Holmes era de que o direito fosse aprisionado por posições valorativas que conformariam e legitimariam uma ideologia, através de um discurso absolutista que poderia ocultar o que de fato ocorre<sup>93</sup>. Catão<sup>94</sup> assinala que a visão de Holmes sobre a moral (e sua cisão do direito) é centrada apenas em seu sentido subjetivo. O que Holmes pretende demonstrar é que a prática judicial e também, social, em muitos casos refuta regras morais tidas como fundamentais.<sup>95</sup> Holmes é ainda antiformalista<sup>96</sup> e consequencialista, de maneira que aponta para a errônea de sua classificação como positivista<sup>97</sup>.

Contudo, além de sediar o garantismo na separação entre direito e moral, Ferrajoli se apega fortemente ao formalismo e à prática do silogismo, afastando-se dos segmentos pragmatistas do direito.

90 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

91 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

92 HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010, p. 124.

93 HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010, p. 127.

94 CATÃO, Adualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 14

95 HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010, p. 108.

96 HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010, p. 128.

97 HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010, p. 127.

Impossível não notar a similitude do pensamento do Ferrajoli com o de Beccaria<sup>98</sup>, (importando lembrar que ele é um “utilitarista” que aqui segue, sem tirar nem por, Montesquieu) para quem

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei. A consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constringido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por contra própria, tudo se torna incerto e obscuro.

Nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é preciso consultar o espírito da lei. Adotar tal axioma é romper todos os diques e abandonar as leis à torrente de opiniões.

O acórdão de n. 504212010, proferido no seio do já assinalado *Habeas Corpus* nº 2010.002199-5, portanto, se conforma harmoniosamente com tais postulados, pois há nele a recusa deliberada de valorar a conduta descrita nos autos, com opção pela análise de aspectos formais da decisão (fundamentação supostamente carente) e do processo (demora no oferecimento da denúncia).

3.3 Garantismo, positivismo e penas: uma decisão compatível com o ideário garantista de mínimo sofrimento ao desviante.

Não há dúvidas de que o garantismo é manifestação contemporânea do positivismo, em sua forma mais basilar. Ao insistir na conduta avaliativa do julgador, quando da necessária cisão entre direito e moral, e na observância da legalidade estrita, não apenas no direito penal, como também no direito processual penal, Ferrajoli nada mais faz senão repetir as ideias principais da escola da exegese.

No estado liberal de direito, o Parlamento sobrepujava o Executivo e o Judiciário. Para Montesquieu, julgar era atividade puramente intelectual, sendo defeso que criasse direitos novos. Por isso, concluiu que o poder de julgar era nulo. A igualdade não tomava em conta a vida real das pessoas e era antes uma garantia de liberdade. O estado liberal se preocupava com a defesa do cidadão em face do Estado, mas não com as desigualdades sociais. Como a lei preponderava, não havia espaço para constituições rígidas. Estas eram antes marcos que separavam o estado liberal do absolutismo, mas podiam ser alteradas pelas leis.

O positivismo jurídico decorre dessa concepção de direito. O jurista, assim como o cientista natural, através da observação e da experimentação, atingiria um resultado correto ou falso, como faria um físico ou um químico. A observação e descrição da norma é o ponto

---

98 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011, p. 29.

caracterizador do positivismo, ciência cognoscitiva e explicativa de um objeto, que é a norma positivada. O positivismo exegético apregoa que o direito se reduz à lei e a tarefa do jurista é garantir a aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense. De instrumento de manutenção da ideologia do Estado liberal, o positivismo passou à condição de ideologia em si, “um asséptico e indiferente sistema legal ou mediante a proteção de uma lei que, sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne e osso mais desiguais ainda”<sup>99</sup>.

É de se ressaltar que, para Beccaria, precursor de uma concepção liberal do direito, o juiz sequer pode interpretar a norma, porque a interpretação já dá à lei um sentido diverso daquele que foi dado pelo legislador (uma posição extrema que hoje nem mesmo o mais obstinado positivista estaria disposto a aceitar).

A jurisdição, que no Estado liberal estava completamente voltada à tutela dos interesses do próprio e do positivismo, se volta para a relação entre os valores do Estado liberal relacionados com a jurisdição e a proteção de direitos subjetivos privados violados. A jurisdição tinha a função de possibilitar a reparação do dano, preservando a liberdade dos indivíduos. A violação da lei era condição para a atuação do Estado-juiz, não se admitindo qualquer espécie de tutela preventiva, em salvaguarda à liberdade dos indivíduos. A prevenção tocava à administração. Ao judiciário incumbiria a repressão.

O próprio Ferrajoli se coloca como positivista, embora tenha a si próprio como um positivista crítico<sup>100</sup>, porquanto sediado na dicotomia entre vigência e validade, estaria o jurista autorizado a criticar o direito que, embora vigente, fosse inválido, desde que o fizesse em benefício do indivíduo. Ferrajoli vincula aquilo que denomina como constitucionalismo garantista ao constitucionalismo positivista<sup>101</sup>, refutando com grande intensidade a conexão entre direito e moral, a contraposição entre regras e princípios e a prática da ponderação ao invés da subsunção, quando do exercício da atividade judicante. Disso decorrem acerbas críticas feitas por Ferrajoli ao pensamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>102</sup>, pois a seu sentir, o constitucionalismo é justamente a positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos e precisamente por isso há de ser apartado, veementemente, o direito da moral. O

---

99 MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 13

100 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 803.

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: Ferrajoli, Luigi, Streck, Lénio Luis, Trindade, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, pp. 8-68, p. 17.

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: Ferrajoli, Luigi, Streck, Lénio Luis, Trindade, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. – Porto Alegre : Livraria do Advogado. pp. 8-68, p. 17.

constitucionalismo ético e o cognitivismo ético, para Ferrajoli, depõem a favor do enfraquecimento do constitucionalismo<sup>103</sup>, pois conduzem a uma ideologia iliberal, cujos valores pretendem impor-se a todos.

Trata-se, como ressalta Ana Cláudia B. Pinho<sup>104</sup>, de um retorno ao ideário iluminista, ao utilitarismo liberal e ao positivismo jurídico. A jurisdição tem por escopo, no Estado liberal, resguardar o cidadão das arbitrariedades do próprio “Poder Legislativo”.

Classificar a teoria do garantismo como utilitarista atrai a explicitação de que Ferrajoli não é abolicionista. É dizer, para Ferrajoli, a pena, uma vez proferida com esteio em elementos de convicção produzidos no bojo de um processo que observou regras válidas do convencionalismo, deve ser imposta e cumprida. Aliás, como aventado alhures, o primeiro axioma garantista é, justamente, *nulla poena sine crimine*. Ao aplicar-se o raciocínio inverso, chega-se à conclusão de que se há crime, pode haver pena (a depender do preenchimento de condições ulteriores como ausência de dirimentes, condições de procedibilidade e a comprovação judicial do ilícito<sup>105</sup>).

Como lembra Salo de Carvalho<sup>106</sup>, para Ferrajoli a pena deve ser imposta, para evitar que os grupos sociais retornem a práticas de retaliação (como a feitura de justiça com as próprias mãos, a barbárie dos linchamentos) ou recorram a medidas de controle tecnológico totalitárias. Ao rejeitar as teorias retributivas e também as relativas, Ferrajoli adere, embora com algumas particularidades que o colocam de acordo com postulados utilitaristas, à teoria da prevenção geral negativa, protegendo o réu ou apenado das reações privadas mas também, das reações públicas não mensuradas e controláveis.

[...] Ao negar as teorias tradicionais (teorias absolutas retributivas e teorias relativas preventivas), reconstrói, a partir do utilitarismo, a teoria da prevenção geral negativa (teoria da coação psicológica de Feuerbach) agregando à finalidade intimidatória o objetivo de a sanção penal tutelar o autor do delito das vinganças privadas (retaliações, linchamentos) que emergiriam caso inexistisse a pena. À máxima felicidade possível aos não desviantes assegurada pelo caráter intimidativo da sanção harmoniza-se o mínimo sofrimento necessário ao desviante, efetivado na razoável e proporcional resposta pública estatal, assentada nos princípios de tutela dos direitos fundamentais – pena como mecanismo de proteção do réu contra excessos do público e do privado. Assim, o utilitarismo reformado garantiria a máxima eficácia dos direitos humanos aos sujeitos mais vulneráveis e débeis do evento violento e do teatro

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: Ferrajoli, Luigi, Streck, Lénio Luis, Trindade, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. – Porto Alegre : Livraria do Advogado. pp. 8-68, p. 19.

<sup>104</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica da decisão penal** – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013, p. 54.

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 339.

<sup>106</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 3ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 148.

processual: a vítima no momento do crime, o réu durante o processo e o condenado na execução da pena.

Portanto, não deixa de ser curioso constatar que, no debate entre os partidários da dogmática do delito com fundamento na ética dos princípios, de origem kantiana, e os adeptos do enfoque utilitarista e consequencialista do direito penal *ne peccetur*, tanto Ferrajoli quanto Jakobs se situam no mesmo lado, avaliando a utilidade e as consequências da punição e descreditaando na reprovação do mal, por seu desvalor intrínseco.

Mas, adjacente a isso, Ferrajoli recorre aos princípios da necessidade e da dignidade da pessoa como limite máximo das penas<sup>107</sup>, caindo no contrassenso mais evidente de sua teoria, que é advogar a cisão entre direito e moral mas admitir lançar mão de princípios em situações que lhe pareçam adequadas. E aqui a teoria do garantismo incorre em dupla falha epistemológica vez que, como anota Ana Cláudia B. Pinho<sup>108</sup>, Ferrajoli escreve sua teoria após o advento do neoconstitucionalismo, sendo que as Constituições contemporâneas trouxeram para seus textos uma miríade de valores considerados metajurídicos, de maneira que não é mais possível apartar o direito da moral em nenhuma situação. O segundo lapso teórico é precisamente a aparente arbitrariedade de permitir-se o recurso aos princípios somente em favor do indivíduo, como se já não houvesse consenso acerca da existência de direitos que transcendem as singularidades de cada sujeito<sup>109</sup>.

Não obstante, o fato é que a diretriz garantista do mínimo sofrimento ao desviante foi fielmente observada pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, quando do julgamento do *Habeas corpus* nº 2012.005774-5110, cujo acórdão é o de nº 311872012, sendo esta a quinquagésima terceira decisão analisada nesta pesquisa.

Nela, narrou-se que o paciente cumpria pena privativa de liberdade de quinze anos de reclusão por homicídio qualificado em regime inicialmente fechado. Tendo progredido para o regime semiaberto, após o cumprimento de dois anos, sete meses e vinte e cinco dias da pena

---

107 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 364.

108 PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica da decisão penal – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013, p. 54.

109 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2004, passim.

110 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Habeas corpus*. Réu condenado pela prática de homicídio qualificado. Concessão de progressão de regime. Cumprimento da pena em regime semi-aberto. Posterior determinação por meio de portaria, de utilização de equipamento de monitoração eletrônica. Cumprimento de mais de 1/6 (um sexto) da pena em estabelecimento prisional. Atendimento pelo réu de todos os termos estabelecidos na audiência de advertência. Desnecessidade de medida cautelar de monitoramento eletrônico no caso concreto. Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça no mesmo sentido. Ordem concedida. Decisão unânime . *Habeas corpus* nº 2012.005774-5. Impetrante João Maurício da Rocha de Mendonça. Impetrado Juíz de Direito da 16ª Vara Criminal da Capital. Paciente Élio Sandro Alves de Araújo. Relator Otávio Leão Praxedes. Acórdão em *habeas corpus* n. 311872012.

no regime fechado, foi agraciado com o benefício da prisão domiciliar, tendo em conta não existir estabelecimento adequado para cumprimento do regime semiaberto no Estado de Alagoas. A isso sobreveio a Portaria 17/2012, editada pelo Juízo da 16ª Vara da Capital (Execuções Penais), a qual determinou que todos os reeducandos em regime semiaberto deveriam ser monitorados eletronicamente. O paciente teria sido obrigado a utilizar tornozeleira eletrônica de monitoramento, o que estava a lhe causar grande constrangimento, além de desconforto físico, a par do fato de ter de largar suas atividades cotidianas para ir à central de monitoramento, já que o equipamento não para de apitar.

Ao prestar as informações, o Juiz da Vara de Execuções explicou que o uso de tornozeleira eletrônica foi imposto aos condenados, em regime semiaberto, por crimes de homicídio qualificado, latrocínio e tráfico de drogas, tendo este rol de crimes sido ampliado, depois, por outra Portaria de sua lavra, considerando o alto índice de reincidência (mais de 90%). Acrescentou que o uso do equipamento não pode trazer constrangimento ilegal ao condenado, pois em condições normais deveria estar preso, sendo que por uma excepcionalidade (ausência de estabelecimento prisional adequado ao cumprimento do regime semiaberto no Estado de Alagoas), fora ele agraciado com a prisão domiciliar.

O Tribunal, ao conceder a ordem, se manifestou da forma a seguir transcrita

A par disso, observo, diante das informações apresentadas pelo Julgador, bem como da documentação acostada aos autos, que não há justificativas idôneas aptas a indicar a necessidade de imposição de restrição ao Paciente, já que a situação envolta ao caso concreto depõe que o Réu vem cumprindo com regularidade todas as condições que lhe foram impostas, conforme se constata do Termo de Audiência Admonitória de fls. 25.

A diretriz garantista da mínima aflição é, aqui, levada a um extremo que faz indagar se não ultrapassa o que imaginado pelo próprio Ferrajoli. O paciente foi condenado por um crime considerado hediondo – homicídio qualificado – e deveria estar preso, em regime semiaberto. Mesmo solto, foi considerada injustificada a imposição de uso de tornozeleira eletrônica, pelos incômodos causados ao apenado, sendo que o acórdão faz referência a outras decisões do Tribunal no mesmo sentido. Ora, aqui não se está a falar na restrição de liberdade por cautelaridade, mas sim, como pena, como reprimenda pela prática de um crime dos mais graves conhecidos pela espécie humana. Ainda assim, a conduta do paciente não é sequer mencionada na decisão, senão os desnecessários transtornos que lhe são trazidos pela imposição de uso de equipamento eletrônico.

Inevitável a indagação sobre a própria retirada da função preventiva geral negativa (que pode ser entendida como prevenção de reações informais por parte dos agentes públicos ou privados, em geral, mais severos e por consectário, na tutela do delinquente frente às reações desmedidas e arbitrárias), na espécie em apreço, a qual é apontada como razão de ser da aplicação da pena, por Ferrajoli. A decisão em relevo parece garantista ao ponto de desafiar os limites da teoria em relevo.

3.4 Garantismo e processo civil. Uma prisão decretada no exercício da jurisdição não criminal.

No *habeas corpus* nº 2010.006452-4<sup>111</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas decidiu que o juiz cível, fora do exercício da competência criminal, não pode decretar a prisão por crime de desobediência.

Tratou-se de pedido de *habeas corpus* preventivo. O gerente do Banco do Brasil pediu o salvo conduto por se achar na iminência de ser preso, por suposta desobediência a uma ordem judicial proferida pelo impetrado. Aduziu que não houve dolo em sua conduta e que, na época dos descumprimentos das ordens judiciais, sequer ocupava o cargo de gerente da instituição.

Ao prestar as informações, a autoridade apontada como coatora explicou que o Banco do Brasil foi moroso no fornecimento de dados requisitados pelo Juízo da 18ª Vara Cível, enviando documentos ilegíveis e atravancando o andamento de ação de improbidade, só tendo, a ordem, sido corretamente cumprida, após o decreto prisional.

O Tribunal concedeu a ordem, pois o decreto prisional, na espécie, emanou de juízo cível, sem qualquer procedimento prévio que apurasse a culpa do paciente. Obtemperou, ainda, que o juízo cível carece de competência para determinar constrição de liberdade baseada em prática delituosa, podendo fazê-lo excepcionalmente para decretar a prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel.

Um ponto da decisão é de especial interesse, merecendo transcrição:

---

111 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processo penal. Habeas corpus preventivo. Ameaça à liberdade. Prisão civil. Ausência de previsão legal. Impossibilidade. Concessão da ordem. 1. nos estritos termos da Constituição Federal, a prisão civil só é possível nos casos de inadimplemento de prestação alimentícia e de depositário infiel, ressalvada, quanto à última, a vedação infraconstitucional e supralegal trazida pelo Pacto de São José da Costa Rica. 2. Ordem judicial proferida em processo cível, que determina prisão de agente público por desobediência, carece de suporte jurídico. 3. *Habeas corpus* conhecida e concedida para expedir salvo conduto em favor do paciente. *Habeas corpus* nº 2010.006452-4. Impetrante Banco do Brasil S/A. Impetrado Juiz de Direito da 18ª Vara Cível da Capital. Paciente Irapuam Augusto Ribeiro. Relator Sebastião Costa Filho. Acórdão em *habeas corpus* n. 301032011.

Em que pese a plausível intenção do magistrado, ante a conduta do paciente, que causa ojeriza pela obstrução à efetivação da prestação jurisdicional, resta insubsistente sua eficacização, mormente pela ausência de suporte jurídico garantidor à medida constritiva.

O julgado, portanto, abrange aspectos que atinem à chamada teoria geral do processo (calhando registrar que esta última é criticada, pelo criminólogo Salo de Carvalho<sup>112</sup>, por supostamente mesmerizar o processo penal, descuidando de suas peculiaridades para tentar assemelhá-lo ao processo civil. A seu sentir, o processo penal deve ser cunhado através de sua “matriz genealógica”, que é o direito penal) e ao avanço do garantismo no processo civil.

### 3.4.1 Algumas anotações sobre o garantismo em seara processual civil.

Embora o garantismo, tal como concebido por Ferrajoli, tenha sido criado no seio do direito e do processo penal, seus alicerces espraiam-se para o processo civil, onde contundentes correntes garantistas iniciam a forte propalação de seus fundamentos.<sup>113</sup>

Os fundamentos do garantismo, tradicionalmente associados ao processo penal, foram transpostos para o processo civil<sup>114</sup>, onde a legalidade estrita traduziu-se em necessidade de preservação irrefletida, pelo juiz, das garantias processuais. Tudo com o escopo de proteger a liberdade dos indivíduos do arbítrio estatal. Com isso, o juiz não poderia propor meios de prova<sup>115</sup>, reconhecer o princípio legal da boa-fé processual<sup>116</sup> ou conceder medidas liminares satisfativas antes da oitiva da parte contrária<sup>117</sup>.

112 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 3ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 148.

113 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**. Apresentação do debate. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012, p. 1-3.

114 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**. Apresentação do debate. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012, p. 1-3.

115 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**. Apresentação do debate. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012, p. 2.

116 PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia**: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant to Blanc, 2006, p. 115.

117 RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**. Apresentação do debate. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012, p. 2.

Conferir iniciativa probatória ao juiz, sob a ótica garantista, seria fomentar um modelo judicial implícito em sistemas totalitários, fascistas e comunistas<sup>118</sup>. O prisma garantista, por razões semelhantes (necessidade de evitação do risco de totalitarismo), reza que o ativismo deve ser combatido e o garantismo, sobrelevado.

Note-se que é possível traçar um paralelo entre as posturas garantista ou ativista e os princípios dispositivo e inquisitivo, bem como com a definição do modelo publicista ou privatista de processo.

Os princípios dispositivo e inquisitivo se caracterizam pelos maiores ou menores poderes conferidos às partes, no processo. Quando o legislador deixa às partes a escolha quanto à condução e instrução processuais, vige o princípio dispositivo. Quando tais escolhas são atribuídas ao juiz, independentemente da vontade das partes, há preponderância do princípio inquisitivo.

Ao aviso de Didier<sup>119</sup>, não há falar-se num critério de identificação dos princípios dispositivo ou inquisitivo que não comporte exceções, podendo-se asseverar, no máximo, a preponderância de um sobre o outro em relação a cada tema, como “produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc”.

Já se pretendeu distinguir<sup>120</sup> o processo civil do penal com esteio nos poderes do magistrado, que seriam mais amplos neste que naquele.

Há, contudo, divergência doutrinária sobre o conteúdo do princípio dispositivo. Bedaque, *apud* Didier<sup>121</sup>, afirma que a análise de tal princípio passa pelo exame dos poderes do juiz, dentro do processo, tanto no que atine à propositura da demanda e delimitação do objeto litigioso, quanto no pertinente à estrutura interna do processo, nos aspectos do impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo dos recursos; o ordenamento não seria obrigado a dar a mesma resposta diante de questões tão díspares. Assim, a denominação de princípio dispositivo seria mais adequada à análise da disposição das partes quanto ao direito material e seus reflexos no processo.

Analisando alguns dispositivos legais, é possível visualizar com grande nitidez o anacronismo apontado por Bedaque. O art. 128 do Código de Processo Civil entabula que o

---

118 PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia**: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant to Blanc, 2006, p. 115.

119 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. - Salvador : Edições Jus Podivm, p. 52.

120 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. - Salvador : Edições Jus Podivm, p. 52.

121 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. - Salvador : Edições Jus Podivm, p. 53.

juiz “decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Aqui, é eloquente a incidência do princípio dispositivo. As partes fixam o objeto da demanda, o qual não pode ser, de qualquer modo, ampliado pelo julgador. A par disso, o art. 130 do Código de Processo Civil diz caber ao juiz, mesmo de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo. Neste ponto, é claríssima a incidência do princípio inquisitivo, vez que a iniciativa probatória do juiz é totalmente livre, dès que respeitados os limites objetivos da demanda. Já o art. 156 do Código de Processo Penal entabula que a prova da alegação incumbe a quem a fizer. O juiz, de ofício, poderá ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes.

Assim, no tocante ao ponto da iniciativa probatória, parece que o juiz, no processo civil, ao contrário do que se quis afirmar no passado, tem maior liberdade de iniciativa probatória que o juiz que preside a lide penal. É que, no primeiro caso, a iniciativa probatória, de ofício, é incondicionada. Já no processo penal, há necessidade de indicar, na motivação da decisão que determina a produção por iniciativa do juiz, a dúvida sobre o ponto relevante que justifica a iniciativa probatória.

Em paralelo aos delineamentos dos princípios dispositivo e inquisitivo, há de aliar-se a compreensão sobre o fenômeno da publicização ou socialização do processo, surgido, como explica Junoy<sup>122</sup>, no decurso do Séc. XX, que dota o juiz de faculdades incrementadas, se comparadas ao modelo clássico. O juiz tem a função de solucionar conflitos e para tanto, se lhe atribuem as iniciativas necessárias para lograr máxima eficácia em tal mister. A publicização distingue o objeto do processo e o processo como instrumento idôneo a alcançar a tutela estatal. Os litigantes podem dispor do objeto do processo, mas não do próprio processo. Tal formulação de processo encontra seu fundamento constitucional no escopo jurisdicional da tutela dos interesses deduzidos no processo (a justiça como valor superior do ordenamento jurídico).

Também na segunda metade do século XX surge outro fenômeno especialmente relevante para o processo civil, a saber, a constitucionalização das garantias processuais. Por

---

122 PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). **Proceso Civil e Ideología**. Valencia: Tirant to Blanc, 2006, pp. 109-112.

ele, se pretendeu evitar que o futuro legislador postergasse tais garantias e que o julgador as olvidasse no decurso do processo.

Em paralelo, as discussões em torno do ativismo judicial não escaparam a Posner<sup>123</sup>, que confronta os argumentos do que apelam para a imprescindibilidade de calcar decisões judiciais em prévios textos legais ou permitir que o juiz emita decisões sem necessariamente reproduzir um dispositivo normativo. Posner chama o argumento legalista, quando contraposto ao ativismo judicial, de *pedigree argument*. Trata-se de um argumento que se baseia na legitimidade do Estado para produzir leis. Desde Hobbes, tal argumento traduz a essência do positivismo legalista. Segundo Catão<sup>124</sup>, Posner parece entender que basear a legitimidade de uma decisão judicial em um texto legal prévio, como faz o positivismo de alguma maneira, Dworkin, seria um apelo a uma teoria política específica. E os juízes são compelidos a decidir baseados em uma decisão política prévia somente em uma teoria política específica, que é o liberalismo. Posner, ao aviso de Catão<sup>125</sup>, defende a observância das decisões judiciais não porque são sediadas em um texto legal prévio, mas porque são justas.

De fato, Catão<sup>126</sup> explica que, a abordagem econômica de Posner defende tanto uma tese descritiva quanto normativa, sendo que esta última aponta para o caminho do ativismo judicial, vez que as consequências da decisão passam a ser mais importantes que quaisquer premissas.

Veja-se que, também em Posner, reflete-se o embate sobre a publicização do processo ou privatização do processo. Os precitados fenômenos processuais têm gerado, na doutrina, posicionamentos antagônicos: de um lado, os que centram sua atenção nas partes, que devem assumir o protagonismo do debate processual. De outro, os que incentivam o incremento de faculdades do juiz na direção do processo. Junoy observa que o debate científico vem migrando para o plano político, sendo os garantistas identificados com o modelo liberal e os ativistas, com o modelo socialista.

É inegável que o princípio dispositivo se relaciona como o modelo privatista do processo, que por seu turno se conforma com uma postura judicial garantista, ao passo que o

<sup>123</sup> POSNER, Richard A.. **Problemas de Filosofia do Direito**. - São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 181-183.

<sup>124</sup> CATÃO, Adualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 5-6.

<sup>125</sup> CATÃO, Adualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 6.

<sup>126</sup> CATÃO, Adualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 2.

princípio inquisitório de liga ao modelo publicista, jungido ao juiz ativista. Conforme o protagonismo processual das partes ou do julgador, haverá cariz privatístico ou publicístico do processo.

#### 3.4.1.1. A iniciativa probatória do juiz sob a ótica garantista.

No que toca à negação garantista sobre a iniciativa probatória, tal ponto resta evidenciado.

Velloso<sup>127</sup> apregoa o seguinte:

Como es fácil de comprender, estas posturas se explican sólo si forman la glosa de un sistema inquisitivo. Pero resltan por completo inexplicables em un processo de corte acusatorio puro. De ahí que crea que nada empece a aplicar literalmente los principios de regulan la carga confirmatoria en proceso penal donde el Fiscal – parte acusadora – actúa como representante de la sociedad toda, com obrio interés jurídico em erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica com la del imputado.

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la pretensión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmation que hacen al cargo do imputado

O erro em que incorre Velloso é evidente: pressupõe que, sempre que o juiz propõe meios de prova, e aqui está a referir-se especificamente ao processo penal, pretende auxiliar o órgão de acusação e prejudicar o acusado. Ora, não é assim. O juiz quer conhecer os fatos e proferir decisão justa, desimportando se esta beneficiará a acusação ou a defesa. Olvida o doutrinador que a prova produzida de ofício pelo julgador pode, justamente, se contrapor à prova proposta pelo órgão de acusação, criando o estado de dúvida que beneficia o acusado, tal como ocorreu no exemplo narrado alhures. O contrário também pode ocorrer. A prova produzida de ofício pode corroborar a tese de acusação. Isso não quer significar, de maneira alguma, que o juiz esteja a pender para ou auxiliar o acusador. Mas sim que deseja que os fatos se revelem da maneira mais próxima daquela efetivamente ocorrida, para que assim se possa proferir decisão justa, seja contrária ou favorável ao interesse de qualquer das partes.

Velloso<sup>128</sup>, agora se referindo aos processos civil e penal, conclui o seguinte:

127 VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo**. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant to Blanc, 2006, p. 245

128 VELLOSO, Adolfo Alvarado. **La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo**. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso Civil e Ideología*. Valencia: Tirant to Blanc, 2006, p. 246.

