ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A IMPORTÂNCIA DA POSTURA DO JUIZ CRIMINAL PARA A DEFESA DO REGIME CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À LIBERDADE

THE IMPORTANCE OF THE POSTURE OF THE CRIMINAL JUSTICE FOR THE SAFETY OF THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF THE FREEDOM PROTECTION

Fábio Wellington Ataíde Alves*

RESUMO: Diante da drástica realidade do quadro penitenciário, motivado em grande parte pela inércia do Estado, cabe ao juiz criminal assumir sua responsabilidade política pela inserção do condenado no sistema penitenciário.
Palavras-chave: Processo Penal Constitucional. Juiz Criminal. Postura. Proteção à liberdade.

ABSTRACT: Given the dramatic reality of the prison context, motivated largely by the inertia of the state, it is the criminal judge to assume its political responsibility for the insertion of the convict in the prison system.
Keywords: Constitutional Criminal Procedure. Criminal Judge. Posture. Protection of freedom.

* Especialista em Direito e Cidadania pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Email: fabioalves@tjrn.jus.br.

1 O DECLÍNIO DO JUIZ FORMAL-LEGALISTA

Depois da Revolução Francesa, a burguesia liberal somente poderia conferir contínua sustentação aos seus ideais a troco do controle do poder decisório. Em virtude do que a ascensão da liberal-burguesia – ao cabo da legislação napoleônica – cria mecanismos de proteção da vontade popular, dentre os quais constava a não interferência judicial no processo de interpretação legal.

Montesquieu difunde a idéia de um judiciário neutro, que somente se limite a declarar o texto da lei, porque apenas haveria liberdade se o Estado não abusasse do Poder. Para conter a tendência natural de abuso, o Poder deveria frear o Poder[1]; para tanto, fazia-se crucial a concepção de um Judiciário nulo, conduzido por um juiz incapacitado de invadir a esfera legislativa, ou seja, de exercer qualquer poder criador[2].

O paradigma liberal-individualista-legalista instalado desde então compõe o modelo do juiz formal-legalista (montesquieuniano), confinado à "boca que pronuncia a palavra da lei". Este intérprete bouche de la loi é um ser "inanimado"[3] que busca encontrar - não obstante os insuperáveis obstáculos - a vontade de quem produziu a lei, ou seja, limita-se a procurar, nos objetos interpretados, a etiqueta que lhes teria reservado o legislador. A justiça reduz-se ao silêncio; à neutralidade de uma suposta interpretação literal.

O juiz liberal-individualista-legalista, modelado como o intérprete autômato da escola da exegese, apenas pesquisa a vontade ou a intenção do legislador no texto da lei, mediante a adoção do método da interpretação literal. Entretanto, o legislador sempre veleja atrás de seu tempo, a catar e encontrar soluções apenas para os conflitos previsíveis ou existentes. Certamente, "o indivíduo que legisla é mais ator do que autor; traduz apenas o pensar e o sentir alheios, reflexamente às vezes, usando meios inadequados de expressão quase sempre"[4]. Definitivamente, o intérprete que se apega ao sentido do texto escrito da lei ou à vontade legalista não protagoniza a contemporaneidade[5].

1 **O Espírito das Leis**: As Formas de Governo, a Federação, a Divisão dos Poderes, Presidencialismo versus Parlamentarismo. Tradução de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 165.
2 Sobre o papel do Poder Judiciário: ibid, p. 27, 53, 168, 173, 180 e 204.
3 Ibid, p. 178.
4 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 20.
5 Não sem frequência, encontramos julgados conferindo respeito praticamente absoluto a tal volição, como o fez o seguinte aresto: "A simples análise de um texto normativo não é muitas vezes suficiente para proclamar o magistrado a sua aplicação ao caso concreto. É preciso interpretar os dispositivos da lei, buscando conhecer

A idéia – continuamente alimentada pelo Estado de Direito legalista – de que os juizes deviam fidelidade ao povo e, como tais, deveriam submeter-se à vontade dos legisladores, predomina até o fim do séc. XIX, quando começa a se degenerar, principalmente à vista da constatação da inexistência de um processo lógico de decisão judicial. Verifica-se que o método de interpretação literal não é capaz de permitir a extração do significado prévio depositado na lei pelo legislador. Quem escreve uma obra não é o melhor intérprete dela, arremata Gadamer[6]. Deste modo, instala-se o ambiente de incertezas que produz a crise letal do modelo montesquieuniano, permitindo, assim, o crescimento dos movimentos de abertura a novas possibilidades hermenêuticas (jurisprudência dos interesses; Escola do Direito Livre; realismo americano etc.)[7].

