

Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal

Marcelo Alberto Chaves Villa¹

Ab initio, cabe fazer a análise do novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal sobre os fundamentos axiológicos, a teleologia e a própria efetividade da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, concernentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares. E também deu outras providências, a partir de uma hermenêutica lógico-sistemática de todo o Ordenamento Pátrio Penal, inclusive das normas de direito material penal, e não só das normas processuais, e, sobretudo, de uma interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição Federal sob o prisma dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, dos subprincípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito, sob a ótica dos princípios componentes da adequação de meios (“*Geeignetheit*”), da exigibilidade (“*Erforderlichkeit*”), e proporcionalidade em sentido estrito (“*Verhältnismässigkeit*”), e do princípio da proibição por defeito ou por insuficiência de proteção.

Sob o prisma axiológico, é inegável que os fundamentos da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, baseiam-se, portanto, numa visão crítica do Direito Penal e no discurso crítico ao poder punitivo estatal e da privação de liberdade, partindo-se da crítica às teorias da pena, embora a novel Lei trate basicamente das novas hipóteses de cabimento da prisão processual penal, mormente da prisão preventiva e da aplicação das medidas cautelares no processo penal.

Agora os fundamentos da sistemática cautelar no processo penal não estão somente sob a égide do binômio: adequação e necessidade, inserindo

¹ Juiz de Direito da Vara Criminal de Itaboraí.

a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, no sistema, de forma explícita, o conceito de proporcionalidade em sentido estrito já defendido pela doutrina, bem como introduzindo um rol de medidas cautelares específicas no processo penal, que transcendeu o mero sistema bipartido de cautela (prisão processual) e contracautela (liberdade provisória).

Em termos axiológicos, é indubitável que a novel sistemática trata-se de uma inconformidade com as teorias das funções da pena, dentre as quais: as teorias da prevenção geral negativa (cujos modelos são de Feuerbach e Rmagnosi), da prevenção geral positiva (cujo modelo é de Welzel), prevenção especial negativa (cujo modelo é de Garofalo) e prevenção especial positiva (cujos modelos são de Ferri e Von Liszt), como bem critica o Mestre Zaffaroni em sua obra **Direito Penal Brasileiro**. Objetivando-se, assim, a fundamentação da pena na teoria do direito penal mínimo, alicerçado no princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade do direito penal.

Nesta esteira, é certo que o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*, isto é, somente deve atuar na tutela de direitos em que os demais ramos do Direito se revelaram incapazes de atuar. Mas apesar da inegável primazia da teoria do Direito Penal Mínimo como fundamento político-jurídico eficaz para a função da pena como instrumento de intervenção nas práticas ilícitas graves, efetivamente, depreende-se um caráter ideológico no discurso de uma vertente garantista que tende aproximar cada vez mais o minimalismo do abolicionismo da pena.

O Direito é uma ciência essencialmente deontológica, um dever-ser, donde se infere que a abolição da pena como aspiração do desenvolvimento humano é algo, que no plano da construção teórica do Estado Democrático, de Direito traduz-se, *prima facie*, em um vetor necessário ao balizamento da intervenção estatal no plano das liberdades individuais. Entretanto, tal aspiração no mundo real, dada a fenomenologia complexa do crime, não é algo factível e, quiçá, em uma visão pessimista, algo que talvez nunca ocorra na história humana, vez que a sociedade ideal em que abolicionismo prevaleceria será sempre um devir.

O perigo é querer fazer a aproximação radical entre o minimalismo

e o abolicionismo, sob uma suposta conformação da legislação infraconstitucional com a Constituição Federal, que acarrete insuficiência de juridicidade estatal, tornando assim, ineficaz a tutela penal na proteção dos bens da vida, dos indivíduos e do próprio organismo social, mormente em uma sociedade que clama por maior proteção estatal e em que a fenomenologia do crime é ascendente, com índices de crimes violentos altíssimos e com índices de homicídios comparáveis a países que atravessam guerras e graves comoções internas. Não raro a criminalidade no Brasil é manchete em organismos de imprensa internacional.

Embora o tema em tela verse, essencialmente, sobre processo penal, denota-se a presença do discurso abolicionista na inspiração do anteprojeto da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, haja vista que os defensores da novel sistemática processual cautelar advogam que a medida cautelar excepcional da prisão preventiva só será cabível nas hipóteses em que a eventual pena a ser imposta por sentença condenatória final for proporcional a aludida segregação provisória de natureza cautelar ante ao novel reconhecimento legal do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Isto quer dizer, nos crimes em que, em tese, são cabíveis institutos despenalizadores, a saber, a suspensão condicional do processo, nos moldes do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do artigo 44 e segs. do Código Penal, ou seja, nos crimes de médio potencial ofensivo, a prisão provisória inadmitir-se-ia, vez que nesses casos nas eventuais condenações finais não haveria, a *contrario sensu*, pena de prisão.

O entendimento em sentido diametral importaria então a maior severidade e desvantagem individual da medida cautelar provisória em comparação com a própria pena a ser imposta ao final do processo de cognição.

Contudo, os próprios defensores da novel sistemática processual cautelar, que olvidam a antecipação dos efeitos da pena como mecanismo de prevenção cautelar por se tratarem de institutos diversos, *data maxima venia*, entrelaçam neste discurso garantista e abolicionista o próprio conceito da pena com o exame da necessidade cautelar da prisão provisória, lançando uso do prognóstico da futura imposição da pena para a análi-

se do cabimento, ou não, da prisão processual. Esquecem-se, assim, de perscrutarem a natureza ontológica das medidas cautelares, que é de mera instrumentalidade do processo, com o prognóstico da futura imposição da sanção penal ao término do processo de conhecimento.

Destarte, os defensores desta sistemática utilizam-se da análise da pena em perspectiva para legitimarem o seu próprio discurso no sentido da natureza essencialmente cautelar da prisão provisória, sem qualquer conteúdo satisfativo, o que, em tese, não deixa de ser também uma conspurcação ao princípio da presunção de inocência, nos moldes da visão essencialmente garantista.

É indubitável que a proporcionalidade em sentido estrito, subprincípio do Estado Democrático de Direito haurido da própria Constituição Federal, que deriva do subprincípio constitucional da proibição de excesso, não podia deixar de ser contemplado pela legislação infraconstitucional, sob pena de veemente antinomia com a própria Constituição Federal.

Inobstante, não deixa de ser uma vulneração ao processo de individualização da pena na fase judicial, a novel opção legislativa que veda ao próprio Poder Judiciário examinar e imiscuir-se se há proporcionalidade em sentido estrito no que tange ao cabimento, ou não, de prisão processual em crimes de médio potencial ofensivo ou em crimes que caibam, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mormente se for sopesado que um dos balizadores eleitos pelo legislador processual infraconstitucional, para adequação, necessidade e homogeneidade da adoção da medida cautelar excepcional de decretação da prisão preventiva, foi nada mais do que o próprio prognóstico da pena a ser, eventualmente, aplicada ao final do processo de conhecimento.

Assim, o legislador infraconstitucional, sem dar margem à análise judicial serena, em opção legislativa reveladora de uma desconfiança prévia com o Poder Judiciário, *a priori*, não permite mais que o juiz decrete a prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade igual ou inferior a 04 (quatro) anos, excepcionando-se as hipóteses de reincidência e dos autores de crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas de urgência, ou nas

hipóteses em que haja dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, condicionando o lapso da prisão processual até o momento da identificação, *ex vi* da novel redação do artigo 313 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

Destarte, a adoção da proporcionalidade em sentido estrito como opção legal para o não cabimento, *a priori*, da prisão preventiva nos crimes cuja pena privativa de liberdade é igual ou inferior a 04 (quatro) anos, insere então no rol proibitivo, crimes de médio potencial ofensivo e crimes que cabem, em tese, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos que, em verdade, são de natureza grave ante a falta de racionalização de nosso Ordenamento Pátrio Penal. *De lege ferenda*, crimes que deveriam prever em seus preceitos secundários sanções mais eficazes, e menos módicas, tais quais os crimes de: sequestro ou cárcere privado, na forma simples (artigo 148 do Código Penal); formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal); coação no curso do processo (crime contra a administração da justiça previsto no artigo 344 do Código Penal); porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, em qualquer de suas modalidades típicas (crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003); e disparo de arma de fogo (crime previsto no artigo 15 da Lei nº 10.826/2003).

A doutrina já preconizava a proporcionalidade em sentido estrito como requisito implícito da decretação da prisão preventiva. Para tanto, não é demasiado trazer-se ao tema os escólios de alguns processualistas penais. Nesta esteira, o Íncrito Desembargador Paulo Rangel, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua obra “Direito Processual Penal”², ao salientar com brilhantismo que a homogeneidade deveria ser uma das características a ser observada na decretação de prisões processuais:

“Homogeneidade: A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o

2 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 736.

pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido... O mal causado durante o curso do processo é bem maior que aquele que, possivelmente, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término. Entendemos, em uma visão sistemática do sistema penal como um todo, que, nos crimes de médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles que admitem a suspensão condicional do processo (cf. art. 89 da Lei nº 9.099/95), não mais se admite prisão cautelar, seja a manutenção da prisão em flagrante ou a decretação da prisão preventiva. Não podemos confundir a prisão em flagrante o crime de furto simples (ou agora até o qualificado, diante do novo entendimento da suspensão condicional do processo em crimes com pena mínima de até 2 anos), por exemplo, com a sua manutenção até o final do processo. Preso em flagrante delito, deve ser concedida a liberdade provisória por ausência de homogeneidade. O mesmo deve ocorrer nos crimes que, em tese, admitem a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Assim, estaremos operando com uma visão sistemática das medidas cautelares (cf. obra Vicente Gimeno Sendra, Victor Moreno Catena e Valentín Cortés, Domínguez citada p. 475)”.

De igual modo preleciona o nobre Mestre e Doutor em Direito Processual Penal, Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em sua obra “Direito Processual Penal, Tomo II”³:

“Embora não prevista expressamente, toda prisão preventiva – e cautelar, de maneira geral –, exige um outro requisito: a proporcionalidade entre a prisão cautelar e a provável pena a ser aplicada ao final do processo”.

