

# O APORTE GARANTISTA DA NORMA TRAZIDA PELO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM CONFRONTAÇÃO COM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVA ADVINDA DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Carlos Roberto Claudino dos Santos<sup>1</sup>  
Daniel Mayerle<sup>2</sup>

## Resumo

*O presente artigo tem por objetivo analisar os critérios de validade, vigência e eficácia da Norma Jurídica sob a ótica do Garantismo Jurídico, fazendo um breve relato acerca dos princípios constitucionais. Descreverá ainda o aporte garantista da norma trazida pelo artigo 155 do Código de Processo Penal em confrontação com a decretação da Prisão Preventiva, baseada exclusivamente em prova advinda da investigação policial.*

**Palavras-chave:** Garantismo jurídico. Norma jurídica. Prisão preventiva.

## Resumen

*Este artículo tiene como objetivo analizar los criterios de validez, el rendimiento y la eficacia del garantismo jurídico desde la perspectiva de la ley, haciendo una breve reseña de los principios constitucionales. También se describe la contribución del garantismo norma al amparo del artículo 155 del Código de Procedimiento Penal en la confrontación con la promulgación de la detención, basada exclusivamente en pruebas procedentes de la investigación policial.*

**Palabras clave:** Garantismo jurídico. Norma legal. Detención.

## 1 INTRODUÇÃO

Vivenciamos uma premente necessidade de proteção aos Direitos Fundamentais dos cidadãos, atreladas a isso vêm ocorrendo significativas mudanças no Código de Processo Penal, algumas buscando auferir maior celeridade à instrução processual, outras, buscam asseverar e dar maior proteção ao acusado, objetivando evitar injustiças irreparáveis ou de difícil reparação.

Entre as alterações ocorridas uma delas, a inserida no art. 155 do Código de Processo Penal, será analisada se é de aporte Garantista, e a sua efetiva validade e eficácia no intuito de

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI – Linha de Pesquisa Produção e Aplicação do Direito.

<sup>2</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI – Linha de Pesquisa Produção e Aplicação do Direito.

proteger direitos e garantias fundamentais do cidadão. Para isso, efetuaremos uma confrontação entre a referida norma e a legalidade da decisão que determina a Prisão Preventiva, baseada apenas na prova advinda da investigação policial.

Antes de chegarmos ao cerne do presente estudo e à tentativa de resposta às questões levantadas, passaremos brevemente por alguns temas que serão necessários à compreensão do objetivo final, como o entendimento do que vem a ser o Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli, subentendendo-se que o referido autor foi o elaborador da “Teoria Geral do Garantismo”, os critérios de validade, vigência e eficácia da norma jurídica, bem como analisaremos alguns princípios constitucionais relacionados a dar validade e atrelados de forma direta e indiretamente à referida norma.

Para tanto foi realizada uma ampla pesquisa bibliográfica, por meio de leituras, fichamentos, buscando uma maior amplitude de conhecimento sobre a questão levantada, objetivando instigar o leitor sobre a abrangência e importância da nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, na práxis jurídica.

## 2 O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI

Temos hodiernamente que Luigi Ferrajoli através da obra *Direito e Razão* que era voltada ao Direito Penal, introduziu a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, a qual está fundada no respeito à dignidade da pessoa e nos direitos fundamentais, sendo evidente que a manutenção e eficácia do Estado Democrático de Direito, passa pela legitimação dos Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão, os quais devem estar abarcados pela Constituição.

A supremacia da Constituição no que tange aos Direitos Fundamentais deve nortear a construção de todo o sistema legislativo infraconstitucional, pois a norma que violar ou negar os Direitos Fundamentais, não será válida, sendo o Garantismo jurídicobaseado nos direitos individuais, os quais nem por maioria ou por unanimidade podem ser violados, sob pena de deslegitimação das instituições estatais<sup>3</sup>. O próprio Ferrajoli assim expressa:

Así, losderechosfundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustancialesimpuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por losderechos de libertad que ningunamayoriapuede violar; vínculos positivos, generados por losderechos sociales que ningunamayoriapuededejar de satisfacer.<sup>4</sup>

Na visão de Ferrajoli o Garantismo designaria uma filosofia política de tutela ao cidadão, em que se imporia ao Direito e ao Estado normas básicas objetivando a maximização da liberdade do cidadão e a minimização do poder punitivo do Estado.