No momento da interpretação literal, a garantia de defesa, no processo penal, conota um sentido meramente formal, pouco ou nada distinto do contraditório; portanto, ainda colocado distante do que se compreende, efetivamente, por ampla defesa.

No entanto, a respeito do que já fora dito, convém ressaltar que a literalidade do texto legal não deixa de ser uma das categorias importantes no processo de interpretação, porque é nela que se encontra o arcabouço sobre o qual construirá a pré-compreensão da norma. Sem pôr a lei, em nenhum momento, à parte, tributa-se à atividade judicial a responsabilidade pela estabilização da produção legislativa. Portanto, não cabe ao juiz o poder de legislar, tanto quanto, como acrescenta Vladimir França, "somente a lei tem o condão, no ordenamento jurídico pátrio, para apresentar uma inovação originária"[8].

Isto significa que norma e texto legal não se confundem, cabendo entender que somente alcançamos aquela a partir de uma pré-compreensão deste. Como explica Paulo de Barros Carvalho, depois do plano da literalidade, o intérprete ingressa no nível do conteúdo dos enunciados, de modo que não se obtém a interpretação como se fosse uma pérola intrinsecamente

a vontade do legislador. Acima da vontade do legislador, nenhuma outra existe; conhecer bem esta vontade para cientemente obedecê-la é que é tudo…" (BRASIL. PARANÁ. TJPR. Agr. n. 9031. Relator: Des. Oto Sponholz, Curitiba, 10ª Vara Cível, primeira Câmara Cível. Publicado em: 27 nov. 1992).

6 "**Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica". 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 264.

7 SANTORO, Emílio. "**Estado de Direito e Interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito". Trad. de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

8 A Função Administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 167, p. 07-14, jul./set.2005.

contida no texto, mas sim como um processo de construção de significados, partindo de uma literalidade e chegando a um conteúdo[9].

No entanto, a ruptura da dominância da vontade do legislador favorece o surgimento das primeiras teorias que conferem maior relevância à vontade do juiz. Progressivamente, vigora "a tese de que o juiz não é, não pode ser, e é bom que não seja, vinculado pelas normas"[10].

2 O PREDOMÍNIO DOS PRINCÍPIOS: O ÊXITO DO JUIZ SUBSTANCIALISTA-GARANTISTA

Na última quadra do século XX, a normatização dos princípios, no seio das constituições, justifica o aparecimento do paradigma pós-positivista, que impede a ressurreição autônoma de um juiz subjetivista (nietzscheniano; parcial) e, ao mesmo tempo, suprime as limitações do positivismo legalista (montesquieuniano; neutro). Os princípios constitucionalizados conduzem o pensamento jurídico a uma teoria substancial, e não meramente formal, do Direito[11]. O século XX afasta-se definitivamente do formalismo em direção à recognição da realidade e dos princípios[12], isto é, rompe com o modelo do juiz passivo alojado desde a Revolução Burguesa, em direção ao estabelecimento da igualdade material entre as partes processuais.