3) La *imparcialidad del julgador* es lo que asegura la *igualdad de los parciales*; por ende, la idea expresada debe ser entendida como la sumatoria de tres cualidades esenciales: *imparcialidad* (no ser parte procesal), *imparcialidad* (no estar interesado en el resultado del litigio) e *independencia* (de toda obediencia debida a las partes y de todo prejuicio respecto de ellas o del objeto litigioso).

4) La vigencia de la calidad refeida a la *imparcialidad del julgador* hace que él deba abstenerse de realizar de cualquier forma las tareas propias de las partes litigantes: *pretender afirmar hechos litigiosos, introducir nuevas cuestiones luego de trabada la litis y probar oficiosamente* los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbable no puede ser suplica por el conocimiento personal que el juez tenga des assunto a fallar

Mais uma vez parece evidente o equívoco em que incorre Velloso. Ao determinar a produção oficiosa de provas o juiz não pretende provar as alegações de uma das partes. Pretende conhecer os fatos! Pouco importa - e aí é que se vislumbra em sua inteireza, a imparcialidade – se tais fatos beneficiarão a parte demandante ou a demandada. Ao assim proceder, o juiz não age como parte, mas como quem quer bem decidir; age, portanto, como julgador. Ele não se coloca ao lado de um ou de outro. Ao determinar a produção de provas o juiz não abraça a tese do autor ou do réu. Atua no centro, em benefício de seu próprio conhecimento. Tal postura reaproxima-se da Análise Econômica do Direito, pois como dito alhures, a vertente normativa da referida teoria, propala que uma decisão judicial não deve ser obedecida porque legitimada por uma decisão política prévia, mas por ser justa<sup>129</sup>.

Ao aviso de Alberto Jorge C. de Barros Lima<sup>130</sup>,

Não causa estranheza, na interpretações apresentadas, a contradição de se pretender garantista e querer, ao mesmo tempo, transportar para nós, a-histórica e acriticamente, um sistema havido como antigarantista no processo penal, como o sistema norte-americano. Não é, pois, possível prescindir da figura do juiz como produtor de provas, máxime porquanto o faz perante as partes e dentro da dialética processual que não pode mais ser confundida com o sistema inquisitorial, muito usado como argumento retórico da doutrina atual.

O magistrado não pode ser mero expectador inerte da batalha judicial, devendo assumir, também no campo probante, uma posição ativa. Elementos essenciais da sentença, como as circunstâncias judiciais na aplicação da pena e a fixação de uma quantia mínima referente ao dano, quando da condenação, são de sua responsabilidade e não podem ser deixadas ao exclusivo alvedrio das partes. O juiz é sim um agente com responsabilidade social e responsável pelas transformações ocorridas na sociedade humana. Sua sentença deve levar, o quanto isso for possível, uma resposta justa para o conflito entre as partes. Pretendê-lo inerte é deixá-lo a sorte da parcialidade da acusação e da defesa, é deixar seu *decisum* enfraquecido pela inabilidade de quem não sabe, como ele, o que se faz necessário conter, é, enfim, deixar a pessoa sem o direito devidamente reclamado, especialmente na seara penal, onde em jogo está a liberdade do ser humano.

<sup>129</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 2.

<sup>130</sup> BARROS LIMA, Alberto Jorge C. de. A vítima no Processo Penal e o Protagonismo do Juiz Criminal. In: FEITOZA, Enoque, FREITAS, Lorena, SILVA, Artur, CATÃO, Adrualdo e RABENHORST, Eduardo (Orgs.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife, v. 2., 2012, pp. 181-196.

Quando o juiz atua, oficiosamente, em matéria probatória, pretende conhecer, tanto quanto possível, os fatos, para que possa dar uma decisão justa, o que de modo algum significa que atua para prover os pedidos dessa ou daquela parte, vez que a prova produzida pode justamente prejudicar ou beneficiar qualquer dos litigantes. Portanto, não há comprometimento da imparcialidade do julgador, por assim agir.

É proveitoso ilustrar com um exemplo, para garantir a compreensão daquilo que se deseja esclarecer. Muitas vezes, ao atuar em Comarcas do interior de um Estado pobre como Alagoas, o juiz se depara com pedidos de tutela de urgência que visam reparar situações de grave ameaça aos direitos fundamentais das partes. Exemplo disso são ações cautelares de separação de corpos em que a petição inicial narra inúmeras sevícias suportadas por uma mulher e levadas a efeito por seu marido ou companheiro. Em contraste com a narrativa factual da exordial, há a total ausência de provas documentais dos fatos descritos. E também, a incoerência qualquer pedido de justificação daqueles fatos.

Diante de um tal quadro, o juiz pode tomar duas atitudes: adotando uma postura garantista, indeferir a medida de urgência suplicada por falta de *fumus boni iuris*. Ou, de ofício, designar audiência para justificação prévia do alegado. No primeiro caso, agiria indiferente ao destino da parte autora, que poderia realmente estar passando por situação de perigo, mas processualmente uma representação descuidada (muitas vezes patrocinada por advogados contratados por Municípios para prestar assistência judiciária aos mais necessitados) colocaria a falir o pedido de tutela de urgência. No segundo caso, demonstraria preocupação com a situação narrada na peça póstica, mas sem assumi-la como veraz: tanto que designaria audiência para ver se haveria sustento probatório aparente das alegações, se é que elas seriam verdadeiras. A realização da audiência de justificação prévia de modo algum quer dizer que o juiz deferirá a medida de urgência, mas apenas que se preocupa, não está indiferente a uma suscitação grave que lhe é dada a conhecer. A audiência de justificação pode ser totalmente insipiente quanto à prova do alegado, para fins de cognição não exauriente própria das liminares e assim, ser o pedido de medida de urgência indeferido.

Ao tomar a iniciativa probatória, o juiz não está a selar um compromisso com qualquer das partes. Está a demonstrar um mínimo de sensibilidade com o drama social que se vale do processo para dar-se a conhecer ao Estado.

Da mesma maneira ocorre no processo penal. Observe-se o exemplo de uma acusação de estupro de incapaz. A vítima era um garotinho de onze anos de idade. Seu depoimento narrava um estupro na forma consumada. Nada obstante, ele estava extremamente humilhado

e envergonhado em razão dos constrangimentos a que fora submetido e por isso, não narrava o desenrolar dos fatos, de forma que seu depoimento foi tomado através da formulação de perguntas, respondidas com afirmações e negações monossilábicas. Ao cabo de sua oitiva, o Ministério Público estava satisfeito, tanto que requereu a dispensa das oitivas das demais testemunhas. A palavra da vítima, de fato, era assertiva e direta. E a jurisprudência dos Tribunais Superiores é tranquila ao considerar a palavra da vítima como prova importante, às vezes decisiva, nos crimes contra a liberdade e a dignidade sexual, apta a lastrear, por si só, o edito condenatório. Contudo, a vítima estava de tal modo envergonhada que, por mera cautela, foi determinada, pela juíza, de ofício, a oitiva de uma testemunha dispensada pela Promotoria. E eis que esta testemunha narra que viu, realmente, estupro, porém na forma tentada. O réu, em seu interrogatório, disse estar embriagado no momento da agressão, não se recordando dos fatos.

Conclusão: a prova produzida por iniciativa judicial trouxe dúvidas quanto ao depoimento da vítima, as quais beneficiaram o acusado quanto à consumação do crime. Neste caso, a denúncia foi apenas parcialmente procedente, pois o réu foi condenado por tentativa de estupro, a lhe render vultosa diminuição de pena. Portanto, se a palavra da vítima fosse a única prova a ser apreciada, forçosamente conduziria à condenação por estupro de incapaz na forma consumada.

Daí a demonstração em exemplo do que se disse alhures: a iniciativa probatória não significa que o juiz atuará em favor de qualquer das partes, senão que deseja se assenhorear dos fatos, tanto quanto possível, tal como aconteceram. A reprodução processual dos fatos ocorridos no mundo fenomênico é condição sem a qual para uma decisão justa.

E não se negue que a ideia de justiça é desprovida de contornos precisos, mas se recorde que, em seu núcleo, pode ser facilmente identificada.

Confluindo com o pensamento aqui exposto, Ada Pellegrini Grinover<sup>131</sup> esclarece:

h) O direito processual é regido por princípios publicistas e tem fins que se confundem com os objetivos do Estado, na medida em que a jurisdição é uma das suas funções. Os objetivos da jurisdição e do processo não se colocam com vistas às partes e a seus interesses, mas em função do Estado e de seus objetivos.

Pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social;

i) Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. No processo publicista, o papel do juiz é necessariamente ativo. Deve ele estimular o

---

131 GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999.

contraditório, para que se torne efetivo e concreto; deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par condicio. E deve ter iniciativa probatória, não podendo limitar-se a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário;

j) Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza chegará;

k) Nada disso é garantido pelo *adversarial system*, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade. Além do mais, a omissão da parte na instrução do feito é freqüentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos e culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz representa instrumento valioso para atingir a igualdade real;[...]

Portanto, afirma-se que a iniciativa probatória, por parte do juiz, não compromete de forma alguma sua imparcialidade, mas dota-lhe de instrumental adequado para concretizar uma prestação jurisdicional equânime, efetiva, comprometida com os anseios por uma ordem jurídica justa. É o que já assinalava Carnelutti, aqui citado por Halis<sup>132</sup>, quando dizia que ninguém deve se deixar seduzir pelo mito do legislador. O juiz é verdadeiramente a figura central do direito, e o fato de que, em tempos atrás, a figura do legislador haja sobrepujado a do juiz é um de nossos mais graves erros. É o juiz, não o legislador, quem tem ante si o homem vivo, enquanto “*el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta*”.

De outro lado, o garantismo antagoniza o poder e o saber do juiz. Discorrendo sobre a verdade processual, Ferrajoli<sup>133</sup> sintetiza seu pensar da maneira seguinte:

De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal – como ademais toda atividade judicial – é um 'saber-poder', quer dizer, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder, tanto menor será o saber, e vice-versa.

A asserção da inversa proporcionalidade de saber e poder, traçada por Ferrajoli e transcrita alhures, está a merecer alguma reflexão. Indaga-se inicialmente de onde surgiu tal indigitada equação (o poder é inversamente proporcional ao saber). Não se lhe retire alguma logicidade, pois é possível imaginar que os que detêm maior poder usem dele em detrimento do saber. Mas é possível afirmar que isso acontece sempre, invariavelmente? Parece que a resposta negativa é impositiva. Não há nada que retire a possibilidade de saber e poder caminharem emparelhados, num crescente. Com efeito, é igualmente lógico que quanto mais se saiba, mais se possa. Assim, se o julgador é servido de um modelo processual que lhe permite desvendar, da forma mais próxima possível, como os fatos realmente se passaram, tanto maior será o seu saber.

<sup>132</sup> CARNELUTTI, Francesco, *apud* HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010, p. 39.

<sup>133</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

Parece forçosa a conclusão de que o paradoxo poder/saber, aludido pelos garantistas, é uma relação possível; jamais necessária.

Contudo, é preciso alvitrar e realçar certos cuidados. Embora o ativismo judicial não possa ser identificado com uma prática afeta a regimes totalitaristas, tanto que a vertente pragmatista da Análise Econômica do Direito finda por advogar em favor daquele em sua abordagem normativa, é certo que deve ficar reservado para os *hard cases*, ou para hipóteses em que os resultados de uma decisão segundo o sistema normativo vigente são imprevistos ou evidentemente contrários aos mais elementares preceitos de justiça.

### 3.5 Direito de resistência nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Difícil encontrar algo que afirme mais a prevalência do indivíduo frente ao Estado que a concepção do direito de resistência, quando o primeiro pode renegar o segundo, praticando a desobediência das leis. O direito de resistência é um ponto culminante do ideário liberal, podendo causar alguma perplexidade, ante o vislumbre das consequências que poderia provocar.

O direito de resistência, naturalmente, mereceu a atenção de Ferrajoli. Na quinta e última parte de sua principal obra, “Direito e razão”, ele se dedica à criação de uma teoria geral do garantismo, e traça considerações sobre a indagação “por que cumprir as leis?”<sup>134</sup>. Mais uma vez retorna às dicotomias entre direito e moral, revolvendo a autonomia da pessoa frente ao Estado na tradição grega, representada pela figura de Antígona ou ao contrário, o dever moral de obediência na figura de Sócrates, que aceita a morte injusta, embora Ferrajoli veja nesta sujeição à morte mais uma crítica à injustiça que uma apologia à obediência. A morte de Sócrates também é compreendida como alternativa à vida sem liberdade, sendo de pontuar que a liberdade, entre os gregos, era a participação política na polis.

A mesma problemática é enfrentada por Bobbio<sup>135</sup> mas sob o viés da investigação acerca do exercício do poder e, em subjacência, de como defender-se do poder. Bobbio parece dar ao direito de resistência a conotação de verdadeira liberdade, qual seja, a liberdade de agir-se de acordo com o que se acha certo, de acordo com a própria consciência.

Ao final, Ferrajoli<sup>136</sup> conclui que, para a sua teoria, os cidadãos não tem obrigação política de obedecer às leis, mas sim, obrigação jurídica de assim proceder. Admite que identifica mais uma aporia moral aparente do garantismo, e esclarece que

---

134 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 847.

135 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2004, p. 61.

136 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 847.

[...]Este livro, por exemplo, exprime uma adesão moral e política ao Estado de direito; mas a razão desta adesão está precisamente no fato de que tal modelo não exige nenhuma adesão, tampouco ideal máxima, mas antes exige a não adesão a desobediência civil quando o funcionamento efetivo do ordenamento venha a conflitar com os valores morais e políticos tidos por fundamentais.

As encimadas notas iniciais permitem uma análise mais aprofundada no julgado do Tribunal de Justiça de Alagoas, no *habeas corpus* nº 2009.002589-6<sup>137</sup>. A impetração alegou que o paciente foi condenado pelo juiz singular. Quando da condenação, a juíza tida como coatora decretou a prisão do paciente, que vinha respondendo ao processo em liberdade e comparecendo a todos os atos processuais, além de informar endereço atualizado. A prisão, portanto, seria infundada.

O relatório diz que, instada a prestar informações, a autoridade apontada como coatora descreveu a tramitação processual mas não declinou os motivos pelos quais decretou a prisão do paciente.

Porém, ao transcrever a decisão concessiva da liminar, o Tribunal faz referência à motivação contida no decreto prisional. Ali, a magistrada apontada como coatora teria se posicionado da seguinte forma:

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível possui natureza cautelar e, por tal, somente pode ser decretada se presentes um dos motivos que justificam a prisão preventiva. No caso dos autos, é de se recordar que o acusado já fugira uma vez, ao ter sua prisão preventiva decretada no início da persecução criminal. Justificou sua defesa, ao pleitear a revogação, que o acusado assim o fez para não se submeter a uma prisão que julgou “injusta”.

Agora, com a prolação da sentença condenatória, há o concreto receio de que o acusado volte a se evadir do distrito da culpa, pois novamente se verá na iminência de ser preso após o trânsito em julgado da sentença.

O relatório também transcreve a parte da decisão concessiva de liminar que entende infundada a decisão que decreta a prisão, “pois não foi demonstrada de maneira adequada a real necessidade da segregação no caso concreto, ou seja, o receio de que o paciente volte a se evadir do distrito da culpa”.

Ora, a decisão que decreta a prisão parece clara neste ponto: se o paciente fugiu quando lhe foi decretada a prisão preventiva, por achá-la “injusta”, é de presumir-se que fugiria novamente à vista de sua condenação, vez que iminente nova ordem prisional. É de alvitrar-se que a prisão cautelar decorrente de sentença condenatória já não existe em nosso ordenamento.

137 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Habeas Corpus*. Condenação pelo juiz singular. Réu que se encontrava solto. Ausência de fato posterior. Desnecessidade da determinação da prisão. Liminar deferida. Conhecimento do pedido e concessão da ordem impetrada em definitivo. Unanimidade. *Habeas corpus* nº 2009.002589-6. Impetrante Bruno Soriano Cardoso. Impetrado Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Capital. Paciente Pedro Rocha Cavalcanti Jucá. Relator Orlando Monteiro Cavalcanti Manso. Acórdão em *habeas corpus* n. 505452009.

Entretanto, na espécie, o que o a instância *a quo* sobrelevou foi a fuga. Mas o Tribunal entendeu de forma diversa, já que o réu vinha respondendo ao processo em liberdade e não consta nenhum acontecimento que retrate a necessidade da prisão. O Tribunal inclusive destaca que o réu não foi encontrado no endereço contido nos autos porque dali se mudara; deveria ter sido intimado no endereço informado por ocasião do interrogatório. Há dúvidas, para o Tribunal, se houve realmente fuga.

Impende esclarecer que o acusado tem obrigação legal de informar ao juízo processante qualquer mudança de endereço, sob pena de presumirem-se válidas as intimações ou citações feitas no endereço constante nos autos, tal sendo a redação do art. 367 do Código de Processo Penal.

Então veja-se: a autoridade apontada como coatora prende-se à fuga e, no voto do relator, privilegia-se sua conduta processual após a fuga, mas coloca-se em dúvida a existência desta. Há evidente escolha pela preservação do indivíduo no segundo caso e pela ordem pública, no primeiro.

Mas o ponto que ora interessa destacar é o do voto-vista. Nele, há remissão a um trecho da decisão da magistrada *a quo* que não foi transcrito no voto do relator. Ao decretar a prisão, a juíza teria feito as seguintes considerações:

[...] devidamente caracterizada a ameaça à aplicação da sanção penal ali imposta, em razão do comportamento anterior adotado por Pedro Rocha Jucá, o qual, repita-se, passou um ano e sete meses ausente dos autos, com prisão preventiva decretada e jamais cumprida pelas autoridades responsáveis.

O voto-vista destaca que o fuga do paciente ocorrera passados mais de dez anos da data em que o julgado estava a ser proferido.

Interessa anotar que o voto-vista não apenas coloca a salvo de dúvidas que o paciente efetivamente fugiu (“Pois bem, após a análise dos autos depreende-se, com certa facilidade, que realmente o paciente permaneceu foragido durante um extenso período de tempo”), como esclarece que só foi interrogado após sua apresentação espontânea, ocasião em que foi agraciado com a liberdade provisória, interrogado, tendo só aí fornecido seu novo endereço. Mas o sustentáculo da concessão da ordem, em que pese o reconhecimento da fuga, é a faticidade da inexistência de atos posteriores à apresentação do acusado que sequer sugeriram “a extrema necessidade de sua constrição cautelar como medida finalisticamente dirigida à garantia da aplicação da lei penal”.

O voto-vista, portanto, é mais fiel aos preceitos garantistas que o voto do relator. Neste, diz-se que a conduta processual do paciente não indica necessidade de prisão e não se pode afirmar que houve fuga. Naquele, diz-se que houve, sim, fuga, mas a conduta processual do

paciente após a sua apresentação espontânea ilide qualquer necessidade de segregação para salvaguarda da aplicação da lei penal.

Em arremate, conclui-se no voto-vista que

Ademais, ao manter-se em local incerto e ignorado durante certo tempo o paciente nada mais fez do que exercer, de forma legítima, o direito histórico de resistência e contestação que, nas palavras de Norberto Bobbio, “expressa-se através de um discurso crítico, num protesto beral, na enunciação de um solgan (SIC)”. Aliás, saliente-se que durante o tempo em que esteve foragido o paciente contestou a decisão que lhe decretou a prisão preventiva tendo requerido a liberdade provisória que, finalmente, lhe foi concedida.

De fato, a visão retratada no voto-vista sobre a prevalência do indivíduo frente ao Estado conflui com as ideias de Ferrajoli. Para ele, não existe obrigação moral ou política de quem quer que seja de obedecer às leis<sup>138</sup>, exceto os titulares dos poderes delegados para a aplicação das leis. Portanto, os juízes têm a obrigação moral e política de obedecer às leis, mesmo que internamente estas lhes pareçam injustas. Cabe-lhes checar se são válidas e em assim sendo, aplicá-las.

Já o cidadão tem obrigação moral de desobedecer civilmente às leis<sup>139</sup>, quando os mecanismos do Estado democrático não se mostram efetivos, ou quando o conflito com valores fundamentais for manifesto, como consequente rejeição ao formalismo ético e à concepção heteropoiética do Estado.

### 3.6 O garantismo em Alagoas e o garantismo no Brasil.

Eis o garantismo presente, em suas mais variiegadas nuances, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Mas será o trazimento de uma teoria criada sob as matizes de diverso ordenamento aplicável, em sua inteireza, ao direito brasileiro? Será que a constituição e o sistema processual, civil e penal, brasileiros, se assemelham a tal ponto ao italiano, de modo a permitir que aqui se empreguem os postulados garantistas sem necessários e talvez, desfigurantes temperamentos? Sobre essas questões tratará a próxima seção.

---

138 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 852.

139 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 856.

## 4 OS POSTULADOS GARANTISTAS E AS IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS CRIMINALIZADORAS EM ALAGOAS E NO BRASIL.

### 4.1 O “esquecimento” dos comandos constitucionais de índole criminalizadora.

Examinando o conteúdo de decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e mesmo do Supremo Tribunal Federal, não é difícil encontrar, naquelas de cunho criminal, alusões a princípios e garantias constitucionais que protegem direitos fundamentais do acusado, de forma a deter ou conter a atividade punitiva estatal em detrimento da preservação da ordem pública e para a salvaguarda das liberdades individuais.

Mais difícil é encontrar, em tais decisões, referências às imposições constitucionais criminalizadoras. Trata-se de normas de dignidade constitucional que relegam ao direito penal o trato de determinadas lesões a bens jurídicos constitucionalmente sobrelevados, bem como ao direito fundamental individual à segurança.

Igualmente, comandos de eficiência da ação penal são de tímida referência na atuação dos tribunais, quando do julgamento das lides penais.

Esta seção revisita conceitos doutrinários sobre normas constitucionais, questiona a recepção aparentemente acrítica da teoria do garantismo, no Brasil, e a seguir, com base em tais reflexões, indaga sobre a razão do aparente desequilíbrio que recomenda a pungente aplicação de princípios de limitação da atuação estatal na seara penal em contraposição às escassas e assistemáticas alusões às imposições criminalizadoras – diante da imperatividade da aplicação de princípios constitucionais por parte dos juízes (de todos os graus de jurisdição, ou ainda de tribunais superiores) e busca realçar a necessidade de revisão de tal postura, à vista da necessidade de conferir-se efetividade ao modelo cunhado pelo legislador constituinte.

### 4.2 Normas constitucionais: regras e princípios: a preocupação com o decisionismo.

Hodiernamente, é corrente a conceituação de norma como realidade apartada do texto. As normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Enquanto os dispositivos normativos são o objeto da interpretação as normas são seu resultado.<sup>140</sup> Não se trata de algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas, dependente de seu uso e interpretação<sup>141</sup>. Tampouco a interpretação se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado; é ela um ato de decisão que

140 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.30.

141 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.31.

constitui a significação e os sentidos de um texto<sup>142</sup>. Interpretar é construir a partir de algo, e por conseqüência, reconstruir<sup>143</sup>.

Há um grande esforço doutrinário para categorizar as normas como regras ou como princípios, havendo ainda quem crie uma terceira categoria, (como Humberto Ávila<sup>144</sup>, que menciona, a par das regras e dos princípios, os postulados normativos). Doutrinadores vêm elegendo critérios de diferenciação os mais diversos, tanto na doutrina nacional quanto internacional, na busca de uma marca ontológica que permita diferenciar, com segurança, o que é regra, o que é princípio. Dobrando-se sobre os estudos desenvolvidos pelos doutrinadores mais expressivos, Ávila<sup>145</sup> nota que entre princípios e regras, há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy). As distinções fortes ou fracas são também identificadas por Marcelo Neves<sup>146</sup>. Os critérios usualmente empregados para a distinção são o caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo “se, então”, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regras para o caso concreto. Tal critério seria impreciso, vez que essa distinção não fornece o que seria um primeiro passo, e ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra como o último passo, o que não é verdade, pois este é a própria decisão interpretativa.

Outro critério é o modo final de aplicação<sup>147</sup>, o qual se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo “tudo ou nada”, ao passo que os princípios são aplicados de modo “mais ou menos”. Há de considerar-se que há normas cujo conteúdo normativo preliminar estabelece limites objetivos, cujo descumprimento aparenta impor, de modo absoluto, a implementação da consequência. Essa obrigação, dita absoluta, não impede, todavia, que outras razões contrárias venham a se sobrepor em determinados casos<sup>148</sup>.

Ávila ainda alude a outros critérios, advertindo que a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, já que em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam a sua validade, e a solução para o conflito (concreto) depende da atribuição de peso maior a uma

---

142 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.31-32.

143 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.33.

144 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, passim.

145 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p. 39.

146 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais**. - São Paulo. WMF Martins Fontes, 2013, passim.

147 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.39.

148 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.45.

delas<sup>149</sup>. Assim, conclui, tanto nas regras quanto nos princípios há sopesamento de razões e de contrarrazões; o tipo de ponderação é que é diverso<sup>150</sup>.

A proposta conceitual de Ávila, de acordo com tais considerações, é a que segue:

a) Princípios: São normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>151</sup>.

b) Regras: São normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção dos fatos<sup>152</sup>.

Ao aviso de Marcelo Neves<sup>153</sup>, o caráter predominantemente finalístico dos princípios não implica num critério preciso para diferenciação de uma e outra espécie normativa. Para isso, seria necessário definir a corrente filosófica que dá suporte aos fins supostamente abarcados pelos princípios. Estes são, na verdade, resultantes de conquistas do Estado constitucional moderno. De outro lado, há princípios que não são finalísticos, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que há regras que são finalísticas.

A adoção de critérios para a categorização das normas constitucionais como regras ou como princípios importa, na medida em que fornece ao intérprete balizamentos mínimos de interpretação. Partindo da premissa de que determinada norma é regra ou princípio, o alcance a ser dado a seu comando poderia ser maior ou menor, mais ou menos preciso. Nada obstante, Marcelo Neves<sup>154</sup> defende que é insustentável a ilação de que princípios seriam mais imprecisos que regras, já que muitas destas são semanticamente imprecisas e muitos daqueles, semanticamente precisos. O critério quantitativo não pode ser tomado como decisivo, portanto.

Neves<sup>155</sup> adere ao critério distintivo proposto por Robert Alexy, esclarecendo que

---

149 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.45

150 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p. 56-59.

151 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p. 78-79.

152 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.78.

153 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules** – princípios e regras constitucionais. - São Paulo. WMF Martins Fontes, 2013, passim.

154 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules** – princípios e regras constitucionais. - São Paulo. WMF Martins Fontes, 2013, passim.

155 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules** – princípios e regras constitucionais. - São Paulo. WMF Martins Fontes, 2013, p.68.

Com base nesses pressupostos, Alexy chega à distinção entre regras e princípios que se apresenta como a que mais se coaduna, no resultado, com o presente trabalho: “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.” Nesse sentido, regras e princípios são apresentados como razões ou fundamentos para normas, sejam essas universais (gerais-abstratas) ou individuais (juízos concretos de *dever-ser*), só indiretamente razões ou fundamentos para ações.

Da análise de tudo o que foi dito até aqui, pode-se perceber o quão complexa e carente de critérios precisos é a questão da distinção entre princípios e regras, principalmente quando se pretende fazer uma distinção tida como forte, é dizer, quando se deseja extremar com linhas bem marcadas uma categoria da outra.