[...]«garantismo» designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» se propiodel estado de derecho, que enel plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar lalibertad y enel plano jurídico como un

<sup>3</sup> ROSA, Alexandre de Moraes da. O que é o garantismo jurídico? – Florianópolis: Habitus, 2003.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid: Trotta 1999, p. 23-24.

sistema de vínculos impuestos a lapotestad punitiva del estado engarantía de losderechos de losciudadanos.<sup>5</sup>

O Garantismo seria um modelo baseado numa liberdade regrada, um contraponto entre liberdade selvagem e o autoritarismo do Estado, vinculando tanto o Direito quanto o Estado, privilegiando a liberdade dos indivíduos, elaborando normas jurídicas que objetivam preservar as garantias do cidadão (proteção), devendo tanto na elaboração da norma quanto na sua interpretação e aplicação, serem analisados os critérios de Validade, Vigência e Eficácia da Norma Jurídica atrelada ao fato concreto dentro da concepção garantista, em que se afasta a interpretação meramente normativa, para buscar a efetivação dos Direitos Fundamentais.

### 3 CRITÉRIOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

No modelo Garantista a norma jurídica não mais será vista somente pela ótica Kelsiana. Ferrajoli, sem desprezar totalmente a teoria de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito) em que afastou os aspectos morais, religiosos, sociológicos e de justiça, excepcionando que a norma jurídica habitaria o mundo do dever ser e não apenas do ser e obedeceria à ideia de imputação, decorrente de um comando ou mandamento<sup>6</sup>.

Este modelo agrega a observância do princípio da legalidade formal da norma ao fator conteúdo, rompendo o mero formalismo procedimental da interpretação e aplicação, fazendo preponderar a função da norma dentro dos Direitos Fundamentais, que regulam o que pode ser elaborado pelo Poder Legislativo e o que deve ser observado e garantido pelo Poder Judiciário, estando os indivíduos no Estado Democrático de Direito sujeitos somente às leis válidas, concebidas dentro das normas Garantistas, evitando assim que as majorias violem os Direitos e Garantias individuais do cidadão.

Ferrajoli manifesta que deve ser efetuada uma releitura atinente aos critérios de validade, vigência e eficácia das normas jurídicas, através da ótica Garantista, manifestando que nem toda norma vigente é válida, pois o atributo da validade da norma jurídica está diametralmente ligado à compatibilidade com o alcance dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão fixados na Constituição e sendo a norma eficaz quando ela é observada pela coletividade.

[...]«garantismo» designa una *teoría jurídica* de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no *sólo* entre si, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas<sup>7</sup>

Dentro dessa ótica, uma norma pode ter um aporte altíssimo de Garantismo, pois fundada em princípios constitucionais e por outro lado apresentar índice baixíssimo de Garantismo quando ela não é observada pela coletividade, gerando a antinomia da norma. Portanto a norma que apresentar esta antinomia seria uma norma válida mas não eficaz.

<sup>5</sup> Idem Nota 4, p. 851-852.

<sup>6</sup> Idem Nota 3.

<sup>7</sup> Idem Nota 4, p. 852

Em relação à validade e vigência da norma, como nos manifestamos anteriormente, existe no modelo Garantista uma ruptura com o positivismo jurídico, em que a validade da norma está relacionada com a observância do processo de formação/produção da norma, ou seja, em obedecer somente aos trâmites procedimentais e à vigência relacionada à existência da norma (publicação). No modelo Garantista, a validade não está relacionada somente à observância dos requisitos formais da norma, mas também aos substanciais, sendo que os aspectos formais no modelo garantista relacionam-se com a vigência e a sua validade está na observação se a norma está arraigada de conteúdo de garantias e direitos fundamentais do cidadão, caso não esteja, não será considerada válida.