Agora, o juiz substancialista-garantista se sujeita à Constituição, consolidando uma postura crítica em relação à lei[13], porquanto as antinomias legais somente são removíveis pela lógica aplicada do cientista[14]. Como a Justiça da sociedade complexa inspira um valor dúbio, divergente para os distintos grupos sociais[15], os textos legais apresentam-se discrepantes da mesma maneira. A linguagem legislativa, eminentemente técnica, reflete a heterogeneidade da formação

9 "**Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 69.
10 SANTORO, Emílio, Op. cit., p. 36.
11 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 256. Este cientista ainda conclui: "os princípios são o oxigênio das constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa" (p. 259).
12 PERELMAN, Chaïm. "**Ética e Direito**". Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 222 e 621.
13 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49.
14 CARVALHO, Paulo de Barros. "**Curso de Direito Tributário**". 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11-13.
15 CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 210-30.

ideológica dos parlamentares, o que, naturalmente, produz ambivalências[16]. Daí que, cabe ao cientista – e especificamente ao juiz – enquadrar a lei dentro de uma harmonia sistêmica, adequando-a aos valores superiores do ordenamento.

Nesse sentido, o empirismo de Locke é útil. Ele mostra a diversidade da linguagem do cientista (do jurista) em relação à linguagem ordinária, do cotidiano[17]. Nisto, deve reter o juiz: a linguagem da lei é diferente da sua própria linguagem. Efetivamente, o uso ordinário da palavra presta algum auxílio à pré-compreensão da lei, mas não funciona como um argumento de autoridade para determinar a prevalência de tal ou qual significado. Como a linguagem técnica da lei tende a se aproximar do sentido comum, cabe ao jurista harmonizar o texto legal segundo um caráter científico, momento em que a garantia de defesa penal ganha um contorno efetivamente amplo[18].

Durante o predomínio do juspositivismo, os princípios habitavam os códigos com finalidade meramente supletiva em relação à vagueza da lei. Mediante um estímulo normativo, os antiquados princípios gerais de direito, quando trazidos pelo pós-positivismo para o núcleo da Constituição, convertem-se em valores supremos, fundamentos de todo o ordenamento. A partir de então, os princípios constitucionais, e não mais os empalidecidos princípios gerais, ocupam o topo do sistema e guiam a fundamentação de todas as normas ordenadas. A garantia de defesa – deste momento em diante denominado amplamente – converte-se, enfim, em um valor; ou melhor, em um repositório dos direitos fundamentais[19].

Tudo isso, contudo, não garante, de per si, a prática efetiva da ampla defesa. Não haverá a cômoda instalação do modelo garantista, centrado numa defesa substancial, sem a necessária compreensão (e remodelação) do juiz, consciencioso

16 CARVALHO, Paulo de Barros, Op. cit., p. 05.

17 **Ensaio acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Alex. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2000. p. 202.

18 A linguagem técnica é a utilizada para a construção de estrutura especificada; tem, portanto, pretensão epistêmica, numa tentativa de expurgar componentes políticos, representações ideológicas e incertezas da linguagem natural (WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 53).

19 Paulo Bonavides sabe resumir as importantes conseqüências dessa mudança de padrão hermenêutico: "A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição do crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obras sobretudo das constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinária, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios" (**Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 264).

de seu papel de crítico da lei. Destarte, como explica o Des. Amilton Bueno de Carvalho, o poder de punir do Estado, comum à evolução da sociedade moderna, não corre sem amarras, às escâncaras, cabendo-lhe, ao magistrado, posicionar-se "diante do conflito social como sujeito capaz de compreendê-lo, reconhecendo, para tanto, a existência de pluralidade de sujeitos processuais e interagindo dialeticamente com eles"[20]. Na compreensão do conflito social, aqui esboçado pelo crime, requer-se o quinhão do princípio da igualdade substancial, pelo qual o desigual mereça o tratamento que lhe reservou a Constituição.

Está ultrapassada a defesa como um direito que apenas assegure a possibilidade de uma resposta antes de qualquer decisão. No Estado Democrático de Direito, o sentido da defesa pressupõe uma ampla compreensão. A função precípua do processo penal é assegurar o cumprimento da ampla defesa, que não se restringe formalmente (estritamente) ao ato do interrogatório ou a uma qualquer reação precedente; sendo que significa, em um sentido substancial (amplo), a capacidade de efetivamente poder interferir no resultado da decisão, por meio de produção de provas; ciência e acompanhamento dos atos processuais etc.

