

AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Análisis elaborado desde una perspectiva que entrelaza una teoría penal crítica, contentiva de violencia punitiva así como de los fundamentos de derecho procesal penal constitucional, a partir de mecanismos tendientes a reducir las consecuencias sociales de la pena, frente al incremento de los impulsos inquisitoriales y situaciones excepcionales de poder estatal.

Augusto Jobim do Amaral*

Sumário: 1 *Intróito: firmando o local de fala.* 2 *O Poder de Punir (Menos).* 3 *“Time is Money”: o processo penal e a lógica da eficiência.* 4 *Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional: garantias e formas processuais.* 5 *Palavras finais ou sobre o crivo ético da Alteridade.* 6 *Referências Bibliográficas.*

Resumo: *O discurso constrói-se numa perspectiva de entrelaçar uma teoria penal crítica, contenção da violência punitiva e fundamentos do processo penal constitucional, a partir de mecanismos de atuação tópica, desde as garantias processuais penais, tendentes a reduzir a dor, frente aos agravamentos das pulsões inquisitoriais e dos quadros excepcionais de poderio estatal.*

Palavras-Chaves: *Estado, Constituição, Garantias processuais penais e Alteridade.*

* Advogado; Professor de Graduação e Pós-graduação; Pesquisador do ITEC (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais); Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (PORTUGAL); Especialista em Ciências Penais pela PUCRS; Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e Doutorando em Altos Estudos Contemporâneos pela Universidade de Coimbra (PORTUGAL).

Abstract: *The speech is constructed in a perspective able to interlace a critical criminal theory, containment of the punitive violence and beddings of the constitutional criminal process, from mechanisms of topic performance, since the criminal procedural guarantees, tended to reduce the pain in front of the aggravation of the inquisitorial impulses and the excepcionable pictures of the state power.*

1. Intróito: firmando o local de fala

As opções e as referências devem ser postas claramente. O saber jurídico deve dizer-se a que serve. Ainda que se saiba das falácias de um sistema que se pretende harmônico e coerente, no quadro de uma Constituição republicana, cabe velar por mecanismos que proponham o poder de controlar, limitar, reduzir a força das agências jurídicas de criminalização. Longe estamos de retornar à “ilusão da segurança jurídica” inerentes a um Estado Policial, entretanto trata-se de defender uma resposta minimamente segura no quadro de um Estado Constitucional de Direito. Não se pretende ser politicamente neutro, mas definir de antemão desde um método construtivo e limitador aos impulsos arbitrários do poder de punir. Suma, o que se tenta analisar aqui é a necessidade de não nos submeter à servidão¹ de um Estado legal dogmático.

2. O Poder de Punir (Menos)

A deslegitimação do sistema penal² é um dado da situação operativa inafastável e leva à consideração de que o poder punitivo é sempre

¹ Boétie, com seu *Discours de la Servitude Volontaire* - redigido quando o autor tinha 18 anos de idade em 1548, e publicado completamente em 1557 - já colocava as raízes de uma acepção garantista do poder como tendentemente “mau”, referido no capítulo primeiro, na medida em que, submetido a um senhor, nunca se pode certificar completamente que seja “bom”, pois sua posição lhe possibilita ser “mau” quando quiser. O pior é que este “mau encontro” - nascimento do Estado - (*que mau encontro foi este que pôde desnaturar tanto o homem, o único nascido de verdade para viver francamente, e fazê-lo perder a lembrança de seu primeiro ser e o desejo de retomá-lo?*) faz o homem esquecer que é livre, trata-se de uma servidão consentida, consente-se o seu “mal”, e o mais insensato que é Ele parece não mais senti-lo. BOËTIE, Etienne la. **Discurso da Servidão Voluntária**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 16 e 19.

² A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a

exercido de modo irracional. Assim deve-se trabalhar com as diretrizes de um direito penal constitucionalmente ético e garantidor assumindo plenamente esta realidade de poder. O Direito Penal, e desde sua realidade dinâmica – o processo penal, deve sim conviver, tragicamente, com os transbordamentos do Estado de Polícia (exceção) contido em cada Estado de Direito. Nas palavras de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia³, deve-se programar o exercício do poder jurídico como um ‘dique’, levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os ultrapassam. Procura-se filtrar estas pulsões irracionais reduzindo os danos causados com uma “contra-pulsão jurídica” ao poder punitivo do Estado policial, ou seja, como um claro limite, presente nas sucessivas situações processuais. A postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, deve estar ciente de seu caráter trágico, sempre resistindo ao poder punitivo.

Se o poder punitivo é uma força irracional e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do Estado de Direito, a seleção penal deve ser racional, para compensar – até onde puder – a violência seletiva irracional da torrente punitiva⁴. É a pluralidade de atitudes, nos mais diversos momentos potencializados no acertamento caso penal⁵, segundo a idéia

destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais, não apenas esporádicas de qualquer sistema penal. Nas palavras de Zaffaroni, diz-se que esta postura trata de uma referência teórica sincrética que se chama *realismo marginal*. Primeiramente, que renuncia a qualquer modelo ideal em virtude da urgência em se colocar em marcha a redução da violência punitiva, por outro lado, nunca perde de vista o nosso viés – de país que passou por um simulacro de modernidade – que releva mais nitidamente as características estruturais do sistema penal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Renavan, 1991, p. 174.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I. p. 156.

⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 162.

⁵ Ainda que a dogmática tradicional (Frederico Marques, Tourinho Filho, Ada Pellegrini Grinover, Hélio Tornghi e outros) se incline para a o conceito de lide carnelutiana (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita) com algumas alterações, difundida no Brasil por Liebman no pós-guerra, como conteúdo do processo penal, dividimos o entendimento de Coutinho que vê a jurisdição com função de fazer o acertamento do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu

de salvaguardar a jovem experiência do Estado Constitucional de Direito⁶.

Assim, o discurso que se põe vai no sentido de construir um feixe de elementos, ancorados na constituição, que permita às agências jurídicas um exercício de contenção ao ilimitado, arrasador e estrutural poder punitivo estatal, com o cuidado de que o próprio discurso não ofereça argumentos puramente políticos, assistemáticos e conjunturais. Assim, devem se articular o máximo de dados de realidade que se possa angariar, longe dos “metafisicados homogenizantes” –se quiserem, chamemos de esfera do “ser”– com um discurso progressivamente redutor das violências punitivas com base nos princípios constitucionais e internacionais limitadores – âmbito programático do “devir”.

Entre destroços humanos e institucionais que ficam pelo caminho do sistema penal, entende-se que com o ideário de reduzir danos se estará minimizando o sofrimento produzido pelas mais diversas fontes de arbitrariedade do poder institucional, e se valoriza o que há de vital e construtivo sob a aparência de desumanidade.

Não se busca, de forma alguma, dar novo fôlego a nenhuma teoria da pena – empreender novo esforço na doentia tentativa de legitimá-la –, mas encará-la de maneira agnóstica. Por certo, deve-se retomar o debate do liberalismo penal interrompido pela “polícia positivista” – evidentemente não como uma (re)visita ao museu – contudo para extirpar o

deve ser punido ou não. Caso penal que denota dúvida, incerteza quanto à aplicação da sanção. Foi ao sustentar a noção de lide, no início, que Carnelutti plantou a semente de uma malfadada Teoria Geral do Processo, na medida em que o processo penal passou a ser raciocinado desde uma natureza patrimonial, mercantil, enfim, civilista. COUTINHO, Jacinto. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 140.