“Toda medida cautelar deve guardar conexão com o provimen-

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**: Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2ª Ed., p. 200/203.

to futuro que a irá substituir. Em outras palavras, a medida cautelar sempre deve ter em vista uma medida satisfativa e definitiva, resultado do reconhecimento do direito debatido no processo principal, que exige tempo para ser reconhecido. Assim, deve haver uma proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada”.

“Embora a prisão preventiva, do ponto de vista de sua finalidade, não seja uma ‘pena antecipada’ na prática, o mal real causado pela prisão preventiva é parecido, quanto aos efeitos realmente produzidos aos da pena. Como adverte Zappalà (1996, p. 447), na prisão preventiva, o acusado não deve pagar um preço que ele provavelmente não será chamado a pagar nem mesmo depois da condenação”.

“Conseqüentemente, o juiz não se deve limitar a analisar ‘prova da existência do crime e indício suficiente de autoria’ para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312). Esses critérios são indicadores do denominado fumus commissi delicti, isto é, da probabilidade, baseada em uma cognição sumária, de que o acusado seja o autor de um delito. São elementos necessários, mas não suficientes para a prisão cautelar”.

“A análise do ‘direito hipotético’ não se deve limitar à ‘probabilidade de uma condenação’. Há mais a ser considerado neste juízo prognóstico. O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha de executar uma pena privativa de liberdade”.

“Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá de se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar. Diversamente, caso o juiz anteveja que a pena a ser imposta será apenas uma pena de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou ainda uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa

(sursis), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo, cuja utilidade se quer assegurar”.

“Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar”.

“Em suma, a prisão preventiva jamais poderá ser imposta quando, com base em cognição sumária, se antever que a pena a ser imposta ao final, provavelmente, não será uma pena privativa de liberdade, ou esta terá sua execução suspensa. Não cabe a prisão preventiva, se ao final do processo, o acusado não terá de cumprir uma pena privativa de liberdade”.

Na senda da doutrina que não mais admitia a prisão preventiva, com enfoque no postulado da proporcionalidade, em relação aos crimes de médio potencial ofensivo, bem como em relação aos crimes que, em tese, são cabíveis à substituição da prisão preventiva por pena restritiva de direitos - e, que inclusive, fazia objeções a essa prisão processual nos crimes em que o juízo antevisse a aplicação de pena privativa de liberdade em regime aberto -, veio, então, a edição da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que fixou limites normativos para a decretação da aludida prisão processual nos crimes cuja pena é igual ou inferior a 04 (quatro) anos, conforme se infere do novel artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Curioso é que, de acordo com tais premissas doutrinárias alicerçadas no postulado da proporcionalidade, os pressupostos da tutela cautelar com base na prisão preventiva dependiam sempre de um juízo com base em cognição sumária sobre o prognóstico da eventual individualização da pena - algo que já transcendia inclusive o juízo de certeza da existência do

crime e de sua autoria, vez que trata de prognóstico já feito no âmbito da própria dosimetria da pena.

O postulado da proporcionalidade no exame cautelar, como advogado por determinada vertente da doutrina garantista, indubitavelmente, já trazia a ideia da flexibilização do princípio da presunção de inocência, mesmo que *in bonam partem*, pois o prognóstico sobre a pena é algo que ultrapassa o limite da certeza sobre a prática do crime.

O postulado da proporcionalidade já estava inserto no antigo sistema, conforme se depreendia da redação anterior do artigo 321 do Código de Processo Penal. Mais precisamente já estava prevista a proporcionalidade em relação aos delitos em que o réu livrava-se solto, a saber, nas infrações, a que não são isoladas, cumulativamente ou alternativamente cominadas penas privativas de liberdades, e nas infrações cuja pena privativa de liberdade não ultrapassasse a três meses; fosse essa pena isolada, cumulativa ou alternativa, a saber, nos casos de infrações penais com penas baixíssimas, como aquelas previstas para as contravenções penais.

Agora também é expreso pelo novel artigo 283, § 1º, do Código de Processo Penal, que em relação aos crimes aos quais o réu livrar-se solto, estende além da vedação da prisão processual, a proibição da adoção de demais medidas cautelares nominadas que, por ora, são previstas, expressamente, na legislação processual, e são diversas da prisão cautelar.

O sistema anterior também não admitia a prisão preventiva nas infrações punidas com pena de detenção, salvo quando: houvesse dúvida sobre a identidade do autor do fato delituoso, nas hipóteses de reincidência e nos crimes que envolviam violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

É certo que se fazia necessária a adoção explícita do postulado da proporcionalidade na legislação infraconstitucional, que está presente implicitamente em nossa Constituição Federal, o que é muito bem trabalhado pelo novel artigo 282 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que faz referência expressa ao binômio - necessidade e adequação para aplicação de medidas cautelares

personais no processo penal, ambas conjugando então a perspectiva do postulado da proporcionalidade.

Contudo, trazer tal postulado, como fez a aludida Lei, para, *a priori*, obstar a decretação da prisão preventiva em relação a alguns crimes de médio potencial ofensivo e em relação a crimes cuja pena privativa de liberdade, em tese, pode vir a ser substituída por pena restritiva de direitos, é algo extremamente perigoso, mormente se for sopesada a fenomenologia da criminalidade no Brasil atual, bem como a falta de sistematização de nosso arcabouço punitivo e a própria sensação de impunidade da população brasileira ante a modicidade do atual ordenamento punitivo.

O postulado da proporcionalidade inserto na legislação processual penal para adequar o juízo da proporcionalidade em matéria de medidas cautelares de prisões é perfeitamente válido no que tange aos delitos em que o réu livrava-se solto, e nos casos de infrações penais com penas baixíssimas, como as penas previstas para as contravenções penais.

Também tal postulado é perfeitamente razoável em relação às infrações de menor potencial ofensivo, que são aquelas estabelecidas nos moldes da Lei nº 9.099/95, nas quais o procedimento e o processo se orientam pela informalidade, pacificação do conflito e escopo, precipuamente, conciliatório.

A priori, a observância da proporcionalidade ainda se amolda aos crimes culposos, cujo artigo 44, inciso I, do Código Penal, com a redação da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, já prevê a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, qualquer que seja a pena aplicada. Embora nos homicídios culposos praticados na direção de veículos automotores, em que haja reiteração criminosa, a regra deva vir a ser sopesada.

Todavia, nos casos dos crimes de médio potencial ofensivo, a proporcionalidade que ora é adotada de maneira prévia pelo próprio legislador, sem que, *a priori*, haja margem ao próprio Poder Judiciário para que seus órgãos investidos de jurisdição procedam ao juízo cautelar da proporcionalidade em matérias de medidas cautelares de prisões, é algo que gera perplexidade.

Insta salientar que delitos, como o de formação de quadrilha ou ban-

do, na figura simples, estão de acordo com a Lei de médio potencial ofensivo.

Haverá, então, quem irá elucubrar que a opção legislativa em voga envolve interesses de grupos políticos e econômicos dissociados dos fins sociais da Lei, com o escopo de que haja impunidade em relação a quadrilhas e *societas sceleris* que estão incrustadas na Administração Pública com a finalidade de praticar crimes contra a Administração Pública. O que, racionalmente, não pode ser admitido como sendo a *mens legis*, vez que Lei no Estado Democrático de Direito só pode se destinar ao alcance de fins sociais, e não para objetivos escusos ou para assegurar privilégios ou imunizações desarrazoadas para uma casta.

Para ilustrar o que poderá vir a ser questionado, hodiernamente com a entrada em vigor da novel sistemática, dificilmente, integrantes de uma quadrilha imiscuída na Administração Pública, associados com o fim de fraudar procedimentos licitatórios para contratação da Administração Pública, viriam a ser presos preventivamente, embora os prejuízos sociais que possam ser causados pela atuação de tal grupo para toda a coletividade venham a ser imensos, mormente se for sopeçada a modicidade das penas estabelecidas para os crimes fins que estão previstas na Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Não são raros os casos recentes do desbaratamento de quadrilhas dessa espécie procedido em investigações realizadas, sobretudo, pela Polícia Federal, nas quais a segregação de seus integrantes fazia-se necessária para a proficiência das apurações.

Outro exemplo é a de quadrilhas especializadas na prática de crimes contra a Ordem Econômica, previstos na Lei nº 8.137/90 e Lei nº 8.884/94.

Podemos citar também os casos de quadrilhas de falsificadores, associados com o escopo de perpetrar crimes contra a propriedade industrial, cuja modicidade das sanções penais previstas na Lei nº 9.279/96, que regula os direitos e obrigações à propriedade industrial, é um estímulo à pirataria.

Todos os exemplos acima elencados são, *a priori*, de quadrilhas não armadas, registrando-se que, nessa hipótese, o preceito secundário do artigo

288 do Código Penal prevê pena de reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos.

Nesta esteira, depreende-se que a axiologia da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, é a discussão da própria falibilidade da pena de prisão, em especial de sua função de prevenção específica da pena como medida de neutralização física do delinquente, como discurso legitimador da ampliação do poder punitivo estatal. O que agora, *permissa venia*, é trazido de forma sub-reptícia para a imposição de limites normativos ao juízo cautelar de proporcionalidade das medidas cautelares de prisão. Em particular, porque o que se tem em mente como postulado da proporcionalidade é sempre o prognóstico da individualização e dosimetria da pena a ser, eventualmente, aplicada, mesmo que tal prognóstico traduza-se em uma flexibilização ao princípio da presunção da inocência, feito por certo, *in bonam partem*, em contraste com o caráter essencialmente instrumental do acautelamento do processo.

Este postulado radical da proporcionalidade, contido nos limites normativos do juízo cautelar, que por ora é consubstanciado no novel artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, exime-se de fundamentar as hipóteses nas quais os réus, embora presos preventivamente ante a presença do *fumus commissi delicti* e para a efetividade do processo, ao final, venham a ser absolvidos por sentença, ou mesmo por acórdão proferido pela instância de segundo grau de jurisdição.