De fato, como ressaltado em outros momentos deste estudo, Ferrajoli é contrário à categorização das normas como regras e princípios<sup>156</sup>, o que, a seu sentir, contribui para o enfraquecimento dos comandos constitucionais. Todas as normas constitucionais, para Ferrajoli, são regras. Os princípios, de outro lado, significariam a internalização da moral pelo direito, rompendo a dicotomia tão cara ao garantismo, razão porque Ferrajoli é assumidamente refratário ao chamado neoconstitucionalismo.

Naturalmente, no atual cenário constitucionalista ocidental brasileiro e internacional, o acatamento da categorização normativa como regras e princípios parece grassar cada vez mais adeptos entre os juristas. Contudo, parece que o mais importante é que, ao aplicar determinada regra ou princípio, o intérprete esteja ciente de que lhe é defeso olvidar comandos normativos expressos em prol de um (imaginado?) princípio *a* ou *b*. O risco do decisionismo se exacerba – e nisso, há razão com Ferrajoli –, quando não há aplicação responsável das teorias dos princípios.

Já não é incomum deparar-se com decisões que, sob a alegativa de aplicar este ou aquele princípio, suprime completamente o conteúdo impositivo de determinada regra.

No HC 104.339, cujo relator é o Min. Gilmar Mendes, julgado em 10-5-2012, houve total supressão de uma regra, insculpida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, em prol do princípio de presunção de inocência. A regra em questão – art. 44 da Lei nº 11.343/2006 – veda a concessão de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória aos crimes de tráfico de drogas e tipos assemelhados, bem como aos crimes previstos junto aos arts. 34 a 37 daquela Lei. Na espécie, assim se decidiu:

(...) essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: Ferrajoli, Luigi, Streck, Lênio Luis, Trindade, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. – Porto Alegre : Livraria do Advogado. pp. 8-68, p. 17-19.

cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. (...) a segregação cautelar -- mesmo nos crimes atinentes ao tráfico ilícito de entorpecentes -- deve ser analisada tal quais as prisões decretadas nos casos dos demais delitos previstos no ordenamento jurídico, o que conduz à necessidade de serem apreciados os fundamentos da decisão que denegou a liberdade provisória ao ora paciente, no intuito de verificar se estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP que rege a matéria. (...) Ante o exposto, declaro, incidenter tantum, a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória imposta pelo art. 44 da Lei 11.343/2006.

Quanto ao teor deste julgado, voltar-se-á mais à frente. Por hora, cabe somente externar alguma preocupação. Afastar uma regra que goza de presunção de constitucionalidade com base na interpretação do alcance de um determinado princípio constitucional, é algo que deve ser feito com imensa cautela.

A indeterminação creditada aos princípios pode significar a burla a todo o sistema normativo. Ao aviso de Alexy<sup>157</sup>, os direitos fundamentais admitem restrições, que podem advir da própria constituição. De fato, disposições constitucionais há que resultam na mitigação de direitos fundamentais. Diante disso, há um portentoso ônus de justificação, sempre que se pretende suprimir uma regra com esteio em um princípio constitucional, sendo insatisfatória uma simples alusão ao princípio da presunção de inocência ou qualquer outro. A prática não prudente da aplicação de princípios constitucionais em detrimento de regras ou mesmo de outros princípios, constitucionais ou infraconstitucionais, foi alvo da análise desenvolvida por Marcelo Neves<sup>158</sup>, que alerta:

(...) a prática inconsistente rejeita as regras. Estas podem chegar a um ponto definitividade que torna manifesto o desvio. Os princípios, ao contrário, (...) podem ser mais facilmente articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídico a favor de interesses particularista que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização (...)

#### 4.2.1 Decisões antagônicas no Tribunal de Justiça de Alagoas

Quando o julgador não se desincumbe do ônus de justificar adequadamente a superação de uma regra infraconstitucional com esteio em um princípio constitucional, ou mesmo de uma norma constitucional em detrimento de outra, decisões antagônicas podem ter lugar, passando impressão de incoerência, falta de critérios objetivos para decisão, o que resulta na debilitação direta da credibilidade do Poder Judiciário.

---

157 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. - São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p.286

158 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules** – princípios e regras constitucionais. - São Paulo. WMF Martins Fontes, 2013, p. 190.

No *habeas corpus* nº 2010.001762-8159, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas analisou o pedido de concessão da ordem com esteio no excesso prazal. O paciente fora preso em 28 de dezembro de 2009. A denúncia, contudo, só foi oferecida em 03 de maio de 2010, ou cinco meses depois da prisão. O acórdão transcreve o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, o qual alude à grande quantidade de droga encontrada em poder do paciente e à razoabilidade no prazo para oferecimento da denúncia. O fundamento da decisão, além da impossibilidade de comprovação da inocência do paciente através do remédio, é que o oferecimento e o recebimento da denúncia afastam o excesso prazal. Denegou-se a ordem, sob o entendimento de que o oferecimento da denúncia sanaria o constrangimento ilegal. Veja-se trecho do fundamento:

Finalmente, quanto ao fundamento de excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, o mesmo resta prejudicado, posto que as informações dos Magistrados impetrados nos dão conta de que a denúncia já foi oferecida em 03.05.2010 e recebida em 05.05.2010.

Ora, se por algum motivo ocorreu demora a mesma já é fato pretérito.

Esta decisão excepciona a garantia constitucional do devido processo legal, em prol do direito à segurança pública e também, ao tratamento mais gravoso dispensado aos crimes ligados ao tráfico de entorpecentes. Mas isso não pode ser inferido de sua fundamentação, senão indiretamente. Em outras palavras, não há no acórdão ou no voto do relator qualquer alusão a tais normas constitucionais. Aliás, chama a atenção como sua fundamentação é sucinta. Diz-se apenas que a inocência do paciente não pode por hora ser certificada e que, se houve excesso de prazo, já não há mais. É no relatório que há descrição do crime. Daí a inferência de que a gravidade e a natureza do crime são sobrelevados em detrimento do direito individual ao devido processo legal, mas, como já assinalado, isso não é explorado diretamente na decisão.

O conteúdo desse *habeas corpus* nº 2010.001762-8 se choca frontalmente com o do *habeas corpus* nº 2009.001253-8160. Neste, deu-se a concessão da ordem por excesso de prazo (cem dias, desde a prisão, para o oferecimento da denúncia), sem alusão à periculosidade ou dados insubsumíveis à falseabilidade, embora se trate de prisão em flagrante por tráfico de

159 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Habeas corpus*. Alegação de excesso de prazo no oferecimento da denúncia e inocência do réu. Exigência de exame aprofundado de provas. Impossibilidade na via estreita do *writ*. Denúncia já oferecida e devidamente recebida. Conhecimento e denegação da ordem impetrada. Maioria de votos. *Habeas corpus* nº 2010.001762-8. Impetrante Neilton Santos Azevedo. Impetrado Juízes de Direito da 17ª Vara Criminal da Capital. Paciente Tiago José dos Santos. Relator Orlando Monteiro Cavalcante Manso. Acórdão em *habeas corpus* n. 504812010.

160 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processual penal. *Habeas corpus* visando o restabelecimento da liberdade do paciente. Suposta prática de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Prisão em flagrante delito. Caracterização do contrangimento ilegal experimentado pelo paciente. Encarceramento por mais de cem dias sem oferecimento de denúncia. Ausência de justificativa para a dilatação do prazo. Liminar deferida. Excesso de prazo configurado. Manifestação favorável do Ministério Público de segundo grau. Ordem concedida em definitivo. Maioria de votos. *Habeas corpus* nº 2009.001253-8. Impetrante Rômulo Santa Rosa Alves. Impetrado Juiz de Direito da 15ª Vara Criminal da Capital. Paciente Geraldo Andrade de Almeida. Relator Otávio Leão Praxedes. Acórdão em *habeas corpus* n. 504312009.

entorpecentes. No voto vista, contudo, alvitra-se a enorme quantidade de entorpecentes encontrada com o paciente (46kg de maconha e 3 kg de crack) e a superação do excesso de prazo pelo oferecimento da denúncia. Mas a ordem é concedida, tal com postulada.

Então, na segunda decisão, que é cronologicamente anterior à primeira, privilegia-se o direito individual ao devido processo legal em detrimento do direito social à segurança pública e ao tratamento mais rigoroso dispensado pela Constituição ao crime de tráfico de entorpecentes.

Qual a razão de proferirem-se decisões tão díspares, mesmo contrárias? Porque no primeiro caso os direitos sociais são protegidos e no segundo, os individuais? Nenhuma das decisões bem o explicita.

Aí a já aludida carência quanto à justificação da aplicação dos princípios constitucionais na exceção de normas infraconstitucionais e até mesmo constitucionais. Na esfera penal e processual penal, a discussão se intensifica, na medida em que, ao lado de princípios e regras protetivas de direitos individuais e limitadores da atividade estatal punitiva alocados na própria constituição, há comandos de cariz punitivista, os quais se põem ao lado da atividade repressora do estado e protegendo também direito individual fundamental, que é o direito à segurança, erigindo o Direito Penal ao patamar de instrumento de salvaguarda de direitos sociais e individuais, como a segurança. Trata-se das chamadas imposições constitucionais criminalizadoras.

#### 4.3 Imposições constitucionais criminalizadoras nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Nenhuma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas alude às imposições constitucionais criminalizadoras explicitamente e como tais. A Constituição da República de 1988, justamente no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, contém diversos comandos que podem ser caracterizados como imposições constitucionais criminalizadoras.

Ao aviso de Alberto Jorge Correia de Barros Lima,

Os mandamentos constitucionais criminalizadores (...) traduzem comandos de uma Constituição que, exaltando determinados valores e apostando nas possibilidades que tem o Estado de transformação social, apontam o Direito Penal como um dos instrumentos possíveis de proteção daqueles, uma ferramenta na longa tarefa de alcançar a transformação pretendida.<sup>161</sup>

A Constituição da República, no Título destinado aos Direitos e Garantias fundamentais, albergou em seu texto comandos restritivos e limitadores da atividade punitiva do Estado,

---

<sup>161</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**. A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo. Saraiva, 2012, p.141.

estabelecendo limites internos e externos a esta última. Mas, em paralelo, estabeleceu determinações de incremento, de propulsão, de intensificação desta mesma atividade punitiva. É como se o legislador constituinte originário dissesse que, dentro das fronteiras traçadas pelas normas limitadoras, o Estado deveria agir com rigor. Tal impressão é confirmada por Baratta<sup>162</sup>, quando alvitra que o Estado Democrático de Direito tem como diretriz a proteção integral dos direitos. Assim, não é errônea a conclusão de que a Constituição credita ao Direito Penal o caráter de instrumento de otimização do direito fundamental individual à segurança e do social à segurança pública e por ser assim, contém comandos nitidamente punitivistas.

A Constituição da República, ao emitir imperativos de recrudescimento do Direito Penal, estabelece mandamentos criminalizadores de duas ordens:

Os mandamentos constitucionais criminalizadores são, tivemos a oportunidade de assinalar, uma imposição constitucional de conteúdo que tanto restringe os processos e descriminalização como determina criminalizações e/ou recrudescem o tratamento penal.<sup>163</sup>

O mais aberto mandamento constitucional criminalizador é aquele alojado no art. o art. 5º, XLI, da Constituição da República, do qual cabe uma transcrição literal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. É dizer: segundo o sistema constitucional posto, há condutas que devem, necessariamente, ser tipificadas como crimes. No dizer de tal mandamento de criminalização, o legislador infraconstitucional tem por dever criminalizar as condutas atentatórias aos bens jurídicos mais caros à conformação da dignidade da pessoa humana. Por consectário, parece lógica a sequente conclusão de que o intérprete do Direito não pode permitir qualquer análise que culmine na não responsabilização criminal de condutas atentatórias aos direitos fundamentais. Aliás, como anota Barros Lima,

No Brasil, a Constituição, densificando determinados bens jurídicos, considerados, axiologicamente, os mais relevantes, impede, em um primeiro momento, que o legislador, instituindo leis descriminalizadoras (*abollitio criminis*), retire deles, quanto às ofensas mais significativas, a proteção penal. A tal imposição chamaremos de imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo<sup>164</sup>

Imperioso reconhecer que, se de um lado, o legislador constituinte limitou a atividade punitiva, também de outro limitou qualquer iniciativa abolicionista, no que concerne à

<sup>162</sup> BARATTA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución:** Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 2, 1999, p. 110

<sup>163</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional.** A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo. Saraiva, 2012, p.142.

<sup>164</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional.** A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo. Saraiva, 2012, p.142.

retirada da natureza criminosa de atos atentatórios aos bens jurídicos erigidos ao patamar de direitos e liberdades fundamentais. Condutas assim consideradas não de ser tipificadas e julgadas como crimes, e seus praticantes, punidos como criminosos. Assim, ao apreciar julgados em que se analisem graves ataques aos direitos e liberdades individuais, o jurista deve atentar para o fato de que o legislador constituinte teve a preocupação de exigir sua punição em seara penal. A análise destes casos, portanto, deve necessariamente se guiar pelo comando constitucional que determina a responsabilização penal de seus autores. Não por outra razão, Streck<sup>165</sup> alerta contra a proliferação da afirmação de que o constituinte de 1988 albergou a tese da intervenção mínima do direito penal. Ao contrário, ao positivizar comandos criminalizadores, a Carta de 1988 provocou uma drástica mudança no trato dos bens jurídico-penais, proibindo, inclusive, a concessão de favores legais aos crimes e criminosos inseridos nas previsões constitucionais criminalizantes.

Há uma segunda ordem de normas constitucionais criminalizadoras, que são as que conferem tratamento penal mais rigoroso no trato de determinados crimes. Barros Lima<sup>166</sup>, num esforço em prol da sistematização das normas constitucionais de cunho punitivo, faz-lhes menção no trecho que a seguir se transcreve:

Em um segundo instante, a Constituição, traçando uma série de ordenações criminalizadoras, determina, expressamente, a proteção penal para alguns comportamentos lesivos a esses bens ou estabelece tratamento mais gravoso para crimes já existentes. Tal imposição, chamada de cláusulas constitucionais de criminalização, denominaremos imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo.

Enquanto em um momento o legislador constituinte originário impediu o legislador e o intérprete de se despojar do Direito Penal do trato de questões alusivas à malfeição de direitos e liberdades individuais, em outro, ordenou-lhes que dispensasse tratamento penal mais severo em relação a determinados crimes. A tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, v.g., devem ser tratados com rigor maior que os demais.

Interessa anotar que a disposição contida no art. 5º, XLI, da Constituição da República, (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades

<sup>165</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**. O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em 13.04.2014.

<sup>166</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**. A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo. Saraiva, 2012, p.142.

fundamentais”), segundo as definições colhidas na obra de Ávila, transcritas alhures, se amolda harmoniosamente ao conceito de princípio. Outras prescrições constitucionais de caráter impositivo criminalizador parecem ter natureza jurídica de regras, a exemplo do art. 5º, XLII, o qual determina que a prática de racismo será criminalizada, e o crime de racismo será inafiançável e imprescritível, além de ser punido com reclusão. Também o art. 5º, XLIII (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”) tem, ao que tudo indica, natureza jurídica de regra, e como tal deve ser aplicada na conformidade de uma avaliação de correspondência (por exemplo, onde um crime hediondo, aí a inafiançabilidade).

Portanto, os mandamentos constitucionais em destaque, mais ainda quando adotantes do cariz normativo de regras, devem ser observados de forma devotada pelo intérprete.

No *habeas corpus* nº 2010.006762-3<sup>167</sup>, quadragésima sexta decisão analisada nesta pesquisa, o Tribunal de Justiça de Alagoas aplicou o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, o qual decorre do art. 5º, XLIII da Constituição da República.

Tratou-se de crime de associação para o tráfico de drogas. A impetração alegou excesso de prazo, bem como falta de fundamento da decisão constritiva. A prisão em flagrante ocorrera em 30/07/2010, quando, ao atender a denúncia anônima, guarnição da Polícia Militar encontrou na residência onde estava o acusado e mais três indivíduos, 2,042 kg de pasta de cocaína, 61,2g de *crack*, 103g de cocaína, uma balança de precisão, um rifle calibre 357, uma caderneta de anotações e a quantia de R\$ 1.033,00 (um mil e trinta e três

---

167 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processual penal. *Habeas corpus* liberatório. Associação para o tráfico de drogas. Alegação de excesso de prazo. Não configuração. Liberdade provisória. Inadmissibilidade. Vedação legal. Norma especial. Lei 11.343/2006. Presença dos pressupostos da prisão preventiva. Fundamentação idônea. Conhecimento e denegação da ordem. I – A concessão de Habeas Corpus em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; resulte da inércia do próprio aparato judicial; ou implique em ofensa ao princípio da razoabilidade. II – Na hipótese, os autos evidenciam que a persecução penal regularmente instaurada vem se desenvolvendo em ritmo compatível com a sua natureza, tendo em vista a complexidade do feito, que envolve quatro réus com advogados distintos. III – A concessão do instituto da liberdade provisória é incompatível aos autores dos crimes de tráfico de drogas, em razão de expressa vedação legal estabelecida na Lei 11.343/06. IV - Ainda que houvesse permissão para a concessão da liberdade provisória em relação ao delito de associação para o tráfico, o decreto de prisão preventiva expõe fundamentação idônea a demonstrar a concreta necessidade de acautelamento, com supedâneo na garantia da ordem pública. V – A demonstração de condições pessoais favoráveis (residência fixa, ocupação lícita e bons antecedentes) não vinculam a liberdade do réu, quando a sua segregação for recomendada por outros elementos. VI – Ordem conhecida e denegada. *Habeas corpus* nº 2010.006762-3. Impetrante Manoel Leite dos Passos Neto. Impetrado Juíz de Direito da 15ª Vara Criminal da Capital. Paciente Jandilson João dos Santos. Relator Sebastião Costa Filho. Acórdão em *habeas corpus* n. 301072011.

reais). Foi dada vista ao Ministério Público em 30/08/2010. Recebeu-se a denúncia em 14/09/2010.

Ao prestar as informações, a autoridade apontada como coatora descreveu a tramitação do feito e classificou-a como regular. A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Em seu voto, o relator destacou que o feito seguiu curso regular, e a dilação do prazo para formação da culpa mostrou-se necessária, à vista da complexidade do feito, que envolveu quatro réus, patrocinados por advogados distintos, e mais de uma imputação.

Após, aludiu ao conteúdo do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, mas acrescentou que, no caso concreto, entende presentes todos os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva.

Portanto, neste julgado, ainda que de maneira indireta, aplicou-se o comando criminalizador contido na Constituição, junto ao art. 5º, inc. XLIII.

Anote-se que a jurisprudência tomada em ambiência nacional demonstra, ao contrário<sup>168</sup>, uma superfetação da proteção aos direitos e garantias individuais, em detrimento do direito social à segurança pública, assim como do direito individual à segurança pessoal, de forma a sobrepujar os comandos constitucionais imperativos de criminalização, nomeadamente os ditos de conteúdo prescritivo.

Essa tendência de aplicação parcial das normas constitucionais, com intensa alusão a regras e princípios limitadores da atividade punitiva estatal em detrimento das liberdades individuais, emparelhada ao silêncio acerca dos comandos constitucionais criminalizadores, foi catapultada pelo garantismo.

#### 4.4 Garantismo e imposições constitucionais criminalizadoras.

Causa impressão a maneira acrítica pela qual os doutrinadores brasileiros receberam o garantismo, ignorando, na interpretação de seus postulados, as imposições constitucionais

---

168 Confira-se os julgados HC 101.758, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 16-10-2012, Primeira Turma, DJE de 8-11-2012; HC 105.915, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 5-6-2012, Primeira Turma, DJE de 23-8-2012; HC 109.528, rel. min. Rosa Weber, julgamento em 5-6-2012, Primeira Turma, DJE de 7-8-2012; HC 106.963, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 27-9-2011, Segunda Turma, DJE de 11-10-2011; HC 100.185, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010; HC 101.055, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 3-11-2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009; HC 100.742, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2009, Segunda Turma, DJE de 1º-9-2011. Em sentido contrário: HC 97.059, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 19-6-2009; HC 95.539, rel. min. Eros Grau, julgamento em 25-11-2008, Segunda Turma, DJE de 24-4-2009; HC 92.495, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 27-5-2008, Segunda Turma, DJE de 13-6-2008; HC 93.940, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-5-2008, Primeira Turma, DJE de 6-6-2008. Vide: HC 99.717, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 25-11-2010; HC 101.719, rel. min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, DJE de 7-5-2010.

criminalizadoras que peculiarizam a Constituição Federal de 1988. Diversas obras doutrinárias e citações jurisprudenciais remetem ao ideário garantista, algumas vezes de maneira a revelar o desconhecimento dos remetentes em relação ao que realmente apregoa o garantismo.

O garantismo não é a interpretação das normas infraconstitucionais de acordo com as constitucionais, simplesmente. Não é uma vertente do neoconstitucionalismo (inclusive, como se viu, Ferrajoli é um crítico do que normalmente se denomina “neoconstitucionalismo”<sup>169</sup>, ao rejeitar enfaticamente a internalização da moral pelo direito e o desdobramento das normas constitucionais em regras e princípios). É, antes e acima de tudo, um sistema de maximização de liberdades individuais em detrimento do poder estatal.

O garantismo parece ser nada mais que uma nova roupagem do liberalismo clássico, de cunho marcada e notadamente formalista e positivista na forma mais exegética, que, antagonicamente, o neoconstitucionalismo buscou e busca superar.

O formalismo somado ao positivismo estrito, hermético, proposto por Ferrajoli, fica bem aparente na análise da primeira parte de sua obra mais importante, “Direito e Razão”. Ali, o jurista italiano afirma que “o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei”<sup>170</sup>.

Ferrajoli se apressa em desfazer a impressão puramente formalista e positivista a que seu sistema garantista pode induzir, para dizer que ele admite temperamentos de índole axiológica sob determinadas circunstâncias fáticas. Não é ele – o sistema garantista – absolutamente incompatível com a presença de momentos valorativos, se e somente se estes estiverem voltados à exclusão de responsabilidades dos réus ou à atenuação de penas<sup>171</sup>.

O perfil positivista e formalista do garantismo é imediatamente denunciado por seus críticos. Letizia Gianformaggio<sup>172</sup> aponta Ferrajoli como vinculado ao positivismo analítico italiano das décadas de 60 e 70, vez que é marcante em sua obra o esforço de separação entre direito e moral, entre ser e dever ser. Mas ao mesmo tempo, o caráter crítico que Ferrajoli

---

<sup>169</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: Ferrajoli, Luigi, Streck, Lénio Luis, Trindade, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** – Porto Alegre : Livraria do Advogado. pp. 8-68.

<sup>170</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

<sup>171</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p 43.

<sup>172</sup> GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (in cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli.* Torino: Giappichelli, 1993, p. 34.

propõe ao positivismo arrefece a própria feição positivista de sua teoria, aproximando-a do antipositivismo.

Ora, da leitura da passagem acima aludida, não é difícil distinguir que, no pensamento de Ferrajoli, há proposição de puro positivismo formalista quando se trate da atuação estatal, e antipositivismo, se tal for necessário para beneficiar a atenuação de responsabilidades e de penas.

Aí um antagonismo difícil de justificar, quando se tem em mente que Ferrajoli se propõe a criar um sistema.

Uma indagação metateórica – “relativa ao caráter epistemológico do papel pragmático conferido à teoria jurídica”<sup>173</sup> - há de ser levantada, pois o sistema traçado por Ferrajoli pretende dar influxo a considerações metajurídicas em benefício dos indivíduos, mas não em benefício do Estado. Assim, a pergunta é se, na experiência brasileira, em que a Constituição contém princípios punitivos e garantistas, só estes é que devem vigor, quando da interpretação das normas infraconstitucionais de acordo com os axiomas detentores de dignidade constitucional.

Do ponto de vista científico, como se pode justificar que normas constitucionais de igual dignidade e força normativa, todas elas localizadas, topograficamente, no art. 5º da Constituição da República, incidam com graus de intensidade diferentes conforme se destinem a um ou outro sujeito? Aí um novo antagonismo, pois para Ferrajoli, a ciência jurídica é, em si mesma, uma garantia<sup>174</sup>. Como ciência, deve se firmar em sólidas premissas minimamente lógicas, calcadas na verificabilidade de suas conclusões de acordo com os pressupostos para tanto adotados.

Assim, é de causar estranheza que um sistema advogue vivamente a aplicação da norma, apartada da moral e dos valores, de maneira a conferir pureza científica à sua atuação e, ao mesmo tempo, se valha da moral e dos valores para abrandar responsabilidades e penas – e apenas estas.

Aqui cabe remissão à observação de Guastini<sup>175</sup> acerca do pensamento de Ferrajoli. A ciência jurídica, ao modo de todas as outras, deve lançar mão de um discurso avalorativo em relação ao seu objeto de conhecimento. É defeso ao cientista, enquanto queira manter-se

173 TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. Disponível em [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98). Acesso em 28 de julho de 2013.

174 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp 785-832.

175 GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (in cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993, p. 62-63.

como tal, adotar uma postura diante de seu objeto de conhecimento; eleger um prisma através do qual irá observar seu destinatário. Ao defender o contrário, é dizer, que a ciência jurídica deve avaliar e criticar seu objeto de conhecimento, Ferrajoli, ao aviso de Guastini, culmina por enveredar por uma senda anticientífica. É bem verdade que este estudo tende a concordar apenas parcialmente com tal observação de Guastini, pois parece que o problema maior do garantismo, ainda mais quando trazido para o ordenamento brasileiro, é de (in)coerência, e não de absentismo.

Embora os juristas costumem desenvolver juízos de validade, não se há de confundir tais temperamentos com juízos de valor. A crítica interna do direito, proposta por Ferrajoli, é regularmente desenvolvida pelos aplicadores do Direito, mas ao fazê-lo, não se está a desenvolver atividade científica, senão política. Assim, o jurista não está – nem deve estar – impedido de criticar internamente o direito. Contudo, há de se distinguir discurso científico de discurso político. De outro lado, se pode criticar o Direito em favor de direitos e garantias individuais negativos, também pode e deve fazê-lo em obséquio de direitos sociais, como segurança pública e direitos individuais não estritamente demandantes de abstenções estatais, como o direito à segurança pessoal, permitindo a discussão acerca do alcance da atividade punitiva estatal.

Não é despiciendo lembrar que a doutrina de Ferrajoli é baseada nas peculiaridades da constituição italiana. Não há menção, em sua obra, de dispositivos constitucionais impositivos de criminalização naquela carta maior. Daí a necessidade de o jurista brasileiro redobrar os cuidados na aplicação irrefletida de uma teoria que foi construída à revelia das peculiaridades da Constituição da República de 1988 (já que fulcrada na caracteriologia do direito italiano) e que, em si, comporta grandes indagações quanto à sua fiabilidade, vez que assentada em premissas colidentes, que comportam diretrizes erráticas, onde ponderações axiológicas são permitidas ou proscritas conforme se esteja a favor ou contra a proteção de uma liberdade individual.

#### 4.5 Decisões do Supremo Tribunal Federal e alusões aos princípios limitadores da atividade punitiva estatal ou aos princípios propulsores da atividade punitiva estatal.

O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o modelo normativo brasileiro é garantista, por estabelecer um sistema protetivo de direitos e garantias individuais. A afirmação pode ser tida como verdadeira, vez que o próprio autor da teoria do garantismo,

Luigi Ferrajoli<sup>176</sup>, diz que o modelo garantista é um modelo limite, irrealizável, utópico, podendo-se falar apenas em graus de garantismo, conforme haja maior ou menor devoção aos seus postulados. A asserção foi feita nos seguintes termos<sup>177</sup>:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos judiciais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos judiciais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato judicial, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.