⁶ Sem prejuízo de um necessário aprofundamento da temática, o que se quer passar fundamentalmente é o sentido novo adquirido no Estado Constitucional de Direito, com características estruturais próprias, de inúmeros conceitos jurídicos básicos, que tomam vulto renovado ao serem (re)contextualizados. O fator constitucional, sim, impõe uma lógica diversa do então Estado Liberal que o precedeu; põem em cheque as estruturas legais oficiais oriundas de um pensamento descompassado que não encontra mais justificação senão naqueles retrógrados modelos herdados de sistemas totalitários. Por todos, ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1997, p. 09.

germe antiliberal do discurso⁷. Há mais de um século já colocava Tobias Barreto o caráter eminentemente político de qualquer conceito de pena, e em suas clássicas palavras: *quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*⁸.

Nega-se assim o viés declarado e não cumprido das inúmeras teorias de justificação da pena – *vizio ideológico e meta-ético*⁹, pois é a pena uma manifestação fática afastada de qualquer fundamentação jurídica racional, fator que se agrava e contribui para a total deslegitimação do sistema penal, ainda mais quando tratamos da realidade latino-americana.

Traz-se novamente o papel do direito como limite da política, na medida em que o discurso penalístico se afasta da (re)condução/ (re)legitimação de alguma teoria da pena, e como numa guerra, a programação deve obedecer uma estratégia de salvar vidas humanas, similar à tarefa da “Cruz Vermelha”¹⁰ – que evidentemente não tem poder para acabar com os conflitos bélicos. Não mais uma teoria justificante do direito de punir, mas um apanhado teórico-normativo capaz de impor certos limites, com fins específicos de evitar mais sofrimento. Este deve ser o objetivo imediato das agências judiciais de acordo com um discurso que estabelece limites máximos de irracionalidade tolerável. Em certa medida esta será a tarefa do discurso jurídico-

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La rinascita del diritto penale liberale o la ‘Croce Rossa’ giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993, p 386.

⁸ Este é o ponto capital. O defeito das teorias usuais consiste justamente no erro ao considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundamentada. BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: _____. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe: 1926. Obras Completas. t. V, p. 151.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Note Critiche ed Autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli, p. 498-499. Não apenas possuem um vício ideológico e meta-ético, mas antes há uma pura confusão entre os esquemas de explicação de porque se aplicam as penas (porque existe a pena?), com os modelos normativos de justificação (porque deve existir a pena?), ou seja, a assunção da explicação como justificativa e vice-versa. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoria del Garantismo Penal. Madrid: Trota, 1995, p. 324- 328.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La rinascita del diritto ...**, p 393.

penal, mais especificamente quanto ao modelo processual penal de garantias¹¹.

3. “Time is Money”: o processo penal e a lógica da eficiência

O discurso da ambição científico-penal que se trava aqui, capitaneada pelo fenômeno da velocidade¹², no campo processual, reflete-se no

¹¹ CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In: _____. (coord.). *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 30.

¹² Aqui está um sintoma da complexa dinâmica social o qual demanda uma análise mais profícua. Ainda que a aceleração do tempo já pudesse ser detectada aos finais do XVI, ela delineou-se mais claramente a partir do XIX. Como quer Baumer, *a característica mais saliente da vida, nesta última parte do século XIX [1875], é a velocidade (...), e a velocidade, embora fosse excitante, restringia o lazer, que permitia que os homens refletissem sobre o valor e finalidade do que faziam* (BAUMER, Franklin L. *O pensamento Europeu Moderno*. Vol. II (séculos XVIII e XIX), p. 16). Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990). Assim, Virilio, um dos primeiros a levantar e aprofundar a questão do ‘dromos’ social (“corrida”, “curso”, “marcha”), afirma que hoje esta lógica foi tomada como referência absoluta, como equivalente geral. *A violência da velocidade tornou-se, simultaneamente, o lugar e a lei, o destino e a destinação do mundo* (VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 137). Passamos habitar o ‘não-lugar’ - negação do espaço pela “posse” do tempo que estreita a distâncias. O homem ocidental pôs-se superior em função da velocidade, ainda que isto nada tenha a ver com o que se convencionou chamar de progresso humano e social. Seja no genocídio colonial ou no etnocídio, o humano é efetivamente o ‘sobre-vivo’ (a palavra francesa ‘vif’ concentra ao menos três significados: velocidade, violência e vida). *De fato, não há mais “revolução industrial” e sim “revolução dromocrática”, não há mais democracia e sim dromocracia, não há mais estratégia, e sim dromologia* (VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*, p. 56-57). Aquela segurança buscada por todos, doravante, é comparável à ausência de movimento na medida em que, após a derrocada da distância-espço, é a distância-tempo que acaba desaparecendo na aceleração crescente das performances veiculares. Nada mais translúcido que o salto dado pelas tecnologias de comunicação. É a ‘videoscopia’ - um direto em tempo real - que inaugura um novo espaço-tempo que participa ativamente da construção de uma localização instantânea e interativa (‘tele-presença’; ‘tele-realidade’). O resultado senão é a ‘ondização do real’, pois a imagem dos lugares sucede aos lugares das imagens (VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993, p. 12-13). *El Ciberespacio o, más exactamente, el “espacio-tiempo cibernético”, surgirá de esa comprobación cara a los hombres de prensa: la información sólo tiene valor por la rapidez de su difusión, más aún, ¡la velocidad es la información misma!* (VIRILIO, Paul. *La arte del motor: aceleración y realidad virtual*. Buenos Aires: Manantial, 1996, p. 151). É este espaço-velocidade que suplanta a realidade da presença e abole a noção de dimensão física dos objetos e lugares, dando lugar à “des-realização” generalizada, a ‘trans-aparência eletro-óptica’ do meio ambiente global. Dito de outra forma, a tradução do diferido, produto do tempo da imagem, suplanta a realidade tópica do acontecimento (VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*, p. 19-22).

exercício de aceleração procedimental, tendo como pano de fundo ou pedra de toque a idéia da “eficácia pela eficácia”, que nada mais é do que a tradução neoliberal do “time is money”. A ninguém dentre os operadores jurídicos, como assevera Coutinho¹³, é dada a benesse de desconhecer esta temática em virtude da relevância que carrega em si, sob pena de levar à alienação que, não raro, alija.