Assim, nas hipóteses de absolvição de presos provisórios, a argumentação alicerçada na observância da proporcionalidade em sentido estrito em relação ao juízo cautelar, como a que foi adotada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, passa a carecer de fundamentação lógica, mormente porque o enfoque da opção legislativa foi o da observância de limites quantitativos de penas de privativas de liberdade para a decretação autônoma da prisão preventiva. Embasando-se a *mens legislatoris* na opção da aludida limitação normativa ao juízo cautelar, em nada mais, do que no prognóstico da pena a ser futuramente aplicada.

Com todo o respeito aos brilhantes juristas que integraram a Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, os Mestres Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel

Reale Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Rui Stoco, dentre outros, aquilatados de notável saber jurídico, que ultrapassam em muito os conhecimentos deste modesto operador do Direito, bem como, com todo o respeito ao legislador infraconstitucional, a proporcionalidade em sentido estrito, alicerçada no princípio da proibição de excesso, não pode assentar-se em prognósticos da pena para delimitar o juízo cautelar em limites quantitativos abstratos previstos em preceitos secundários de normas incriminadoras.

Tal premissa foge, portanto, do exame cautelar propriamente dito, donde se infere que a novel sistemática tem como fundamento axiológico a visão da falibilidade da pena de prisão e a legítima aspiração de sua supressão.

No campo axiológico, há que se ter cuidado na escolha dos argumentos em prol ou contra a novel sistemática, que escapem à teoria geral das medidas cautelares. Em especial, se vierem a ser lançados argumentos de que, agora, todos os que, eventualmente, se encontrem selecionados em processo de criminalização primária (seleção legal) não sofrerão mais as agruras da antecipação dos efeitos da pena, sejam ricos ou pobres, sob os auspícios de provimentos judiciais supostamente cautelares.

Tais argumentos nada mais serão, então, do que discursos ideológicos. Discursos estes que se darão a partir da concepção de que a seleção desigual e deficiente da criminalização secundária dos delinquentes feitas pelas instâncias encarregadas da persecução penal é sempre a regra, sob o prisma de que a seleção defeituosa consubstancia-se em uma intencionalidade sistêmica, legitimadora do poder dos fortes sobre os fracos e ainda corroborante de um estado dito burguês.

Assim, com base em uma interpretação mais radical da novel sistemática processual cautelar, poder-se-ia argumentar que tanto os acusados de crimes de furtos, na forma simples, quanto os acusados de formação de quadrilha para a perpetração de crimes financeiros ou contra a ordem tributária e econômica, ditos de 'colarinho branco', passariam, finalmente, a ter tratamento isonômico.

Por exceção raciocinar-se-ia, vez que a *mens legis* é a da adoção da homogeneidade das medidas cautelares pessoais no processo penal, e não a

da redistribuição equânime da impunidade. Muito embora, vislumbre-se o defeito da normatização, por deixar o Poder Judiciário sem opções factíveis no acautelamento de processos nos quais se apuram crimes graves, especificamente aqueles que, ante a falta de sistematização de nosso Ordenamento Penal, são considerados como sendo infrações de médio potencial ofensivo, ou infrações que permitam a substituição, em tese, da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A preocupação e perplexidade deste operador do Direito não são em relação a um balizamento do juízo de proporcionalidade das medidas cautelares de prisão em relação ao delito de furto simples, mas sim em relação a delitos, que ontologicamente, são graves e nefastos para toda a sociedade, os quais ocasionam um sentimento de insegurança que restará mais ainda evidenciada com o abrandamento das medidas excepcionais de prisão processual.

O postulado da proporcionalidade no juízo cautelar das medidas processuais de prisão deveria tão somente ater-se: aos delitos em que o réu livra-se solto; aos casos de delitos com penas baixíssimas, como as penas previstas para as contravenções penais; aos delitos de menor potencial ofensivo; e, salvo, em hipóteses excepcionais, aos delitos culposos.

De igual modo, não discrepa da lógica, a novel orientação legislativa de imposição preferencial de demais medidas cautelares diversas da prisão, quando as circunstâncias do crime não se revelem graves nem haja risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa, quando, ao contrário, se faz necessária a prisão preventiva.

Para demonstrar a falta de sistematização de nosso Ordenamento Penal, para o crime de formação de quadrilha, na figura simples, a legislação penal prevê pena irrisória de reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos, como acima já foi destacado. Todavia, a Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas em seu artigo 7º preceitua que não é cabível a liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que intencionalmente e de forma efetiva participem de organização criminosa. Preceituando o artigo 9º da aludida Lei que os integrantes de organização cri-

minosa não podem apelar em liberdade, bem como preceitua o seu artigo 10 que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado. É certo que tais dispositivos legais conspurcam o princípio da individualização da pena, no entanto, é inegável que suas preceituações revelam o caráter gravíssimo das ações perpetradas por *societas delinquendi*, bem como demonstram a preocupação do legislador com tais ações delituosas.

Frisa-se que a Lei nº 9.034/95 visa à prevenção e à repressão de ações praticadas por quadrilhas ou bando ou organizações criminosas de qualquer tipo. Difícil se faz então a conciliação dos nobres objetivos da referenciada legislação com a conceituação do crime de formação de quadrilha como sendo de médio potencial ofensivo ante ao que prevê o artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Paradoxal que o crime de formação de quadrilha ou bando em decorrência da novel sistemática processual no âmbito da adoção das medidas cautelares não comporte mais a decretação autônoma da prisão preventiva no curso do processo penal, ante a exegese do novel artigo 313, I, do Código de Processo Penal que, *a priori*, só admite o decreto de prisão preventiva para os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.

Conquanto, em virtude da superveniente falta de concatenação lógica do sistema processual penal no campo das medidas cautelares, com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, na fase inquisitorial seja ainda cabível a decretação da prisão temporária do indiciado por crime de formação de quadrilha ou bando, na forma simples, *ex vi* do artigo 1º, incisos I e III, alínea "1", da Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária.

A prisão temporária é medida excepcional que tem como escopo exclusivo a tutela das investigações policiais. Em suma, para o cabimento da prisão temporária observa-se também o binômio - adequação e necessidade, donde se depreende que se faz necessária a conjugação de, ao menos, uma das duas hipóteses arroladas nos incisos I e II, com o inciso III, do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, para a decretação da prisão temporária.

Muito embora, os incisos referidos I e II do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária, de certa forma, se entrelacem, pois ambos dizem respeito à imprescindibilidade da adoção da medida para a proficiência das investigações.

Assim, imagine-se um caso concreto em que um juízo criminal decreta a prisão temporária de integrantes de uma quadrilha, associados de forma permanente e estável, para perpetração de crimes contra a Administração Pública, através da prática de fraudes ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios de determinado ente municipal, mediante ajustes, combinações ou quaisquer outros expedientes, com intuito de obtenção de vantagens decorrentes das adjudicações dos objetos das licitações.

No exemplo dado, constata-se ainda a comunhão de ações e desígnios entre figuras 'proeminentes' da municipalidade e detentoras de influências políticas e econômicas, a saber, secretários municipais, funcionários municipais e particulares, a saber, representantes legais da empresas contratadas illicitamente para a execução de obras e serviços para administração municipal.

Bem como se verifica que a indigitada quadrilha também pratica dispensas de licitações e apõe inexigibilidades de procedimentos, fora das hipóteses previstas em Lei, além de praticar admissões de modificações e vantagens, inclusive prorrogações contratuais, em favor dos adjudicatários, durante a execução dos contratos administrativos celebrados com o ente municipal, sem que haja autorização em lei, no instrumento convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais.

Instando salientar que, em relação às condutas acima descritas, as penas previstas nos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores, a saber, os artigos 89, 90 e 92 da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre as licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, preveem meras penas de detenção de pouca monta, sendo que o aludido artigo 89 é o único que prevê pena de detenção, de 03 (três) a 05 (cinco) anos, e multa, adequando-se em tese aos limites normativos do novel artigo 313, I, do Código de Processo Penal para decretação autônoma de prisão preventiva, enquanto os demais preveem pena de detenção de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa.

Na aludida situação hipotética, imagine-se ainda que a prática dos crimes acima descritos esteja acarretando enormes vantagens econômicas para os agentes, com considerável prejuízo para o erário, conspurcando a preservação do princípio constitucional da moralidade administrativa. Imagine-se ainda que, ante a prova da materialidade dos crimes acima narrados e indícios de suas autorias, a partir de representação da autoridade policial e parecer favorável do Ministério Público, a prisão temporária dos quadrilheiros tenha sido, ao final, decretada para assegurar a imprescindibilidade das investigações policiais, vez que os agentes estão ameaçando e subornando testemunhas e peritos, ocultando e destruindo provas, mormente provas dos liames subjetivos entre os agentes públicos municipais e os particulares beneficiados com as contratações ilícitas; em suma, estão dificultando a reunião de provas e a elucidação profícua dos fatos.

Em prosseguimento, suponha-se neste caso elucubrado que, expirado o prazo da prisão temporária, que é de cinco dias, prorrogável por igual período, em casos de extrema e comprovada necessidade, nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.960/89, o Ministério Público ofereça denúncia em face dos indiciados, que serão postos em liberdade e citados para apresentação de suas defesas preliminares, nos moldes da legislação processual vigente.

Contudo, apesar de postos em liberdade, verifique-se que os agentes continuam ameaçando e subornando testemunhas e peritos, ocultando e destruindo provas, mormente provas dos liames subjetivos entre os seus integrantes. *Ab absurdum*, cabível não mais seria a decretação da prisão preventiva dos acusados em virtude da novel sistemática processual para as medidas cautelares. Isto justamente na fase do *jus perseguendi in iudicium*, sopesando que o crime de formação de quadrilha, que não seja armada, não prevê pena superior a 04 (quatro anos) e, no exemplo, os demais crimes conexos e perpetrados em concurso material são apenados meramente com penas privativas de liberdade de detenção.