Ao que parece, contudo, a colocação da atividade judicial brasileira como “garantista”, pelo Supremo Tribunal Federal, não está a permitir as distinções propaladas na obra de Ferrajoli. É dizer, os julgados do Supremo Tribunal Federal, pelo menos de maneira expressa, não concedem ao intérprete a liberdade de lançar mão de juízos advindos da moral apenas em apanágio às liberdades e garantias individuais. Recente julgamento do Supremo Tribunal Federal faz verdadeiro alerta quanto a qualquer exagero garantista. Temperamentos garantistas, segundo tal recente julgamento, devem ser feitos de maneira parcimoniosa, de forma a evitar a subversão do sistema jurídico posto, ao custo de desfigurar-se o estrutural normativo penal, sob a condenável premissa de que toda restrição à liberdade ofende direitos fundamentais individuais. A prudência na recepção do ideário garantista fica expressa no julgamento do Recurso Extraordinário 453.000, de relatoria do Min. Marco Aurélio, com julgamento em 4-4-2013. O julgamento foi proferido pelo Plenário da Corte e divulgado no Informativo 700, com cláusula de repercussão geral.

Ali, discutia-se sobre a possibilidade de reconhecer condenações anteriores do indivíduo como causas de agravamento das penas (art. 61, I, do Código Penal Brasileiro). Argumentou a parte recorrente que a consideração da reincidência, para fins de

176 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp 786.

177 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 529.733, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-2006, Segunda Turma, DJ de 1º-12-2006.

recrudescimento da reprimenda penal, ofendia ao princípio constitucional que proíbe levar-se em consideração por mais de uma vez um determinado fato, em prejuízo do réu (princípio do *ne bis in idem*). A consideração da reincidência, para fins de agravamento e conseqüentemente, elevação da pena, ofenderia também o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, segundo a parte recorrente.

No corpo do julgado, o Supremo Tribunal Federal fez considerações valorativas em prol da atividade repressiva estatal, distanciando-se das determinações garantistas puristas. Ali foi considerado que a reincidência “comporia consagrado sistema de política criminal de combate a delinquência”.

O informativo de jurisprudência divulgou o julgamento da forma a seguir transcrita:

Considerou-se que a reincidência comporia consagrado sistema de política criminal de combate a delinquência e que eventual inconstitucionalidade do instituto alcançaria todas as normas acima declinadas. Asseverou-se que sua aplicação não significaria duplicidade, porquanto não alcançaria delito pretérito, mas novo ilícito, que ocorrera sem que ultrapassado o interregno do art. 64 do CP. Asseverou-se que o julgador deveria ter parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto. Nesse contexto, a reincidência significaria o cometimento de novo fato antijurídico, além do anterior. Reputou-se razoável o fator de discriminação, considerado o perfil do réu, merecedor de maior repreensão porque voltara a delinquir a despeito da condenação havida, que deveria ter sido tomada como advertência no que tange à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio. Explicou-se que os tipos penais preveriam limites mínimo e máximo de apenação, somente alijados se verificada causa de diminuição ou de aumento da reprimenda. A definição da pena adequada levaria em conta particularidades da situação, inclusive se o agente voltara a claudicar. Estaria respaldado, então, o instituto constitucional da individualização da pena, na medida em que se evitaria colocar o reincidente e o agente episódico no mesmo patamar. Frisou-se que a jurisprudência da Corte filiar-se-ia, predominantemente, à corrente doutrinária segundo a qual o instituto encontraria fundamento constitucional, porquanto atenderia ao princípio da individualização da pena. Assinalou-se que não se poderia, a partir da exacerbação do garantismo penal, dismantelar o sistema no ponto consagrador da cabível distinção, ao se tratar os desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição, denotaria razoável política normativa criminal. O min. Luiz Fux acresceu não se poder saber o motivo de o agente ter voltado a delinquir depois de punido – se isso decorreria de eventual falibilidade do sistema carcerário, da personalidade do indivíduo ou de outros fatores. Diferenciou reincidência de reiteração criminosa e sublinhou que nesta dar-se-ia ao acusado o denominado período de probation, para que refletisse sobre sua atitude e não voltasse a cometer o delito. O min. Gilmar Mendes aludiu a índices que indicariam que a reincidência decorreria da falência do modelo prisional, que não disporia de condições adequadas para a ressocialização. Colacionou medidas positivas para reverter o quadro, como formação profissional e educacional de condenados e indicou a importância do debate crítico acerca do modelo punitivo existente. Por fim, determinou-se aplicar, ao caso, o regime da repercussão geral reconhecida nos autos do RE 591.563/RS (DJE de 24-10-2008). Além disso, por maioria, permitiu-se que os ministros decidam monocraticamente casos idênticos.

Fazendo remissão ao art. 5º, inc. XLI, o Plenário, por maioria, julgou procedente ação direta 4.424, de relatoria do Min. Marco Aurélio, proposta pelo Procurador-Geral da

República, atribuindo interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I; 16 e 41, todos da Lei 11.340/2006. Na oportunidade, alvitrou-se a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher. Incursionando em dados estatísticos sobre a violência contra a mulher, e, portanto, lançando mão de argumentos metajurídicos, o Supremo Tribunal Federal aludiu expressamente à necessidade de dar azo à atividade repressora do Estado, à vista do dever de afastar práticas discriminatórias dos direitos e garantias fundamentais:

Preliminarmente, afastou-se alegação do Senado da República segundo a qual a ação direta seria imprópria, visto que a Constituição não versaria a natureza da ação penal -- se pública incondicionada ou pública subordinada à representação da vítima. Haveria, conforme sustentado, violência reflexa, uma vez que a disciplina do tema estaria em normas infraconstitucionais. O Colegiado explicitou que a Constituição seria dotada de princípios implícitos e explícitos, e que caberia à Suprema Corte definir se a previsão normativa a submeter crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, ensejaria tratamento igualitário, consideradas as lesões provocadas em geral, bem como a necessidade de representação. (...) No mérito, evidenciou-se que os dados estatísticos no tocante à violência doméstica seriam alarmantes, visto que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada. A respeito, o Min. Ricardo Lewandowski advertiu que o fato ocorreria, estatisticamente, por vício de vontade da parte dela. Apontou-se que o agente, por sua vez, passaria a reiterar seu comportamento ou a agir de forma mais agressiva. Afirmou-se que, sob o ponto de vista feminino, a ameaça e as agressões físicas surgiriam, na maioria dos casos, em ambiente doméstico. Seriam eventos decorrentes de dinâmicas privadas, o que aprofundaria o problema, já que acirraria a situação de invisibilidade social. Registrou-se a necessidade de intervenção estatal acerca do problema, baseada na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Reputou-se que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziar-se-ia, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessumiu-se que deixar a mulher -- autora da representação -- decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão. Entendeu-se não ser aplicável aos crimes glosados pela lei discutida o que disposto na Lei 9.099/1995, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. Acentuou-se, entretanto, permanecer a necessidade de representação para crimes dispostos em leis diversas da 9.099/1995, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual. Consignou-se que o Tribunal, ao julgar o HC 106.212/MS (DJE de 13-6-2011),

declarara, em processo subjetivo, a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, no que afastaria a aplicação da Lei dos Juizados Especiais relativamente aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista." (ADI 4.424, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-2-2012, Plenário, Informativo 654.)

Note-se que o julgado, contudo, não faz menção expressa à necessidade de repressão criminal das condutas atentatórias aos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica, ressaltando somente a necessidade de intervenção do Estado no afastamento de práticas atentatórias aos direitos fundamentais. Nada obstante, culmina por concluir, ainda que tacitamente, pela imprescindibilidade do encabeçamento das ações penais que versem sobre violência doméstica contra a mulher pelo Ministério Público, à vista dos vícios de vontade aos quais as ofendidas estão sujeitas.

O julgado é recente. Termina por reconhecer a necessidade de intervenção punitiva estatal diante de determinadas hipóteses, dando concretude ao comando constitucional contido no art. 5º, XLI, da Constituição da República.

Contudo, em julgados mais antigos, o Supremo Tribunal Federal, analisando a aplicabilidade do art. 5º, XLII, da Constituição ("a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), entendeu pela possibilidade de restringir-se o direito à liberdade de expressão em casos nos quais os escritos, edições, divulgações e comercialização de livros façam apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias<sup>178</sup>. No caso, o sujeito passivo do crime seria a comunidade judaica. Mas admitiu que crimes contra judeus poderiam ser atingidos pela causa de extinção de punibilidade denominada prescrição, ao entendimento de que, se os judeus não são uma raça (embora sejam uma etnia!), segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade.

Alguns anos mais tarde, o Supremo Tribunal Federal<sup>179</sup> entabulou que a Constituição da República não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do CPP (o artigo em referência determina que fique suspensa a prescrição quando o acusado, citado por edital, não constituir advogado ou não comparecer diante do juízo. A suspensão não tem prazo definido). A indeterminação do prazo da suspensão não constituiria,

178 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

179 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-2007, Primeira Turma, DJ de 30-3-2007.

no entender do STF, hipótese de imprescritibilidade, vez que não estaria obstada a retomada do curso da prescrição, mas apenas a condiciona a um evento futuro e incerto. Tal situação seria substancialmente diversa da imprescritibilidade. Foi dada interpretação segundo a qual, quando a CF enumera causas de imprescritibilidade no art. 5º, XLII e XLIV, não proíbe, em tese, que a legislação ordinária crie outras hipóteses.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de crescimento do espectro de afastamento da prescrição, mitigando a imobilização da atuação punitiva estatal pelo decurso do tempo. Trata-se de um posicionamento que conflui com o escopo estatal de punição de crimes como instrumento de promoção do direito social à segurança pública, bem como da proteção à segurança dos indivíduos. Orientação em sentido oposto foi adotada no julgamento do HC 80.949/180, também de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Ali se entendeu que a Constituição reservou a determinados crimes particular severidade repressiva (art. 5º, XLIII e XLIV), tratando-se de hipóteses taxativas, delas, não se podendo inferir exceções à garantia constitucional da vedação da prova ilícita, em função da gravidade do crime investigado. Veja-se que, no primeiro caso, as hipóteses de imprescritibilidade não precisariam estar adstritas às previstas na Constituição; no segundo, as imposições constitucionais criminalizadoras não teriam o condão de autorizar o que o próprio texto constitucional não fizera expressamente.

Percebe-se, portanto, que os julgados do Supremo Tribunal Federal aplicam as normas jacentes nas chamadas imposições constitucionais criminalizadoras apartados de sistematização. Qual o alcance dessas normas? Até onde elas autorizam o Estado a prosseguir em sua atividade persecutória? Os julgados do Supremo Tribunal Federal, na hipótese, mais confundem que elucidam.

A confusão fica explícita no julgamento, em plenário, do HC 104.339, cujo Relator foi o Min. Gilmar Mendes, quando se abraçou o entendimento de que a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, pelo art. 44 da Lei 11.343/2006, apelidada de Lei de Drogas, é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, “entre outros”. A Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais. No julgado, entendeu-se que a segregação cautelar, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes ou outros

previstos na Lei em comento, deve ser imposta segundo os mesmos pressupostos e fundamentos dos demais delitos previstos no ordenamento jurídico. Portanto, na hipótese não se reconheceu a possibilidade de o legislador infraconstitucional vedar a liberdade provisória sem fiança, tendo em conta que o legislador constitucional fê-lo quanto à liberdade provisória com fiança. Aqui fica sobejamente retratada a aplicação desarrazoada dos princípios garantistas, com limitações de normas constitucionais (presunção de inocência) sobre outras normas constitucionais (imposição criminalizadora contida no inciso XLIII do art. 5º da Constituição), sem que haja a explicitação de quaisquer critérios para que as primeiras se sobreponham às últimas.

O raciocínio seria lógico: se o constituinte originário vedou a liberdade provisória com fiança, certamente aí estaria incluída a liberdade provisória sem fiança, pois a primeira vedação conteria a segunda, já que a fiança é um dificultador da consecução da liberdade. Ora, se até esta está vedada, aquela (sem fiança), por logicidade comezinha, também estaria. Mas esta questão não é enfrentada pelo decisório em vértice. Sequer há o cuidado de distinguir quais princípios constitucionais estariam a coimar o art. 44 da Lei de Drogas, fazendo-se a preguiçosa remissão ao princípio constitucional da presunção de inocência, ao do devido processo legal, “entre outros”. Pior é constatar que a decisão encerrada no HC 104.339 se contrapõe à atingida no HC 93.940, cujo Relator foi o Min. Ricardo Lewandowski<sup>181</sup>. Ali se vislumbra o entendimento de que a vedação à concessão de liberdade provisória com fiança significa, por dedução lógica insuperável, a proibição da liberdade provisória com fiança. O dispositivo constitucional em análise é o mesmo que serviu do paradigma para o HC 104.339. Ocorre que no HC 93.940, a conclusão foi outra:

Homicídio duplamente qualificado. Crime hediondo. Liberdade provisória. Inadmissibilidade. Vedação constitucional. Delitos inafiançáveis. (...) Sentença de pronúncia adequadamente fundamentada. Eventual nulidade da prisão em flagrante superada. Precedentes do STF. A vedação à liberdade provisória para crimes hediondos e assemelhados que provém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (...). **Inconstitucional seria a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos com relação aos quais a Carta Magna veda a concessão de fiança.** Decisão monocrática que não apenas menciona a fuga do réu após a prática do homicídio, como também denega a liberdade provisória por tratar-se de crime hediondo. Pronúncia que constitui novo título para a segregação processual, superando eventual nulidade da prisão em flagrante. (Os grifos inexistem no original)

---

181 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93.940, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-5-2008, Primeira Turma, DJE de 6-6-2008.

#### 4.6 O dever de aplicar as imposições constitucionais criminalizadoras.

Ao aviso de Ávila, o Poder Judiciário não se deve ater ao exercício da função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. Não pode se apartar completamente, contudo, da realização de fins, preservação de valores, e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e valores<sup>182</sup>.

Assim, parece que os mandamentos constitucionais criminalizadores não se dirigem somente ao legislador, proibindo-o de deixar de lançar mão do Direito Penal na salvaguarda de determinados bens jurídicos, mas também ao juiz, ao aplicar a legislação penal, constitucional ou infraconstitucional.

Não é suficiente, entretanto, a remissão lacônica a dispositivos constitucionais. A aplicação assistemática, errática, mal fundamentada e irracional das normas constitucionais significa, na prática, a negação de vigência aos dispositivos da Constituição.

Não há, n'outra vertente, nenhuma justificativa racional para o fato de os postulados que tutelam os direitos e liberdades individuais sirvam como argumento de negação de vigência das imposições constitucionais criminalizadoras, visto que se trata de normas de idêntica dignidade constitucional e inclusive, contidas no mesmo ponto topográfico do texto da Constituição da República. Demais, estas últimas normas se prestam ao prestigioso papel de instrumentos de salvaguarda da segurança individual e coletiva dos jurisdicionados.

Parece necessária a adoção de maior cuidado, no que se refere à recepção do ideário garantista. Sua compreensão não pode ignorar as impropriedades lógicas de sua pretensão científica. Maior cuidado ainda deve haver na aplicação de postulados oriundos de tal teoria, sob pena de falhar-se ruinosamente na missão de zelar pela guarda da Constituição, para promover somente uma parte da Carta Maior, achanando outra.

A coerência na prolação de decisões é um imperativo da garantia constitucional da segurança jurídica, alvo da preocupação de juristas como Bentham, no já longínquo Séc. XIX<sup>183</sup>. O *venire contra factum proprium* é defeso também à Administração e ao

182 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p.35.

183 ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coord). **O projeto do novo código de processo civil: 2ª Série - estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador : Juspodivm, 2012, pp. 363-365.

Judiciário<sup>184</sup>, pois viola princípios como o da solidariedade, da legalidade, da moralidade. Quando denotado na praxe da mais alta Corte do país, causa ainda maior perplexidade.

---

184 ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coord). **O projeto do novo código de processo civil: 2ª Série - estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador : Juspodivm, 2012, pp. 365 – 366.

## 5 DEFESA DA SEGURANÇA PÚBLICA NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS.

5.1 Segurança pública como preservação ou restabelecimento da segurança individual e da ordem pública.

As sociedades e os grupos sociais impescindem de mecanismos de controle social, de maneira a garantir a inserção de seus membros em uma disciplina cotidiana que propicie aos indivíduos a livre fruição de uma existência digna. A tutela da paz social é instrumento de salvaguarda de direitos individuais, visto que os homens só podem viver dignamente com aparato mínimo que lhes garanta sua vida, sua incolumidade física e patrimonial, sua segurança pessoal.

O controle social, ao aviso de Molina,<sup>185</sup> pode ser exercido informal (família, opinião pública etc) ou formalmente (atividade judicante, administração penitenciária), sendo que a formalização do controle cumpre destacadas funções, ao selecionar, delimitar possibilidades de ação, distanciar autor e vítima, proteger os mais débeis, solucionar conflitos de forma pacífica e institucional.

O direito à segurança individual ou pessoal é, curiosamente, pouco mencionado pelos estudiosos do direito penal brasileiro<sup>186</sup>, mesmo sendo o Brasil um país com índices de violência alarmantes. Trata-se, com efeito, de um direito constitucional fundamental individual, previsto na Constituição da República no art. 5º, *caput*, e, ao aviso de Luciano Oliveira<sup>187</sup>, um dos direitos humanos mais elementares, previsto tanto das Declarações inaugurais da Revolução Francesa (a de 1789, alcunhada de “burguesa” e a de 1793, que traz menção a direitos sociais sobre os quais a primeira silenciava) quanto na Declaração da ONU de 1948.

Inclusive, o art. 8º da já aludida Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 devotou-se à descrição do direito à segurança pessoal, esclarecendo que “A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”. Embora sucinta, tal

<sup>185</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8ª. ed., rev., atual. e ampl. Col. Ciências Criminais vol. 5. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, pp. 126-127.

<sup>186</sup> OLIVEIRA, Luciano. Segurança: Um direito humano para ser levado a sério. In : Anuário de Cursos de Pós-Graduação em Direito, n.11. Recife, 2000, pp. 244/245.

<sup>187</sup> OLIVEIRA, Luciano. Segurança: Um direito humano para ser levado a sério. In : Anuário de Cursos de Pós-Graduação em Direito, n.11. Recife, 2000, pp. 244/245.

definição, em sua singeleza, parece bem conceituar o direito pessoal à segurança, que é o direito de conservação de sua própria pessoa, de seus patrimônios e direitos.

Comentando a ausência de menções ao direito humano à segurança pessoal, Luciano Oliveira<sup>188</sup> faz a seguinte reflexão:

Ou seja: por razões que são, reconhecemos, compreensíveis, a segurança pessoal como direito humano, quando aparece na literatura produzida pelos militantes, é sempre segurança pessoal de presos políticos, ou mesmo de presos comuns, violados na sua integridade física e moral pela ação de agentes estatais. Ora, com isso produz-se um curioso esquecimento: o de que o cidadão comum tem também direito à segurança, violada com crescente e preocupante frequência pelos criminosos.

O manejo do direito penal em favor da segurança individual e também da segurança pública talvez seja a modalidade mais agressiva de controle social, mas ainda é uma necessidade, pela sua pretensão de representar uma resposta racional, igualitária, previsível e controlável<sup>189</sup> ao crime para a proteção de – como dito acima – direito humano elementar de conservação da pessoa, de seus direitos e de seu patrimônio e também direito social à segurança pública. Como lembra Sánchez, os que pugnam pela não intervenção do direito penal deveriam demonstrar casuisticamente que outros controles informais poderiam substituí-lo, superando-o nos quesitos custo, produção de menos dor, estigmatização, otimização do respeito às garantias individuais, evitação da arbitrariedade e consecução de maior segurança jurídica.

O próprio Ferrajoli<sup>190</sup> adere declaradamente às doutrinas justificacionistas ou legitimadoras, assim chamadas por justificarem os custos do direito penal com objetivos, razões e funções irrenunciáveis, em detrimento às abolicionistas, muito embora confesse a assunção de uma perspectiva abolicionista, mais como princípio ou diretriz que como objetivo propriamente considerado.

Ao lado da defesa da segurança pessoal ou individual está a defesa da ordem pública. Esta é definida por José Afonso da Silva<sup>191</sup> como “uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.

<sup>188</sup> OLIVEIRA, Luciano. Segurança: Um direito humano para ser levado a sério. In : Anuário de Cursos de Pós-Graduação em Direito, n.11. Recife, 2000, pp. 244/245.

<sup>189</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8<sup>a</sup>. ed., rev., atual. e ampl. Col. Ciências Criminais vol. 5. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p. 130.

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 231-232.

<sup>191</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33<sup>a</sup> edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 777.

Parece, portanto, que a ordem social é um estado ideal de convívio social, escoimado da prática de crimes.

Como que pairando sobre a segurança pessoal de cada membro da sociedade e sobre a ideia de ordem social, está a segurança pública. Esta transcende a perspectiva individual, e diz com a convivência social ou a ambiência de trocas intersubjetivas consideradas em larguíssima escala: a do convívio social. José Afonso da Silva<sup>192</sup> conceitua segurança pública como

[...] uma situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

A própria Constituição da República, em seu art. 144, trata de estabelecer as finalidades da segurança pública. São elas a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, ou seja, da segurança pessoal ou individual. A segurança pública, assim, açambarca a segurança individual e a ordem pública, cujas defesas são seu propósito e desiderato.

De outro lado, a segurança pública, tanto quanto a saúde ou a educação, é também dever do Estado de direito e responsabilidade de todos, na conformidade do previsto junto ao art. 144 da Constituição da República. Portanto, a resposta ao fenômeno criminoso, que vergasta a segurança individual e pessoal, bem como a ordem pública, é tarefa também dos juízes e tribunais.

Assim, esta seção é voltada à análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas quando do exercício do controle social, na promoção da defesa da segurança individual ou pessoal e da ordem pública e, por consectário, da segurança pública, sob o enfoque do funcionalismo penal.

## 5.2 Aspectos relevantes do funcionalismo penal

A perspectiva funcionalista é cara a este estudo, pois este de volta à observação da atividade do Tribunal de Justiça de Alagoas e nesta seção, pretende evidenciar a maneira pela qual as instâncias de controle social, no caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, utiliza a aplicação do direito penal como ferramenta de promoção de defesa da ordem pública.

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 778.

Há aí clara instrumentalização do direito penal em obséquio a um fim de política criminal, o que aproxima a atuação do Tribunal de Justiça de Alagoas, em determinados julgados, e a ótica funcionalista.

O funcionalismo penal surge como contraposição ao fundamento ontológico, fulcrado em estruturas lógico-reais, do sistema jurídico-penal. O apego à ideia de o direito penal derivar de leis ontológicas, sendo infenso a ideologias e, por via de consequência, capaz de resistir ao arbítrio judicial e legal, resulta de que uma tal concepção o tornaria mais apto à garantia da liberdade dos indivíduos.

Bittencourt<sup>193</sup> explica que, enquanto Welzel, pai do finalismo penal, atingia o ponto culminante de seu finalismo jurídico na Alemanha, calcado precisamente na noção ontológica das estruturas do direito penal, Claus Roxin publicava em 1962 o trabalho *Zur Kritik der finale handlungslehre*, que sustentava a inadequação da ótica ontológica do direito penal e a necessidade de reconhecer-lhe o caráter normativo. Em Roxin, o fundamento da dogmática desgarrar-se de constatações ontológicas, para sediar-se em decisões político-criminais, atribuindo às penas e medidas de segurança função de proteção aos bens jurídicos, através da prevenção dos delitos.

Para Roxin<sup>194</sup>, é impossível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos. A teoria do delito deve ser erguida sobre bases normativas, que por sua vez estão atreladas aos fins da pena e aos do direito penal, conformadores da política criminal. A teoria da imputação objetiva é um reflexo da concepção funcional do direito penal. Partindo do princípio de que dados pré-jurídicos não são, por si sós, decisivos na resolução de problemas jurídicos, o tipo penal não se pode fulcrar sobre a causalidade ou a finalidade<sup>195</sup>. A partir da ideia político-criminal segundo a qual o direito penal serve à proteção dos bens jurídicos, apenas quando ações possam causar perigo a esses, sujeitando-os a um risco não autorizado pelo ordenamento, é que se justifica a sua inserção em um tipo penal.

Evidente, portanto, que Roxin se devota a superar eventuais barreiras que possam ser enxergadas entre o direito penal e a política criminal, convertendo o sistema em instrumento

---

<sup>193</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol. 1. 10. ed. - São Paulo, Saraiva, 2006, p. 95.

<sup>194</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, nº 07. Maio-Agost0 de 2011, pp. 97-123. Disponível em <http://revistaliberdades.org.br/upload/pdf/8/artigo4.pdf>. Acesso em 29.09.2013, p. 107.

<sup>195</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, nº 07. Maio-Agost0 de 2011, pp. 97-123. Disponível em <http://revistaliberdades.org.br/upload/pdf/8/artigo4.pdf>. Acesso em 29.09.2013, p. 108.

para a solução de problemas sociais<sup>196</sup>. Trata-se de uma perspectiva prática, ou como diz Sánchez<sup>197</sup>, tópica, da compreensão do Direito Penal.

Não é despidendo lembrar que, ao aviso de Posner<sup>198</sup>, às vezes julgadores estão livres de prévias regras, como um político tradicional. Para Posner, o ativismo é justificado nos casos singulares, quando juízes são mais assemelhados a políticos que a juristas convencionais. Note-se a sutil diferença: Posner defende que o juiz está livre para adotar decisões políticas e não estritamente jurídicas, em casos singulares. Já Roxin assevera que os julgadores podem compreender e aplicar as normas de acordo com políticas criminais previamente estabelecidas. Roxin parece pensar o ordenamento normativo para conseguir um fim estabelecido politicamente como de a política imantasse todo o ordenamento, enquanto Posner admite decisões políticas quando há anomias no ordenamento. Nada obstante, quando Posner menciona a necessidade de orientar a atuação jurisdicional para a maximização da riqueza, culmina por se aproximar de Roxin e seu funcionalismo heterocompositivo.

A noção de culpabilidade, para Roxin, também tem contornos peculiares. Ele reconstrói a noção de culpabilidade, compreendendo-a desde a posição finalista de terceiro plano do conceito analítico do crime, para colocá-la como limite máximo da pena<sup>199</sup>. É que, para ele, a finalidade da pena não é somente a retribuição, mas a prevenção geral e especial de delitos. Portanto, a culpabilidade, como terceiro nível de valoração do delito, passa a contemplar também a necessidade de prevenção, sendo intitulada de responsabilidade. Alerta-se que Roxin não altera a conceituação analítica de crime, segundo a qual este é fato típico, ilícito e culpável, mas apenas distende a culpabilidade para aí localizar também a necessidade de prevenção e por consectário, a responsabilidade<sup>200</sup>.

Tais ideias de Roxin são acolhidas por Günther Jakobs, que deixa o conceito tradicional de culpabilidade para compreendê-la como derivativo da prevenção geral<sup>201</sup> e também por outros estudiosos, dando origem a várias linhas doutrinárias decorrentes do pensamento de Roxin, algumas bem distintas entre si, mas todas elas unidas por uma nota

<sup>196</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Col. Direito e ciências afins V. 7. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

<sup>197</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Col. Direito e ciências afins V. 7. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 69.

<sup>198</sup> POSNER, Richard A.. **Problemas de Filosofia do Direito**. - São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 175.