Este movimento de matriz economicista que se vê hoje transformado em discurso oficial – fundamentalmente pela mídia – tem no chamado neoliberalismo a teoria que o sustenta. Da mesma maneira que nossas sociedades do risco desmesurado apenas elevam o capitalismo a um novo patamar, como referido, a ‘*sociedad de carreras*’ também não o exclui,

O horizonte trans-aparente, como visto, fruto das telecomunicações, dá azo ao cultivo de uma sociedade do “ao vivo”, sem passado ou futuro, sociedade que, sendo intensamente presente, torna-se a civilização do esquecimento. (VIRILIO, Paul. **O Espaço Crítico**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993, p.108). A aceleração do tempo que tem como última barreira a luz, ou seja, o ritmo furioso dos acontecimentos, favorece sobremaneira este poder de olvidar, o que pode explicar o freqüente fluxo de revisão que afeta nossa memória. Dimensão esta escondida na revolução das comunicações que afeta a duração, o tempo vivido das nossas sociedades. Não apenas atinge a vivacidade do sujeito, mas atrofia e deixa sem razão de ser o trajeto ao ponto de deixá-lo inútil (VIRILIO, Paul. **O Espaço Crítico**, p.115). Assim, evidente que o imperativo da velocidade afeta toda a dinâmica do processo penal, o que poderia implicar na ausência de uma resposta, ou, o que ocorre, um resultado prenhe de inadequação. O tempo do real imediato é que põe abaixo o tempo cíclico das origens e o tempo linear de uma história cronológica. Sucede-se, então, o ‘*tempo dromosférico*’ (VIRILIO, Paul. **Velocidade e Libertação**, p. 165) da luz, um tempo subitamente continuado, superficial e dilatado. Esta súbita dilatação globalizada do presente tem o potencial de tornar-se uma catástrofe temporal. A velocidade, ainda que seja segundo o urbanista, a própria vida humana, pode configurar-se numa ameaça tirânica, simplesmente pelo grau de importância que é dada a ela. Corremos o risco de tudo se converter no presente, *lo cual es una amputación del volumen del tiempo*. A perda a se considerar é de proporções insondáveis, na medida em que o advento de um tempo mundial único elimina a multiplicidade (diferença) de tempos locais. Arriscamo-nos a um acidente do tempo em que a ditadura do tempo real reduz a nada todos os trajetos: *al trayecto temporal en beneficio de un presente permanente* (VIRILIO, Paul. **El Cibermundo, La Política de lo Peor**, Madrid: Cátedra, 1999, p. 80-81). Terreno propício ao medo e distanciamento do outro, presa última, apogeu encontrado em nossas sociedades até mesmo nas práticas sexuais. Repita-se. Isto carrega em si uma enorme ameaça de perda do outro, figurado na própria ausência do físico em benefício de uma presença fantasmagórica e imaterial (VIRILIO, Paul. **El Cibermundo, La Política de lo Peor...**, p. 47). O *homem apressado*, enfim, fecha-se em si mesmo e torna-se um paralítico do tempo real. Concentra-se no seu ego (para além do individualismo ou do cúmulo do egoísmo), mas pela exigência cruel de uma temporalidade que o afoga.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal ...**, p. 139.

ou seja, utiliza-se desta dinâmica. *La cara oculta de la riqueza y de la acumulación, es decir, la capitalización, es la aceleración*¹⁴.

Foi em 1947 na chamada Sociedade de Mont Pèlerin inspirada por Hayek – capitão da escola austríaca de economia – que foram preparadas as bases para um capitalismo duro e sem regras. Seguiu-se pela chamada “Public Choice” sob o comando de Buchanan e primordialmente mais tarde pelos teóricos da Escola de Chicago liderados por Friedman a substituição epistemológica do ideário causa-efeito pelo de ação eficiente¹⁵.

Como descreve Coutinho¹⁶, a premissa de que não podemos ter o domínio cognoscível integral dos resultados de nossas ações (não as podemos prever), razão por que haveríamos de encampar um racionalismo eficientista é ignorar a humildade com a qual nos apresentamos diante do desconhecido. Sendo impossível a correta previsão dos resultados, os centros de interesse voltam-se aos “meios”.

De fato, ao revés de ser um ato de grandeza (sei que não sei tudo!), é simplesmente um ato de aparente esperteza, mas, no fundo, ao que parece, psicótico porque paranóico, desde que o naturalismo do mercado é tomado, ainda que imprevisível, como real possível e decisivo para apontar qual ordem natural nesta miragem neoliberal, uma crença em uma verdade Toda, mercadológica, que não permite qualquer futuro, qualquer falta. Desta forma posto estaria um mundo aético em seus postulados e antiético em seus efeitos com a consequência inevitável do desprezo do homem pelo homem¹⁷.

O ícone da deificação do mercado despreza, pois, o Direito (Constitucional) e propriamente o processo que se torna um mero empecilho, um entrave que impossibilita a tão almejada eficácia imprescindível ao mundo do “just in time”. Assim, menos burocracia para ganhar velo-

¹⁴ VIRILIO, Paul. *El Ciber mundo, La Política de lo Peor*, p. 61.

¹⁵ HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1995. Vol. I.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o Discurso sobre Direito e Neoliberalismo no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 4, 2001, p. 31.

¹⁷ Idem, *ibidem*.

cidade, ainda que *não se saiba bem o que ela quer dizer quando a questão é manter ou não regras de um instrumento tido, iniludivelmente, como mecanismo de garantia do cidadão*¹⁸.

O eterno conflito “mais velocidade (eficiência), menos garantias (efetividade)” dentro do campo constitucional do processual penal não condiz apenas com o (des)respeito de direitos ditos individuais, todavia, sim, o interesse coletivo é absolutamente preponderante, não no sentido da condenação, mas naquele de se ter uma decisão substancialmente válida. Vez mais, nos dizeres de Coutinho¹⁹, efetividade reclama a análise dos “fins”, já a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos “meios”. Ferrajoli arremata que *para o direito penal, há uma submissão da lei fundamental, e o sistema processual será eficiente se realizar a tutela dos direitos fundamentais (...)*²⁰.

Voluntariamente ou não, a celeridade do processo (penal) camufla-se na busca de um “tipo ideal” – utilizando-me da linguagem weberiana – de “pena sem processo”, mascarando-se o processo como instrumento de impunidade. Os holofotes voltam-se ao paradigma das ações eficientes, quer dizer, processos curtos e rápidos, tudo a projetar “melhores fins”. O tempo do processo quanto mais curto melhor, ignorando-se (?) que a sua dinâmica é e deve ser outra, diferentemente do fluxo social acelerado.

Dirá Ost²¹, nestas hipóteses, a eficácia invocada poderia levar à erosão da ordem constitucional, no esquecimento completo de que o objetivo profundo de muitas regras jurídicas é atrasar a tomada de decisão, ora para permitir que se expressem todos os pontos de vista e que as paixões arrefeçam, ora para proteger o próprio interessado (diversas regras instaurando prazos de reflexão).

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. In: _____. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 82.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal ...**, p. 143-145.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Teoria do Garantismo e seus Reflexos no direito processual penal. **Boletim do IBCrim**, n. 77, abr. 1999. Entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14/12/1997, em Roma, p. 04.

²¹ OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 366.

Vendo-se o direito como estorvo, olvida-se que a eficiência pode ser sinônimo de supressão de direitos e garantias, mormente constitucionais, ou, pelo menos, mecanismo de redução dos seus raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica. Consolidado está no processo, assim, a *corrida ao "quero gozar mais"*²². Entre a ação delituosa e a concretização da pena, disse-se que deve haver a oportunização da dialética do processo, do palco da discussão com paridade de armas para que tenha a viabilidade de decidir de forma equidistante. É neste contexto que o risco, o tempo e a velocidade travam o maior confronto com o processo penal.