Destarte, na aventada hipótese, casos as demais medidas cautelares venham a se revelar insuficientes para a efetiva tutela do processo criminal, como não considerar que a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, introduz uma incontestante antinomia sistêmica no âmbito das medidas cautelares,

vez que a, *prima facie*, eficazmente se tutelariam as investigações criminais, mas em relação ao processo penal ulterior não haveria provimento cautelar eficaz visando a assegurar a instrumentalidade processual, obstando-se, assim, a eficácia do justo resultado final do processo.

Tal situação revelaria, portanto, insuficiente tutela de direitos decorrente de flagrante deficiência normativa. Argumentando-se que, no caso imaginado, se fosse assegurada a efetividade do processo, o provimento final concretizaria a pretensão punitiva estatal, com a imposição de sanções penais que, na visão deste operador, exercem, inequivocamente, a função de prevenção geral e especial da pena para prevenção da delinquência, valorização da ordem jurídica e restauração da confiança da população no sistema legal e neutralização de novas práticas criminosas.

Assim, no caso imaginado, tutelado o processo, assegurar-se-ia o interesse metaindividual da moralidade administrativa, inculcado na forma de um dos princípios reitores da Administração Pública no artigo 37 da Constituição Federal, salvaguardando-se o próprio princípio democrático, consagrado no preceito fundamental de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos.

Contudo, no que tange a aventada antinomia, já há posição doutrinária respeitável do Ilustre Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, no sentido de que, em relação ao juízo cautelar de adequação da prisão temporária, impor-se-á estrita conformação com a novel sistemática cautelar, inserta no processo penal pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011.

Isto quer dizer, os limites normativos impostos ao juízo cautelar de cabimento da prisão preventiva também deverão ser observados em relação ao cabimento da prisão temporária. Donde se conclui que, no inquérito policial para apuração de crime de formação de quadrilha ou bando, não mais seria admitida a decretação da prisão temporária, cuja sanção prevê pena privativa de liberdade máxima inferior a 04 (quatro) anos, mesmo que tal medida se revelasse imprescindível para as investigações policiais.

Sobre o tema da prisão temporária, transcreve-se então a posição do Eminent Professor e Procurador Regional da República, Dr. Eugênio

Pacelli de Oliveira, que vem a ser o Relator-Geral da Comissão de Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, instituída pelo Senado Federal extraída da 15ª edição de sua obra “Curso de Processo Penal”⁴, que já está atualizada de acordo com a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011: *“As hipóteses de prisão preventiva demarcam os contornos da necessidade de prisão cautelar (art. 312 e art. 313, CPP), impondo que a (prisão) temporária se fundamente ao mesmo nível”*.

Inquestionável que o raciocínio lógico é o de conformação de todas as medidas cautelares pessoais com a sistemática cautelar do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, mormente em conformidade com as disposições do artigo 282 e 283 do aludido Diploma Processual, mesmo que previstas em lei especial, como no caso da prisão temporária, vez que o Código de Processo Penal é norma geral em relação à Lei nº 7.960/89.

Ressalta-se que o artigo 283 do Código de Processo Penal reproduz a regra da liberdade inculpada no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, e refere-se à excepcionalidade do cabimento da prisão para as hipóteses previstas na própria Carta Magna e, que, agora, estão também expressas em seu respectivo texto, figurando-se dentre as quais, a hipótese da prisão cautelar no curso das investigações. Não se imiscui o dispositivo, contudo, nas hipóteses de prisão decorrente de transgressões militares ou crimes militares próprios, que está disciplinada na legislação especial, a saber, no Código Penal Militar.

Pode-se asseverar então, sem sombras de dúvidas que, hodiernamente, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, sistematiza de forma expressa o cabimento da prisão temporária e a verificação da presença do binômio necessidade e adequação.

No entanto, se for vencida a arguição de defeito da norma contida na limitação trazida pelo novel artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, em que pese o posicionamento do catedrático Eugênio Pacelli de

4 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 15ª ed., p. 541/542.

Oliveira, exposto conforme o escólio acima transcrito, este operador reputa, singularmente, que a aludida lei posterior de caráter geral não derogou preceito particular da Lei nº 7.960/89, especificamente na hipótese de cabimento da prisão temporária aos indiciados por delito de formação de quadrilha ou bando, quando a aludida medida se faça necessária, vez que a superveniente exceção baseia-se em razões peculiares e em razões de política criminal. Em especial, sopesando-se a harmonização da superveniente particularidade com os fins de prevenção e repressão às ações de grupos criminosos, expressos na Lei nº 9.034/95, que prevê medidas contra a atuação de organizações criminosas.

A regra é a de que a *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, muito embora haja exceções quando a nova lei estabelece uma principiologia nova que seja absolutamente incompatível com o que se baseava a lei especial anterior. Assim, neste caso, a lei nova derrogará as exceções antes admitidas, devendo ficar inequívoco do contexto da incompatibilização trazido pela nova lei que haja se pretendido expurgar também o preceito particular.

Porém, na questão ora examinada, o que adveio foi mais uma deficiência assistemática, sem que se tivesse o escopo de vulnerar a prevenção e repressão às ações delituosas perpetradas por organizações criminosas. Combate este que tem assento no direito metaindividual à segurança pública previsto na Constituição Federal, insculpida como dever do Estado, e direito e responsabilidade de todos, com escopo da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como no Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Nesse sentido, sirvo-me do escólio do aclamado jurista Carlos Maximiliano, em sua clássica obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito"⁵, que em prestigioso alvitre pondera sobre o conflito da lei no tempo, *in verbis*:

“Contradições absolutas não se presumem. É o dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo ob-

5 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**: Forense, Rio de Janeiro, 19ª ed. p. 291 e 294.

jeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior”.

.....
“Entretanto, do simples fato de serem abolidos o princípio diretor da norma antiga e todos os seus corolários, não se infere que ficam extintas também as exceções; porque se baseiam em razões diversas daquelas sobre que se fundava o princípio referido. É indispensável que a disposição especial seja explícita ou implicitamente abrangida pela lei posterior; porque a regra divergente já existia, isto é, já havia a incompatibilidade com a disposição geral; por esse motivo é necessário ficar bem claro que se haja pretendido eliminar também o preceito particular, com o contrariar de frente ou regular o assunto inteiro abrangido por ele”.

“Parece delicado o caso: exige critério jurídico o exame atento das menores circunstâncias. Quando a lei geral estabelece novos princípios absolutamente incompatíveis com aqueles sobre que se baseava a especial anterior, fica a última extinta; do objeto, espírito e fim da norma geral é bem possível inferir que se teve em mira eliminar até as exceções antes admitidas”.

“Do exposto já se deduz que, embora verdadeiro, precisa ser inteligentemente compreendido e aplicado com alguma cautela o preceito clássico: ‘A disposição geral não revoga a especial’. Pode a regra geral ser concebida de modo que exclua qualquer exceção; ou enumerar taxativamente as únicas exceções que admite; ou, finalmente, criar um sistema completo e diferente do que decorre das normas positivas anteriores: nesses casos o poder eliminatório do preceito geral recente abrange também as disposições especiais

antigas. Mais ainda: quando as duas regulam o mesmo assunto e a nova não reproduz um dispositivo particular da anterior, considera-se este como ab-rogado tacitamente. Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali ('a lei geral posterior não derroga a especial anterior') é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente. Na verdade, em princípio se não presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto. Incumbe, entretanto, ao intérprete verificar se a norma recente eliminou só a antiga regra geral, ou também as exceções respectivas".

As lições do mestre Carlos Maximiliano trazidas a lume dissipam então as brumas que encobrem a suposta contradição do supérstite cabimento da prisão temporária em relação à apuração do crime de formação de quadrilha com os limites normativos para o cabimento da prisão preventiva, ora engendrados pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, tendo em mente que as contradições absolutas, de *per si*, não se presumem, mas, ao contrário, demandam do interpretador, necessariamente, exercícios hermenêuticos realizados a partir de métodos de perscrutação e comparação do alcance das normas contrapostas, nos quais, ao final, conclua-se pela incompatibilização da norma anterior com a normatização geral posterior que traga novel ordenação lógica.

Entrementes, se de todos os esforços interpretativos envidados de harmonização e aproximação das normas contrapostas redundarem no reconhecimento de perpetuidade de uma fração da norma anterior, a antinomia constatada será apenas parcial.

Com efeito, no caso da prisão temporária, os ditames do novel artigo 282 do Código de Processo Penal servem de norte para o juízo cautelar da aplicação, ou não, da prisão temporária na concretude de cada caso. Não crendo este operador do Direito, ou ao menos, almejando que, na *mens legis* haurida da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, se extraísse

também o objetivo de derrogação tácita do artigo 1º, inciso III, alínea "I", da Lei nº 7.960/89; caso contrário, não seriam levianas, com a *permissa venia*, quaisquer conjecturas de que, então, a própria *mens legislatoris* estivesse assentada em razões políticas espúrias e, inteiramente, dissociadas dos ditames constitucionais; motivações que objetivassem então expurgar da seleção da criminalização primária as condutas que pudessem ser imputadas à própria classe política.

Pode-se concluir então que, se subsiste o cabimento da prisão temporária em relação ao crime de formação de quadrilha, quando se faça necessária a cautela para a imprescindibilidade das investigações, há indubitável antinomia ante os atuais limites normativos introduzidos pelo novel artigo 313, I, do Código de Processo Civil, que, *a priori*, não permitem na fase processual da persecução penal a decretação da prisão preventiva em relação ao mesmo delito, mesmo quando a medida extrema se faça necessária.

Na mesma linha da falta de efetividade de nosso sistema penal, mormente agora com o que preceitua o novel artigo 313, I, do Código de Processo Civil: o crime de sequestro ou cárcere privado, na forma simples, crime este grave que o sistema classifica como sendo de médio potencial ofensivo, também não mais admitiria a tutela da prisão cautelar. Destacando-se que o crime em tela pode ser perpetrado para detenção ou retenção da vítima mediante violência ou grave ameaça exercida contra a mesma.