3 A RESPONSABILIDADE DO JUIZ

O sistema penitenciário não é responsabilidade somente do Executivo, mas, sobretudo, do Judiciário e do Legislativo. Não será apenas com mais leis penais que reverteremos o quadro caótico de violação aos direitos humanos. Primeiro, cumpre ao juiz remover a situação de completo desamparo suportado por nossos presos. Expurgar a idéia de que a massa de encarcerados - por viverem em miséria social - também suporta a miséria de direitos. Os pobres - aqueles a quem faltam dinheiro e direitos - não se acostumam com a pobreza.

Do juiz, emana a responsabilidade de distribuir o direito. Habituado à má repartição da renda nacional, o juiz ainda não acordou para sua responsabilidade em face à péssima concentração de direitos. Ao lado dos poucos ricos fartados de benesses, o nosso sistema político teima em cultivar uma legião de pobres privados dos direitos e garantias elementares.

Neste panorama, a atividade judicial tem sido confundida com a de agentes

20 BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. TJRS, HC n. 70.005.269.337, 5ª Câmara Criminal, Lavras do Sul, 27 de novembro de 2002. Revista de jurisprudência, ano 34, n. 226/227, jan./fev. 2004.

que gozam das garantias dos funcionários públicos e da independência dos profissionais liberais[21]. Tais garantias não lhe empresta a couraça comum aos que querem fugir da dívida deontológica para com a sociedade. A difícil tarefa de responsabilizar o juiz e assegurar-lhe a independência perpassa por sua formação ética[22].

Neste contexto, impõe-se, ao Estado, preservar de todas as formas a independência da magistratura, como garantia básica de que a injustiça pode ser debelada. Dentre os princípios básicos relativos à independência da magistratura, estabelecidos pelo VII Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, consta o de que deve o Estado "proporcionar os recursos necessários para que a magistratura possa desempenhar devidamente as suas funções" (§ 7o)[23].

Mário Moacyr Porto entende o juiz como um "funcionário de categoria especial", não somente porque possui garantias que o distinguem dos demais servidores, mas também porque sua atuação manifesta o exercício de um dos Poderes do Estado[24]. Como parte integrante desta categoria especial, o juiz está sujeito à responsabilidade além dos demais servidores da administração, e essa res-

21 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 11.

22 Acerca da natureza da função judicial, a doutrina divide-se em posições que distinguem o juiz como o Estado no exercício da soberania, como servidor especial ou como servidor em sentido estrito. Apenas no primeiro caso, ele estaria imune às responsabilidades. A sua irresponsabilidade neste caso remonta a tempos de privilégios, não sendo assim o locus da legitimidade judicial. O procedimento diário, que legitima o juiz, reclama um sistema de controle eficiente sobre suas ações. Como servidor em sentido estrito, limita-se o juiz à responsabilidade comum a todo e qualquer servidor. Enquanto servidor especial, as hipóteses de responsabilidades são diversas das dos servidores comuns, com o fito de preservar-lhe garantias funcionais mínimas.

23 Aparelhar o Judiciário é uma preocupação repetida entre os magistrados do mundo. A Declaração de Abidjan, resultado de Seminário Internacional realizado em setembro de 1997 pela Associação Sindical de Magistrados da Costa do Marfim, do qual participaram juristas da África francófona, concluiu ser indispensável "garantir aos Magistrados uma situação material decente que os coloque ao abrigo da corrupção, assim como meios materiais e pessoais que lhes permitam proferir decisões em boas condições e nos prazos razoáveis". No mesmo norte, em junho de 1997, as garantias de independência do Poder Judiciário no Estado de Direito foram determinadas pelo Encontro Multilateral organizado pelo Conselho da Europa em cooperação com o Conselho Nacional do Poder Judiciário da Polônia. Dentre as conclusões e recomendações do documento assinado no encontro, o item 4 exara o seguinte: "The principies of irrevocability and irremovability of judges are usually provided for by the Constitution. The autonomy of the judicial careers from the govemment and the political forces, the availability of suitable working conditions and adequate salaries contribute also the safeguard of judges' independence. Appointment for life is another essencial guarantee of their independence". Em janeiro de 1993, os Magistrados Europeus para a Democracia e Liberdade elaboraram um esboço de um Estatuto Europeu da Magistratura, ao qual chamaram de "Déclaration de Palerme". Esta declaração assentou o seguinte em seu ponto 2.4: "L'État a le devoir de fournir à la magistrature les moyens suffisant à son bon fonctionnement, et spécialement ceux nécessaires à la formation initiale et permanente des magistrats".