Diante disso é essencialmente recomendável que se retorne aos clássicos. Sobre o tema, Carnelluti segue atualíssimo mencionado que

*cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, he ahí una fórmula que se debe tomar con beneficio de inventario; el clisé de los llamados hombres de Estado que prometen a toda discusión del balance de la justicia que tendrá un desenvolvimiento rápido e seguro, plantea un problema análogo de la cuadratura del círculo. Por desgracia, la justicia, si es segura nos es rápida, y si es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, del proceso: quien va despacio, ya bien y va lejos. Esta verdad trasciende, incluso, de la palabra 'proceso', la cual alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder quiere decir, aproximadamente, dar un paso después del otro*²³.

Frise-se. O tempo do direito (processual penal, sobretudo) sempre será outro por uma questão de garantia constitucional, o que não quer dizer que esteja completamente correto da forma como hoje se pratica. Exigem-se inúmeras modificações, a começar pelo ingresso de uma parcela de tecnologia que já permeia outros ramos do saber, num pleno descompasso do campo jurídico com as ciências naturais. Enquanto a ciência em geral aliada à tecnologia explora o infinitamente grande e o incomensuravelmente pequeno, o operador jurídico assiste impávido às transformações, mostrando-se apegado aos tradicionais meios de prova.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e Mundo Neoliberal. In: _____. **Direito e Neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: IBEJ, 1996, p. 56.

²³ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se Hace un Proceso*. Bogotá: Themis, 1994, p. 14.

O crime sofisticar-se – nada mais bem retratado do que na pulsão de dar conta do fenômeno com o desenvolvimento de novas disciplinas específicas como o direito penal econômico. Todo aparato tecnológico, todavia, deve ser utilizado para produzir melhor prova desenvolvendo a confiabilidade no processo, e, não, para acelerar seu ritmo. Por outro lado, o sistema jurídico mostra-se refratário e canaliza as forças sobremaneira, quando sai da inércia contra o réu, quer na utilização, por exemplo, dos chamados detectores de mentira ou mesmo em mecanismo inquisitoriais como o interrogatório ‘on line’ (o juiz não quer ver o réu, nem acha relevante sua presença na instrução, porquanto assim é mais cômodo produzir a prova).

Deve-se fugir da lógica que reina em nosso ‘modus operandi’ de que cometido um crime e apontado o suspeito, o castigo deve ser imediato. O processo é esquecido como forma de resposta ao conflito. Neste panorama, o utilitarismo processual reflete-se numa “eficiência antigarantista”²⁴. É preciso tempo para processar e condenar. Tempo é movimento e o processo também o é. Inelutavelmente, o processo corre no tempo e contra o tempo. A velocidade no processo aqui destacada incrementará o risco nele existente e dirá qual a ideologia que o perpassa; quanto maior for a aceleração da resposta penal mais autoritário (inquisitório) mostra-se o sistema. Atropelar o tempo tornando-o mais célere é tolher os direitos de defesa, da mesma forma que procrastiná-lo demasiadamente também representa sofrimento desnecessário como forma de punição do réu.

É a evidência, com seu excesso, que contamina, enfim, o exame da própria prova. A preocupação aqui se volta para o momento do assentimento do juiz, o momento a partir do qual se julga pertinente que isso possa ocorrer e substitua a tramitação do processo. Retardar ao máximo para que minore a ativação de um mecanismo colocado sob

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10-37.

suspeita²⁵. No fundo, não estamos mais do que repisar o fundamento de existência do processo penal.

Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo. É preferível um sistema que falhe em alguns casos por falta de controle (ou de limitação da esfera da liberdade individual) do que um Estado policial e prepotente, pois falha existirá sempre. O problema é que nesse último caso o risco de inocentes pagarem pelo erro é infinitamente maior e esse é um custo que não podemos tolerar²⁶.

4. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional: garantias e formas processuais

O processo penal posto como disciplina impura até o XIX, mesmo que incrustado ao direito penal; contudo, sempre fora irreduzível às categorias geométricas de um pensamento de ciência do direito privado. Rebeldia onde reside seu caráter de vitalidade, e principalmente de termômetro dos elementos autoritários de uma Constituição²⁷.

A suposta separação entre Direito Penal material e o Direito Processo Penal apenas se dá de maneira superficial. Este é que dirá o modo como um caso penal deve ser produzido e quando ele pode ser considerado validamente realizado. Não é um simples prolongamento do Direito penal material, mas um âmbito com problemas e instrumentos completamente diversos daquele. São duas categorizações distintas, mas intrinsecamente co-responsáveis na aplicação da coação penal, onde na primeira deve-se trabalhar com o binômio lícito-ilícito – bem localizados na teoria da norma penal e na teoria geral do crime; onde será lícita ou não a aplicação da norma penal no tempo e espaço, bem como a incriminação da conduta frente aos critérios descritivos do crime. Contudo,

²⁵ MARTINS, Rui Cunha. Modos de Verdade. *Revista de História das Idéias*, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002, p. 26.

²⁶ LOPES JÚNIOR., Aury Celso Lima. *Introdução Crítica ao Processo Penal ...*, p. 68.

²⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro e março de 1935. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 71.

no processo penal, a preocupação irá recair na validade ou invalidade dos atos efetuados, marcando em definitivo as devidas diferenciações.

Por isso tem-se visto oportunamente o Direito Processual Penal como indicador da respectiva cultura jurídica e política, ou mesmo, como o “Direito Constitucional Aplicado”²⁸. Assegura-se, com seus princípios, os modelos de *compreensão cênica*. *O possibilitar e o assegurar a compreensão cênica em defesa dos direitos de todos os participantes do processo pode-se designar de modo sucinto como ‘formalização’ do processo.*²⁹

É assim que se faz uma aproximação da idéia de garantia como um *macro-conceito*, inerente ao Estado Constitucional de Direito. Um elemento multifacetado que impede o fechamento de caráter formal ou monista ao sistema jurídico; exatamente retrata a complexidade do fenômeno jurídico e resiste às simplificações, dando vazão a um modelo teórico flexível e plural, que oferece uma imagem multiforme adequada a sua natureza. Garantias, segundo Peña Freire,

*son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional*³⁰.

A multidimensionalidade colocada pelo enunciado faz com que se ressalte a característica instrumental da função de garantia. Não é um bem abstrato, alheio aos valores a serem garantidos; incorpora, pois, um elemento finalista que lhe dá sentido, na medida em que busca a máximo grau de tutela dos mais importantes valores do sistema jurídico-constitucional. Sua única natureza possível é a contextual, vista nas

²⁸ Por todos, HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-HOc, 2003, p. 72.

²⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2005, p. 178.