Contudo, maior paradoxo dos limites normativos, alicerçados no postulado da proporcionalidade, trazido pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, depreende-se na atual vedação da decretação da prisão preventiva autônoma em relação ao crime de coação no curso do processo, previsto no artigo 344 do Código Penal, cujo preceito secundário prevê pena de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa. Se a coação de autoridade, parte ou testemunha é fundamento para a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, a vedação da aludida decretação quando se trata do delito autônomo é uma antinomia sistêmica.

Deste modo, como assegurar a efetividade da prestação jurisdicional quando o autor da coação no curso do processo é um terceiro, estranho à

relação jurídico-processual penal, que atua com o fim de favorecer interesse do réu? É certo que a novel sistemática não traz a resposta.

Outra possibilidade de ineficácia da novel sistemática processual, no âmbito da adoção das medidas cautelares, poderá ocorrer circunstancialmente em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Tal crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, em seu preceito secundário comina pena de reclusão de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa.

Imagine-se então um traficante de drogas que é preso em flagrante pela Polícia Militar em incursão repressora em um ponto de venda de entorpecentes em uma comunidade carente, na qual a população é atemorizada mediante processos de intimidação coletiva exercida com armas de fogo. Supondo-se que o traficante de drogas não tenha sido preso por portar drogas, mas sim por estar portando uma arma de fogo e um rádio comunicador.

Como então a sistemática trará proteção à sociedade e neutralização do agente?

De fato, não haverá nenhuma proteção, vez que comunicada a autuação em flagrante ao juiz, no prazo de 24 horas, nos termos do artigo 306 do Código de Processo Penal, prazo que para alguns doutrinadores já reputam como sendo aquele em que o juiz, no molde do artigo 310 do mesmo Diploma, poderá tomar as seguintes decisões: relaxar a prisão, se ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva, se permitido pelos novos limites normativos; ou aplicar demais medidas cautelares, se adequadas e necessárias; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Neste passo, no caso aventado, o juiz ante o limite normativo do artigo 313, I, do Código de Processo Penal, não poderá converter a autuação em flagrante do acusado em prisão preventiva, isto se por muita sorte o autuado já não estiver solto, vez que o Delegado de Polícia ante a novel redação do artigo 322 do Código de Processo Penal, pode conceder fiança nas infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 04 (quatro) anos, sendo certo que não haverá nenhuma margem de discricionariedade para Autoridade Policial conceder ou não a fiança nos crimes

cuja pena de privativa de liberdade seja inferior a 04 (quatro) anos.

Ante os limites normativos, se o indiciado do caso hipotético acima já estiver solto, o juiz também não poderá, *a priori*, decretar a prisão preventiva. Assim, será que a imposição de outras medidas cautelares ao traficante, preso com arma de fogo de uso permitido, surtirá efeito e assegurará a ordem pública e a aplicação da lei penal? Reputo que dificilmente não, ante as regras ordinárias de experiência deste magistrado que já atua na seara criminal no Estado do Rio de Janeiro há cerca de nove anos, e durante dois anos exerceu o cargo de Delegado de Polícia Civil neste Estado.

Até a prolação de sentença no processo que apura o cogitado porte ilegal de arma de fogo, haverá grande probabilidade de que o traficante reitere suas práticas criminosas, bem como há grande probabilidade de que o mesmo se furte à ação da Justiça. Sopesando-se que a eventual conclusão de investigação policial para a apuração de crime de associação para fins de tráfico de drogas, que é previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, demandará tempo ante as dificuldades ínsitas desse tipo de inquisição que objetiva a demonstração da estabilidade e permanência da associação de seus integrantes.

De igual modo, não há vulneração ao princípio da presunção de inocência quando a ponderação de circunstâncias acidentais de um crime, indicativas de outras infrações ainda não apuradas, é feita quando da prolação de sentença de mérito, seja tanto na fundamentação, quanto na dosimetria da pena, ante a inteligência do artigo 59 do Código Penal, que autoriza a fixação da pena-base dentro dos limites quantitativos previstos na sanção de cada norma incriminadora ante a consideração das denominadas circunstâncias judiciais, dentre as quais as próprias circunstâncias acidentais do crime, que não se confundem, obviamente, com as circunstâncias elementares do próprio delito, objeto do julgamento, a exemplo de outras como: a culpabilidade, os antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivos do crime, vitimologia e consequências do crime.

Em consequência, quando em autos ou papéis de que conheceu o juiz, verificar-se a existência de um crime de ação pública, cumpre remeter cópias e documentos necessários ao Ministério Público para oferecimento

de denúncia, *ex vi* do artigo 40 do Código de Processo Penal, ou requisitar a instauração de inquérito policial para a apuração da infração, sem que isso seja uma violação ao sistema acusatório, mas sim um poder-dever da Autoridade Judiciária. Além do mais, se há dois crimes conexos, e um deles à época da apuração não era conhecido em sua inteireza, não há também que se falar em indivisibilidade da ação penal pública ou em arquivamento implícito do inquérito policial em relação à conduta ainda não apurada.

No exemplo acima dado, o suposto traficante de drogas, que exerce a função de “soldado” armado, não ficaria preso cautelarmente, ao menos que a arma de fogo com ele apreendida fosse de uso restrito. No entanto, qual a diferença entre uma pistola calibre 40, de uso restrito, ou de uma espingarda calibre 12, de uso permitido, nas mãos de um traficante de drogas? Em verdade não há, pois ambas se apontadas a curta distância para qualquer indivíduo ou o com cano encostado para o crânio de qualquer ser humano são mortais. Quiçá se apontadas a certa distância para a vítima, a espingarda calibre 12 venha ser a que cause mais lesões na vítima.

Há que se frisar que o Estatuto do Desarmamento, consubstanciado na Lei nº 10.826/03, tem como fundamentos teleológicos o desarmamento da população civil, trazendo uma série de restrições ao comércio de armas de fogo. *A priori*, armas de fogo somente podem ser comercializadas a particulares que detenham idoneidade imaculada e aptidão técnica e psicológica para o seu manuseio de arma de fogo, e demonstrem ainda a efetiva necessidade da aquisição. Na mesma linha, o registro da arma se faz obrigatório em cadastro nacional (SINARM), somente podendo portar arma de fogo, nos termos do artigo 6º do aludido Estatuto, as pessoas mencionadas no artigo 6º do aludido Estatuto, que são basicamente os agentes do Estado, que exercem funções policiais, havendo exceções aos vigilantes patrimoniais quando em serviço e aos praticantes de tiro desportivo, na forma do regulamento da Lei.

As maiores restrições trazidas pela Lei nº 10.826/03, que dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munições e define os crimes de porte, posse e comércio ilegais de armas de fogo, com a maior severidade constatada nas suas normas incriminadoras, deveu-se

então ao fato de que as legislações anteriores que disciplinavam sobre o assunto, consistiam, em verdade, em normatizações muito brandas na efetiva proteção à incolumidade pública, que é o objeto jurídico tutelado na disciplina de tal delicado tema. Isto em um país que historicamente sempre apresentou ao longo de todo o século XX crescimento elevado dos índices de homicídios provocados por armas de fogo, e nas últimas décadas, mormente no início do século XXI, registrou índices exponenciais de mortes provocadas por projéteis de arma de fogo.

A Lei nº 9437/97, revogada pela novel lei, com advento da Lei nº 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, passou a enquadrar então o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido como de menor potencial ofensivo. Sendo que antes do advento da Lei nº 9437/97, o porte ilegal de arma de fogo de qualquer tipo era mera contravenção penal capitulada no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais; isto quando o registro de aquisição de armas de fogo por particulares em cadastros do Estado era mero formalismo, e a observância da autorização de porte de arma de fogo nada mais do que uma utopia, mormente ante a falta de tutela e efetividade das normas então em vigor.

Há que se consignar, em contraponto à falta de efetividade e proteção trazida pela nova sistemática cautelar no processo penal, especialmente na falta de tutela que agora se verifica no âmbito da teleologia do Estatuto do Desarmamento, que, no Estado do Rio de Janeiro, a taxa de resolução de homicídios empreendida pela polícia judiciária é de apenas 4%, muito aquém do que é almejado em uma sociedade dita civilizada; o que se verifica, apesar dos elevados índices desse crime em nosso Estado, sendo que a maior causa de vulneração de vidas é justamente a de disparos de armas de fogo. Entretanto, com a novel sistemática cautelar adotada no processo penal, o Estatuto do Desarmamento está quase inteiramente esvaziado de eficácia coercitiva.

Em sentido diametral, então, a forma como parte da doutrina enxerga o postulado da proporcionalidade, no exemplo do traficante de drogas que exercia a função de “soldado”, preso em flagrante num ponto de venda de drogas por portar ilegalmente uma arma de fogo de uso permitido,

infração à qual, *a priori*, a legislação agora veda a prisão processual, o juiz ao sentenciá-lo e condená-lo, se assim demonstrarem as provas, não ficaria adstrito a substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no artigo 44 do Código Penal, vez que o inciso III do aludido dispositivo também preceitua como pressupostos para a substituição da pena, a presença dos requisitos subjetivos, a saber, os antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato.

Assim, além dos pressupostos objetivos previstos nos incisos antecedentes, a saber: a quantidade de pena prevista para o crime não superior a quatro anos; a natureza do crime, como no privilégio concedido aos crimes culposos e a modalidade de execução, que se exige que seja sem violência ou grave ameaça à pessoa; em relação aos pressupostos subjetivos, a prognose de suficiência de substituição deve analisar alguns dos elementos descritos no artigo 59 do Código Penal, a saber, algumas das circunstâncias judiciais, a exceção das consequências do crime e o comportamento da vítima.