24 PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 563, p.11, p. 9-14, 1982.

ponsabilidade decorre de sua importância na manutenção do Estado de Direito. Como tal, ele se identifica como agente político que responde, efetivamente, pelo sistema constitucional. De onde se conclui que a responsabilidade do juiz reparte-se em responsabilidade jurídica, social e política.

Proclamando a responsabilidade jurídico-política do juiz, a Constituição Federal atribui ao Estado o ônus de indenizar o condenado por erro judiciário, assim como ao que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV).

Registra Yussef Said Cahali que quando da elaboração da Constituição do Rio Grande do Norte, o jurista Mário Moacyr Porto fez a previsão de um sistema de responsabilidade que não afetaria a independência judicial, e que foi assim descrito por Cahali:

> Aliás, quando da elaboração da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, o emérito jurista Mário Moacyr Porto apresentou sugestão à Comissão no sentido de se incluir dispositivo estabelecendo que: 'O defeituoso desempenho da administração da Justiça, mesmo que resulte de falta anônima do serviço, obriga o Estado a indenizar os prejuízos que resultarem da anormalidade, respeitando o disposto na legislação federal'; resguardando, assim, a independência da atividade judicante e a eficácia da coisa julgada, princípios via de regra invocados como obstáculos ao reconhecimento da responsabilidade estatal pelos atos judiciais[25].

A função do juiz é devedora de contas à sociedade[26]. Em sentido amplo, o juiz paga esta dívida não apenas como um mero aplicador da lei, mas como garantidor da estabilidade constitucional do Estado de Direito[27]. O seu vínculo de responsabilidade política com o cidadão submetido ao processo penal sucede dos direitos fundamentais.

25 PORTO, Mário Moacyr. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 596.

26 A sujeição do juiz à sociedade não é novidade entre nós. A Constituição de 1824 já previa em seu art. 157 a existência de uma ação popular contra juízes implicados com "suborno, peita, peculato e concussão". O mesmo dispositivo acrescentava que a ação poderia ser intentada em um ano "pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei" (CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A Democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 84).

27 Em sentido estrito, a responsabilidade cinge-se à sujeição de um controle político fora do Poder Judiciário, o que, para alguns, causa abalo à independência externa dos juízes. Sobre a responsabilidade política estrita, confira: GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade dos juízes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 42-3.

4 O REGIME CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À LIBERDADE

A Constituição Federal de 1988 construiu um verdadeiro sistema de proteção à liberdade, o qual não exclui, tampouco se contradiz com algumas regras constitucionais restritivas, como a que considera inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII, CF).

O regime de proteção constitucional à liberdade pode ser espelhado, didaticamente, em três grupos de direitos e garantias, aos quais se cinge a responsabilidade política do juiz quanto à inserção do condenado no sistema penitenciário. Estes grupos dizem respeito aos direitos e garantias relativos à (a) impossibilidade de restrição ao acesso à justiça penal; (b) à proteção aos direitos e garantias de defesa da integridade física e moral do preso e (c) aos direitos e garantias da prisão como exceção e pelo menor tempo possível.

O primeiro grupo faz referência a um conjunto de garantias e direitos preservadores da impossibilidade de restrição ao acesso à justiça penal, em respeito ao qual o juiz deverá acautelar a igualdade de direitos (art. 5º, caput e I, CF); os direitos e liberdades fundamentais[28]; o devido processo legal[29]; o princípio da inafastabilidade[30]; o direito ao contraditório e à ampla defesa e aos recursos inerentes a ela[31]; o princípio do juiz natural[32] e a proibição aos tribunais de exceções (art. 5º, XXXVII, CF); a licitude das provas[33]; a presunção do estado de inocência e direitos correlatos[34]; o caráter subsidiário da ação

28 "A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, XLI, CF).