³⁰ PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta: 1997, p. 28.

próprias relações jurídicas; inexistem, assim, um conteúdo substancial concreto (essencial) de garantia, onde possa ser analisado internamente seu funcionamento e estudado seus elementos constitutivos básicos. Desta forma é que se anuncia o caráter processual da garantia, *lo que convierte en un absurdo la pregunta que es garantía ¿que es la garantía?; solo procede formular esta otra: ¿Como se expresa o como funciona la garantía?*³¹

Ainda, ela será sempre gradual. Apenas poderemos arrogar graus de realização de garantias, não suas totais realizações. Jamais se falará em garantias perfeitas ou num perfeito sistema que lhas dê azo. Daí sua função como elemento de sistemas complexos, já que não é possível trabalhá-las no binário da aplicação “tudo ou nada”, como as regras jurídicas em geral; haverá, sim, expressões mais ou menos adequadas de concretização. Como afirma Ferrajoli³², por tratar-se o garantismo de um modelo limite, será preciso falar, mais do que de sistemas garantistas ou antigarantistas *tourt court*, de certos “graus de garantismo”, sendo sempre necessário ter-se em conta a distinção entre o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do sistema.

A perspectiva de análise, onde adentra o modelo garantista-constitucional com enorme virtuosismo, tenta exatamente localizar parâmetros mínimos (sempre precários e instáveis) de atuação do operador do direito; reduzir os níveis de discricionariedade do poder judicante para que recaia o peso do procedimento sobre a dinâmica formal do processo.

A teoria garantista, para além dos pré-juízos sempre em voga, como objeto de trabalho, tenta reconstruir crítica e propositivamente a complexa modernidade penalística. O modelo descrito se ocupa de direito penal, por certo, mas não só: ocupa-se evidentemente do desvio e da pena, mas antes se preocupa com as irrenunciáveis formas de garantir a aplicação da pena, ou seja, o processo penal. Em todos os aspectos, por certo, sempre se falará desde um caráter limitador do poder punitivo, frise-se (!), para que não caiamos na incorreção de pensarmos em “incriminações garantísticas” ou “garantismos positivos”.

³¹ PEÑA FREIRE, António Manuel. *La garantía en el Estado ...*, p. 25.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 852.

Fica extremamente complicado pensar o garantismo desde uma “teoria geral”, como faz Ferrajoli, ou seja, como uma chave de leitura para todo o ordenamento – uma Nova Teoria do Ordenamento Jurídico, repisando Bobbio. Crê-se mais conveniente e adequado as suas próprias expectativas limitadoras, fio condutor do pensamento, apanhar de que melhor forma os freios aos arbítrios das agências judiciais ficam mais potencializados.

Na medida em que pretende analisar os mecanismos de intervenção penal do estado é fundamental que se destaque o caráter instrumental deste referencial, *il modello ‘garantismo’ fuziona come strumento di ordinamento, di tematizzazione e di narrazione di soariatissimi testi: esso può essere visto come la condizione previa di una operazione storico-ermeneutica*³³.

É a garantia, pois, proposta pelo modelo teórico, com o qual concorda-se ser no processo que ganha maiores projeções, que aparece como um mecanismo privilegiado de análise do sistema normativo-processual, renovando o debate em torno do valor ético da proposta democrática. Será a tarefa do discurso jurídico-penal, mais especificamente do processo penal, a visão das *garantias como limites máximos de irracionalidade*³⁴.

Num contexto de instabilidade radical das regras do jogo como hoje vivenciamos, a função penal é que irá “disciplinar” a assunção da emergência ou da situação de exceção. Idéia que escancara a prevalência da “razão de estado” frente à “razão jurídica”, como critério informador principalmente dinamizado pelo processo penal. Aquele equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva, ou seja, a *Grundnorm*, é a salvação do Estado, inclusive pelo direito à emergência. Com efeito, afloram as legislações de exceção e fundamentalmente as jurisdições de exceção³⁵.

³³ COSTA, Pietro. Un modelo per un analisi: la teoria del ‘garantismo’ e la comprensione storico-teorica della ‘modernità’ penalistica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli, p. 19.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas...**, p. 236.

³⁵ Possuímos ainda um enorme déficit na análise do estado de exceção como um problema genuinamente jurídico, na medida em que o conceito encontra-se num limbo entre a política e o direito. O estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não

Legitimam-se arbitrariedades e atropelos processuais a partir de termos a que tudo se aplica, porque aludem a uma razão auto-fundada e não intersubjetiva³⁶. Subordinam-se os “meios”, largamente indeterminados para a consecução de fins confiados aos titulares do poder estatal. O Estado como meio que se justifica por ter em seu escopo a tutela dos direitos fundamentais acaba por ser manipulado para torna-se um fim em si mesmo. Formulado assim, como assevera Ferrajoli, *el principio de la razón de estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor del estado absoluto o totalitário: bien porque el estado para cuya tutela se invoca es el estado valorado como ‘democrático’, ‘constitucional’ o ‘de derecho’*³⁷.

pode ter tal configuração. O que ocorre nos modernos totalitarismos, e que não tardam em lançar mão do seu braço penal, é a instauração de uma situação de anomia jurídica permanente que possibilita até mesmo a eliminação física daqueles não “integráveis” ao sistema político. (DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el ‘fundamento místico de la autoridad’. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 69-140). Agamben vê o estado de exceção desde um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não tem “força” e, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua “força”. Elemento este (“força de lei”) que flutua como algo indeterminado reivindicado pela autoridade estatal. *O que se está em jogo é uma força de lei sem lei* (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 61 e 92), em que há uma pura realização de uma norma cuja aplicação foi suspensa.

³⁶ No Brasil, há um gradual processo de transferência do controle e regulamentação da atividade repressiva às agências administrativas que, embora sejam encarregadas de práticas penais, não possuem atribuição constitucional, atuando, desta maneira, em detrimento do controle judicial previsto na arquitetura constitucional projetada pelo princípio do devido processo legal. CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: !TEC/Nota Dez, n. 14, 2004, p 122-130.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 814. Induz-se, como dito, um paradigma de “inimigo”. Assim, dirá Sánchez Rubio que *frente ao inimigo de todo o humano se suspende toda a humanidade* (SÁNCHEZ RUBIO, David. Sobre o Direito Alternativo. Absolutização do Formalismo, Despotismo da Lei e Legitimidade. In **Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu**. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 146) E, quando o qualitativo de “inimigo” adentra na esfera penal, os satanismos governam soltos e aparentemente o senso comum dos juristas esquece de se questionar: *¿quién individualizo siempre al enemigo o extraño? El poder coyuntural. ¿Como lo hizo? Como le convino. ¿A quién le aplico la etiqueta? A quien lo enfrentaba o molestaba, real, imaginaria o potencialmente*. A admissão, suma, desta categoria de “direito penal de autor” no direito ordinário introduz o germe da destruição do Estado Constitucional de Direito, porque suas instituições limitantes passam simplesmente a serem um mero obstáculo para uma eficácia eliminatória (ZAFFARONI,

Na seara processual são potencializados os juízos de autor e o processo penal é transformado em mecanismo de luta contra a delinqüência, ou seja, um processo ofensivo. Em um outro momento há a abertura de macro-investigações contra centenas de imputados, onde delitos são sucessivamente deduzidos um dos outros, além de um prolongamento demasiado do procedimento. A tal estrutura, dá-se o nome de *gigantismo processual*³⁸, terreno propício aos mais amplos abusos possíveis.