Afora os limites quantitativos da pena, o juiz, no exemplo dado, poderia, razoavelmente, depois de condenar a pena de reclusão pelo crime de porte ilegal de arma de fogo o nacional indiciado de envolvimento no tráfico de drogas, deixar de substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, sopesando, portanto, justamente a ausência dos pressupostos subjetivos favoráveis, a saber, a culpabilidade do condenado, sua conduta social inadequada, a sua personalidade distorcida ante a impressão pessoal no próprio interrogatório judicial e no curso da instrução, os motivos abjetos para o porte ilegal de arma de fogo e, sopesando que, as circunstâncias acidentais do crime são graves e indicativas de um crime mais grave, a saber, a associação para fins de tráfico de drogas. Pode ser acrescentado na suposição fática que, eventualmente, o condenado ainda possa ter antecedentes criminais, por estar indiciado em inquéritos policiais por delitos, por exemplo, contra o patrimônio.

Via de consequência o juiz poderá também, na hipótese acima, fixar a pena de reclusão em patamar superior ao mínimo legal. Por exemplo, condenando então o aludido indivíduo pelo crime de porte ilegal de arma de

fogo de uso permitido, além de multa, a uma pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto, considerando o que dispõe o § 3º do artigo 33 do Código Penal, que também faz referência à análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo Diploma Legal para a fixação do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Destarte, seria incabível ainda a aplicação de sursis, nos moldes do artigo 77 do Código Penal, considerando-se que a pena aplicada foi superior a 02 (dois) anos e o acusado, de acordo com o inciso II do aludido dispositivo, não preenche os requisitos subjetivos para a obtenção do benefício da suspensão condicional da pena.

No exemplo proposto, portanto, o nacional condenado por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, ao final do processo de conhecimento, teria que cumprir necessariamente pena privativa de liberdade.

Nessa linha, como ficariam então os argumentos da doutrina garantista, que faz concessões ao abolicionismo, de que o postulado da proporcionalidade foi o norteador imprescindível dos novéis limites normativos trazidos pelo atual artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal em relação ao juízo cautelar de cabimento de prisão processual para os crimes em que, em tese, substitui-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em atenção ao que dispõe o artigo 44 do Código Penal? Será que para essa linha doutrinária não se admite a análise em nenhuma hipótese da culpabilidade do agente, não se sopesam circunstâncias judiciais?

Creio, humildemente, que tais argumentos são equivocados e se aceitos sem qualquer esforço hermenêutico, restarão então os defeitos graves e as deficiências desse novo sistema cautelar no processo penal, alicerçado única e exclusivamente no postulado de uma errática proporcionalidade cujas premissas eram juízos de prognósticos defendidos por essa mesma doutrina, que na minha simples ótica, nada a ver têm com o exame cautelar propriamente dito, que deve ser fundado na instrumentalidade do processo e na efetividade da prestação processual, e não em prognósticos futuros de fixação de pena. Por certo, essa nova sistemática cautelar deixará, em muitos casos, a sociedade sem proteção adequada e a tutela de muitos processos vulnerada.

Para os defensores da novel sistemática, *permissa venia*, transpare-

ce que a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos assenta-se única e exclusivamente em pressupostos objetivos, como se o inciso III do artigo 44 do Código Penal houvesse sido revogado. Em síntese, seria como se o crime cuja pena máxima não é superior a 04 (quatro) anos e a sua execução não comportou violência ou grave ameaça à pessoa, engendrasses então um direito subjetivo público do réu à obtenção da substituição, sem qualquer exame da presença, ou não, de pressupostos subjetivos indicativos da substituição.

É como relegar a sentença penal tão somente a um pueril silogismo jurídico, sem qualquer espaço para o sereno exame judicial de cada caso concreto levado ao conhecimento do juiz criminal.

É como advogar que não há para o juiz criminal nenhuma margem, dentro dos limites legais razoáveis, de estudo das circunstâncias peculiares de cada violação à legislação penal em sua concretude, ou seja, o exame de cada fato jurígeno que seja incriminado pela legislação penal em atenção às suas particularidades. Isto quando o artigo 59 do Código Penal deixa ao encargo do julgador o exame da adequação da pena de acordo com cada fato e de acordo com cada delinquente. Quando a sentença penal não é uma mera fórmula matemática, mas sim uma harmonização lógica da sanção penal em observância das circunstâncias de cada caso, o que também se aplica ao juízo de cognição sumária, quando a liberdade ao julgador dentro de limites razoáveis deveria ser ainda mais profícua.

O princípio constitucional da individualização da pena, no momento judicial, ainda não foi revogado; caso contrário, prescindir-se-ia do próprio Poder Judiciário. Aliás, o princípio constitucional da individualização da pena sempre foi obtemperado para a análise da constitucionalidade de normas infraconstitucionais de caráter processual penal que vedavam a concessão de medidas cautelares de restituição condicional da liberdade em relação a determinadas infrações.

Na esteira do que ora é defendido, abrigo-me na trincheira de alguns dos ensinamentos do Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha, Professor Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez assentados em escólios do jurista espanhol Jescheck, que são extraídos de sua clássica obra

Tratado de Direito Penal – Parte Geral⁶; lições as quais as transcrições fazem-se agora imperativas para melhor elucidação dos questionamentos objetos dessa análise da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011:

“Prognose de suficiência da substituição – Os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, todos previstos no artigo 44, III, do Código Penal, que, neste particular, permaneceu inalterado. Dos elementos do art. 59 somente ‘as conseqüências do crime’ e o ‘comportamento da vítima’ foram desconsiderados para a formação do juízo de suficiência”.

“Considerando a grande elevação das hipóteses de substituição, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa desse requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário poderá equilibrar e evitar eventuais excessos que a nova previsão poderá apresentar. Na verdade, aqui, como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser, na expressão Jescheck, prudencial, e diante de sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição esta não deva ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados”.

Note-se que a mesma ponderação sobre a prognose da suficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também é feita pelo Professor Cezar Roberto Bitencourt em relação ao instituto da suspensão condicional da pena. Da mesma forma, esse método prognóstico de análise de suficiência pode ser transposto para o exame do cabimento, ou não, do benefício da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, cuja concessão também remete à verificação da presença dos requisitos subjetivos favoráveis, vez que a própria redação do dispositivo em comento, após possibilitar ao Ministé-

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Saraiva, São Paulo, 8ª ed. p. 456/457.

rio Público propor o denominado *sursis processual* nas infrações em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a 01 (um) ano, faz referência à necessária presença dos demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena, a saber, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias que autorizem a concessão do benefício.

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito, como preceito teleológico do advento Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, para imposição de novos limites normativos extremamente exíguos ao juízo cautelar na seara processual penal, sem margem para discricionariedade razoável do juízo, conspurca, portanto, o princípio da individualização da pena.

E tal situação exsurge, não por o postulado da proporcionalidade em sentido estrito ferir o princípio da proibição de excesso, mas por inequívoco defeito da norma consubstanciada em insuficiência de tutela, tendo em vista o modo como o postulado da proporcionalidade foi inserto no ordenamento processual, a saber, a partir de premissas equivocadas, de falta de respeito à discricionariedade judicial que deve ser relegada ao juiz para ser exercida dentro dos limites da razoabilidade e da própria lei em vigor e a partir da vulneração incontestada ao princípio da individualização da pena.

Para tanto, não só em relação às infrações que comportam em tese a substituição da pena privativa de liberdade por alternativas, enquadra-se o raciocínio do Professor Cezar Roberto Bitencourt sobre prognose de suficiência, mas também em relação aos denominados crimes de médio potencial ofensivo.

Com base nessa premissa da prognose de suficiência, o crime de formação de quadrilha, na forma simples - que é enquadrado pela legislação como sendo de médio potencial ofensivo, dependendo do caso concreto ante ao exame circunstancial da infração, bem como em decorrência do exame de pressupostos subjetivos desfavoráveis do réu - poderia não dar ao mesmo o direito da fruição do benefício da suspensão condicional do processo, o que então poderia resultar em um provimento final de condenação do acusado.

Nessa mesma linha, imposta a pena privativa de liberdade ao réu pela prática de infração de formação de quadrilha, na forma simples, cujo preceito secundário prevê pena máxima de 03 (três) anos de reclusão, com

base na premissa de razoabilidade instrumentalizada pela prognose de suficiência, o juiz pode vir também a não substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. E, dependendo das circunstâncias do caso, o juiz pode vir a aplicar dentre os limites de pena previstos, sanção de reclusão superior a 02 (dois) anos, ou com base no mesmo raciocínio prognóstico vir a não conceder a suspensão condicional da pena, se for eventualmente imposta pena não superior aquele patamar.

Conclui-se, portanto, que a imposição de cumprimento de pena privativa de liberdade é resultado final que pode muito bem ser alcançado mesmo em relação a um crime de médio potencial ofensivo; sem embargo de que o crime de formação de quadrilha, na forma simples, é encaixado nesse contexto de média potencialidade ofensiva ante a falta de sistematização de nossa legislação penal. A nossa Lei Penal se tornou uma colcha de retalhos em virtude da existência de inúmeras leis esparsas e desarmônicas em detrimento da codificação, que é o processo de sistematização lógica de qualquer ramo da Ciência do Direito, especialmente em relação ao Direito Penal.

A discricionariedade judicial para adequação da pena ao fato e ao delinquente, como bem salienta o Professor Cezar Roberto Bitencourt em sua obra, deflui de critérios adotados pela Lei para orientação do julgador na fixação da pena, inobstante não se tratam de critérios puramente exegéticos, ou seja, de hipóteses jurígenas nas quais todas as especificidades já estejam em sua inteireza previstas na Lei, que não comportem espaço de avaliação e ponderação casuísticas no esforço cognitivo do julgador. Não são circunstâncias estanques, ao contrário, são diretrizes que a Lei não as exaure, deixando, por conseguinte, ao encargo do julgador a função de identificá-las e avaliá-las no exame de cada caso concreto. O que a Lei faz, portanto, é traçar parâmetros para que o julgador fixe a sanção penal dentro dos limites legais, não podendo ir aquém ou além dos limites quantitativos impostos. Assim, vejamos o que disserta o referido doutrinador sobre o tema⁷:

⁷ Ob. cit. 5, p. 552.

“Concluindo, as elementares são componentes do tipo penal, enquanto as circunstâncias são moduladoras da aplicação da pena, e são acidentais, isto é, podem ou não existir na configuração da conduta típica”.