<sup>199</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, nº 07. Maio-Agosto de 2011, pp. 97-123. Disponível em <http://revistaliberdades.org.br/upload/pdf/8/artigo4.pdf>. Acesso em 29.09.2013, p. 109-110.

<sup>200</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000, p. 120.

<sup>201</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000, p.

comum: a compreensão do direito penal segundo seus fins e sua desvinculação de dados ontológicos. Entretanto, para os fins deste estudo, explora-se mais de perto apenas as linhas teóricas funcionalistas perseguidas por Roxin e Jakobs, que foram os estudiosos mais destacados, no Brasil, em esfera funcionalista penal.

Ao erigir os fins do direito penal como elementos sem os quais para a construção de conceitos penais e fio condutor da estruturação e interpretação do sistema jurídico-normativo o funcionalismo se aproxima sobremaneira do pragmatismo. É que, como salienta Catão<sup>202</sup>, o pragmatismo traz uma visão empírica do direito, buscando antecipar as consequências da decisão.

O funcionalismo lança mão de conquistas do neokantismo<sup>203</sup>, como a construção teleológica de conceitos, a aferição materializada das categorias do delito, todas elas servientes ao fim do direito penal, que é a proteção dos bens jurídicos. Jakobs dá um passo à frente e, além de funcionalizar conceitos, submetendo-os a finalidades externas ao direito penal, funcionaliza o próprio sistema jurídico-penal<sup>204</sup>

Luíz Greco<sup>205</sup> aponta significativa perfilhação, por Jakobs, de pontos culminantes da teoria funcionalista-sistêmica de sociedade elaborada por Niklas Luhmann, muito embora em obras mais recentes, Jakobs demonstre gradual desprendimento da chamada teoria dos sistemas. O conceito de expectativa desempenha papel nodal da teoria em relevo, como se infere da transcrição a seguir:

Este conceito, o de expectativa, desempenha um valor central na teoria de LUHMANN: são as expectativas e as expectativas das expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura.

E é justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais. Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. LUHMANN prossegue, distinguindo duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras são aquelas que deixam de subsistir quando violadas: o expectador adapta sua expectativa à realidade, que lhe é contrária, e deixa de esperar. Já expectativas normativas mantêm-se a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra fatos, (contrafaticamente) (sic). [...] Mas as expectativas normativas não se podem decepcionar sempre, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí porque

<sup>202</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In **IVR World Congress Law Science and Technology**, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 3.

<sup>203</sup> GRECO, Luíz. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000, p. 126

<sup>204</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, passim.

<sup>205</sup> GRECO, Luíz. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000, pp. 128, 161.

a necessidade de um “processamento das decepções”: a decepção deve gerar alguma reação, que reafirme a validade da norma. Uma dessas reações é a sanção.

A teoria da pena de Jakobs, n'outro giro, se coloca dentro da chamada prevenção geral positiva. Os fundamentos de sua concepção, segundo Lynett<sup>206</sup>, se encontram estreitamente vinculados ao ideário filosófico de Hegel, e em alguns aspectos com a teoria dos sistemas, podendo-se afirmar que se trata de uma nova leitura de Hegel através da concepção de direito de Luhmann. Para Hegel, que desenvolveu sua teoria da pena com base em diretrizes dialéticas, o ordenamento representava uma vontade geral, a qual é malferida pela vontade particular do sujeito que, com seu comportamento, nega a primeira, praticando crime. A pena tem por finalidade restabelecer a vontade geral através de uma negação (do ato criminoso, que por sua vez é a negação da vontade geral). A finalidade da pena é a negação da negação.

É oportuno esclarecer que Hegel entende como “mal” a existência real da negação da liberdade que, sem a pena, continuaria a existir. O modelo de Jakobs não se assenta nessa fundamentação, diga-se, material, e sim formal da sociedade, pressupondo legítimas as normas, válidas em certas comunidades. O funcionalismo sistêmico parte, pois, da organização regulativa de uma dada sociedade, a partir de sua própria configuração.

Todo delito, para Jakobs<sup>207</sup>, seja comissivo ou omissivo, frustra uma expectativa juridicamente permitida. O conteúdo da expectativa deve ser compreendido segundo a distinção seguinte: qualquer pessoa tem a expectativa de organizar-se de maneira que seu próprio círculo de organização não produza danos para o círculo de outra pessoa. Cada círculo de organização, de cada indivíduo, é uma unidade separada. Nenhum deles deve deteriorar o outro. Há aí uma relação negativa entre as pessoas: se abster de deteriorar o círculo alheio. Já nas relações positivas, há o dever de melhorar o *status* de organização de outra pessoa ou de uma instituição do Estado (o exemplo clássico de relação positiva é a dos pais em relação a seus filhos). Tanto nas relações positivas quanto nas negativas existem mandados e proibições. Enquanto o corte entre atuar e omitir é uma distinção fenotípica, a distinção entre os deveres de uma relação negativa ou positiva (que origina os delitos de dever, explorados na obra de Roxin) é genotípica.

O fato é que, como indica Lynett<sup>208</sup>, no moderno direito penal normativista, caracterizado pela rejeição aos critérios com base nos quais se firmou a dogmática naturalista

<sup>206</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 23-24.

<sup>207</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP : Manole, 2003, pp. 1-4.

<sup>208</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: LYNETT, Eduardo

e que preponderou desde o início do séc. XX até a década de oitenta, a teoria do delito se assenta na tríade causalidade, inevitabilidade e dolo. Atualmente, contudo, o juízo de imputação se delimita em círculos de competência. Antes da indagação acerca da inevitabilidade e cognoscibilidade do ato, inquire-se se o sujeito era competente.

O apego à noção de competência é marcadamente destacado na obra de Jakobs, para quem é certo que, numa sociedade de liberdades, à liberdade de eleição de um comportamento deve corresponder, enquanto sinalagma, responsabilidade pelas consequências da eleição: “Cada pessoa é garantidor (sic) da inocuidade de sua conduta”<sup>209</sup>. É que para Jakobs, somente o interesse público na preservação de um bem é que o transforma em bem jurídico, e o interesse público nem sempre concerne apenas à preservação dos bens. Assim as soluções do sistema devem proporcionar coerência às necessidades regulativas do meio social e não às definições pré-concebidas acerca da natureza das coisas (ontologismo). No fundo, para Jakobs, o bem jurídico penal é uno: a norma penal.

Enquanto o finalismo erigia a intenção (finalidade) e a ação (causalidade) como dados ontológicos sob os quais espriava seus conceitos, o funcionalismo erige a noção de competência como conceito normativo reitor da atuação do indivíduo em sociedade. Os delitos são de competência organizacional ou institucional, conforme a pertinência a cada pessoa em organizar seu círculo de interações sem perturbar as normas penais ou em cumprir determinada obrigação em nome de uma instituição social<sup>210</sup>.

A posição de garante não é atribuída apenas a quem tem o dever especial de evitar o resultado; para o estabelecimento da posição de garantia, tampouco é decisivo que se tenha produzido um estado perigoso contrariamente ao dever, contanto que lhe corresponda a competência em relação à potencial vítima.

[...] A soma de todos os direitos suscetíveis de serem defendidos licitamente é o círculo de organização da pessoa, e posto que a pessoa é tão livre em sua organização como a organização de seu comportamento corporal, especialmente, está autorizada a excluir qualquer outra pessoa dessa organização, de modo correspondente apenas a ela, vale dizer, a pessoa que é titular do círculo de organização pode ser quem deve procurar sua configuração sem consequências lesivas e quem deve responder por eventuais erros nessa configuração<sup>211</sup>.

---

Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 29-30.

<sup>209</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP : Manole, 2003, pp. 6-7.

<sup>210</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000, p. 129.

<sup>211</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri, SP : Manole, 2003, pp. 7

Com efeito, Jakobs<sup>212</sup> atribui aos indivíduos papel determinante no apoio cognitivo do ordenamento jurídico. A vigência real de um ordenamento jurídico depende da crença e da reafirmação de seus delineamentos por parte dos indivíduos. São os indivíduos quem preenchem, com seus atos, a vigência real do Estado de Direito, o que a princípio não é uma prestação do Estado, mas dos próprios cidadãos que agem e orientam-se cotidianamente com base no direito.

### 5.2.1 Ordem pública, funcionalismo e proteção da vigência da norma.

Um dos pontos que diferencia o funcionalismo penal segundo Roxin e o apregoado por Jakobs é que, para o primeiro, o direito penal se destina a proteger os bens jurídicos. Já para o segundo, o direito penal tem por desiderato a proteção da vigência da norma. Jakobs<sup>213</sup> afirma que só por um raciocínio bastante forçado se pode afirmar que o direito penal protege os bens jurídicos. O direito é a estrutura da relação entre pessoas e a doutrina da proteção aos bens jurídicos em nada contribui para a antecipação da punibilidade, erigindo como prevalente e superior a tutela preventiva do crime. Portanto, o direito penal quer, na verdade, proteger e preservar a dita estrutura de relação interpessoal. O crime é uma lesão à vigência da norma e a pena é a sua eliminação; por consectário, a reafirmação da vigência.

Tais ideias traduzem a intenção de regulação de interação de sujeitos, que se dão, simultaneamente e em número excruciante, nos espaços urbanos e mesmo virtuais da contemporaneidade, se aproximando a toda evidência do conceito de segurança pública<sup>214</sup>, predisposta à proteção da conservação das pessoas e de seus patrimônios e direitos, ou a preservação e/ou reconstituição de uma vivência em plena ordem pública, nos moldes traçados alhures, concebida como situação ideal de pacífica convivência social isenta de violência<sup>215</sup>. Claro, falar em um conceito de ordem pública demanda sempre cautela, pois como alvitra Eugênio Pacelli<sup>216</sup>, a expressão “garantia da ordem pública” tem sido adotada para justificar ações de perigoso controle da vida social, própria de estados totalitários.

<sup>212</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 56.

<sup>213</sup> JAKOBS, Günther. ¿Que protege el derecho penal: bienes juridicos o la vigencia de la norma?. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-56.

<sup>214</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 778.

<sup>215</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 777-778.

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. - rev. , atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2007, p. 436.

Mas ínsita à ideia de ordem pública, está a proteção à comunidade, coletivamente considerada. Tal proteção pode se dar em um âmbito fático<sup>217</sup>, quando, por exemplo, há risco de repetição da conduta tida como criminosa, ou, de certa maneira, psicológico, quando a gravidade do crime causa tal estado de intranquilidade coletiva que devem ser adotadas medidas imediatas pelas autoridades, para afastar o sentimento de desordem, de negação do direito.

Portanto, é inegável que a descrição de Jakobs quanto às expectativas de condutas a serem adotadas pelos cidadãos na confirmação reiterada da existência e vigência de um ordenamento se coaduna com a ideia de proteção da comunidade e da ideia de ordem, de funcionamento e concreção das estruturas que regulam relacionamentos interpessoais.

No *Habeas corpus* nº 2011.000007-3<sup>218</sup>, quadragésima segunda decisão examinada no decurso deste estudo, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas manteve a prisão em razão da repercussão gerada pelo crime na sociedade maceioense.

O impetrante alegou que o paciente foi preso preventivamente em 28 de maio de 2010, pela suposta prática do crime de homicídio qualificado. Na visão da impetração, a prisão se estendia por prazo excessivo, além da inocência do paciente, bem como a favorabilidade de suas condições pessoais. Aí a violência à liberdade de locomoção do paciente, vez que ausentes motivos que justifiquem a segregação cautelar.

Ao prestar as informações, a autoridade apontada como coatora declinou que a medida constritiva foi decretada e fundamentada na garantia da ordem pública. Além disso, a defesa teria atravessado três pedidos de relaxamento de prisão, o que conformaria a razoabilidade do prazo decorrido para a tramitação regular do feito.

Ao manter a prisão, o relator, seguido à unanimidade pelo Tribunal, se pronunciou nos termos seguintes:

No caso em tela, verifiquei diante dos documentos acostados aos autos, que o Magistrado de Primeiro Grau manteve a custódia cautelar do Acusado com

<sup>217</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. - rev. , atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2007, p. 436.

<sup>218</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Alegação de preenchimento dos requisitos da liberdade provisória. Prisão mantida com fundamento na garantia da ordem pública. Paciente cometeu homicídio após a prática de outros delitos. Alegação de excesso de prazo. Inocorrência. Atraso decorrente da complexidade do feito. Aplicação do princípio da razoabilidade. Não demonstrada, com prova inequívoca, a inércia estatal. Alegações baseadas em conjecturas. Ajuizamento de três pedidos de liberdade provisória e um aditamento à denúncia. Dilatação do prazo não imputável apenas ao Judiciário, mas também à defesa. Incidência da Súmula nº 64 do STJ. Situação fática e jurídica em que não se constata constrangimento ilegal. Ordem denegada. Por unanimidade. *Habeas corpus* nº 2011.000007-3. Impetrante Altair Oliveira Costa. Impetrado Juíz de Direito da 7ª Vara Criminal da Capital. Paciente Luiz Paulo Félix do Nascimento. Relator Otávio Leão Praxedes. Acórdão em *habeas corpus* n. 301022011.

fundamento na garantia da ordem pública, motivado pela grande repercussão que o crime gerou na cidade, além da gravidade concreta do delito, destacando que “o acusado teria ceifado a vida da vítima após ter praticado um roubo contra outras duas vítimas”.

Veja-se que, neste julgado, tudo o que se pretende é comunicar à sociedade que existe ordem, e que ela atuará para que as regras de convívio social continuem a ser preservadas. A credibilidade das instituições, nesta senda, é afirmada como instrumento de amparo ao convívio pacífico em sociedade. Trata-se de ação legítima, segundo ótica funcionalista e, como citado alhures, hegeliana, pois a reafirmação do convívio social liberto de ações criminosas, é levada a efeito através do ato de constrição da liberdade do paciente. Interessa advertir, contudo, que os pressupostos de Hegel e de Jakobs são diferentes, embora o segundo não negue seu interesse pelo primeiro.

### 5.3 Defesa da ordem pública, juízo de prognóstico e coação.

No *habeas corpus* nº 2010.001903-1<sup>219</sup>, o trigésima oitava decisão analisada neste estudo, o Tribunal de Justiça de Alagoas denegou a ordem postulada, aludindo, no voto do relator, à necessidade de manutenção da segregação para asseguramento da aplicação da lei penal e à presença dos demais requisitos para a permanência da constrição.

A impetração pediu a concessão da ordem em face dos bons antecedentes e atividade lícita desenvolvida pelo paciente, além de endereço certo, bem como aos incontestáveis indícios de que agiu em legítima defesa.

Prestando informações, a autoridade apontada como coatora declinou que os argumentos da impetração pertinem ao mérito da causa, dimanando dilação probatória a ser produzida no decurso da instrução processual.

O Procurador-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É de se transcreverem alguns trechos do voto do relator:

[...] Pelas fotos trazidas aos autos, constata-se os requintes de violência ao qual foi perpetrado o delito, denotando uma personalidade altamente agressiva, ainda mais,

<sup>219</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Habeas corpus* liberatório. Alegação de ilegalidade e constrangimento ilegal do decreto segregatório. Levantamento de tese de legítima defesa pelo impetrante. Questão de mérito. Dilação probatória. Via inadequada. Precedentes das cortes superiores. Necessidade de manutenção da ordem pública. Aplicação da lei penal, e conveniência da instrução processual. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime. . *Habeas corpus* nº 2010.001903-1. Impetrante Ilo Henrique Pereira Fonseca e outro. Impetrado Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Paciente Ivanildo Silva dos Santos. Relator Mário Casado Ramalho. Acórdão em *habeas corpus* n. 504112010.

considerando que a vítima era seu amigo; Também (sic) nota-se que o acusado tentou evadir-se do local do crime.

[...] Ademais, denota-se da análise dos autos que a vítima foi atingida de um só golpe no pescoço, suficiente para decepar parcialmente sua cabeça.

Ressalte-se o fato de que o paciente não chegou a ser preso, tendo evadido-se do local do crime, conforme informações prestadas pelo juízo *a quo*, pelo que constituiu o impetrante para promover sua defesa nos autos do processo principal. Ora, isto por si já impõe a manutenção da medida constritiva da liberdade do paciente, vez que nítida a tentativa de evadir-se à aplicação da lei penal, bem como, presentes os demais requisitos desta constrição.

[...]

Isto posto, face a garantia da aplicação da lei penal e demais fatores, ante as circunstâncias do suposto crime, viabilizado com extrema violência e requintes de crueldade, ante o fato de que o acusado foragiu do distrito da culpa, ante o fato de que dificulta a aplicação da lei penal e demais pressupostos, não vejo outro sentido de concessão da Ordem requerida.

Percebe-se que, no julgado, o Tribunal valora sob vários matizes a conduta levada a efeito pelo paciente, atribuindo àquela e a este diversos adjetivos. A conduta é tida como de extrema violência. O acusado, como detentor de personalidade altamente agressiva. Levou-se em consideração o relacionamento de amizade que o autor do crime tinha com a vítima.

De fato, pelo detalhamento do crime, todas as observações parecem pertinentes.

Para os fins específicos perseguidos neste estudo, importa destacar que o Tribunal, ainda que não propositadamente, neste acórdão, utiliza a prisão cautelar como forma de coação, na produção física da contenção deste paciente, considerado perigoso. Aqui, segundo a visão externada por Jakobs, a coação não pretende exclusivamente comunicar a reafirmação do ordenamento, não significa afirmar que a norma segue vigente. Pretende precipuamente, inocuizar o sujeito considerado perigoso<sup>220</sup>, agressivo e desmerecedor de confiança, vez que capaz de assassinar o próprio amigo. É preciso dizer, no entanto, que Jakobs não se enquadra como retributivista nem, também, adepto das teorias da prevenção, rigorosamente falando.

Veja-se que o que se pretende é, portanto, a tutela da incolumidade da ordem pública, o que não pode ser feito sem que o Tribunal, ao examinar um fato empiricamente constatado – assassinato – faça um juízo de probabilidade, não baseado em dados passíveis de falseabilidade mas sim, sustentado pela lógica.

É razoável, dentro de um raciocínio lógico, inferir que um sujeito que mata violentamente um amigo viola o ordenamento jurídico e mostra considerável indiferença com os postulados deste ordenamento. Tamanha indiferença pode ser perfeitamente identificada

---

<sup>220</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, pp. 22-23

com a predisposição para o cometimento de novas violações, pelo quê se deve conter fisicamente o indivíduo, a fim de conferir proteção concreta, factual, ao ordenamento.

Não é possível proteger a ordem pública sem esse olhar para o futuro e um tal juízo de prognóstico é autorizado pelo ordenamento. Como adverte Jakobs<sup>221</sup>, aliás, a perspectiva para frente, para o futuro, pesa mais para a tutela da ordem pública que o fato já consumado:

[...] nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, para o futuro, no qual uma “tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável gravidade” poderia ter efeitos “perigosos” para a generalidade.

#### 5.4 Dever estatal da tutela da segurança pública.

Incumbe ao Estado respeitar os direitos individuais, e é certo que este estudo em momento algum propõe ou sequer sugere que se ignorem os direitos fundamentais ditos de primeira geração ou dimensão, os quais se voltam à proteção do homem, como singularidade humana digna e, portanto, signatária de todas as garantias de gozo desta condição.

De outro lado, não pode o Estado ignorar que está igualmente adstrito a promover a segurança, como direito social e também, condição sem a qual para a plena vivificação da dignidade humana. A defesa da segurança pública, e por via de consequência, da segurança pessoal e da ordem pública, é uma das facetas da promoção do direito à segurança, e não deve ser excepcionada sem justificação adequada, sob pena de enredar o Estado em indesculpável omissão no desempenho da incumbência de garantir condições mínimas de existência digna.

O dever estatal de promoção de segurança pública é avivado e intensificado diante de indivíduos que reiteram a prática de delitos.

Ao aviso de Jakobs<sup>222</sup>,

Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança [...]

<sup>221</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cândio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 23

<sup>222</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cândio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

No *Habeas corpus* nº 2011.000010-7<sup>223</sup>, o Tribunal de Justiça de Alagoas entendeu pela confirmação da perigosidade da paciente e a necessidade da manutenção de sua custódia em apanágio à ordem pública, sendo a reiteração do ato criminoso tomado como ponto de justificação principal da manutenção da prisão.

A paciente foi presa em flagrante, em 03 de julho de 2009, pela mercancia de *crack* (17 pedras, acondicionadas de tal forma que se inferiu a venda) e, posta em liberdade, incorreu em nova prisão em flagrante, em 18 de agosto de 2009, com 14g de *crack* e a quantia de R\$ 427,20 (quatrocentos e vinte e sete reais e vinte centavos). Além disso, pela investigação, resulta que a paciente integra organização criminosa que abastece parte do Bairro do Jacintinho no que concerne ao tráfico de drogas.

A alegação dos impetrantes era a de que, embora houvesse mandado de prisão expedido em face da paciente, não existia decisão judicial decretando sua prisão. A par disso, afirmam que sua soltura não implicava em risco para a ordem pública, para a aplicação da lei penal ou para o andamento do feito, sendo, aquela, detentora de condições pessoais favoráveis, pois que primária, com bons antecedentes, tendo residência fixa e profissão definida.

Os juízes impetrados deixaram de prestar informações, vez que os autos estavam em poder do Ministério Público para oferta de alegações finais.

Ao manter a prisão, o Tribunal, através do voto do Relator, assim se pronunciou:

Porém, em análise dos autos, se constata a improcedência dos argumentos colacionados pelo requerente. Em relação aos requisitos para a decretação da segregação cautelar, observa-se que, no caso em tela, a medida se mostra necessária, pois a Paciente, presa em flagrante, é integrante de grupo formado com a finalidade de traficar drogas, em um organizado esquema que abastece boa parte da população do Jacintinho, tudo conforme se constata da séria e complexa investigação policial procedida para desbaratar a quadrilha. Há notícia nos autos de que Paciente (sic) fora presa em flagrante na posse de 17 (dezessete) pedras de crack, 02 aparelhos celulares, ligas, sacos plásticos, uma gilete e a quantia de R\$ 432,35 (quatrocentos e trinta e dois reais e trinta e cinco centavos).

Às fls. 18 dos autos, observa-se que a Paciente já fora detida em flagrante pela prática do mesmo delito – tráfico de drogas – e que, posta em liberdade, voltou a ser detida

---

<sup>223</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Tráfico de entorpecentes. Alegação de inexistência de decreto de prisão preventiva. Ausência de prova negativa tal decreto (vg certidão). Inexistência de certeza acerca do decreto. Suposto envolvimento da paciente em grupo criminoso vocacionado à prática de tráfico de entorpecentes. Porte de arma, homicídios e roubos. Acusada solta e presa em flagrante, novamente, um mês depois, pela prática, em tese, de tráfico de drogas. Periculosidade da agente. Entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça no mesmo sentido. Manutenção da segregação cautelar. Denegação da ordem por unanimidade. *Habeas corpus* nº 2011.000010-7. Impetrante Marêncio Ediel Lima de Albuquerque e outro. Impetrado Juízes de Direito da 17ª Vara Criminal da Comarca de Maceió – Núcleo de Combate ao Crime Organizado. Paciente Edileusa Pereira da Silva. Relator Otávio Leão Praxedes. Acórdão em *habeas corpus* n. 301002011.

um mês depois novamente portando grande quantidade de droga e dinheiro, o que demonstra inegável inclinação da acusada na prática da traficância. Tendo em vista tais aspectos, percebe-se certa periculosidade da Paciente, que, após ser solta, foi presa em flagrante novamente, pela suposta prática do mesmo delito. Atente-se ainda, que, conforme consulta ao Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, a Acusada figura como ré em outros processos que tramitam na 15ª Vara Criminal da Capital – Entorpecentes.

Quanto à alegação de inexistência do decreto prisional, o Tribunal disse ser ela carente de provas, vez que bastaria certidão do juízo para comprovação da real inexistência da decisão que teria originado o mandado de prisão.

Neste julgado, parece certa a afirmação de que o Tribunal não poderia ter decidido de outra forma. Se a paciente já havia sido presa e, agraciada com o retorno à liberdade, volta pouco tempo depois a reincidir na mesma conduta, é mais que discricionariedade, senão dever das instâncias de controle, impedir seu retorno à sociedade. É que o direito à segurança, tanto dos indivíduos como da sociedade, também é direito fundamental a ser tutelado pelo Poder Judiciário, sem o quê não há como falar em estrita observância da ordem constitucional. Isso é o que determina o art. 144 da Constituição da República.

O dever de proteção à sociedade não pode ser menoscabado, ainda que sob a alegação de proteção de direitos individuais dos acusados. Contudo, há que se perguntar até onde pode ir o Judiciário no cumprimento de tal dever ou, em outras palavras, há de se responder à indagação: até onde o ordenamento jurídico brasileiro poderia perseguir o dever de defesa da ordem pública?

Aqui importa compreender e problematizar o que é hodiernamente considerado como ponto extremado de utilização do direito penal em favor da consecução dos objetivos político-criminais: o direito penal do inimigo.

### 5.5 Funcionalismo penal e direito penal do inimigo

Embora haja tendente associação entre a ideia de “inimigo” e a obra de Gunther Jakobs, esta noção remonta ao contratualismo e ao utilitarismo. Cezar Roberto Bitencourt alvitra que a ideia de contrato social pressupõe a igualdade absoluta entre os homens, e tendo o delinquento rompido com o pacto social, a cujos termos deveria ter aderido, passa a ser considerado inimigo da sociedade e uma tal inimizade levará ao castigo que lhe será imposto<sup>224</sup>. Rousseau<sup>225</sup>, tratando do direito de vida e morte, esclarece que

<sup>224</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol. 1. 10. ed. - São Paulo, Saraiva, 2006, p. 63.

Por outro lado, todo malfeitor, atacado o direito social, converte-se pelas suas façanhas em rebelde e traidor da pátria, cessa de ser membro dela ao viciar suas leis e ao fazer-lhe guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua. É preciso que um dos dois pereça e, quando se faz perecer o culpado, é menos como cidadão que como inimigo. O processo, o julgamento, são as provas do rompimento do laço social e, por conseguinte, de que não é membro do Estado.

Enquanto Rousseau considera todo delinquente como inimigo, apeando-o da condição de cidadão, Hobbes<sup>226</sup> defende que nem todo aquele que comete crime perde, automaticamente, este *status*. Só em casos de alta traição pode o indivíduo ser considerado inimigo. A ideia de o delinquente romper com o contrato social está presente, também, na obra de Beccaria<sup>227</sup>, para quem o direito de punir está fundado nesta mesma ruptura. Nos dois primeiros capítulos de sua obra “Dos delitos e das penas”, o fundamento do direito de punir é, justamente, a necessidade de preservar o contrato social, já que os homens são tendentes ao despotismo e a retirar da massa comum a sua porção de liberdade (que deve ser cedida em prol do contrato social) mas também, a usurpar a dos outros. Também na obra de Kant<sup>228</sup> há alusão ao inimigo, com a mesma conotação perfilhada por Hobbes, é dizer, nem todo delinquente é inimigo, mas somente o que se nega a entrar em uma constituição cidadã e insiste em permanecer em estado de natureza, ameaçando permanentemente a segurança da comunidade.