A validade será observada por meio do plano substancial, utilizando-se de juízos de invalidade das normas inferiores, quando em desconformidade com os objetivos e finalidades traçadas pelas normas superiores, como também relativo à ineficácia da norma superior, quando não observado o ser do direito.

O advogado publicista Adriano de Bortoli<sup>8</sup>, manifesta sobre a existência de um modelo normativo de direito, em que segundo Ferrajoli, o Estado de Direito Garantista, não está adstrito somente ao Estado regulado pela lei, mas sim a um modelo, tanto formal quanto substancial, traçando as seguintes características:

[...] a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo o poder público – legislativo, judicial e administrativo – está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se acha submetida a controle de legitimidade por parte de juízes autônomos do mesmo e independentes; b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, que dizer, das proibições de lesar os direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial<sup>9</sup>.

Disso conclui-se, que a análise da norma jurídica deve ser efetuada através da ótica garantista, observando não só a forma, mas também o conteúdo de exercício e sua eficácia perante a coletividade, no que tange à estrita observância pelos cidadãos e pelo Estado do conteúdo da norma de forma a garantir ao cidadão o máximo de sua liberdade e o mínimo de intervenção do Estado na busca dos Direitos e Garantias individuais do cidadão.

Para o objetivo do presente trabalho, faz-se necessária ainda a observância dos princípios constitucionais ligados à questão levantada, para depois, e, de acordo com esses, verificar a vigência, validade e eficácia da norma inserida pelo art. 155 do Código de Processo Penal.

---

<sup>8</sup> Doutor em Direito pelo CPGD/UFSC, professor de Direito Administrativo da UNIVALI e do CESUSC.

<sup>9</sup> CADERMATORI, Daniela Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite. (Org.). Reflexões sobre Política e Direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Mello e César Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 31-32.

#### 4 BEM JURÍDICO-PENAL/OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Sendo a norma estudada de natureza processual penal e sendo o objetivo a verificação se a norma inserida pelo Art. 155 do Código de Processo Penal é de conteúdo Garantista, temos a necessidade de vinculá-la a alguns Princípios Constitucionais, para posteriormente analisar os requisitos de vigência, validade e eficácia da norma, em conformidade com o explanado no item anterior.

Inicialmente nos cabe perpassar pela concepção do que seja Bem Jurídico Penal na ótica Garantista, pois como mencionado alhures o bem jurídico protegido pelo direito penal deve, obrigatoriamente, ter respaldo constitucional, sendo inconcebível que o Direito Penal e o Processo Penal, outorguem proteção a bens não resguardados constitucionalmente, pois se assim o for, a norma não terá o aporte Garantista.

A noção de Bem Jurídico “implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de um determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento humano.”<sup>10</sup>, dentro dessa ótica, a norma deve ser instituída para que se obtenha mediante sua aplicação a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos.

Lenio Luiz Streck, se manifesta sobre essa função Garantista do Estado Moderno, deixando claro que o Estado Moderno tem uma função protetora dos direitos e garantias individuais do cidadão.

Inequivocamente, o Estado assume uma nova função, problemática que pode ser verificada, facilmente, pelo conteúdo do texto constitucional. Essa nova feição afasta o olhar de desconfiança para com o Estado, que passa de “tradicional inimigo dos direitos” a “protetor e promovedor da cidadania”. Parece razoável afirmar, assim, que o direito penal e o direito processual penal não podem ficar imunes a esses influxos. Altera-se a feição do Estado; conseqüentemente, altera-se o direito (não mais ordenador e nem simplesmente promovedor; agora é transformador, bastando, para tanto, examinar o texto da Constituição).<sup>11</sup>

Do prelecionado por Lenio e Prado, temos que a visão Garantista para o processo penal tem dupla função; o direito à liberdade e o direito à segurança, função também inerente ao Estado Moderno: a produção da segurança e redução das incertezas, dentro dessa ótica é que traremos à baila preceitos constitucionais insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 relacionados à solução da questão posta.