Surge com todo este apanhado uma premissa: o dever, em matéria processual penal, de (re)interpretação das normas de instrumentalidade, ou seja, vislumbrando o processo penal não como um apanhado puramente normativo, mas um todo complexo em defesa dos direitos humanos e das garantias constitucionais.

Se se parte da concepção que é no processo penal, dentre o conjunto do direito penal, o setor do ordenamento em que maiores poderes se concedem ao Estado para a restrição dos direitos fundamentais abrigados constitucionalmente aos cidadãos - hipótese com que se trabalha - faz enorme sentido ser a garantia processual nossa maior preocupação. Ainda mais quando é forçoso o reconhecimento de uma carência de uma formação madura de uma instrumentalidade constitucional na esfera do processo penal.

Existe uma forte relação biunívoca que deve ser destacada entre as normas que regulam a jurisdição, ou seja, entre as designadas como "substanciais" (penais) e a garantias processuais, também ditas "instrumentais". A correlação funcional é que irá resguardar a recíproca efetividade dos valores da jurisdição.

A principal garantia constitucional processual é a jurisdicionalidade, representada pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*. Contudo ela tem, segundo FERRAJOLI³⁹, dois prismas: um sentido "lato", que vem acompanhado por um conjunto de garantias penais - expresso comple-

Eugenio Raúl. La legitimación del control penal de los "extraños". Ponencia presentada no I Congreso Binacional de Derecho Penal y Criminología - Argentina-Peru. Universidad Nacional de Cajamarca. *Anais*. Peru: outubro de 2005).

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 823.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 538.

tamente pela tese *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*; e o sentido “estrito” que reclama todo um conjunto de garantias processuais – *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*

A jurisdicionalidade “lata” diz respeito a qualquer tipo de processo, não necessariamente acusatório, são relativas ao juiz e a sua colocação institucional. Fala-se da formação do juiz com relação aos demais poderes e outros sujeitos do processo. Entretanto a que nos interessa no momento analisar são às regras atinentes à formação do processo, ou jurisdicionalidade no sentido “estrito”. Estas garantias efetivamente processuais favorecem o estilo acusatório, pois dizem respeito à coleta da prova, ao desenvolvimento da defesa e ao *cognoscitivismo* do órgão julgador.

O modelo processual garantista⁴⁰ ou de estrita jurisdicionalidade é o correspondente a um referencial de direito penal mínimo, onde os meios não se tornam justificados pelos fins e não ambicionam alcançar uma verdade máxima a qualquer custo. Afasta-se do mero *decisionismo*; prescreve, assim, tanto uma legitimação formal-interna (existência e o valor) das decisões para que sejam válidas e também uma fonte de legitimação externa, ético-política, presente no caráter cognitivo do fato e (re)cognitivo da qualificação jurídica exigindo a motivação dos atos jurisdicionais.⁴¹ A jurisdição em matéria de direito punitivo diz respeito a uma “expressão de saber”, atrelando o binômio *aplicación/explicación*⁴².

Tem-se em consideração, ainda, a necessidade de não se submeter o poder judicial, o processamento ou a acusação sob os auspícios da maioria (administração de governo), esquecendo-se de preservar os espaços legítimos de desvio e as liberdades dos dissidentes. O processo penal, conforme o colocado, alinha-se como técnica de minimização da

⁴⁰ Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema ‘epistemológico’ de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 34.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 540.

⁴² ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Garantismo y Proceso Penal. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 2, 1999, p. 59.

violência e do arbítrio da resposta ao delito, uma postura de civilidade com a defesa do indivíduo debilitado neste desigual relação com o Estado. Deve ser o preço pago pela imunidade dos inocentes ainda que para isto tenha que haja a impunidade de alguns culpados, *cada vez que un imputado inocente tine razón para temer a un juez, quiere decir que este se halla fuera de la lógica del estado de derecho*⁴³.

A pena, como visto, não é efeito puramente do cometimento do desvio, contudo uma conseqüência que só pode dar-se passando-se pelo processo penal (exclusividade processual). Esta necessidade do processo penal em relação à pena – *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* – é que identifica, sobremaneira, o seu caráter instrumental⁴⁴.

O monopólio da justiça penal indica sem pudores a exigência do devido processo voltado à aplicação de uma pena, mesmo que o acusado não consinta, particularidade que levanta novamente a diferenciação radical com o processo civil. A instrumentalidade do processo penal é posto de forma ainda mais destacada do que em outros ramos, pois diz respeito à tutela do acusado frente aos insuprimíveis abusos do poder estatal, como assevera Rangel Dinamarco⁴⁵, uma visão de equilíbrio entre poder e liberdade.

Este meio retrata, enfim, o vetor ético do exercício da jurisdição, senão como conclui Lopes Júnior, é o fundamento de sua existência, mas com uma principal característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo⁴⁶.

Ainda que se tenha falado em garantias penais (substanciais) e processuais (instrumentais), esta metodologia dá-se apenas por critério didático, na medida em que “tudo é substantivo”. Assevera Andrés

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...*, p. 549.

⁴⁴ MONTERO AROCA, Juan. *El Derecho Procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 20.

⁴⁵ RANGEL DINAMARCO, Candido. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 219.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Introdução Crítica ao Processo Penal ...*, p. 10.

Ibañez, o processo penal *'sirve para' y 'mediante' él se llega a la adopción de decisiones en las que toman cuerpo criterios de derecho 'sustantivo'*⁴⁷. Quer dizer, não é um mero meio para se atingir uma sentença condenatória, mas um pressuposto sem o qual não pode haver uma condenação justa, senão por intermédio da proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Inexiste uma fria relação instrumental (“neutra”) com o direito material, muito cara a uma concepção burocrática de processo penal; há sim, um profundo privilégio das regras do jogo, da tomada a sério de uma experiência processual-penal. Atitude que adote como central a percepção e administração do “saber-poder”⁴⁸ – a ineliminável dimensão coativa da decisão – e que no processo toma sua maior monta.

Mais concretamente, o que deve ser posto, partindo-se desta pedra de toque, é a análise aplicativa do princípio da legalidade e sua garantia processual. Gonzales Cuellar Serrano⁴⁹ nos ajuda a avançarmos desde a insuficiência do enfoque tradicional da garantia processual. Sabe-se que uma parte do princípio geral de legalidade tem sua face voltada especificamente ao princípio da legalidade processual penal; que reclama uma regulação por normas dos direitos que se exercitam no processo, como a autorização e disciplina também por *lex praevia, scripta et stricta* (prévia, escrita e determinada) de qualquer intromissão na esfera das liberdades do cidadão em ocasião do processo penal. Surge, assim, além das três garantias tradicionais – garantia criminal, garantia penal, garantia sobre a execução –, a que nos interessa, a chamada garantia processual.

Com isto, mais importante do que se falar em *nullun crimen, nulla poena sine lege*, há que se falar das tipificações/condições de conteúdos acerca da intromissão do poder público no âmbito dos direitos fundamentais dos cidadãos – *nulla coactio sine lege*, ou seja, da “tipicidade processual”. O que significa dizer que a tripla condição da lei *scripta, stricta e praevia* não são exclusividades do princípio geral da legalidade, nem de aplicação restrita apenas ao direito penal.