Importa anotar que, Jakobs e seu funcionalismo sistêmico ou autopoietico, ou ainda, normativo-monista, concebe o direito penal como algo que se organiza em torno de si próprio, não sendo limitado por fatores externos. Já o funcionalismo de Roxin, normativo-dualista ou teleológico-funcional admite que os valores protegidos pelo direito penal sejam limitados materialmente por fatores externos ao direito penal.<sup>229</sup>

A concepção do inimigo, tal como formulada por Jakobs<sup>230</sup>, pode portanto resultar da sistematização autopoietica do direito penal e se assemelha às adotadas por Hobbes e Kant. Para o primeiro, nem todos os delinquentes são inimigos, mas sim aqueles que comprometem especialmente o regular funcionamento em segurança do Estado, através da vinculação

<sup>225</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011, p. 30.

<sup>226</sup> HOBBS, Thomas. **Leviathan**. - United States of America, Start Publishing LLC, 2012, p.154.

<sup>227</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011, p. 24.

<sup>228</sup> Apud JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo : noções e críticas**. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 26-28.

<sup>229</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. 1. 10. ed. - São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 90-91.

<sup>230</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo : noções e críticas**. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, passim.

duradoura, ou pelo menos, decidida, à criminalidade econômica, ao terrorismo, à criminalidade organizada, à prática de crimes sexuais ou especialmente perigosos<sup>231</sup>.

A ideia de Jakobs sobre a possibilidade de desconsideração do indivíduo como pessoa não aparece apenas após o ataque terrorista ocorrido nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001; já em agosto de 2001, em apresentação lida na Suprema Corte de Justiça do Peru<sup>232</sup>, através do texto *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, ele a defende com clareza. Na realidade, a ideia traduz-se praticamente na constatação de um fato: quem não presta uma garantia mínima cognitiva de comportamento conforme o direito, exclui a si mesmo da noção de pessoa, podendo o Estado, daí em diante, negar-lhe direitos ou mesmo deveres.

Assim, o Estado pode considerar o delinquente como pessoa ou como inimigo, já que a personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. É claro que, como norma, a construção da personalidade, para Jakobs, pode ser contrafática, mas não de modo permanente<sup>233</sup>. Explica ele:

[...] Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar o que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo.

Pessoa – cidadão é aquele razoavelmente comprometido com os valores mais caros da coexistência. Para estes, se justificam as ampliações de proteção penal e processual penal; para o inimigo tais instrumentos não poderiam ser aplicados. Outra interpretação plausível é a de que a questão reside não no tratamento, mas apenas na distinção: para fechar o sistema, levando-o ao extremo, o inimigo justificar-se-ia porque dele não se pode esperar sequer comportamento conforme o direito, vez que é sempre contrário às mais importantes regras de convivência. Isso porque embora as expectativas normativas estruturantes da vida em sociedade se mantenham ainda que sejam as normas violadas, isso ocorre se, e apenas se, a violação for repelida com alguma regularidade. Um ordenamento tem de estar, de maneira geral, revestido de cognitividade<sup>234</sup>. E essa cognitividade é levada a efeito pelos indivíduos,

<sup>231</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cândio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, pp. 33-34.

<sup>232</sup> JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión em derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 72-90.

<sup>233</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cândio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 40.

<sup>234</sup> JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión em derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá:

através de comportamentos que confirmam as expectativas. Pois bem: o inimigo é aquele que, reiteradamente, ou de modo intenso e grave, desrespeita as expectativas e assim, não presta à sociedade segurança cognitiva suficiente de sua conduta. Uma vez considerado inimigo, um indivíduo não perde, necessariamente, todos os seus direitos<sup>235</sup>. Pode permanecer como proprietário de coisas, ainda que submetido à custódia. Ocorre que, a ser considerado inimigo, o indivíduo não é alvo da pena como comunicação da vigência do ordenamento, mas unicamente como forma de coação. O direito penal direcionado ao cidadão mantém a vigência da norma, mas o direcionado ao inimigo devota-se tão somente a combater o perigo. E por ser assim, não se direciona somente ao fato cometido, mas principalmente para o futuro, punindo nomeadamente os atos preparatórios. O impedimento de produção de danos futuros é uma regulação própria do direito penal do inimigo<sup>236</sup>, e também, do direito penal chamado “de terceira velocidade”<sup>237</sup>, hoje aplicável também a delinquentes, assim como outras regulações que deveriam ser próprias do direito penal do inimigo, o que demonstra, para Jakobs, o quão necessária é a regulação claramente delimitada do direito penal do inimigo, de modo a evitar a fragmentação de regulações próprias do direito penal do inimigo por todo o ordenamento penal ordinário (destinado aos cidadãos)<sup>238</sup>.

Num raciocínio próximo ao entabulado por Jakobs, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, no *habeas corpus* nº 2010.001823-5<sup>239</sup>, sobreleva nitidamente o fato de o paciente ser suspeito de integrar uma organização criminosa. No voto do relator, há menção aos elementos factuais que indicariam a justificação da prisão em salvaguarda da ordem pública. Calha transcrever:

[...] Tem-se claramente que a manutenção da segregação do Paciente e dos demais denunciados é plenamente justificável para garantia da ordem pública. Consta dos

---

Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 85.

<sup>235</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, pp. 28-29.

<sup>236</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, pp.41-42.

<sup>237</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal** : aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. rev. e ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 194

<sup>238</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo** : noções e críticas. 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

<sup>239</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Habeas corpus*. Roubo qualificado por uso de arma de fogo. Preliminar de nulidade do decreto de prisão preventiva por incompetência da 17ª Vara Criminal. Matéria já apreciada pelo Pleno deste Tribunal, Acórdão 5.0335/2010 – prejudicada a preliminar. Decisão por maioria de votos. No mérito. Alegação de falta de justa causa para a segregação cautelar. Não ocorrência. Decreto devidamente fundamentado na garantia da ordem pública. Excesso de prazo para oferecimento da denúncia. Superado, denúncia oferecida e instrução iniciada. Ordem denegada. Decisão unânime. *Habeas corpus* nº 2010.001823-5. Impetrante Marcos Barros Méro Júnior e outro. Impetrado Juízes de Direito da 17ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Paciente Bruno Felipe Alexandre dos Santos. Relator Mário Casado Ramalho. Acórdão em *habeas corpus* n. 504152010.

autos que o Paciente faz parte de um grupo organizado voltado para a prática de crimes, que só foi preso em decorrência de uma operação minuciosa da polícia que monitorava as atividades de um dos acusados.

Para além, foram encontrados na posse dos denunciados, dentre eles o Paciente, vários objetos decorrentes da prática de delitos, inclusive armas de fogo. Não há como sustentar a alegação dos Impetrantes da não participação do Paciente no delito, uma vez que este confessa que sabia do plano do assalto e que, voluntariamente, se propôs a transportar os outros denunciados até o local do crime, como se a conduta fosse natural, confessando ainda que foi procurado para receber sua parcela na divisão do produto do crime.

Os impetrantes haviam alegado a nulidade do decreto de prisão preventiva, face à incompetência da Vara especializada em crimes organizados para processar e julgar o paciente, vez que não fora demonstrada a existência de organização criminosa. Alegou-se, ainda, a falta de justa causa para a decretação da prisão, estando o decreto prisional alicerçado somente na validade abstrata do crime. Finalmente, os impetrantes apontaram o excesso prazal, pois o prazo para oferecimento da denúncia foi, em muito, extrapolado (a prisão preventiva ocorreu em 30.03.2010 e a denúncia só foi ofertada em 28.04.2010, sendo o crime de roubo majorado pelo emprego de arma).

Em suas informações, os juízes impetrados disseram que o paciente fazia parte de organização criminosa que agiu com ânimo de permanência, com o fim precípuo de cometimento de delitos, com alto grau de periculosidade.

O Tribunal considerou superada a alegação de nulidade do decreto prisional, pois já havia firmado a competência da Vara processante quanto a outro denunciado no mesmo processo do paciente. No mérito, o entendimento do Tribunal foi o acima escandido.

É certo que a prevenção do crime ou o impedimento da produção de danos futuros, embora identificada como modelo regulatório próprio do direito penal do inimigo não é exclusividade ou peculiaridade deste. A prevenção sempre ocupou ponto nevrálgico no pensamento jurídico-penal, ao ponto de todas as Escolas criminológicas fazerem referência à prevenção do delito<sup>240</sup>, num repetitivo reconhecimento e reafirmação de que não é suficiente reprimir o crime, senão antecipar-se a ele, impedindo que se consuma.

De fato, o funcionalismo penal não significou algo absolutamente novo, ao aviso de Sanchez<sup>241</sup>. Trata-se de uma acentuação intensa de aspectos teleológicos valorativos que já se faziam sentir na dogmática dominante. Com efeito, o funcionalismo mantém, como dito

---

<sup>240</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8ª. ed., rev., atual. e ampl. Col. Ciências Criminais vol. 5. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012, p. 356.

<sup>241</sup> SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Col. Direito e ciências afins V. 7. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

alhures, o aspecto exterior básico do finalismo, mas atrai decisões valorativas político-criminais, introduzindo-as no sistema de direito penal<sup>242</sup>.

Portanto, embora neste julgado o Tribunal não tenha considerado o paciente como inimigo, culminou por lançar mão de argumentos fluentes na obra de Günther Jakobs, adotando uma postura funcionalista que preza pelo emprego do direito penal como instrumento de reafirmação do ordenamento jurídico, embora tratando de prisão processual.

5.6 Pessoa e funcionalismo, ordem social e garantismo. Retomando a pergunta: até onde o ordenamento jurídico brasileiro poderia perseguir o dever de defesa da segurança pública?

Os extremos a que podem levar tanto o funcionalismo quanto o garantismo parecem recomendar prudência ao jurista na aplicação de seus conceitos, de modo a impedir que o primeiro colmate a compreensão de que o respeito aos direitos humanos é uma decorrência puramente normativa e o segundo, que a preservação de interesses individuais pode sempre sacrificar os direitos humanos elementares à segurança pessoal, à ordem pública e por via de consequência, à segurança pública.

Embora, como dito alhures, o funcionalismo penal não seja uma inovação, senão o realce de aspectos já fortemente trabalhados pela dogmática penal dominante, causa certo espanto a sua aptidão para negar a um indivíduo a qualidade de pessoa.

Tal possibilidade é asseverada de forma muito clara e direta, por Günther Jakobs, em diversas passagens de sua obra “Direito Penal do Inimigo”. Mas poderá o jurista, à vista do cometimento de crime(s), por horrendo(s) que seja(m), deixar de considerar o seu autor como pessoa? É possível que um ser humano deixe de ser pessoa?

Como visto alhures, a resposta de Günther Jakobs, a tal indagação, é francamente positiva. Aliás, para ele, deixar de considerar determinados indivíduos como pessoas é nada menos que dever do Estado. Diante de certos crimes, é necessária a avaliação sobre a aplicação do direito penal do cidadão ou do direito penal do inimigo.

Tais assertivas de Jakobs devem ser aqui examinadas com a serenidade imprescindível ao desenvolvimento de uma análise científica e, tanto quanto possível, neutra (no sentido de não inteiramente contaminada por noções anteriores ao estudo).

---

<sup>242</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delicto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000, p 120.

No *Habeas corpus* nº 2010.006868-7<sup>243</sup>, quadragésima quarta decisão analisada nesta pesquisa, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas denegou a ordem postulada, tendo em conta a periculosidade do paciente e a necessidade de tutelar a ordem pública.

Na decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas mantém a custódia preventiva após a prolação de sentença condenatória, vez que o paciente passou toda a instrução segregado e foi reconhecido por três testemunhas como autor de assalto considerado brutal. A prisão foi tida como necessária à manutenção da ordem pública.

A alegação do impetrante era a de que as razões que ensejaram a manutenção da prisão após a sentença condenatória (o fato de o paciente responder a diversos feitos criminais e haver necessidade de acautelar a ordem pública) eram insuficientes.

A autoridade apontada como coatora não prestou informações, pois quando estas foram requisitadas, os autos já haviam sido encaminhados ao Tribunal por força de interposição de recurso de apelação.

A decisão aludiu a diversos assaltos praticados pelo paciente, bem como ao fato de ele integrar quadrilha de roubo de veículos. Um dos assaltos foi narrado em detalhes na decisão em relevo, tendo o Relator transcrito trechos de depoimentos de testemunhas do fato delituoso. Neste, uma família (um casal e seus filhos pequenos) foi abordada pelo paciente e por cinco outros indivíduos armados, enquanto faziam viagem em seu veículo pela BR 316. Quatro dos indivíduos, dentre os quais o paciente, após fazerem o carro da família parar, adentraram o veículo e passaram a ameaçar as vítimas, tendo um dos assaltantes sentado por cima do filho menor do casal, que à época contava com três anos de idade. Após, a família foi sequestrada e os assaltantes teriam protagonizado cenas de violência, apontando armas para a mulher e para a cabeça do filho maior do casal, então com cinco anos de idade. Houve alusões às pilhérias ditas pelos assaltantes, que pareciam se divertir com a prática delitiva, escarnecendo das vítimas, bem como às suas atitudes desafiadoras.

As palavras do relator foram incisivas:

---

<sup>243</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Sentença condenatória. Proibição de apelar em liberdade. Alegada ausência de fundamentos. Custódia decretada por garantia da ordem pública. Periculosidade do paciente. Gravidade concreta do crime. Integrante de quadrilha de roubo de veículos. Fundamentação idônea. Paciente que permaneceu preso durante toda intrusão criminal. Conhecimento e denegação da ordem. I – A prisão preventiva do acusado está satisfatoriamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de fundados elementos que indicam a periculosidade, crueldade e covardia do réu, revelados pelo *modus operandi* empregado por ele, e seus comparsas, no cometimento do delito. De outro lado, o direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva. (Precedentes no STJ). III – CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM. *Habeas corpus* nº 2010.006868-7. Impetrante Alexandre Correia de Omena. Impetrado Juíz de Direito da Comarca de Campo Alegre. Paciente Josenilton Laurindo da Silva. Relator Sebastião Costa Filho. Acórdão em *habeas corpus* n. 301062011.

Em suma, estar-se-ia diante de um indivíduo reconhecido por 03 (três) pessoas como um pérfido e cruel assaltante que não só pratica roubos em concurso de pessoas mediante a utilização de forte armamento, como demonstra completa insensibilidade com a presença de crianças de tenra idade no local do crime, tendo seus comparsas, inclusive, apontado revólveres para a cabeça de um infante de apenas 05 (cinco) anos de idade.

Acaso permitamos que uma pessoa dessa natureza obtenha o direito de aguardar em liberdade o seu julgamento, estaríamos ignorando toda a base principiológica que fundamenta a existência do instituto das prisões cautelares, mais especificamente o fundamento, aqui invocado, da garantia da ordem pública, concebido justamente para casos como tais.

Para a teorização sobre o direito penal do inimigo, a conduta praticada pelo paciente poderia ser tida como supedâneo para a negação de sua qualidade de pessoa, justificando seu tratamento como inimigo, com supressão de alguns de seus direitos e resposta estritamente coativa, e não comunicativa, por parte do Estado, vez que praticou crime grave, violento e há notícias de sua participação em quadrilha especializada em roubos de veículos.

Da indagação sobre a possibilidade de se considerar o paciente ou qualquer outro indivíduo como pessoa dimanam algumas reflexões, que serão desenvolvidas no tópico seguinte.

5.6.1 Universalismo e direito penal do inimigo. O ordenamento jurídico brasileiro poderia perseguir o dever de defesa da ordem pública desconsiderando um indivíduo como pessoa?

A resposta à indagação sobre se é possível deixar de considerar um ser humano como pessoa remonta à antiga discussão sobre o fundamento e a natureza dos direitos humanos. De onde vêm os direitos humanos? Serão eles inatos, históricos, positivos, ou derivativos de um sistema moral? Para Piovesan<sup>244</sup>, trata-se de fruto da história, posto que não são um dado, senão um construído ou uma invenção humana. Já Bobbio enxerga os direitos humanos de maneira multifacetada, vez que, para ele<sup>245</sup>, os direitos humanos nascem como direitos naturais e universais, se desenvolvem como direitos positivos e encontram plenitude como direitos positivos universais.

De fato, a Carta das Nações Unidas de 1945 diz ser o encorajamento ao respeito aos direitos humanos sua razão de existir, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 traz a definição de direitos humanos como sendo os civis e políticos, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais.

---

<sup>244</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito penal constitucional internacional**. 12 ed. Rev. E atual. - São Paulo : Saraiva, 2011, p. 167.

<sup>245</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2004, p. 18.

Jorge Miranda<sup>246</sup> alude ao fato de que parte da doutrina considera a Declaração de 1948 como recomendação mas para Piovesan, trata-se de norma com força jurídica obrigatória e vinculante<sup>247</sup>.

É interessante a distinção entre direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais. A ela alude Cuéllar<sup>248</sup>, que afirma que os direitos humanos são uma conjunção de direitos naturais e direitos civis, após fazer referência à discussão entre positivistas e naturalistas. Acresce ainda que há uma tendência a considerar como “direitos fundamentais” os direitos humanos positivados em âmbito interno.

Discute-se a universalidade ou relatividade dos direitos humanos. Os chamados universalistas entendem que há um padrão mínimo universal a ser respeitado e os relativistas, que o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal<sup>249</sup>. Os universalistas são individualistas, pois que seu ponto inaugural é o indivíduo, livre e autônomo. Já os relativistas são coletivistas, sendo o indivíduo percebido como parte de um todo, e este todo é sobrelevado em detrimento do primeiro.

Donnelly<sup>250</sup> recorda que, em uma tradução livre, os direitos humanos não são definidos como universais no sentido de ocorrerem em todos os lugares, mas sim em três importantes sentidos, quais sejam: virtualmente, todos os estados consideram direitos humanos como firmemente estabelecidos na política e direito internacionais; virtualmente, todas as culturas, regiões e visões de mundo participam de um consenso no reconhecimento desses direitos humanos e este consenso conforma uma universalidade contemporânea de paradigmas de tratamento em favor da dignidade humana, posta por mercados e estados modernos.

Embora Sánchez<sup>251</sup> diga que é discutível a manutenção de um espaço de atuação para o direito penal de terceira velocidade, que ele mesmo identifica com o direito penal do inimigo de Jakobs - e isso diante da delinquência patrimonial profissional, da delinquência sexual violenta reiterada, dos fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo -, o certo é

<sup>246</sup> Apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito penal constitucional internacional**. 12 ed. Rev. E atual. - São Paulo : Saraiva, 2011, p. 205.

<sup>247</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito penal constitucional internacional**. 12 ed. Rev. E atual. - São Paulo : Saraiva, 2011, p. 205.

<sup>248</sup> CUÉLLAR, Jaime Bernal. Bloque de constitucionalidad y derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-56.

<sup>249</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito penal constitucional internacional**. 12 ed. Rev. E atual. - São Paulo : Saraiva, 2011, pp.207-209

<sup>250</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3 ed. Ithaca and London : Cornell University Press, 2012, Part II, 6, p. 4.

<sup>251</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal : aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. rev. e ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 193.

que parece impossível, nas culturas ocidentais, deixar de considerar um indivíduo como pessoa, seja porque este reconhecimento é uma aquisição histórica da qual já não se pode dispor, seja porque a comunidade internacional, por seus organismos públicos ou privados, se reúnem em torno de uma ideia de dignidade humana, ou ainda porque o ser humano, apenas por sê-lo, deve ser tratado como tal.

No Brasil, à vista da miríade de direitos individuais contidos na Constituição da República de 1988, bem como do declarado propósito ali contido de preservação da dignidade humana, pelo menos como norte de atuação, é ainda mais distante a possibilidade de negar-se a um cidadão a qualidade de pessoa, de igual e merecedor de tratamento isonômico. Seja pela impossibilidade de excepcionar completamente direitos fundamentais de dignidade constitucional, seja pela atual conjectura internacional, o direito penal do inimigo em sua vertente literal, ainda que em obséquio a outro direito humano fundamental (o direito à segurança pessoal), não há de ser aplicado.

De fato, na decisão acima citada (*Habeas corpus* nº 2010.006868-7), sobressai a menção do Relator, em meio à densa valoração negativa da conduta do paciente, que este é pessoa (“Acaso permitamos que uma pessoa dessa natureza obtenha o direito de aguardar em liberdade o seu julgamento [...]”) e que a ele é destinado o direito do cidadão, o único direito de que dispõe o ordenamento (“[...] estaríamos ignorando toda a base principiológica que fundamenta a existência do instituto das prisões cautelares, [...]”), com uma base principiológica comum, aplicável a todo e qualquer jurisdicionado. Portanto, até neste caso emblemático, em que a dureza das instâncias de controle social se revelou com exuberância, o paciente foi tratado como pessoa.

E no ordenamento jurídico brasileiro, parece que não pode ser diferente.

Nada obstante, o inverso também há de ser inquirido: até onde se pode ir em defesa das garantias individuais?

### 5.6.2 Garantismo, individualismo e segurança pública

Se o funcionalismo autopoietico de Jakobs causa impressão por seu radicalismo no ponto em que autoriza a desconsideração da condição de pessoa (num conceito próximo de cidadão) a um ser humano, também o garantismo de Ferrajoli é radical e unifocal, podendo constituir, à sua maneira, desrespeito aos direitos humanos. É que, como foi dito alhures, tanto os direitos individuais quanto os sociais são erigidos à categoria de direitos humanos e por ser assim, o direito à segurança pessoal e ao acautelamento da ordem social, razões de ser

do direito social à segurança pública, mencionados desde o preâmbulo da Constituição de 1988, mas também na cabeça do art. 5º e, expressamente, como direito social, na cabeça do art. 6º e como conformadores de um microsistema de proteção arquitetado pelo art. 144 da Constituição da República, também são direitos humanos (o direito à segurança pessoal e individual, como epigrafam as seções, precedentes, é inclusive adjetivado como direito humano dos mais elementares).

A assertiva garantista de que toda e qualquer prisão processual é indevida e, mais ainda, quando não é instrumental em relação ao processo mas sim à ordem pública, parece ignorar por completo o cotidiano de sociedades violentas, como é o caso do Brasil.

Enquanto os individualistas dizem ser, os comunitaristas, ingênuos, por acreditarem que o Estado pode ser bom, estes dizem que os primeiros é que o são fantasiosos, por olvidarem que o homem pode ser mau.

A uma, parece pouco realista a perspectiva de que agentes estatais agem sempre na ânsia de hipertrofiar o próprio poder para escravizar os indivíduos. A duas, parece completamente irrealista que se possa dispensar instrumentos de proteção à comunidade, como as prisões cautelares, por supostamente ferirem a garantia da presunção de inocência, sem que se leve em consideração a necessidade de garantir a segurança individual e a manutenção da ordem social, bem como as consequências que poderiam advir da renúncia à prisão preventiva para salvaguarda da ordem pública.

### 5.7 A via intermédia

Parece certo que a evitação de extremos funcionalistas e garantistas é, por todos os motivos escandidos acima, o caminho para a tutela da ordem pública sem sacrifício indevido dos direitos e garantias individuais.

Nada obstante, há profunda carência, nos julgados do Tribunal de Justiça de Alagoas, de considerações sobre as finalidades e as consequências das decisões proferidas nos acórdãos em *habeas corpus*.

Sobre isso se devota a seção seguinte.

## 6 POLÍTICA CRIMINAL, EFICIÊNCIA E DIREITO PENAL NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS.

### 6.1 Julgados do Tribunal de Justiça de Alagoas, política criminal e eficiência.

Nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas examinados neste estudo não se verificou a abordagem ou a menção direta à utilização do direito penal em prol de determinada política criminal ou às consequências que determinado julgado alcançaria no mundo fenomênico.

Os julgados são caracterizados pela adesão a uma linha protetiva de direitos individuais, em graus de intensidade variáveis, que vão desde a extrema até a discreta proteção ou, ainda, a uma linha protetiva da ordem pública igualmente em graus de intensidade variáveis, na mesma proporção dos primeiros.

Não foi denotada, ainda, uma clara visão sobre a função do direito penal nos julgados em vértice. Oras, menciona-se o direito penal como protetivo do indivíduo, oras, como tutor da ordem pública, oras como voltado à proteção ao bem jurídico, mas de maneira errática. Exemplo maior do que aqui se coloca são os *habeas corpus* nº 2010.001762-8252 e o *habeas corpus* nº 2009.001253-8253, onde o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas tinha a mesma base fática: denúncia não ofertada por cinco meses contados da prisão, no primeiro caso, e por mais de três meses, no segundo caso, sendo que neste foi concedido o *writ* por entender-se demonstrado o constrangimento ilegal e naquele, superado o excesso prazal pelo efetivo oferecimento da denúncia.

A frontal incompatibilidade de alguns dos julgados reclama a declaração, por parte do Tribunal, de qual política criminal tem como norte; quais finalidades são perseguidas ou consequências são esperadas, na esfera social, em decorrência de suas decisões.

---

252 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Habeas corpus*. Alegação de excesso de prazo no oferecimento da denúncia e inocência do réu. Exigência de exame aprofundado de provas. Impossibilidade na via estreita do *writ*. Denúncia já oferecida e devidamente recebida. Conhecimento e denegação da ordem impetrada. Maioria de votos. *Habeas corpus* nº 2010.001762-8. Impetrante Neilton Santos Azevedo. Impetrado Juizes de Direito da 17ª Vara Criminal da Capital. Paciente Tiago José dos Santos. Relator Orlando Monteiro Cavalcante Manso. Acórdão em *habeas corpus* n. 504812010.

253 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Penal. Processual penal. *Habeas corpus* visando o restabelecimento da liberdade do paciente. Suposta prática de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Prisão em flagrante delito. Caracterização do constrangimento ilegal experimentado pelo paciente. Encarceramento por mais de cem dias sem oferecimento de denúncia. Ausência de justificativa para a dilatação do prazo. Liminar deferida. Excesso de prazo configurado. Manifestação favorável do Ministério Público de segundo grau. Ordem concedida em definitivo. Maioria de votos. *Habeas corpus* nº 2009.001253-8. Impetrante Rômulo Santa Rosa Alves. Impetrado Juiz de Direito da 15ª Vara Criminal da Capital. Paciente Geraldo Andrade de Almeida. Relator Otávio Leão Praxedes. Acórdão em *habeas corpus* n. 504312009.

O pragmatismo jurídico e a Análise Econômica do Direito propõem maneiras peculiares de interpretar e aplicar a norma jurídica. Oriundos de países adotantes do chamado de *common law*, direcionam a atividade do jurista para sua interface com a realidade, com ocorrências do mundo fenomênico, desprendendo o direito do sistema adiabático e autocompositivo característico do formalismo jurídico.

O pragmatismo jurídico e a Análise Econômica do Direito, ao determinarem que o jurista considere a realidade que o cerca para bem interpretar e aplicar a norma, pode trazer grande contribuição ao direito penal, potencializando sua eficiência e diminuindo os custos de sua concretização.

Esta seção pretende apontar como possível a adoção de postulados oriundos do pragmatismo e da Análise Econômica do Direito, em sua interface com o funcionalismo ou mesmo com o garantismo, inobstante as dificuldades para a adaptação de tais aportes filosóficos à caracteriologia do sistema de *civil law*.

6.2 Pragmatismo, a dificuldade em sua definição e sua importância para o direito penal e para a sociedade.

Há grande dificuldade na definição de pragmatismo, vez que autores de pensamentos aparentemente antagônicos podem ser apontados como pragmáticos. Diz-se mesmo da impossibilidade de alcançar-se uma definição, podendo-se falar apenas em diretrizes assemelhadas que aproximam determinados pensadores, permitindo sua categorização como pragmático. Segundo Salama<sup>254</sup>,

Não há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do Pragmatismo dos liberais Richard Rorty, Ronald Dworkin (se é que Dworkin é realmente pragmático) e Richard Posner. De fato, o pragmatismo abarca uma variedade de visões que são inconsistentes tanto no nível político quanto no nível jurídico. Cornel West tentou encontrar um denominador comum e supôs ser o pragmatismo jurídico 'um instrumentalismo orientado para o futuro que procura utilizar o pensar como uma arma para permitir ações mais efetivas'.