29 "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV, CF).

30 "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, CF). Desta forma, deve ser incompatível com a Constituição Federal o art. 595, Código de Processo Penal, que estabelece a deserção "se o réu condenado fugir depois de haver apelado".

31 "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, CF). "Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais" (art. 25, n. 1, Convenção Americana sobre Direitos Humanos). A CADH não somente assegura o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior (art. 8o., n. 2, "h", CADH), mas dispõe também que "toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais" (art. 7o., n. 6, CADH).

32 "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5º, LIII, CF).

33 "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, LVI, CF).

34 "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, CF); "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei" (art. 5º, LVIII, CF).

privada[35]; a publicidade dos atos processuais[36]; a inviolabilidade da casa (art. 5º, XI, CF) e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF); o direito de petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, "a", CF); o direito de ir e vir (art. 5º, XV, CF) e suas garantias[37]; o direito à informação dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CF); o reconhecimento da instituição do júri (art. 5º, XXXVIII, CF); a irretroatividade maléfica da lei penal (art. 5º, XL, CF) e a razoável duração do processo[38].

O segundo grupo trata da proteção aos direitos e garantias de defesa da integridade física e moral do preso, em complemento ao fim ressocializador da pena. Por este grupo, ao juiz cabe a responsabilidade de proteger a legalidade da pena[39]; o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF; art. 11, n. 1, CADH)[40]; o princípio da humanidade (art. 4º, II; art. 5º, XLIX, CF)[41]; a inviolabilidade da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF); a vedação constitucional às penas e medidas desumanas ou cruéis[42]; o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), além dos princípios da culpabilidade; da proporcionalidade; da necessidade da pena[43]; da pessoalidade[44]; da

35 "Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal" (art. 5º, LIX, CF).

36 "A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (art. 5º, LX, CF).

37 "Conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, LXVIII, CF).

38 "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII).

39 "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX).

40 "A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º , XLI, CF). "Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade" (art. 11, n. 1, CADH).

41 "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5º, XLIX). "A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (art. 5º , XLVIII, CF). "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º , III, CF). "Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação" (art. 5º, L, CF).

42 Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, XLVII, CF). "Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano" (art. 5º., n. 2, CADH).

43 Código Penal, art. 59: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, *conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime* (grifamos)" […]. "As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados" (art. 5º., n. 6, CADH).

44 "Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do

intervenção mínima; da fragmentariedade; da subsidiariedade ou da ultima ratio; da adequação social e da insignificância.

Embora pudessem ser reconhecidos como desdobramento do grupo anterior, preferimos agrupar em um conjunto, separadamente, os direitos e garantias que visam a assegurar a prisão como exceção e pelo menor tempo possível (pena como ultima ratio), sem prejuízo, evidentemente, dos meios necessários à obtenção da liberdade. Nessa qualidade, o juiz será politicamente responsável pelo cumprimento do direito à informação e de identificação dos responsáveis pela prisão e interrogatórios[45]; o direito à assistência técnica e familiar; a não obrigatoriedade da prisão cautelar e a garantia do direito à liberdade provisória, quando não estritamente necessária à prisão provisória ou, nos casos em que a lei determinar a liberdade obrigatória[46]; o relaxamento obrigatório da prisão ilegal, também se entendendo como tal a prisão que extrapola a duração razoável[47], sem prejuízo do direito à indenização[48] e, finalmente, o princípio à duração razoável do processo num sentido amplo.

Os conjuntos não-taxativo de direitos e garantias acima expressos relacionam-se mutuamente, um complementando o outro, de maneira que essa reunião forma o regime constitucional de proteção à liberdade. Faz-se útil destacar não somente as normas extraídas da Constituição Federal, mas também as que dela decorram, ou que objetivem integrá-la pela própria natureza, como é o caso especial da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)[49].

---

perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" (art. 5º , XLV, CF).