.....
“Não se pode esquecer que os operadores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas – como afirmava Salgado Martins – uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinqüente. Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas ‘circunstâncias do crime’, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base”.

Também não se pode olvidar que no juízo de cognição sumária do julgador exercido no processo penal para adoção, ou não, de medidas acauteladoras da própria sociedade e do processo, caiba ainda o exame das circunstâncias acidentais do delito, de qualquer delito grave ou de média potencialidade, a qual haja prova da materialidade e indícios veementes de autoria. Circunstâncias essas que podem ser sopesadas com discricionariedade e razoabilidade, tanto para a prisão processual, quanto para a restituição ou manutenção da liberdade, ou para a adoção de outras medidas cautelares, trazidas pela novel sistemática quando suficientes.

Em suma, seja tanto na hipótese de circunstâncias favoráveis para a restituição da liberdade para quem foi autuado em flagrante delito, ou manutenção da liberdade plena para aquele que esteja sendo investigado ou processado, sem anterior prisão dita administrativa; quanto na hipótese de existência de circunstâncias desfavoráveis, assim inferidas em sumário juízo de cognição, para a manutenção da segregação cautelar oriunda da autuação em flagrante, ou agora, dita conversão em prisão processual, ou para a

decretação de prisão temporária ou prisão preventiva autônoma, a fim de tutelar, cada qual, respectivamente as investigações e o processo penal.

Se o juízo de prognóstico da pena, na seara cautelar, serve para justificar a imposição de novos limites normativos à prisão processual, sob os auspícios do postulado da proporcionalidade, sem que tal exercício de futurologia comprometa a presunção de inocência. Por que então o mesmo juízo de prognóstico da pena, traduzir-se-ia em violação ao dito princípio, para adoção da prisão processual, com assento no postulado da suficiência?

A axiologia da recente sistemática trata-se, em verdade, de inequívoca inversão ontológica, que desconsidera a própria essência da medida cautelar, que, a saber, consubstancia-se numa essência meramente instrumental e acessória, nela entrelaçando-se conceitos estranhos, que são afetos tão somente ao provimento final.

A adoção de uma medida cautelar restritiva não deve confundir-se com preocupações relativas ao princípio da presunção de inocência, mormente porque, se no curso das investigações ou do processo, restringe-se a liberdade, assim se faz em nome da flexibilização daquele princípio, o que, indubitavelmente, é feito *pro societate*, seja para prevenir a sociedade em determinados casos da provável reiteração criminosa do indiciado ou do processado, quanto para tutelar as investigações ou o próprio processo, garantindo-se a efetividade. Porque não defender a própria credibilidade e dignidade da Justiça em casos onde haja intenso clamor público.

Se a prisão processual é admitida no Ordenamento em contraste ao princípio da presunção de inocência, tal só pode ser admitido em prol da sociedade, seja tanto porque toda a sociedade tem interesse na neutralização de reiterações criminosas, quanto no interesse da sociedade de que o processo, instrumento de consecução do *jus puniendi*, seja tutelado eficazmente, ou mesmo no interesse da defesa da credibilidade ou da dignidade da Justiça. A sociedade não tem interesse de que práticas criminosas restem impunes, ou que não haja instrumentos adequados e suficientes para que o Estado-Juiz tutele direitos assegurados em outros ramos do Direito, sem a qual a tutela do Direito Penal não se faça despendida para a sua profícua defesa.

O princípio da presunção de inocência se levado às últimas consequências, não permitiria qualquer medida coercitiva contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória, ou quiçá, a existência do próprio processo. O melhor é que haja uma tendência à presunção de inocência, ou, mais especificamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é reputado inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Melhor ainda é conceituar o princípio não como sendo de inocência, mas como sendo de não culpabilidade, tanto isto é crível que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não faz referência expressa à presunção de inocência; ao contrário, preceitua que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, em síntese, declara que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado somente pode vir a ser modificado por uma sentença final que o declare culpado.

Nesta fenda, há doutrinadores que sustentam que existe inclusive uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e, se não a elimina, a põe em incerteza até a prolação da sentença definitiva.

É justamente a presunção de culpabilidade, o *fumus delicti commissi* que autoriza a prisão processual daquele que está sendo processado criminalmente. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito, como por ora foi trazido para o nosso sistema, não é uma proibição do excesso, mas sim um excesso da insuficiência.

O acusado de um crime dito de médio potencial ofensivo que comporta, em tese, o *sursis* processual, ou o acusado de um crime que comporte em tese a substituição da pena por sanção alternativa, ambos podem vir a ser obrigados a cumprirem, sim, penas de prisão, inclusive sem o cabimento da suspensão condicional da pena ante a ausência de pressupostos subjetivos favoráveis e ante a existência de circunstâncias acidentais graves, sem que qualquer prognóstico de pena feito pelo juiz para a prisão processual vulnere o seu estado de inocência ou sua presunção de não culpabilidade.

O que não é admissível é que o legislador infraconstitucional seja quem faça abstratamente tal prognóstico em sede cautelar, vedando ao jul-

gador o seu poder-dever de tutela do processo, sempre que esta defesa se faça necessária.

A proporcionalidade, fundamento da novel sistemática, alicerça-se na proibição do excesso, mas o postulado da proporcionalidade conforme posto pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, desconsidera que outros institutos existentes em nosso sistema já temperavam eficazmente o eventual excesso na seara cautelar, tal qual o instituto da detração previsto no artigo 42 do Código Penal, que manda computar na prisão privativa de liberdade, o tempo da prisão provisória, bem como o próprio princípio da duração razoável do processo, assegurado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, acrescido ao rol dos direitos e garantias individuais pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Atualmente, verifica-se não o risco à vulneração da proibição de excesso, mas sim o risco de insuficiência de proteção.

Desta maneira, sem que haja a defesa eficaz, o próprio Estado Democrático de Direito pode ver-se ameaçado. Abro então espaço para as teorias contratualistas, cioso de todas as críticas que possam advir de tal parêntese, considerando que o contratualismo na ótica garantista moderna possa ser reputado como o paradigma do pensamento que serviu como freio à luta de classes e ao direito de resistência, o que ocorreu, de fato, tanto na defesa do absolutismo hobbesiano, como na defesa da burguesia na Revolução Industrial assentado no pensamento de Locke. No entanto, o contratualismo não deixa de ser o gênesis do desenvolvimento da Ciência Política moderna e de todo pensamento racionalista ulterior. Desta forma, é teórico, mas indubitável que o indivíduo em sociedade, racionalmente, abre mão de uma pequena parcela de sua liberdade em prol de um bem maior, que se consubstancia na garantia de sua própria existência pacífica ante a ordenação da vida social a qual sua observância está adstrita.

Assim, não se defende que a pena em si mesma seja um simples fim, sem um meio de defesa, como o fez o filósofo de Königsberg, Emmanuel Kant. O problema é transpor toda a crítica à falibilidade da pena para o campo estritamente cautelar, como não deixa de fazê-lo a doutrina que enxerga no eventual acautelamento provisório do réu, mal irreme-

diável se, eventualmente, o acusado obtiver algum benefício quando do provimento final que o exclua do sistema penitenciário, a exemplo dos crimes que, em tese, comportam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; isto quando o acusado já foi, de fato, condenado. Tal discurso fica sem explanação nas hipóteses em que o réu é absolvido ao final do processo.

Igual argumento se verifica quando aplicado o instituto da despenalização indireta, em virtude da suspensão condicional do processo, pois se for sustada a ação penal após o recebimento da denúncia, com base no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, o acusado preso cautelarmente será posto em liberdade, estivesse ele preso cautelarmente em razão de prisão em flagrante, dita administrativa, estivesse ele preso processualmente, como era antes do advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, em virtude da manutenção da prisão em flagrante, ao contrário da novel obrigatoriedade de conversão em prisão preventiva, como propõe o atual sistema. Frisando-se que no processo penal, tanto o procedimento sumário como o ordinário, detêm prazos exíguos, mas razoáveis. Não sendo negado ao indiciado ou acusado, a todo momento durante a investigação ou processo, o direito de petição, assegurado pela Constituição Federal, dirigido ao Poder Judiciário para concessão da liberdade, seja a qualquer título. Sendo ainda garantido constitucionalmente a qualquer cidadão impetrar *habeas corpus* para cessação de qualquer restrição à liberdade de locomoção, seja a prisão oriunda de ato ilegal ou de abuso de poder.

Aliás, antes do advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, o juiz, quando recebia o auto de prisão em flagrante lavrado pela Autoridade Policial, o que era, de fato, feito no prazo de 24 horas, já analisava a legalidade da prisão, bem como a necessidade de sua manutenção, pois não estava o juiz impedido de conceder, de ofício, a liberdade provisória, nos casos em que a cautela não se fizesse necessária. O que a *novatio legis* não podia fazer era imiscuir-se na discricionariedade cautelar que deve ser concedida ao Poder Judiciário.

O postulado da proporcionalidade como inserto por ora em nosso sistema pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, consiste em um pre-

ciosismo, a saber, uma preocupação excessiva com a aplicação do subprincípio constitucional do Estado de Direito relativo à proibição de excesso, como se o sistema anterior não dispusesse de meios eficazes para assegurar e resguardar a liberdade. Tal novidade sistemática trata-se, em verdade, de uma insuficiência de normatização; é um entrelaço entre a prisão cautelar e a prisão oriunda da pena, mesmo que a doutrina defensora da novel sistemática queira obtemperar que a motivação da *novatio legis* subsume-se ao campo estritamente cautelar.

Como enxergar, então, a segregação cautelar, senão como sendo uma medida estritamente necessária para o exercício pleno da jurisdição, sem embargo de discussões sobre o seu cabimento com base em limites de penas previstos para as infrações e discussões acerca de juízos de prognósticos? Não há. Falar-se em proporcionalidade no pertinente a infrações nas quais o réu se livra solto, em razão de as mesmas não preverem pena privativa de liberdade, ou preverem penas privativas de liberdade extremamente exíguas, é algo crível. Como o é também em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, mas daí partir-se para outras infrações, tenham potencialidade média, tenham possibilidade de outras sanções alternativas ao final do processo, consiste, então, na subversão da ontologia cautelar.