---

254 SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “direito e economia”?** Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante o profissional e o pesquisador em direito. Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35). Acesso em 15.09.12.

O pragmatismo deriva do consequencialismo, o qual, segundo Posner<sup>255</sup>, está presente nos escritos de Priestley, Beccaria, Hume e outros. O consequencialismo, destarte, remete ao Iluminismo italiano<sup>256</sup>, nomeadamente à obra de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, de 1764. Em tal livro, Beccaria formula um pressuposto utilitarista que influencia Jeremy Bentham<sup>257</sup>, segundo a qual a lei deveria trazer à sociedade a máxima felicidade, dividida pelo maior número. Ao falar especificamente sobre Posner, Salama<sup>258</sup> esclarece que

Posner rejeita a ideia de que o Direito esteja fundado em princípios permanentes e de que seja posto em prática através da sua manipulação lógica. Postula que o significado das coisas seja social e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências. Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério da eficiência.

O pragmatismo encabeçado por Posner (através de sua *Análise Econômica do Direito*), como se pode intuir, se opõe a qualquer espécie de formalismo jurídico. Para ele, a solução de problemas jurídicos não pode ser obtida exclusivamente através da análise de normas e princípios. É imperiosa a interpenetração entre o jurídico e o fático. É necessária a observação dos fatos e a pesquisa empírica para que se obtenha a efetiva pacificação dos conflitos. Catão<sup>259</sup> reforça tal conclusão, ao comentar que Posner vê a si mesmo como pragmatista e sendo o pragmatismo uma concepção empírica da lei, é serena a aceitação da interdisciplinaridade entre direito e economia. Tal visão aproxima Posner de Holmes. Em *The path of law*, ao tratar do homem mal, Holmes<sup>260</sup> insiste que o realmente importante e efetivo no direito é o que se aplica, o que se concretiza, materializando obstáculos e concessões na vida das pessoas. Assim, mais do que as profecias, o corpo de dogmas e previsões sistematizadas a que se chama direito, para Holmes, só adota sua feição final através da sua aplicação pelos tribunais. Aqui, também, evidentemente se rechaça o formalismo como

255 POSNER, Richard A.. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, passim.

256 SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda o Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35). Acesso em 14.09.12.

257 BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação** (trad. Luiz João Baraúna). 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979, passim.

258 SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “direito e economia”? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante o profissional e o pesquisador em direito**. Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35). Acesso em 15.09.12.

<sup>259</sup> CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In IVR World Congress Law Science and Technology, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frandfurt am Main, 2012, pp. 1-19, p. 3.

<sup>260</sup> HOLMES, Jr. Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm). Acesso em 05.04.2014.

entidade principal do conhecimento jurídico, para relega-lo ao papel de coadjuvante necessário à vivência conforme o direito.

Neste ponto, podem parecer incompatíveis o pragmatismo com o garantismo ou o funcionalismo, pois estes dois são formalistas e o primeiro seria, de certa forma, tópico. Contudo, o funcionalismo é profundamente consequencialista, e isso o aproxima sobremaneira da vertente pragmática. Sánchez<sup>261</sup> aponta que desde o surgimento de doutrinas de justificação do Direito Penal fulcradas no princípio *punitur ut ne peccetur*, até construções atuais de autores como Jakobs, o consequencialismo sempre ocupou lugar de destaque. Tampouco parece incompatível o pragmatismo com o garantismo, se o que se deseja é orientar o direito penal para a finalidade protetiva dos direitos individuais.

É preciso deixar claro que o que aqui se quer observar é a necessidade de, ainda que através do formalismo, considerar as consequências dos julgados, de maneira a orientar a adoção de uma corrente de direito penal que corresponda à finalidade de política criminal tida como ideal. Assim, por exemplo, uma vez denotada a finalidade de proteger o indivíduo, deve-se trilhar uma linha garantista e verificar se o desiderato está a ser atingido através de dados empíricos. Ao contrário, se se imagina que o direito penal há de proteger bens jurídicos, a linha pode ser funcionalista-dualista. Pode, ainda, ser adotada a linha do funcionalismo sistêmico se o que se deseja é a proteção do sistema normativo. Ou, ainda, adotar as velocidades do direito penal<sup>262</sup> e modular a intensidade da resposta penal conforme o caso posto sob análise. Mas parece imprescindível ter o direito penal voltado a uma ou várias finalidades explicitadas, conferindo coerência à atividade do Tribunal.

A importância de apurar se considerações sobre eficiência podem desempenhar algum papel no âmbito do Direito Penal reside na utilização de técnicas como a análise custo/benefício para elaborar políticas jurídicas e justificar decisões judiciais<sup>263</sup>, abrindo o discurso jurídico ao sopesamento das consequências econômico-sociais do Direito ou à consideração da eficiência econômica enquanto valor jurídico.

### 6.3 Análise econômica e direito penal.

---

261 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 3.

262 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal** : aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. rev. e ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 176 e ss.

263 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 1-2.

A dogmática da teoria do delito, na verdade, parte de postulados teleológicos, criando um ambiente propício para considerações de eficiência<sup>264</sup>. Embora o consequencialismo no direito penal encontre opositores, o pensamento consequencialista mais difundido, no direito penal, tem sido o funcionalista e não o de análise econômica. Nada obstante, o debate entre principialistas e consequencialistas é, portanto, atual e avulta o interesse na análise econômica aplicada ao direito penal.

A análise econômica do direito<sup>265</sup> é um movimento metodológico surgido na década de sessenta do século passado, que busca aplicar modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do direito.

O movimento<sup>266</sup> foi fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, não sendo hegemônico, senão composto por múltiplas escolas e orientações, que têm como fator comum a introdução do ponto de vista econômico como norte interpretativo, a par das interpretações estritamente jurídicas.

Inicialmente atrelado ao chamado Direito da Concorrência, o chamado *Law and Economics* findou por espalhar-se para outros ramos do direito, sendo aplicado em temas como responsabilidade civil, contratos, direito penal, de família, entre outros<sup>267</sup>.

Análise econômica não se confunde com utilitarismo, segundo Posner<sup>268</sup>, justamente pelo fato de seus mais acerbos críticos o acusarem de ser utilitarista. Ele começa por apregoar que a economia é um ramo da atividade intelectual distinto do utilitarismo filosófico, com vocabulário próprio e metodologia específica. Depois, indica a incerteza quanto à extensão do campo do utilitarismo, indagando se, nele, poder-se-ia levar em consideração a felicidade dos animais. Diz mais que os utilitaristas carecem de um método para calcular o efeito de uma decisão ou política na felicidade total da população relevante. E apresenta a abordagem de Pareto para resolver o que considera o problema da mensuração da satisfação:

À primeira vista, a abordagem de Pareto parece fornecer uma solução ao problema da mensuração da satisfação. Diz-se que uma mudança é Pareto-superior quanto beneficia ano menos uma pessoa sem prejudicar ninguém. Uma mudança desse tipo, por definição, eleva a quantidade geral de felicidade (humana) no mundo. A vantagem

264 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 4.

265 ROSA, Alexandre Morais da. CARVALHO, Thiago Fabres. **Processo Penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 27.

266 ROSA, Alexandre Morais da. CARVALHO, Thiago Fabres. **Processo Penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 27.

267 ROSA, Alexandre Morais da. CARVALHO, Thiago Fabres. **Processo Penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 27.

268 POSNER, Richard A.. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.58- 66.

da abordagem paretiana está a exigir apenas as informações sobre a utilidade marginal, deixando de lado a total. Além disso, parece haver, logo de início, um mecanismo operacional de obtenção da superioridade de Pareto: a troca voluntária que, por definição, deixa ambas as partes em uma situação melhor que aquela na qual se encontravam anteriormente.

Contrariamente, Sánchez<sup>269</sup> posiciona a análise econômica do Direito no plano das correntes utilitaristas. O *law and economics* seria uma forma limitada de utilitarismo, onde o *wealth maximization principle* se dedica a retratar ações, direitos e decisões como valores pecuniários, o que poderia gerar críticas dentre os próprios partidários do utilitarismo. Parece-lhe que o utilitarismo teria maior capacidade de integração de valoração de direitos que a análise econômica.

A Análise Econômica aplicada ao Direito Penal pretende racionalizar políticas públicas, incrementar a eficiência das normas penais, selecionar condutas passíveis de punição e qual a pena a lhes ser aplicada, maximizando o resultado almejado pela sociedade, qual seja, a segurança pública.

Para a análise econômica, o delito é uma classe de atos socialmente indesejáveis. O delito é “conduta ineficiente caracterizada pela transferência puramente coativa de riqueza, realizada à margem do mercado, o que constitui o meio mais eficiente de consignação de recursos”<sup>270</sup>. Fácil constatar a similitude de tal conceito com o de *malum actionis*, de Bentham<sup>271</sup>. Uma vez estabelecido que o delito é um ato ineficiente, a inquirição seguinte é como fazer-lhe frente, de maneira a, pelo menos, reduzir sua frequência.

Como precursor da aplicação da análise econômica ao direito penal, Gary Becker<sup>272</sup>, em ensaio que se tornou referência sobre o tema, apregou que indivíduos em determinadas condições praticam crimes como consequência de uma escolha racional, pautada em um juízo de custos e benefícios.

Essa afirmação é a derivação de uma asserção relevante da teoria de Posner<sup>273</sup>, segundo a qual seres humanos têm a riqueza como aspecto importante de suas preferências, sendo a maximização da riqueza associada ao utilitarismo justamente pelo fato de localizar tais preferências como norte das ações humanas.

---

269 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 7.

270 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 10.

271 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 10.

272 BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy. Columbia University. Disponível em <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

273 POSNER, Richard A.. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 77

O certo é que, para Posner<sup>274</sup>, o criminoso, assim como todas as pessoas, ressalvadas as crianças muito novas ou alguns doentes mentais, é um maximizador de riquezas.

A análise econômica do direito, quando empregada no direito penal, assevera que o autor do fato delitivo é um sujeito racional que calcula os custos e as vantagens que cada ação lhe proporciona<sup>275</sup>. Em vista disso, não visa ela responder por qual razão alguém comete delito, se por fatores oriundos da personalidade ou do ambiente, asseverando que não há diferença estrutural entre o delinquente ou o não-delinquente. Ambos atuam buscando a satisfação dos próprios interesses na maior medida possível. Fatores situacionais é que determinarão a realização, ou não, do fato delitivo.

O criminoso, ao decidir-se pela prática criminosa, faz uma escolha racional, tão racional quanto a escolha do juiz que decide como dar seu voto num determinado caso. Posner alerta que não há necessidade de almejar-se uma satisfação monetária, ao falar-se em maximização de riqueza. Tampouco é necessário que as escolhas racionais se operem num nível consciente, de maneira que, por exemplo, um crime não premeditado e passional ainda assim se enquadraria na definição de ser uma escolha racional que intenta a maximização da riqueza<sup>276</sup>:

Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização da riqueza (de fato, para a maioria das pessoas, o dinheiro é um meio e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente "C na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que 'racional' denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas e que boa parte de nosso conhecimento é tácita.

Contudo, a teoria econômica, alerta Posner<sup>277</sup>, “pressupõe os indivíduos como maximizadores de utilidade em um sentido abrangente e utilitarista. Esta também é uma das razões da frequente confusão entre economia e utilitarismo como sistemas éticos”. O crime, portanto, pode ser percebido pelos criminosos como uma ferramenta para a maximização de riqueza, sendo que tal percepção não necessariamente derivará de prévia meditação, podendo derivar de processos operados fora do nível da consciência, mas nem por isso irracionais. Becker usa a palavra “crime” para abranger práticas violentas e não violentas, como os chamados “*white-collar crimes*”, expressão traduzida como crimes de colarinho branco. Tanto

---

274 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473-474.

275 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 11.

276 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 474.

277 POSNER, Richard A.. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 77

nos crimes violentos como nos de colarinho branco, a decisão de cometer um delito não independe de estímulos e decorre das distinções entre crimes violentos e não violentos que as cominações penais não exercem os mesmos efeitos em determinados grupos<sup>278</sup>. Para Becker<sup>279</sup>,

It is useful in determining how to combat crime in an optimal fashion to develop a model to incorporate the behavioral relations behind the costs listed in Table I. These can be divided into five categories: the relations between (1) the number of crimes, called offenses in this essay, and the costs of offenses, (2) the number of offenses and the punishments meted out, (3) the number of offenses, arrests, and convictions and the public expenditures on police and courts, (4) the number of convictions and the costs of imprisonments or other kinds of punishments, and (5) the number of offenses and the private expenditures on protection and apprehension.

O certo é que a visão do delinquente contrária à da análise econômica concebe-o como sujeito patológico (*homo sociologicus*), figura base das políticas criminais do fim do século XIX e início do século XX.

As críticas à figura do *homo oeconomicus* exposta pela análise econômica centram-se na falta de fundamento das teses clássicas da prevenção geral negativa ou intimidatória<sup>280</sup>. Citam-se os crimes passionais e a delinquência juvenil como exemplos da impertinência desta, vez que seria incompatível com a racionalidade calculista delineada pela análise econômica. Hassemer<sup>281</sup> ressalta que não se pode desprezar a irracionalidade fática das pessoas. A figura do *homo oeconomicus* é considerada demasiado simples. A isso, Sánchez<sup>282</sup> opõe que nunca se pretendeu dizer que o cálculo de custo e benefício é o único fator da decisão de cometer um delito; obviamente, há outros fatores a incidir. Mais: mesmo os autores contrários à tese do delinquente racional concordam que a probabilidade da prisão influi, sim, na decisão de cometer o delito. Por fim, se a relação custo/benefício tem influência, pode-se ofertar ao suposto delinquente alternativas legais mais vantajosas, como aumento da oferta de empregos. Mais difícil é extremar o que pode ser custo e benefício para cada indivíduo. De outro lado, é discutível, em Direito Penal, que tudo se reduz a um preço. Contudo, Sánchez<sup>283</sup> pontua que a

---

278 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 14.

279 BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy. Columbia University. Disponível em <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

280 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 16.

281 Apud SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 17.

282 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 17.

283 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri,

irracionalidade do delinquente, radicalmente concebida, é inaceitável, sob pena de negar a utilidade da prevenção através da criação de normas, só havendo espaço para a inocuidade e para a prevenção especial pelo tratamento. O delinquente é racional, mas tal racionalidade não se reduz a cálculos de custo/benefício, sendo também valorativa. A pena intimida por si, mas também pela mensagem que transmite, quanto à gravidade do fato praticado.

#### 6.4 A aplicação da análise econômica ao direito penal no Brasil.

Estudiosos apontam, dentre as dificuldades na aplicação da análise econômica do direito, especificamente no tocante ao direito penal brasileiro, o fato de tal teoria derivar de países adotantes do *common law*<sup>284</sup>. De fato, as dificuldades se estendem ao pragmatismo como um todo, em razão das posições ocupadas pelos juízes, seja de primeiro ou de segundo grau em relação ao legislador, no direito penal, onde vigora o princípio da legalidade cerrada.

Há de considerar-se, antes de mais nada, diferenças entre a compreensão do papel desempenhado pelo direito penal e processual penal, conforme as perspectivas geradas pelo direito continental e o anglo-saxão<sup>285</sup>. No chamado *civil law*, há uma forte tendência a considerar-se o processo penal como uma garantia individual. O processo penal se voltaria, precipuamente (embora não exclusivamente) à tutela do sujeito passivo da ação penal, o réu. O direito penal e processual penal é percebido, interpretado e ensinado como um instrumento de proteção dos indivíduos em face do poder de punir monopolizado pelo Estado. O direito penal, destarte, prima pela salvaguarda de direitos individuais, em detrimento do interesse social.

A esse respeito, Gisele Cittadino<sup>286</sup> observou que as concepções no direito brasileiro são marcadamente positivistas e voltadas para a defesa da autonomia privada. Esse traço positivista marcaria a obra de autores privatistas e também, publicistas, sendo que em todos eles a defesa do sistema de direitos se associa aos civis e políticos, olvidando os econômicos e sociais, com defesa de democracia mais representativa que participativa. Para ela, a cultura

SP : Manole, 2004, p. 18-19.

284 SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda o Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35). Acesso em 14.09.12.

285 ROSA, Alexandre Morais da. CARVALHO, Thiago Fabres. **Processo Penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 27.

286 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999, p.14.

jurídica brasileira está mais comprometida com o liberalismo, podendo ser associada à matriz política a que pertencem Hayek e Nozick, ao invés daquela que alberga Rawls e Dworkin.

No *common law*, o direito penal, aqui englobado o processo penal, é concebido sob perspectiva coletivista. Os interesses da coletividade sobrelevam o interesse individual. Não se quer, com isso, dizer que há perpasso a direitos individuais fundamentais, senão que os interesses sociais são priorizados em detrimento destes últimos.

Calha advertir que, no *common law*, tal preponderância do interesse coletivo, na interpretação e aplicação do Direito Penal, não pode ser confundido com forma qualquer de autoritarismo, senão como consequência de uma tradição cultural que prima pelo coletivismo.

Apesar de ser adotante do *civil law*, o Brasil, ao aviso de Lênio Luiz Streck<sup>287</sup>, assiste à atuação de setores da doutrina penal e processual penal que prima pela concepção de direito penal como protetor de direitos valores constitucionais de feição coletiva.

Em resumo, verifica-se uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções do direito penal e do direito processual penal a partir do dissenso entre a postura dos juristas liberais, que defendem uma função limitadora do conceito de bem jurídico e tudo o que lhe diz respeito, e aqueles de orientação comunitarista, cuja posição quanto à funcionalidade do direito penal e do direito processual penal assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social.

No sistema legal brasileiro, várias normas aludem a propósitos sociais que devem ser perseguidos quando da aplicação do direito penal. Exemplo disso é o art. 59 do Código Penal Brasileiro. Ali está dito que o juiz, ao quantificar e escolher a pena a ser aplicada, deve cuidar para que ela seja capaz de reprová-lo crime e prevenir sua ocorrência. Aí uma aceção coletivista da aplicação da norma penal. Não se alude, no artigo de lei assinalado, ao direito penal para defesa do condenado, mas para atender aos objetivos sociais de repressão e prevenção da criminalidade.

A par da concepção diversa do papel a ser desempenhado pelo direito penal nos dois sistemas (*civil law* e *common law*), bem como na própria ambiência do direito penal brasileiro, embora com temperamentos como os acima especificados, é certo que o desempenho do legislador, em países adotantes do *civil law*, como é o caso do Brasil, é crucial para a definição de condutas e respectivas penas.

---

287 STRECK, Lênio Luiz. **O princípio da proibição de proteção (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em [www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007\\_05/doutrina/doutrina\\_boletim\\_5\\_2007\\_proporcionalidade.pdf](http://www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf); Acesso em 16 de setembro de 2013.

No campo do direito penal, o protagonismo do legislador tem realce especial, como dito alhures, vez que tal ramo do direito é guiado pelo princípio da estrita legalidade, ou legalidade cerrada, o que retira em muito a liberdade do intérprete na exploração das fronteiras da norma. Com efeito, sem que o legislador pondere dados empíricos e factuais na seleção de condutas e especificação respectiva de penas, no Brasil, torna-se mais delicada a atuação dos intérpretes no fazê-lo, de maneira a efetivamente modificar a base de aplicação da norma, de um campo estritamente formal (os ditames da própria lei) para uma esfera empírica e factual, como recomendado pela abordagem pragmática e pelo funcionalismo penal.

6.4.1 A seleção de condutas e respectivas respostas penais e processuais penais: o papel desempenhado pelo legislador.

A seleção de condutas criminosas e respectivas respostas é feita, inicialmente, pelo legislador, cabendo ao intérprete, num segundo momento, divisar os limites da abrangência da previsão legal. O Brasil, como adotante do sistema do *civil law*, sobreleva a atividade do legislador no momento da escolha das ações a serem alvejadas pelo direito penal, bem como das respostas que lhe serão dispensadas.

A seleção de condutas e os dissensos que gera é parte importante da aplicação da análise econômica ao direito penal e não se pode fugir dela, se o que se deseja é, realmente, extrair contribuição verdadeira do pragmatismo vislumbrado sob tal vertente. E isso porque segundo Posner<sup>288</sup>, “O objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas.” Enfrentando tal ponto (embora não se reportando ao tema específico da seleção de condutas), Posner<sup>289</sup> confessa seu ceticismo quanto à possibilidade de a filosofia moral ter muito a oferecer ao direito em termos de respostas a questões jurídicas específicas ou até de suporte geral. Até mesmo ao defender a liberdade econômica e a maximização de riquezas, Posner<sup>290</sup> deixa de usar uma argumentação moralista, para apontar que a experiência e a história demonstram o triunfo da maximização de riquezas em sociedades democráticas.

A seleção de condutas para fins de criminalização, de acordo com Becker<sup>291</sup>, é especialmente difícil, visto que homens razoáveis podem dissentir frontalmente quanto aos

288 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 520.

289 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 466.

<sup>290</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 516.

291 BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy. Columbia University. Disponível em <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>.

custos e benefícios causados por diferentes atividades. Para alguns, qualquer tipo de atividade capaz de gerar rendimentos tributáveis deveria ser permitido, enquanto para outros, rendimentos obtidos abaixo de um certo limite constituem afrontas a direitos básicos. Para uns, apostas (jogos de azar), prostituição e até aborto deveriam ser permitidos a qualquer um disposto a pagar o preço de mercado, enquanto para outros, apostar é pecado e aborto é assassinato.

Ao comentar as controvérsias sobre o aborto, se se trata de um direito ou de um assassinato, Posner<sup>292</sup> sintetiza seus argumentos sobre a preponderância de dados empíricos e factuais para a avaliação de condutas e imposição de deveres:

Ao criticar os esforços para extrair direito legais de princípios morais numa sociedade de pontos de vista morais tão diversificados quanto a nossa, espero que não se pense que eu esteja exagerando a diferença entre fatos e valores. Se tivéssemos conhecimentos suficientes, muitos de nossos dilemas morais desapareceriam. Se soubéssemos que Deus existe e condena o aborto, estaria encerrado o debate sobre o aborto. Talvez se soubéssemos o número de abortos se mantivesse invariável, ou invariável em grande parte, com a legalidade do aborto, isso também poria fim ao debate; com certeza, reduziria sua intensidade. O debate sobre a pornografia poderia terminar se os efeitos da pornografia fossem conhecidos. O mero fracasso empírico da Lei Seca e do fascismo, para citar duas cruzadas morais passionais do século XX, talvez seja a razão mais importante para o declínio do debate sobre a moralidade; o comunismo pode seguir o mesmo caminho, e pela mesma razão. O debate moral ocorre mais ferozmente numa atmosfera de ignorância factual; é quando as pessoas carecem de conhecimento objetivamente reproduzível que elas se apegam a intuições arraigadas na psicologia e na formação individuais, bem como nas experiências pessoais.”

Veja-se que, de acordo com o posicionamento de Posner, a seleção de condutas como socialmente toleráveis ou intoleráveis ao ponto de se tornarem crimes, deve ser guiada por nortes empíricos, por certezas fáticas. A moral, para Posner, é algo tremendamente subjetivo numa sociedade plúrima, portanto incapaz de gerar diretrizes confiáveis para a reprovação de condutas. Num raciocínio pragmático, Posner apregoa que somente ao se verificar as consequências de uma conduta - no caso, o aborto - ou de uma proibição - caso a Lei Seca -, se poderia constatar de seu proveito para a sociedade ou não.

Tal significaria que uma conduta, como o aborto, não seria má em si mesma, para fins penais. Não mereceria uma reprovação apenas por ser exatamente o que é. Mereceria uma reprovação se e quando esta trouxesse algum proveito para a sociedade, posto que, à vista de determinados fatos, seria mais vantajoso permiti-la que criminalizá-la.

---

Acesso em 29 de setembro de 2012.

292 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 471.

Posner acredita que as categorizações, segundo ditames morais, de condutas ontologicamente consideradas, são apenas aparentes ou retóricas. A racionalidade e precisão de seus argumentos é persuasiva<sup>293</sup>.

Contudo, pelo menos nas condições atuais de nossa sociedade, de relativo conforto, a consideração para com a liberdade individual parece transcender as considerações de natureza instrumental; a liberdade parece ser valorizada em si mesma, e não por sua contribuição à prosperidade ou pelo menos, parece ser valorizada por razões que escapam ao cálculo econômico. A sociedade fica realmente mais próspera, num sentido utilitarista ou de maximização de riqueza, em resultado das salvaguardas procedimentais extraordinariamente meticulosas que a Declaração de Direitos e Garantias oferece aos réus criminais? Não há certeza quanto a isso. Os direitos das minorias serão capazes de maximizar o bem-estar quando o que está em questão é uma pequena minoria? Isso também não fica claro, como mostrou o exemplo dos rastafáris há pouco citado. As principais razões pelas quais essas instituições são valorizadas não parecem ser de natureza utilitarista, nem mesmo instrumental. De que razões se trata é algo que está longe de ficar claro; de fato, 'razão não instrumental' é quase um oxímoro. E, como sugeri, certamente não estamos dispostos a pagar um preço infinito, talvez nem mesmo um alto preço, pela liberdade.

Os argumentos de Posner remetem à indagação sobre se direitos valem por si, é dizer, são intrinsecamente valiosos, ou devem ser relativizados de acordo com as consequências sociais de sua criminalização. De fato, muitos apontam vínculo entre as bases do direito penal e a ética *kantiana* dos princípios. De acordo com este ponto de vista, o direito penal conformaria um sistema fechado e apriorístico, o que excluiria qualquer consideração sobre eficiência<sup>294</sup>. Em se adotando a recomendada por Posner e pelos consequencialistas em geral, estar-se-ia negando valor intrínseco a uma gama de direitos, pelo menos no que concerne à sua subsunção à proteção jurídica vertida pela norma penal.

O Brasil tem inúmeros exemplos de normas penais que criminalizam condutas por razões apartadas de qualquer dado empírico ou factual. E não é menos verdade que, a par da força dos argumentos expostos por Posner, quanto à prevalência de argumentos empíricos e dados fáticos a orientar a avaliação de condutas, até mesmo para tratá-las como lícitas ou criminosas, é certo que o desprendimento absoluto de critérios fornecidos por um senso moral comum parece algo bastante desafiador.

A isso (desprezo de argumentos morais na avaliação ou criminalização de condutas), soma-se o fato de que o próprio legislador é, também, um maximizador de riqueza e como tal, pretenderá atender ao interesse público a fim de ser eleito e reeleito<sup>295</sup>. O legislador,

293 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 509.

294 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 3.

295 POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 474.

maximizador de riqueza que é, atua motivado pela satisfação de seus próprios interesses. Em assim sendo, a seleção de condutas criminosas, em esfera legislativa, estará bastante inclinada a atender ao que o legislador entende como a posição mais consentânea à aprovação popular.

Nada obstante, há exemplos de leis, no Brasil, moldadas a partir de dados da criminalidade e da caracteriologia de certos crimes, segundo demonstrado por estatísticas colhidas ao longo de anos. Foi o que ocorreu com a chamada Lei Maria da Penha. Referida Lei foi construída a partir de dados sobre a violência doméstica contra a mulher e seu comportamento no bojo das ações penais. Ao constatar que as mulheres tendiam a interromper o andamento das ações contra seus agressores, por motivos que as colocavam numa posição de sujeição econômica e emocional, e que tal comportamento perpetuava a cadeia de agressões, a Lei retirou o crime de lesão corporal da esfera de disponibilidade da vítima. O crime de lesão corporal não mais é apurado através de ação penal condicionada à representação, mas sim de ação penal pública incondicionada.