Ferrajoli indica quatro garantias relativas ao processo: a) Princípio da Jurisdicionariade (Nulla culpa sine iudicio), estabelece a pessoa a quem compete verificar a existência de culpa, no caso o Juiz, depois de observado o devido processo legal; b) Princípio Acusatório (Nullum iudicio sineacusaciones), a atividade estatal deve ser provocada, não haverá o reconhecimento judicial sem acusação; c) Princípio do Ônus da Prova (Nullaacosationsineprobatation), não haverá acusação sem prova, tem que estar presente o mínimo de prova para a instauração do processo; d) Princípio do Contraditório/Ampla Defesa

<sup>10</sup> Prado, Luís Regis. *Bem jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2003. p. 63.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz (org.). *Direito Penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 102

(Nullaprobatiosinedefensionen), a prova deve ser buscada bilateralmente, sendo nula a efetuada sem o contraditório.

Relacionado com os princípios supraindicados a Constituição brasileira traz no artigo 5º *caput* e incisos, normas que de forma direta ou indiretamente se identificam com a visão do Garantismo, concernente às garantias processuais de aplicação e observância da norma, objetivando resguardar direitos fundamentais individuais do cidadão, como podemos averiguar nos incisos, II – XXXV – XXXIX – XLI – LIII – LIV – LV – LVII – LXI – LXV – LXVIII do referido artigo<sup>12</sup>.

Esta breve passagem pelo conceito de Bem Jurídico-Penal e de algumas garantias processuais inclusas na Constituição sob a ótica do Garantismo, foi de grande valia na orientação do leitor para uma melhor compreensão da questão levantada e do deslinde a que se pretende chegar, o qual traremos no próximo item.

## **5 O APORTE GARANTISTA DA NORMA TRAZIDA PELO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM CONFRONTAÇÃO COM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVA ADVINDA DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL**

A questão trazida à baila, relativa ao contido na norma do artigo 155 Código Processual Penal *versus* a decisão judicial que decreta a Prisão Preventiva fundada apenas na prova colhida na investigação policial, é de relevância extrema na *práxis*, pois, não raramente nos deparamos com decisão neste sentido. Cabe esclarecer então se o conteúdo do expressado no art. 155 do CPP é de aporte Garantista, positiva a resposta, estaríamos diante de decisões judiciais que ofendem as garantias e direitos fundamentais e individuais do cidadão e portanto nulas, ensejando inclusive a impetração de *Habeas Corpus*. Vamos à regra:

**Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Grifo nosso)<sup>13</sup>**

<sup>12</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LV - 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;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - 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;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVIII - 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;

<sup>13</sup> CPP.

Do referido artigo, faz-se a interpretação por pontos, objetivando verificar o alcance da norma. Inicialmente extrai-se que a convicção do Juiz deve estar pautada em prova produzida “em contraditório judicial”, deixando o artigo aclarado de que referida prova não poderá ser exclusiva da investigação policial, a qual é elaborada de forma inquisitiva, ou seja, sem contraditório algum. E mais, existe a advertência que a justificação apresentada pelo Juiz para chegar à conclusão de segregar o cidadão, não poderá ser baseada apenas em “elementos informativos colhidos na investigação”.

Tanto a Constituição Federal quanto o art. 315 do CPP<sup>14</sup>, expressam que a segregação do cidadão de forma preventiva deverá dar-se em decisão fundamentada, e que esta decisão deve estar calcada em prova produzida bilateralmente em contraditório judicial, conforme a nova redação do art. 155 CPP.

Certamente a nova redação do art. 155 do CPP, tem visível função de proteção ao cidadão, estando fundada em garantias constitucionais, logo é norma considerada válida pela ótica Garantista, é vigente pois, publicada e tendo seguido o trâmite legal para a sua promulgação. E na *práxis* ela vem sendo plenamente observada? Se a resposta for negativa, logo estaríamos diante de norma sem eficácia, pois não observada plenamente pela coletividade.