45 "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (art. 5º, LXIII, CF). "O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial" (art. 5º, LXIV, CF). "A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada" (art. 5º , LXII, CF). Em atenção ao direito à informação, a Constituição ainda veda a incomunicabilidade do preso no Estado de Defesa (art. 136, § 3º, IV, CF).

46 "Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (art. 5º, LXVI, CF). "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (art. 5º, LXI, CF).

47 "A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (art. 5º, LXV, CF).

48 "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (art. 5º , LXXV, CF).

49 A Convenção é igualmente conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, referendado no Brasil pelo Decreto n. 678 de 1992.

5 A RESPONSABILIDADE PERANTE O REGIME CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE

A função do juiz criminal tem relação direta com o sistema constitucional de proteção à liberdade e com a necessidade estatal de proteger os valores constitucionais por meio da persecução penal, situação esta que, no Estado de Direito, revela um ponto de permanente atrito, às vezes apresentado com ares de "crise". Como assenta Bobbio, o problema dos direitos fundamentais não é tanto justificá-los, mas protegê-los[50]. Fomos capazes de criar um sistema perfeito de direitos e garantias, mas quedamo-nos inertes no momento de aplicá-lo. A *law in book* não pode divergir da *law in action*. Para implementar os direitos fundamentais, é de mister uma "autentica tutela jurisdicional" que, de fato, funcione no Estado de Direito[51].

A pena tem como limite os direitos fundamentais. A prisão, cautelar ou definitiva, impõe um regime de exceção aos direitos fundamentais, mas os direitos e garantias abstraídos com o encarceramento não deixam espaço vazio; são substituídos, logo, por outros direitos e garantias, cuja efetividade compete ao juiz. A perda da liberdade de qualquer indivíduo, no Estado Democrático de Direito, gera para o Estado-Juiz o dever de não permitir que esta perda contamine ou prejudique o exercício de uma miríade de direitos indisponíveis, os quais têm contato com a liberdade.

A sentença, como o diz Catoira, representa um título de privação do direito fundamental do preso[52], mas também significa um título hábil para o nascimento de deveres do Estado para com o apenado. A condenação inaugura uma fase de perda e ganhos. Com maior rescaldo, explica a Professora da Universidade de Coruña que a política penitenciária atual reveste a idéia de que o interno "es persona y como tal tiene reconocidos en la Constitución un conjunto de derechos e libertades"[53].

A esse conjunto de direitos e garantias que nascem em favor dos acusados, em geral, denominamos de regime constitucional de proteção

50 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 24 e 37.

51 Ibid, p. 40-1.

52 CATOIRA, Ana Aba. **La Limitación de los Derechos Fundamentales por Razón del Sujeto:** los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos. Madrid: Tecnos, 2001. p. 241.

53 CATOIRA, 2001, p. 243-4.

à liberdade. Com efeito, a responsabilidade política do juiz o põe como protetor da organização política da sociedade, cujas bases se sustentam nos direitos fundamentais. Esta responsabilidade política toma fôlego quando o juiz está consciente de que, sem a sua colaboração, o sistema de garantias não será cumprido, a contento, pelo regime penitenciário. O princípio do devido processo legal obriga que o indivíduo somente seja submetido à prisão se obedecido o sistema de dignidade mínima, sem o qual o juiz deve pôr o preso a salvo de qualquer constrangimento ilegal, mesmo que, para tanto, tenha que recorrer à progressão de regimes ou às prisões domiciliares[54].

Da limitação à liberdade individual decorrente do encarceramento eleva-se para o Estado um variado número de obrigações que condicionam o cumprimento da medida. A relação, aqui, exprime muito mais um câmbio do que uma dação. O condenado não doa sua liberdade como pagamento pelo crime cometido, mas opera permuta com o Estado; a este, cabe reverter a liberdade recebida em benefícios que atentam os fins a que se destina a pena infligida.

Sem dúvida, a proteção da liberdade encontra sua grande resistência no perfil inquisitivo do juiz, ainda preocupado em encontrar a verdade real. O juiz inquisidor acredita que a busca da verdade será capaz de revelar a inocência ou a culpa do acusado, independentemente da atuação da defesa técnica, motivo pelo qual não se preocupa com uma defesa real e efetiva[55].