É inegável que a feitura de leis de acordo com dados empíricos colhidos do cotidiano brasileiro potencializaria a eficiência da norma penal e processual penal. Assim, mesmo sem pretender afastar qualquer critério moral para a seleção de condutas alvos do direito penal, parece indiscutível que o pragmatismo e a análise econômica fornecem nortes valiosíssimos ao legislador, quanto à necessidade de conhecer o fenômeno criminoso e, só então, criar leis que se adequem à realidade, de forma a maximizar sua eficiência na contenção das cifras criminais.

A mensagem tem um valor especial para o Brasil, conhecido por “importar” diplomas legais e teorias de outros países, sem cotejá-los com as peculiaridades locais. O pragmatismo e a análise econômica propõem o conhecimento da realidade local e o estudo de experiências pretéritas no intuito de lastrear ações previsíveis orientadas aos fins desejados, que no caso do direito penal e do processo penal, seria a punição eficaz, com diminuição colateral dos números criminais.

.4.2 A valoração de condutas e respectivas respostas penais e processuais penais: o papel desempenhado pelo julgador.

Até aqui, pontuou-se que o Brasil, como adotante do sistema denominado *civil law*, defere ao legislador penal certo protagonismo na escolha de condutas a serem reguladas pelo direito penal, bem como das respostas que podem ser dadas a tais ações. O legislador brasileiro, tradicionalmente, não adota diretrizes pragmáticas para a feitura das leis, embora

haja exemplos de normas penais criadas a partir de dados empíricos, o que é de todo recomendável.

No cenário brasileiro atual, entre leis criadas maciçamente sob vertentes não pragmáticas, e mesmo no sistema de *civil law*, onde a atividade do legislador condiciona mais intensamente a do julgador, o juiz criminal pode “C e tudo recomenda que o faça - valer-se princípios pragmáticos, e das contribuições do funcionalismo penal, para racionalizar e maximizar a eficiência da aplicação da norma penal.

O passo inaugural, ao que tudo indica, é a eleição, pelo julgador, do norte político-criminal que entende como devido. Tal norte não deve ser eleito de outro modo, senão da consideração dos valores albergados pelo sistema normativo, especialmente a Constituição da República.

Alvitra lembrar que, segundo a posição perfilhada ao longo desta pesquisa, a Constituição acolhe com igual peso e dignidade, em abstrato, direitos individuais e coletivos, sendo defeso ao julgador olvidar o valor constitucional “segurança”, importando relembrar que, ao aviso de Luciano Oliveira<sup>296</sup>,

[...] Na verdade, tão raramente nos lembramos disso que seria o caso de perguntar se algum dia “soubemos” de tal coisa “C isto é, que a *segurança, a segurança pessoal, é um dos direitos humanos mais importantes e elementares.* [...] E no entanto, esse é um direito meio esquecido. No mínimo, pouco citado. Ou, então, citado em contextos onde o titular dessa segurança pessoal aparece sempre como oponente de regimes ditatoriais atingido nesse direito pelos esbirros de tais regimes.

Sem embargo, o julgador poderá extrair do sistema a interpretação de que os direitos individuais são a razão de ser do direito penal, mas tal posição deve ser justificada à vista da Constituição Federal de 1988, o que parece bastante discutível em virtude dos comandos punitivos tratados no decurso deste estudo. Igualmente poderá eleger a defesa dos bens jurídicos ou a proteção ao sistema normativo ou a modulação em velocidades como possíveis razões de existência e emprego do direito penal. Contudo, em todas as hipóteses, deverá justificar sua posição e pautar seus julgados de acordo com tal diretriz, de forma coerente.

Em todas as hipóteses, naturalmente, deverá enfrentar os problemas de integração entre consequencialismo, eficiência e garantias, que podem ser resumidos em duas indagações

---

296 Apud STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal:** superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em [www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007\\_05/doutrina/doutrina\\_boletim\\_5\\_2007\\_proporcionalidade.pdf](http://www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf); Acesso em 16 de setembro de 2013.

principais, a saber, se a eficiência para atingimento do norte divisado pelo direito penal abriga garantias ou é limitada por elas.

Inolvidável que, para o *law and economics*, a eficiência prevalece sobre os outros fins jurídico-políticos. A par disso, a eficiência tem limites como critério ético. Nada obstante, é equivocada a postura de repúdio da relevância político-criminal de análises de custo benefício.

Observe-se que o direito penal, ao se colocar como *ultima ratio*, alberga no princípio da subsidiariedade um forte apelo à noção de eficiência. Esta última, para Silva Sánchez, pode ser parâmetro para dirimir as tensões entre a consecução dos fins do direito penal e as garantias jurídico-penais:

De minha parte, e ainda que pese o dilema apresentado nas páginas anteriores, inclino-me por aceitar, em princípio, a possibilidade de que um princípio de eficiência possa ser suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Estado. Todavia, isso pressupõe o repúdio de uma interpretação tecnocrática do juízo de eficiência, para poder sustentar a abertura deste juízo à sociedade, a fim de permitir a autêntica integração em seu seio dos princípios de garantia. Assim, torna-se imprescindível sair da ideia limitada de eficiência (impraticável neste ponto) para conhecer o valor que, no contrato social, assinalou-se a todos e a cada um dos direitos ou princípios de garantia jurídico-penais: quais vantagens associam-se à sua vigência e que custos implica sua privação

Para este estudo, entretanto, o inadiável é a racionalização da atividade jurisdicional, a partir da explicitação fundamentada dos propósitos do direito penal e processual penal, tendo como norte o sistema normativo-constitucional brasileiro, seus fins e a coerência da atuação judicante em relação a estes.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em Direito é alvo frequente de críticas que põem em questão sua própria cientificidade.

Com o escopo de produzir conhecimento novo, verificável e objetivo, além de contrastado, o pesquisador em Direito tem sido conclamado a aliar o estudo do conteúdo das fontes bibliográficas à pesquisa empírica.

Em um tal cenário, este estudo primou pelo exame de decisões proferidas em *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, como maneira de observar, na *praxis* judicial, a influência da teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli<sup>297</sup>, com verificação da superfetação da proteção de direitos individuais ou, em contrapartida, a tutela prevalente da vigência das normas ou de bens jurídicos diversos dos direitos individuais, como a segurança pública, o que demonstraria uma aproximação, ainda que não deliberada, ao ideário do funcionalismo penal<sup>298</sup>, e por consectário, de uma atuação consequencialista<sup>299</sup> e assim, pragmática.

Segundo Lorena Freitas (informação verbal)<sup>300</sup>, quando da pesquisa com esteio em decisões judiciais, o pragmatismo como método significa que a decisão figura como protagonista e o debate teórico, como coadjuvante. A hipótese que se quer testar é prática e a categoria teórica, portanto, ocupa papel secundário, ainda que não menos relevante, visto que, ao aviso de Oliveira<sup>301</sup>, a pesquisa empírica não se aparta de referenciais teóricos, os quais, ao contrário, lhe garantem significação.

Para o pragmatista, a observação sobre o funcionamento de certo objeto permite inferir o que ele é; só o exame prolongado, no caso desta pesquisa, sobre o funcionamento do Tribunal, poderá responder à indagação sobre seu cariz garantista ou antigarantista, independentemente do discurso que propale. A aplicação prática dos preceitos teóricos do garantismo é que revelará se o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas pode ser, ou não,

---

297 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

298 GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000.

299 SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004, p. 3.

300 Aula ministrada no Mini-Curso “Realismo Jurídico e Método Pragmático”, ocorrida em 13 de agosto de 2013, na Universidade Federal de Alagoas.

301 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito** (UFPE), v. 13, p.299-330, 2003.

considerado garantista ou funcionalista, em qualquer das inúmeras vertentes do funcionalismo.

Ocorre que o método pragmático, ao aviso de Lorena Freitas (informação verbal)<sup>302</sup>, não é guarnecido por um protocolo, firmado em etapas minimamente definidas, para observação da realidade enfocada pelo pesquisador, a fim de extrair ou testar hipóteses.

Portanto, esta pesquisa lança mão de práticas adotadas pela análise de conteúdo tal como proposta por Laurence Bardin<sup>303</sup>, a fim de assistir, auxiliar, sistematizar e tornar clara a análise pragmática levada a efeito ao longo do estudo.

No estudo em relevo, partiu-se do objetivo, que era verificar uma orientação garantista ou antigarantista do Tribunal de Justiça de Alagoas. Em seguida, criaram-se as hipóteses. São três: 1<sup>a</sup>) o Tribunal possui orientação garantista; 2<sup>a</sup>) o Tribunal possui orientação antigarantista; 3<sup>a</sup>) o Tribunal possui orientação errática, ora pendendo para o garantismo, ora para o antigarantismo; e só depois foi escolhido o material.

Advertência intransponível para a compreensão desta pesquisa é a de que a classificação das decisões ou da orientação geral do Tribunal como antigarantistas não significa, em nenhuma hipótese, que há nos julgados a supressão a direitos individuais ou qualquer forma de hostilidade ao sistema protetivo individual trilhado pelo garantismo. Decisão antigarantista, para este estudo, é aquela que sobreleva outros valores, que não a estrita proteção do sujeito passivo da lide penal, como base para a decisão em *habeas corpus*. É chamada antigarantista para fins puramente didáticos, eis que são tantas as correntes funcionalistas ou pragmáticas a considerar como perfilhadas, em tal hipótese, que “antigarantista” foi a única expressão capaz de açambarcar todas elas.

É possível conformar uma visão nítida do garantismo “de Ferrajoli”, como uma teoria que visa limitar o poder e a atuação das instâncias de controle social estatal, através da interpretação restritiva dos tipos penais, com recorrência incessante à empiria e ao convencionalismo em detrimento de qualquer busca pela verdade real. É defeso ao intérprete e ao aplicador do direito, segundo a teoria do garantismo penal criada por Ferrajoli, lançar mão de juízes valorativos em prol da sociedade. Isso só seria possível em apanágio à proteção dos direitos individuais. Daí que o garantismo eleva os direitos do indivíduo a um patamar superior a quaisquer outros de natureza coletiva ou transindividual, de maneira que a proteção aos direitos individuais fundamentais são encargo e fim do Estado.

---

302 Aula ministrada no Mini-Curso “Realismo Jurídico e Método Pragmático”, ocorrida em 13 de agosto de 2013, na Universidade Federal de Alagoas.

303 BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Editora Edições 70. Lisboa, 2009, passim.

Portanto, sempre que se estiver, quando da análise dos acórdãos, diante da presença de menções diretas ou contextuais à tutela de direitos fundamentais individuais, cujos indicadores serão alusões a ilegalidades praticadas pelas autoridades apontadas como coatoras nas decisões em *habeas corpus*, imantadas pela finalidade, que é a defesa dos direitos fundamentais individuais, classificar-se-á a decisão como garantista.

Ainda segundo Ferrajoli<sup>304</sup>, ofende ao sistema garantista, informado pelo princípio da legalidade estrita, qualquer tipo penal ou motivação de decisão judicial que utilize como fundamentos elementos insusceptíveis de controle empírico, como verdadeiros ou falsos, válidos ou inválidos. Assim, alusões a atos hostis, reprováveis, perigosos, que não se subsumem a verificações de falseabilidade mas tão somente a valorações, não sendo como tais vem verdadeiros nem falsos, indicam um sistema que se afasta do garantismo ou que é antigarantista.

Assim, para a pesquisa em vértice, sempre que a análise dos textos contiver menções diretas à periculosidade do agente, imantadas pelo desiderato da defesa da ordem pública ou de outros bens jurídicos diversos da proteção dos direitos individuais do sujeito passivo da lide criminal, estas expressões e finalidades serão tomados como índices, e a decisão em *habeas corpus* será classificada como antigarantista, sempre reiterando a advertência feita logo acima.

Após a análise das cinquenta e nove decisões selecionadas, concluiu-se que vinte e oito delas foram consideradas como garantistas, vinte e quatro como não garantistas e oito como insusceptíveis de classificação em um ou outro quadrante (tais decisões serão referidas como “inclassificáveis”). Seja pela pouca expressiva maioria de decisões com inspiração garantista (apenas quatro a mais), seja pela ausência de maiorias expressivas em se tomando as decisões ano a ano, não é possível afirmar que o Tribunal de Justiça de Alagoas se volta, indubitavelmente, em um ou outro sentido. Essa conclusão é confirmada seguramente no decurso do estudo, ao verificar-se que sobre uma base fática similar, o Tribunal de Justiça de Alagoas tomou decisões opostas.

Observa-se que, em algumas decisões, o Tribunal adere com intensidade ao ideário garantista, negando-se a valorar condutas através de critérios não falseáveis e optando por examinar apenas aspectos formais da decisão que decretou a prisão, ou aplicando com vigor o princípio do mínimo sofrimento ao desviante. Decisão revisora de prisão decretada em processo cível, permite considerações acerca da teoria do garantismo em esfera processual

---

304 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. Rev. E ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 93.

civil pátria e o clímax do acatamento do garantismo é atingido quando o Tribunal, em voto-vista, reconhece como legítima a fuga de um paciente, por considerá-la autêntica manifestação do direito de resistência. Em paralelo, denota-se que as discussões sobre o garantismo muitas vezes partem de posições políticas e não jurídicas, o que alerta para a necessidade de depurar-se o debate.

Além da atenção de discursos políticos em debates jurídicos, qualquer análise sobre o garantismo, no Brasil, deve abordar explicitamente as peculiaridades de sua Constituição Federal, mais especificamente os mandamentos constitucionais de criminalização. Examinando o conteúdo de decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e mesmo do Supremo Tribunal Federal, é difícil encontrar referências às imposições constitucionais criminalizadoras. Trata-se de normas de dignidade constitucional que relegam ao direito penal o trato de determinadas lesões a bens jurídicos constitucionalmente sobrelevados. Não podem, portanto, se ignoradas, tampouco excepcionadas sem justificação compatível com sua importância, enquanto elemento fundante de todo o sistema normativo.

A maneira acrítica pela qual os doutrinadores brasileiros receberam o garantismo, ignorando, na interpretação de seus postulados, as imposições constitucionais criminalizadoras que peculiarizam a Constituição Federal de 1988, revelam o desconhecimento dos remetentes em relação ao que realmente apregoa o garantismo.

O garantismo não é a interpretação das normas infraconstitucionais de acordo com as constitucionais, simplesmente. Não é, e quem o diz é o próprio Ferrajoli, uma vertente do neoconstitucionalismo. É, antes e acima de tudo, um sistema de maximização de liberdades individuais em detrimento do poder estatal, mais parecendo uma nova roupagem do liberalismo clássico, de cunho marcada e notadamente positivista, que, antagonicamente, o neoconstitucionalismo buscou e busca superar.

No garantismo de Ferrajoli, há proposição de puro positivismo quando se trate da atuação estatal, e antipositivismo, se tal for necessário para beneficiar a atenuação de responsabilidades e de penas. Aí um antagonismo difícil de justificar, quando se tem em mente que Ferrajoli se propõe a criar um sistema.

Uma indagação metateórica há de ser levantada, pois o sistema traçado por Ferrajoli pretende dar influxo a considerações metajurídicas em benefício dos indivíduos, mas não em benefício do Estado. Assim, a pergunta é se, na experiência brasileira, em que a Constituição contém princípios punitivos e garantistas, só estes é que devem vigor, quando da interpretação das normas infraconstitucionais de acordo com os axiomas detentores de dignidade constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o modelo normativo brasileiro é garantista, por estabelecer um sistema protetivo de direitos e garantias individuais. Contudo, a colocação da atividade jurisdicional brasileira como “garantista”, pelo Supremo Tribunal Federal, não está a permitir as distinções propaladas na obra de Ferrajoli, vez que os julgados do Supremo Tribunal Federal, pelo menos de maneira expressa, não concedem ao intérprete a liberdade de lançar mão de juízos advindos da moral apenas em apanágio às liberdades e garantias individuais. Com efeito, recente julgado do Supremo Tribunal Federal faz verdadeiro alerta quanto a qualquer exagero garantista. Temperamentos garantistas, segundo tal recente julgado, devem ser feitos de maneira parcimoniosa, de forma a evitar a subversão do sistema normativo posto, ao custo de desfigurar-se o estrutural normativo penal, sob a condenável premissa de que toda restrição à liberdade ofende direitos fundamentais individuais.

Nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas examinados neste estudo não se verificou a abordagem ou a menção direta à utilização do direito penal em prol de determinada política criminal ou às consequências que determinado julgado alcançaria no mundo fenomênico.

As sociedades e os grupos sociais impescindem de mecanismos de controle social, de maneira a garantir a inserção de seus membros em uma disciplina cotidiana que propicie aos indivíduos a livre fruição de uma existência digna. A tutela da paz social é instrumento de salvaguarda de direitos individuais, visto os homens só podem viver dignamente com aparato mínimo que lhes garanta sua incolumidade física e patrimonial.

Ao atentar para os pontos mais relevantes do funcionalismo penal, infere-se a conformação de certos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas com suas premissas, compreendendo o direito e o processo penal como instrumentos de tutela da vigência das normas através da noção de proteção da ordem pública. Há elaboração de juízos de prognóstico voltados à prevenção da prática criminal, o que constitui uma estratégia própria do direito penal de terceira velocidade ou direito penal do inimigo. Contudo, em nenhum julgado analisado o Tribunal nega ao sujeito passivo da lide penal a condição de pessoa, o que de resto parece impossível de ser levado a efeito, sempre sob as peculiaridades do sistema normativo pátrio. Aliás, negar a alguém a condição de pessoa é contrariar a concepção universalista dos direitos humanos.

Não se pode olvidar, contudo, que a segurança pessoal é um importante direito humano, e sua defesa não deve ser atribuída a posições totalitárias.

Parece certo que a evitação de extremos funcionalistas e garantistas é, por todos os motivos escandidos acima, o caminho para a tutela da ordem pública sem sacrifício indevido dos direitos e garantias individuais.

Sem embargo, o julgador poderá extrair do sistema a interpretação de que os direitos individuais são a razão de ser do direito penal, mas tal posição deve ser justificada à vista da Constituição Federal de 1988, o que parece bastante discutível em virtude dos comandos punitivos tratados no decurso deste estudo. Igualmente poderá eleger a defesa dos bens jurídicos ou a proteção ao sistema normativo ou a modulação em velocidades como possíveis razões de existência e emprego do direito penal. Contudo, em todas as hipóteses, deverá justificar sua posição e pautar seus julgados de acordo com tal diretriz, de forma coerente.

Em todas as hipóteses, naturalmente, deverá enfrentar os problemas de integração entre consequencialismo, eficiência e garantias, que podem ser resumidos em duas indagações principais, a saber, se a eficiência para atingimento do norte divisado pelo direito penal abriga garantias ou é limitada por elas.

Para este estudo, entretanto, o inadiável é a racionalização da atividade jurisdicional, a partir da explicitação fundamentada dos propósitos do direito penal e processual penal, tendo como norte o sistema normativo-constitucional brasileiro, seus fins e a coerência da atuação judicante em relação a estes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. - São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.); BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coord). **O projeto do novo código de processo civil: 2ª Série - estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador : Juspodivm, 2012, pp. 363-409.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª edição, rev. - São Paulo. Malheiros Editores, 2010.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. - Lisboa : Edições 70, 2009.

BARATTA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales**. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 2, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011.

BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of Political Economy. Columbia University. Disponível em <http://www.wv.uni-magdeburg.de/bizecon/material/becker.1968.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. 2ª ed. - São Paulo: Abril Cultural.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1**. 10. ed. - São Paulo, Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3 ed. Ithaca and London : Cornell University Press, 2012.

CARDOZO, Benjamin. **The nature of the judicial process**. Disponível em [http://www.constitution.org/cmt/cardoza/jud\\_proc.htm](http://www.constitution.org/cmt/cardoza/jud_proc.htm). Acesso em 06.04.2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 3ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Law and Economics Consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Homes Jr. In **IVR World Congress Law Science and Technology**, número 25, 2011, Frankfurt am Main. Paper series . Frankfurt am Main: Goethe University Frankfurt am Main, 2012, pp. 1-19.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.

COSTA, Paulo H. S.; SILVA, Mariluze Ferreira de A. O método pragmático de Charles S. Peirce. **Revista Eletrônica Metávoia**, São João Del-Rey/MG, n.13, 2011, pp. 19-32, disponível em <<http://www.ufsj.edu.br/revistalable>>, acesso em 11 de setembro de 2013.

CUÉLLAR, Jaime Bernal. Bloque de constitucionalidad y derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-56.

DEWEY, John. **Experiência e natureza**. Col. Os pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1974.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: Ferrajoli, Luigi, Streck, Lénio Luis, Trindade, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. – Porto Alegre : Livraria do Advogado. Pp. 8-68.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** : teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito.** 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

FREUND, John E. **Estatística aplicada: economia, administração e contabilidade.** 11ª ed. – Dados Eletrônicos. Porto Alegre : Bookman, 2007.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (in cura di). **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli.** Torino: Giappichelli, 1993.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - São Paulo, v. 8, n. 32, p.120-163, out./dez.. 2000.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, nº 07. Maio-Agost0 de 2011, pp. 97-123. Disponível em [http://revistaliberdades.org.br/\\_upload/pdf/8/artigo4.pdf](http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/8/artigo4.pdf). Acesso em 29.09.2013

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999.

GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (in cura di). **Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli.** Torino: Giappichelli, 1993.

HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba : Juruá Editora, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** - United States of America, Start Publishing LLC, 2012

HOLMES, Jr. Oliver Wendell. **The Path of the Law.** Disponível em [http://www.constitution.org/lrev/owh/path\\_law.htm](http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm). Acesso em 05.04.2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo : noções e críticas.** 4ª ed. atual. e ampl. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.

JAKOBS, Günther. Personalidad y exclusión em derecho penal. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 72-90.

JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri : Manole, 2003.

JAMES, William. **What pragmatism means**. Disponível em <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/us/james.htm>. Acesso em 27.09.2013.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. - São Paulo : Saraiva, 2012.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In: LYNETT, Eduardo Montealegre(Coord.). **El funcionalismo en derecho penal** - livro homenagem al profesor Günther Jakobs, vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 29-30.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

MIRSHAWKA, Victor. **Probabilidade estatística para engenharia**. São Paulo : Nobel, 1978.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8a. ed., rev., atual. e ampl. Col. Ciências Criminais vol. 5. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais**. - São Paulo. WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. - rev. , atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito (UFPE)**, n. 13, Recife, 2003, p.299-330.

OLIVEIRA, Luciano. Segurança: Um direito humano para ser levado a sério. In : **Anuário de Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, n.11. Recife, 2000, pp. 244/245.

PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideas clear.** Disponível em <http://www.peirce.org/writings/p119.html>. Acesso em 12.09.2013.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo:** uma proposta hermenêutica da decisão penal – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito penal constitucional internacional.** 12 ed. Rev. E atual. - São Paulo : Saraiva, 2011

POSNER, Richard A.. **A Economia da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A.. **Problemas de Filosofia do Direito.** - São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil:** apresentação do debate. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2788, 18fev. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18526>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. CARVALHO, Thiago Fabres. **Processo Penal eficiente e ética da vingança:** em busca de uma criminologia da não violência. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social:** princípios de direito político. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda o Eficientismo na Obra de Richard Posner.** Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35). Acesso em 14.09.12.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “direito e economia”?** Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante o profissional e o pesquisador em direito. Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35). Acesso em 15.09.12.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal** : aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª ed. rev. e ampl. Col. Direito e ciências afins V. 6.- São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Col. Direito e ciências afins V. 7. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e direito penal**. Estudos de Direito Penal vol. 11. - Barueri, SP : Manole, 2004.

SANTAELLA, Lúcia. Contribuições do pragmatismo de Peirce para o avanço do conhecimento. **Revista de Filosofia**. Curitiba, volume 16, n. 18, pp. 75-86, jan./jun. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2010.

SOUTO, Cláudio, SOUTO, Solange. **Sociologia do direito: uma visão substantiva**. 3 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**. O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em 13.04.2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em [www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007\\_05/doutrina/doutrina\\_boletim\\_5\\_2007\\_proporcionalidade.pdf](http://www.prr5.mpf.mp.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_proporcionalidade.pdf); Acesso em 16 de setembro de 2013.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. Disponível em [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/156/98). Acesso em 28 de julho de 2013.

XIMENES, Julia Maurmann . Levantamento de dados na pesquisa em direito - A técnica da análise de conteúdo. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

## ANEXO

QUADRO 1<sup>305</sup>

Ano	Amostra inicial	Acórdãos excluídos	Amostra final	Parte da amostra inicial retida na amostra final
2007	1	0	1	100%
2008	12	2	10	83%
2009	16	2	14	88%
2010	10	1	9	90%
2011	10	0	10	100%
2012	10	2	8	80%
Totais	59	7	52	88%

Ano	Classificação	Decisão				
2007	Garantista	1	100%	Concessão da ordem	1	100%
	Não garantista	0	0%	Denegação da ordem	0	0%
2008	Garantista	8	80%	Concessão da ordem	5	50%
	Não garantista	2	20%	Denegação da ordem	5	50%
2009	Garantista	7	50%	Concessão da ordem	5	36%
	Não garantista	7	50%	Denegação da ordem	9	64%
2010	Garantista	4	44%	Concessão da ordem	3	33%
	Não garantista	5	56%	Denegação da ordem	6	67%
2011	Garantista	4	40%	Concessão da ordem	4	40%
	Não garantista	6	60%	Denegação da ordem	6	60%
2012	Garantista	5	63%	Concessão da ordem	4	50%
	Não garantista	3	38%	Denegação da ordem	4	50%
Totais	Garantista	29	56%	Concessão da ordem	22	42%

<sup>305</sup> Demonstra a relação entre as amostras inicialmente selecionadas e as efetivamente utilizadas.

<sup>306</sup> Demonstra a relação entre a classificação utilizada neste estudo e o conteúdo da decisão analisada, por ano do acórdão.

	Não garantista	23	44%	Denegação da ordem	30	58%
--	----------------	----	-----	--------------------	----	-----

QUADRO 3<sup>307</sup>

Classificação	Decisão		
Garantista	Concessão da ordem	20	68,97%
	Denegação da ordem	9	31,03%
Não Garantista	Concessão da ordem	1	4,17%
	Denegação da ordem	22	95,83%
Totais	Concessão da ordem	21	40,38%
	Denegação da ordem	31	59,62%

QUADRO 4<sup>308</sup>

	Concessão	Denegação	
Garantista	20	9	29
Não Garantista	1	22	23
	21	31	
	Coeficiente de correlação (phi)=		-0,654
	Coeficiente de determinação (phi^2)=		42,8%

QUADRO 5

**Cálculo do coeficiente *phi* de Pearson**

Convenção para tabular 2 variáveis dicotômicas:

A	B	A+B
C	D	C+D
A+C	B+D	

$$\phi = (BC-AD)/\text{RaizQuadrada}((A+B)(C+D)(A+C)(B+D))$$

<sup>307</sup> Demonstra a relação entre a classificação utilizada neste estudo e o conteúdo da decisão analisada, por todo o período considerado no estudo.

<sup>308</sup> Tabulação cruzada das variáveis classificação e decisão e cálculo de correlação entre elas (coeficiente *phi*).