Assim, surge-nos uma indagação: se a norma está arraigada de altíssimo índice de Garantismo no que tange a sua validade, qual a razão de ela não ser plenamente observada pelo Estado, quando das decisões que segregam preventivamente o cidadão, sem a existência de prova produzida bilateralmente e em contraditório judicial? Não se pode deixar de perpetrar que a liberdade do cidadão sempre há de ser entendida como regra, sendo a exceção o inverso. Oportunos nos são os ensinamentos de Paulo Queiroz, quando fala da garantia constitucional da liberdade do cidadão:

[...] a relativização desse pressuposto fundamental somente poderá admitir-se legitimamente quando o interesse público superior, constitucionalmente relevante, o exigir, em nome da coletividade, o que é o mesmo que dizer-se: quando o interesse público maior se impuser como necessidade de preservação dos valores democráticos...”

(...)

“Quer isso significar, em respeito ao postulado da liberdade, que todas as medidas de vigilância, de policiamento, de restrição ou privação de direitos, numa palavra, de coerção ao indivíduo, somente poderão ser toleradas em situações excepcionais, pois se trata, afinal, de contemplar, em tais casos, não a regra, mas a exceção, a não liberdade, por meio de atos de constrição...”

Do contido da norma do art. 155 CPP e da possibilidade inserida nos artigos 311<sup>15</sup> e 312<sup>16</sup> também do Código de Processo Penal, poderiam alguns atores do direito, conceber a

<sup>14</sup> Art. 315. O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.

<sup>15</sup> Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

<sup>16</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

existência de uma antinomia<sup>17</sup>, sendo necessária a sua purificação, ou as referidas normas poderiam conviver no mundo jurídico sem quaisquer obstáculos que poderiam macular a sua validade e eficácia? A resposta pode ser no sentido de conservar as duas, mas nessa concepção devemos demonstrar que as normas não são incompatíveis entre si, ou que a interpretação efetuada sobre as normas está errada, portanto a nova tendência sobre a antinomia, não é mais a eliminação da norma e sim a eliminação da incompatibilidade<sup>18</sup>.

Nessa situação, devemos ter a concepção “que não existe no sistema jurídico pátrio qualquer direito de natureza absoluta, já que um direito pode ser sacrificado em face de outro, caso seja estritamente necessário. Isso obriga o legislador a sopesar os valores em conflito, para que assim possa legitimar a norma penal em face da Constituição.”<sup>19</sup>

Portanto a melhor solução possível quando da existência de uma suposta antinomia, seria a resolução pela hermenêutica, devendo preponderar na interpretação os princípios constitucionais consubstanciadores das normas infraconstitucionais em suposto conflito. “Luigi Ferrajoli é claro ao afirmar que unidade, coerência e plenitude, de fato não existem na maneira que o paleo positivismo pretende.”<sup>20</sup>

Por conseguinte no modelo Garantista o Juiz, tem importante missão, devendo interpretar a norma à luz dos princípios constitucionais que lhe deram aporte, o que nada mais é do que a própria razão da existência da norma, o Juiz não é mais mero “boca da lei” um burocrata insensível e não participativo, tendo a função de garantir a aplicação somente de normas válidas, ou seja, aquelas fundadas em preceitos constitucionais-garantistas. Alexandre Morais da Rosa, citando Ferrajoli<sup>21</sup>, manifesta:

“a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos”

A problemática trazida, neste momento ganha contornos até então não imagináveis, pois não podemos mais afirmar que exista uma antinomia entre o conteúdo da norma estabelecida no art. 155 do CPP e o conteúdo da decisão que decreta a Prisão Preventiva, fundamentada apenas em prova advinda da investigação policial.

<sup>17</sup> Antinomia para Norberto Bobbio, portanto, é “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.”

<sup>18</sup> Idem Nota 3.

<sup>19</sup> ABREU, Marcelo Luís. Anotações sobre a função garantística do bem jurídico-penal.