⁴⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. **Garantismo y Proceso Penal...**, p. 47.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón...**, p. 45.

⁴⁹ GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 71.

Estes três pressupostos são estendidos e carregados para o processo penal exatamente para reforçar a sua “instrumentalidade substancial”. Como escreve o magistrado do Tribunal Constitucional espanhol, se por um lado é imperativa a ocorrência de uma lei escrita e vigente (mera legalidade), é requisito ainda que obedeça a um “mandado de determinação” para limitar a utilização de cláusulas gerais absolutamente indeterminadas (estrita legalidade). Por fim, a terceiro pressuposto, analisado com afinco, leva ao questionamento e a uma revisita à idéia de que as normas materiais devem estar em vigor na época do cometimento do delito, o que não seria necessário às determinações processuais.

A doutrina tradicional em geral se porta desta forma, mas na esteira de Jiménez de Asúa, afirma o autor que

nada se opondrá a que los tribunales apliquen las normas procesales vigentes, aunque sean posteriores a la comisión del hecho enjuiciado, cuando la actividad judicial no consista concretamente en la limitación de los derechos reconocidos por la Constitución, pues en tal caso la aplicación de la norma no puede ser considerada retroactiva. Pero cuando la ley autorice y regule injerencias en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos ha de cumplir ciertas garantías que tienen a la protección de la seguridad jurídica y a la tutela de la libertad⁵⁰.

Derrubam-se, em resumo, as barreiras formais que existem entre norma “penal” e “processual”, pois ambas se subordinam ao mesmo princípio da legalidade, e, sobretudo, pelo dever constitucional de outorgar prevalência à efetividade dos direitos fundamentais na interpretação legal ordinária.

Conforme se anota, o discurso da contenção deve sempre antecipar-se ao exercício de poder das agências jurídicas. A tipicidade processual, neste diapasão, adentra com enorme importância para que se verifique o descumprimento das chamadas formas processuais penais. Não obstante, no estudo mais profundo acerca do descumprimento das formas processuais, o conceito ainda é insuficiente. Neste viés, desenvolve

⁵⁰ GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales...**, p. 71.

Binder, ao analisar a falácia de uma teoria unitária das nulidades: mais um reflexo – na tentativa de amalgamar a fórceps por analogias ou similitudes semânticas – de uma superficial teoria geral do processo⁵¹. As dificuldades em boa parte se espelham no empenho que se faz em construir um corpo doutrinário uniforme para tratar de diferentes casos de invalidade dos atos processuais, sem importar os interesses em jogo ou os princípios que se quer proteger⁵².

Prenhe de ritualismos e formas vazias, a preocupação fica alheia ao avanço do “tipo processual” à integração com as normas constitucionais. A constitucionalização do processo é que traz consigo a função ou finalidade das formalidades especificamente processuais, o que faz com que a própria cultura de presunção de validade nas normas processuais seja suprimida.

A proibição de quaisquer nulidades processuais que não estejam expressamente previstas é um resquício de sistemas inquisitórios, pois na medida em que se está tratando de normas constitucionais de proteção às pessoas, instrumentalizadas no processo penal, estas não podem ter uma interpretação taxativa, fechada (Vicenzo Manzini), mas requer um entendimento ampliativo para tutela da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais.

A nulidade dá-se em favor de um agravo (presumido) no caso concreto, não simplesmente em favor da lei, ou seja, a norma geral não pode ser outra que uma cláusula aberta de base constitucional, sem vínculo com uma interpretação restritiva, idéia de legalidade ou tipicidade das nulidades. Todos estes conceitos são inaplicáveis a uma interpretação ampla e progressiva dos direitos fundamentais⁵³.

O sentido das formas coaduna-se, desta maneira, com a clara idéia do limite com seus mais diversos reflexos. Se por um lado deve haver

⁵¹ BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 14-15.

⁵² BINDER, Alberto. **O Descumprimento das Formas Processual**: Elementos para uma crítica da teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 04.

⁵³ BINDER, Alberto. **O Descumprimento das Formas Processual...**, p. 17.

minuciosamente um ordenamento escrito, prévio, específico sobre as ingerências estatais no âmbito das liberdades, quando da análise do (des)cumprimento das formas processuais, o referencial se amplia e se deverá analisar se no caso concreto houve o desrespeito ao preceitos constitucionais.

A visão culturalmente aceita atrelada aos ritos, rotina, burocracia judicial, em outros termos, apenas representa uma enorme confusão, pois não está claro ainda o que as formas processuais devem proteger, recaindo num expediente enfadonho e desgastado. As novas bases, segundo BINDER, devem ser fundadas, enfim, sob um mecanismo de proteção ao imputado contra o uso abusivo do poder estatal (sistema de garantias): as formas são as garantias mesmas que permitem detectar a violação destes princípios.⁵⁴ Todo Direito tem uma forma, isto é, *ele nada mais deve ser que a realização formal da justiça, a sua realização segundo certos meios e regras conhecidos da comunidade, onde a regularidade formal é sempre uma garantia diante do poder, uma limitação do arbítrio*⁵⁵. O Estado não pode ter uma atuação razoável se com isto fere um princípio de proteção do imputado, configurando as formas processuais como condições de legitimidade da construção estatal.

5. Palavras finais ou sobre o crivo ético da Alteridade

Na reprodução deste micro-cosmo democrático (que não quer dizer a tirania da maioria, lembrando sempre Tocqueville), instrumento político de diálogo, um processo penal antropologicamente fundado implica uma norma ética do exercício de poder a “exercício” do Outro. A eticidade como fundamento primeiro do convívio humano se impõe ao processo penal como conseqüência de um instrumento jurídico de contenção dos “estados de exceção”, sob pena de perder sua razão de ser. Fala-se numa norma ética a serviço da pessoa, local em que entra o direito (processual) penal como marco para *expressar teoricamente que o*

⁵⁴ BINDER, Alberto. *O Descumprimento das Formas Processual...*, p. 36.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 36.

*que é não deve ser, e operar, através das agências jurídicas, para que deixe de ser no menor tempo possível*⁵⁶.

Cuidados que dizem respeito à dignidade do ser humano, o fundamento ético do processo penal condiz ao fortalecimento das garantias de um processo justo – alheia a uma mera eticização do Estado na persecução de juízos morais de cada indivíduo. *É buscarmos na dignidade do ser humano, independente dos valores religiosos e filosóficos que se reconheçam ou não se reconheçam, a razão de ser dessas regras básicas que a necessária atuação do Estado, por seus agentes, diante das condutas desviantes, deve obedecer*⁵⁷.

Não se pretende chancelar o discurso pondo a ética como fundamento, exercendo-a como uma potência auto-explicativa. Avesso à banalização e à manipulação conceitual, pretende-se colocar a ética como a própria condição de possibilidade de pensar o humano. E na especificidade do ato processual, a situação toma contornos extremos, pois é exatamente ali onde se perdeu (em princípio) a condição de fala e escuta, e em que um parcial ético e dois imparciais também éticos devem se relacionar. A delimitação das regras, por óbvio, é necessária, mas é preciso que se saiba, para além delas, *qual o conteúdo ético e axiológico do próprio jogo*⁵⁸.