Ouvindo o alerta de Rogério Lauria Tucci, é oportuno não confundir o processo inquisitivo com a inquisitividade. A inquisitividade, que é característica comum ao processo penal moderno, permite que o juiz perquira "até a exaustão, a verdade dos fatos levados à sua cognição"[56], porém tal permissivo não significa que deva

54 Invocando tais valores, decisão relatada por Ricardo Lewandowski firmara no antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que a falta de vagas no Hospital de Custódia não autoriza, *v.g.,* que o sentenciado absolvido aguarde a vez de ser internado em penitenciária comum: "Os portadores de patologias mentais, ainda que tenham cometido algum ilícito penal e mesmo que apresentem certo perigo para a sociedade, continuam protegidos pelas franquias constitucionais aplicáveis aos cidadãos em geral, que impedem, dentre outros constrangimentos, a prisão sem fundamento legal, de modo que se o Estado não tem condições de custodiar o agente inimputável em estabelecimento hospitalar adequado, por falta de vaga, não se pode, ao arrepio da lei, mantê-lo no cárcere por prazo indeterminado" (BRASIL. SÃO PAULO. TACrim/SP.Rel. Ricardo Lewandowski, RJDTACRIM 17/184. Na mesma acepção: TACrim/SP, HC nº 380.644/3, 6ª CCrim., Rel. Juiz Ivan Marques, j. 14.03.01, DJE 05.04.01, v.u.).

55 MARTÍNEZ, Stella Maris. **Quién defiende a la defensa**: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administraclón de justicia respetuosa de Ios derechos humanos. *In*: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBlA, Julio Andrés (comps.). "La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio". Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001. p. 168.

56 TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

o magistrado desconhecer limites legais, sob o motivo de esmiudar a verdade real.

Muito além da inquisitividade, o juiz que cumpre a função inquisidora centraliza, em si, a busca da verdade, ignorando a constituição de um processo dialético de partes, em que a defesa também exerça função decisiva. De fato, muitas vezes se relega à defesa – especialmente quando exercida por defensores nomeados – um papel meramente formal e burocrático, a fim de justificar a conclusão das etapas procedimentais. Este tipo de juiz, por não se preocupar com a defesa efetiva, ignora a atuação dos defensores por ele nomeados, até mesmo preferindo nomear os profissionais que menos militam em favor dos direitos de seus constituintes.

6 CONCLUSÃO

Julgamento justo não é o que impõe prisão em uma cadeia infecta, ocupadas por indivíduos socialmente marginais. Ao contrário, é o que garante ao apenado o cumprimento da sentença sem que, para isso, seja necessário perder a dignidade.

A inércia do Estado transfere ao juiz o dever de agir, de onde lhe emana a responsabilidade política. No exercício de sua função, é o juiz responsável pela inserção do condenado no sistema penitenciário.

O juiz do Estado Democrático de Direito deve respeito à integridade (física e moral) e à dignidade dos acusados, em geral, vedadas as penas e medidas não somente inconstitucionais, que, de qualquer forma, são inertes ou ineficazes como garantia de acesso à justiça penal e à prisão pelo tempo devido.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CATOIRA, Ana Aba. **La Limitación de los Derechos Fundamentales por Razón del Sujeto:** los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos. Madrid: Tecnos, 2001.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. A Função Administrativa. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 167, p. 07-14, jul./set.2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método** I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7.ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura:** no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade dos juízes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Alex. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

MARTÍNEZ, Stella Maris. Quién defiende a la defensa: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administraclón de justicia respetuosa de Ios derechos humanos. In: MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (comps.). **La Administración de Justicia:** en los albores del tercer milenio. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis:** As Formas de Governo, a Federação, a Divisão dos Poderes, Presidencialismo versus Parlamentarismo. Tradução de Pedro Vieira Mota. 6. ed.São Paulo: Saraiva, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos Atos dos seus Juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 563, p. 9-14, 1982.

SANTORO, Emílio. **Estado de Direito e Interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2.ed.Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.