Disponível em: <<http://www.direitofba.net/artigos/artigo013.doc>>. Acesso em: 20/10/2009.

<sup>20</sup> Idem Nota 3.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90-91.



Resta necessário, que de todas as controvérsias expostas e dos novos rumos traçados e uma melhor compreensão do modelo Garantista, tragam os autores do artigo a conclusão sobre a questão inicialmente abordada, de forma não a espancar e finalizar o tema, mas sim de instigar o leitor a um aprofundamento do tema.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De todo o estudado, e observando a questão inicialmente formulada pela ótica do Garantismo Jurídico, chega-se a algumas conclusões. A primeira delas é que a norma inserida no art. 155 do CPP, é norma de aporte Garantista, pois visa proteger o cidadão, bem como está calcada em princípios constitucionais, consagradores das Garantias e Direitos Fundamentais do Cidadão, portanto norma vigente, válida e eficaz.

Tocante à suposta antinomia entre a norma inserida no art. 155 do CPP, com as normas inerentes à decretação da Prisão Preventiva, baseada em decisão com fundamentação exclusiva em prova produzida na investigação policial e sem contraditório judicial, à primeira vista, parece existir, sendo que a não observância do referido artigo pelo Juiz, acarretaria uma nulidade e uma ofensa aos Direitos fundamentais e individuais do cidadão, já que referida norma é de aporte Garantista, como dito acima.

No desenrolar do trabalho, passamos a visualizar a antinomia das normas sobre outra ótica, a Garantista, em que a regra que impera, é da não existência da antinomia, mas sim um erro de interpretação da norma (eliminação da incompatibilidade), estando a cargo do magistrado a interpretação das normas supostamente confrontantes, aplicando aquela que mais se coaduna com os princípios constitucionais consubstanciadores das normas infraconstitucionais em suposta convergência.

Deve o magistrado saber do seu real papel na ótica garantista, já que ele será o fio condutor no alcance da preservação dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão, garantidos constitucionalmente, afastando a aplicação de normas que não tenham aporte Garantista e interpretando a norma tendo sempre em primeiro plano as regras que conferem a proteção do cidadão, auferindo-lhe maior liberdade.

Dentro da visão Garantista não existirá direito de natureza absoluta, cabendo ao interprete principal da norma (Juiz), aferir e aplicar aquela que mais se aproxima das garantias constitucionais ao caso concreto, podendo inclusive sacrificar um direito em razão de outro, que na sua concepção ampara melhor a concretização dos princípios e garantias constitucionais.

Assim, ante a fundamentação da decisão e as razões expostas poderá existir decisão que decreta a prisão preventiva, sem que seja observada a regra contida no art. 155 do CPP, e não estar ela em desconformidade com os princípios garantistas. Em contrapartida o magistrado, além de fundamentar a decisão como de praxe, deverá também, indicar quais as razões que o levaram a não observância da regra contida no art. 155 do CPP, sob pena de negar a eficácia da norma.

## 7 REFERÊNCIAS

ABREU, Marcelo Luís. **Anotações sobre a função garantística do bem jurídico-penal.** Disponível em: <<http://www.direitofba.net/artigos/artigo013.doc>>. Acesso em: 20/10/2009.

CADERMATORI, Daniela Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite. (Org.). **Reflexões sobre Política e Direito:** homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Mello e César Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

GOMES, Luís Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal.** v. 5. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal.** v. 6. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90-91.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **O que é o garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROXIN, Claus. **Proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Tradução e Organização André Luis Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. (org.). **Direito Penal em tempos de crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Bem jurídico e Constituição:** da proibição de excesso (ÜBERMASSVERBOT) à proibição de proteção deficiente (UNTERMASSVERBOT) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <[http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007\\_05/doutrina/doutrina\\_boletim\\_5\\_2007\\_prporcionalidade.pdf](http://www.prr5.mpf.gov.br/nucrim/boletim/2007_05/doutrina/doutrina_boletim_5_2007_prporcionalidade.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2009.