As instituições políticas, como a Justiça Penal, jamais podem por si construírem espontaneamente relações éticas necessárias. O que se desdobram são estruturas anti-humanas que olvidam a ética como *crivo do sentido vital*⁵⁹ O sentido de vida toca a Ética como filosofia primeira⁶⁰ no

⁵⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 658.

⁵⁷ SUANES, Aduino. **Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 82.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz ...**, p. 47.

⁵⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. In: _____. **A Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea**. São Leopoldo: Nova Harmonia: 2004, p. 33.

⁶⁰ *A ética como filosofia primeira significa: todo contato com a realidade, toda interpretação desta realidade e todas as possíveis interpretações destes fatos se dão eticamente, onde o contato e a ação éticos subsistem o conhecimento classificador tradicional e podem vir a fundamentar um conhecimento sobre bases absolutamente novas, com outro 'sentido'. Todo conhecimento é então necessariamente secundário a uma atitude ética primeira frente às mais diversas dimensões da realidade perceptível, a um nascimento compartilhado 'eticamente', talvez um retorno à origem da 'co-nascimento'*. SOUZA, Ricardo Timm de. *Filosofia primeira e ética da produção*. In:

exame dos liames relacionais; longe, contudo, de neutralizações e equalizações de sistemas tautológicos.

Não se receia em dizer que a ética, neste sentido, está no centro do tema da justiça, como anseio que é de qualquer pensar: ética como vontade de justiça em realização, justiça para com o “outro que nós”⁶¹. Outro que é o meu interdito, limite da minha representação, o “estranheiro” que rompe com minha tautologia de ser e segurança de mundo, aquele que tem a sua verdade e desafia meu intelecto. Apenas posso ousar enunciá-lo exatamente por aquilo que ele me se deixa determinar. Daí nasce a irredutível diferença do outro, que dá expressão a uma *não-indiferença ética*. Como estou disposto a ele e não posso explicá-lo cabe relacionar-me com ele, a saber, uma *racionalidade ética*. O ético, assim exige um pensar (construir sentidos) a partir deste encontro, para além da dimensão lógica do ‘logos’.

Se o mundo não é propriamente concebido e pensado desde princípios lógicos abstratos ou desde a articulação pura e simples de interesses de poder, e sim desde ‘encontros humanos reais’ em sua infinita variedade, isso significa algo para além das retóricas: significa que é possível a concepção de uma outra racionalidade em meio às já existentes – a racionalidade ética. Assim, (...) *irracionais são, antes, as postulações de racionalidades que se promulgam únicas, ou unicamente legítimas ou possíveis, em meio à variedade extraordinária do mundo, dos mundos que se encontram.*⁶²

Pensando a realidade enquanto possibilidade de justiça, é raciocinar a diferença nas diversas relações humanas desde uma assimetria, de uma diacronia irredutível. Justiça esta que não pode ser reconduzida ao conceito, apenas dela se pode falar de forma oblíqua. O Direito é essencialmente desconstruível já que fundado sobre capas textuais interpretativas. Já a idéia de justiça é indesconstrutível, porque devida ao

_____. **Totalidade e Desagregação:** sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 117-129.

⁶¹ SOUZA, Ricardo Timm de. **A Ética como fundamento...**, p.51.

⁶² SOUZA, Ricardo Timm de. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A Qualidade do Tempo:** Para Além das Aparências Históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 125.

outro, como singularidade sempre outra⁶³, Falar de diferença é falar de justiça, e falar de justiça é falar do também irredutivelmente outro. Suma, o núcleo da diferença, ou seja, a ética é o que é indescritível de toda desconstrução, aquilo que a suporta.

6. Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Garantismo y Proceso Penal. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 2, 1999.

BARRETO, Tobias. O fundamento do direito de punir. In: _____. **Menores e loucos**. Edição do Estado de Sergipe: 1926. Obras Completas. T. V.

BAUMER, Franklin L. BAUMER, Franklin L. **O pensamento Europeu Moderno**. Vol. II (séculos XVIII e XIX). Vila Nova de Gaia: Edições 70, 1990.

BINDER, Alberto. **O Descumprimento das Formas Processual**: Elementos para uma crítica da teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOËTIE, Etienne la. **Discurso da Servidão Voluntária**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se Hace un Proceso*. Bogotá: Themis, 1994.

CARVALHO, Salo de. Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: !TEC/Nota Dez, n. 14, 2004.

_____. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In: _____. (coord.). **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁶³ DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley...**, p. 46.

AS GARANTÍAS PROCESSUAIS PENAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSTA, Pietro. Un modelo per un analisi: la teoria del 'garantismo' e la comprensione storico-teorica della 'modernità' penalistica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o Discurso sobre Direito e Neoliberalismo no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 4, 2001.

_____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. In: _____. **Discursos Sediciosos**: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. Jurisdição, Psicanálise e Mundo Neoliberal. In: _____. **Direito e Neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: IBEJ, 1996.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el 'fundamento místico de la autoridad'. Madrid: Tecnos, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoria del Garantismo Penal. Madrid: Trota, 1995.

_____. Note Critiche ed Autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. Teoria do Garantismo e seus Reflexos no direito processual penal. **Boletim do IBCCrim**, n. 77, abr. 1999. Entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14/12/1997, em Roma.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro e março de 1935. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Vol I. São Paulo: Visão, 1995.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-HOc, 2003.

_____. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS, Rui Cunha. Modos de Verdade. **Revista de História das Idéias**, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002.

MONTERO AROCA, Juan. **El Derecho Procesal en el Siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

OST, François. **O tempo do Direito**. Lisboa: Piaget, 1999.

PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta: 1997.

RANGEL DINAMARCO, Candido. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1990.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Sobre o Direito Alternativo. Absolutização do Formalismo, Despotismo da Lei e Legitimidade. In **Direito Alternativo e Pensamento Jurídico Europeu**. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AS GARANTÍAS PROCESSUAIS PENAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

SOUZA, Ricardo Timm de. In: _____. **A Ética como fundamento**: uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia: 2004.

_____. A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da 'corrupção'. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A Qualidade do Tempo**: Para Além das Aparências Históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Filosofia primeira e ética da produção. In: _____. **Totalidade e Desagregação**: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

SUANES, Adauto. **Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999.

VIRILIO, Paul. **A Inércia Polar**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

_____. **El Cibermundo, La Política de lo Peor**, Madrid: Cátedra, 1999.

_____. **La arte del motor: aceleración y realidad virtual**. Buenos Aires: Manantial, 1996.

_____. **O Espaço Crítico**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

_____. **Velocidade e Política**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

_____. La legitimación del control penal de los "extraños". Ponencia apresentada no I Congreso Binacional de Derecho Penal y Criminología - Argentina-Peru. Universidad Nacional de Cajamarca. **Anais**. Peru: outubro de 2005.

_____. La rinascita del diritto penale liberale o la 'Croce Rossa' giudiziaria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le Ragioni del Garantismo**: Discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.

DR. AUGUSTO JOBIM DO AMARAL

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1997.