A teleologia das medidas cautelares é a de fazer a justiça da melhor maneira possível evitando que o processo, em alguns casos, torne-se um instrumento inócuo, que redundasse em descrédito e, em muitas hipóteses extremas, em uma indigitada crença da própria inutilidade da Justiça. Sendo certo que o exercício da jurisdição não se propõe a lograr fins teóricos, senão o de atingir fins propositivos e tangíveis.

Assim, a posição verdadeira das medidas cautelares é a de um *tertium genus*, entre a cognição e a execução, detendo elementos da natureza ontológica de ambas dessas funções jurisdicionais, mas, sem sombra de dúvidas, usufruindo de autonomia, devido aos próprios fins e objetivos peculiares da cautela. A medida cautelar integra, portanto, a função jurisdicional.

É nesse contexto que, apesar de vislumbrada a dose de autonomia das medidas cautelares, as mesmas não deixam de ser meramente instrumentais, pois servem à realização prática de outras funções jurisdicionais, a

saber, as cognitivas e executórias, consubstanciadas na seara processual penal nos processos de cognição e de execução, embora as medidas cautelares possam deter naturezas cognitivas e executórias para realização de seus fins. Sendo a medida cautelar ainda acessória, segue a sorte da medida principal, pois na medida em que há o resultado do processo principal, a medida cautelar perde sua eficácia. Nesta esteira, os fins próprios perseguidos pela medida cautelar são realizados independentemente da procedência ou não do processo principal.

Isto explica, por exemplo, o motivo pelo qual o réu, que no curso do processo foi preso cautelarmente por críveis razões instrumentais, se absolvido, ao final do processo, a improcedência da demanda deduzida no processo de cognição não gera para o Estado o direito de indenizar o acusado que foi absolvido.

É certo que, no âmbito da responsabilidade civil, a doutrina sempre se orientou no sentido de que os atos derivados do exercício da função jurisdicional não acarretam a responsabilidade do Estado, como fundamento para a preservação da independência e o espírito dos julgadores, salvo as exceções previstas em Lei, dentre as quais figuram em nosso Ordenamento o dever do Estado de indenizar o condenado por erro judiciário, que é uma garantia assegurada pelo artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, e a excepcionalidade de responsabilidade pelo ato judicial quando o juiz atua com dolo, fraude ou negligência, conforme prevê o artigo 133 do Código de Processo Civil.

Mas, a par dessa orientação, o insigne Ministro do Pretório Excelso, José de Aguiar Dias, em sua magistral obra **Da Responsabilidade Civil** defendia que o erro judiciário de condenação injusta na seara criminal poderia ter conceituação mais ampla, alcançando também a prisão preventiva injustificada.

Perfilho, em verdade, a posição do eminente Desembargador Sergio Cavalieri Filho do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua didática obra "Programa de Responsabilidade Civil"⁸, no sentido de que a responsabilidade por ato jurisdicional cautelar só pode advir de provado

8 FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**: Malheiros Editores, São Paulo, 5ª ed. p. 265/266.

erro judicial, abuso de autoridade, ilegalidade do ato, não bastando, assim, a mera absolvição por falta de provas. *Ad argumentandum tantum*, ainda salienta o Mestre:

“A doutrina liberal que passou a ver em tudo fundamento para a responsabilização do Estado, além de dar ao art. 37, § 6º, da Constituição interpretação ampliativa, sem o indispensável cotejo com outros dispositivos da própria Lei Maior, acabará por inviabilizar a distribuição da justiça. Se cabe indenização por danos morais em razão de prisão preventiva quando o réu vem a ser absolvido por falta de provas, por que não caberia também pelo fato de ter sido processado, ou ainda quando o inquérito criminal vem a ser arquivado? Tal como a prisão, o processo ou o inquérito causam aborrecimento, vexame e preocupação”.

Não olvido, porquanto, que a sistemática adotada em nosso Direito para a responsabilidade do Estado em relação aos atos judiciais, em uma interpretação extensiva, possa em determinados casos teratológicos vir a admitir a responsabilização pela prisão preventiva injustificada. No entanto, sem querer infirmar tal interpretação extensiva do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, que como garantia fundamental deve ter a aplicação mais ampla possível, nessa análise o que se questiona é a novel vedação da prisão preventiva justificada, em determinados casos, quando esta se faça imprescindível para a tutela do processo e da própria sociedade.

Se a absolvição no processo penal de um acusado que, por razões críveis, esteve preso preventivamente, não gera, portanto, para o Estado nenhuma responsabilização. Não se sustenta, então, na lógica a sobrevivência de um novo sistema cautelar no processo penal arraçado na preocupação da inserção do postulado da proporcionalidade em sentido estrito para salvaguardar eventuais males causados pela prisão processual em relação a crimes de médio potencial ofensivo, ou crimes que, em tese, comportem substituição da pena de prisão por sanção alternativa. Isto alicerçado em juízos de prognóstico da pena, fundados nos pressupostos de futuras con-

denações, e não nas absolvições.

Se tal postulado for levado ao extremo, então, a possibilidade de absolvição do acusado que esteve preso preventivamente, com razões de no juízo cautelar ter sido verificada a presença dos pressupostos autorizadores de tal medida excepcional, a saber, o *fumus delicti commissi* e o *periculum in libertatis*, será algo que, no futuro, poderá justificar para algumas vertentes da doutrina garantista a abolição, inclusive, da própria prisão processual.

Miscigenar-se prognóstico da pena com medida cautelar é subverter a própria Teoria Geral do Processo, que, *permissa venia*, é uma sistematização dos princípios e regras básicas da relação jurídico-processual, partindo da premissa instrumental do processo como consecução do direito material. Não se pode olvidar que a Teoria Geral do Processo subsidia a compreensão dos institutos processuais penais, vez que se trata de um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e harmonizados logicamente a partir do confronto de diversos ramos do direito processual.

Assim, reputo que a diferença entre os ramos do processo penal e o civil é apenas de grau, e não de ontologia; sem que, conquanto, se despreze que entre esses dois ramos do direito processual existam diferenças e particularidades, em especial porque no processo penal constata-se a presença constante do ajuste de interesses antagônicos representados pelo binômio: liberdade-repressão. Porém, como ressalva o Professor Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra "A instrumentalidade do processo", as diferenças constatadas entre esses dois ramos do direito processual são as que trazem a falsa impressão de que se trata de disciplinas assentes em fundamentos diversos e voltadas para escopos distintos, quando, em verdade, são disciplinas alicerçadas nos mesmos princípios e voltadas para a instrumentalização do direito material.

Não há como desprezar, com efeito, como o processo penal, ante a novel sistemática cautelar, possa prescindir em determinados casos da cautela adequada, sob uma ótica estrita da preocupação da proibição do excesso. A doutrina que vem aplaudindo as mudanças trazidas pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, sem preocupações com a insuficiência de

normatização e ineficácia do sistema cautelar no processo penal em inúmeras hipóteses que possam vir a ocorrer, advoga agora, que com a criação de medidas cautelares nominadas, diversas da prisão preventiva, sequer há mais possibilidade para adoção de medidas cautelares inominadas com base no poder geral de cautela.

É, de fato, rejeitar a própria Teoria Geral do Processo e circunscrever o ramo do processo penal a uma disciplina inteiramente particular, sem coincidência com os demais ramos do direito processual.

As novéis medidas cautelares diversas da prisão preventiva são, indubitavelmente, muito bem-vindas, tratando-se de superação na seara cautelar do binômio que dantes vigorava: cautela (prisão processual) *versus* contracautela (liberdade provisória), louvando-se a novel redação do artigo 319 do Código de Processo Penal. Assim, a inserção de novas medidas cautelares pessoais no processo penal que possam figurar como alternativas à prisão processual, quando esta se revele excessiva, implanta com razoabilidade a proporcionalidade que deve ser observada na aplicação das medidas cautelares. Entretanto, postular que o juiz não possa se servir do poder geral de cautela para aplicar, eventualmente, uma medida inominada e inespecífica é objetar o próprio conceito do poder cautelar, que se consubstancia no conjunto de poderes que o juiz exerce para poder disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe a função e utilidade final de seu resultado.

O artigo 798 do Código de Processo Civil pode ser aplicado subsidiariamente ao processo penal, vez que o artigo 3º do Código de Processo Penal preceitua a admissão da interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito. Tal não fere o postulado de que a interpretação no processo penal deva adotar critérios hermenêuticos que efetivem a realização dos direitos fundamentais. Não sendo raro que vertentes da doutrina garantista defendam a adoção estrita de métodos hermenêuticos próprios do Direito Penal, com fundamento na preocupação prospectiva de filtragem constitucional. Assim, não caberia nenhuma interpretação extensiva ou integração analógica *in malam partem*, bem como as leis processuais penais benéficas teriam aplicação

retroativa, ao contrário, da regra da aplicação imediata da lei processual consagrada no artigo 2º do Código de Processo Penal.

Nessa seara, já há doutrinadores de vertentes garantistas que estão defendendo a aplicação retroativa da atual sistemática. Para adequar, portanto, essa nova disciplina legal das medidas cautelares pessoais, a todas as adoções cautelares anteriores ao advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011; vislumbrando alguns doutrinadores nos novéis dispositivos uma natureza híbrida, a saber, naturezas processuais e de direito material.

Não é o que enxerga esse operador direito, vez que a disciplina cautelar só pode ter natureza processual e instrumental.

O curioso é que a novel sistemática imiscua-se na individualização da pena que, *a priori*, deveria ser relegada ao Poder Judiciário no âmbito cautelar, com imposições de limites normativos estanques, quando tal imprecisão legislativa anteriormente já autorizou, no âmbito processual penal, o exame da constitucionalidade de espécies normativas, no controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis, a fim de que não fossem aplicadas vedações legais que vulnerassem o aludido princípio da individualização da pena.

Tal ocorreu com as vedações contidas no Estatuto do Desarmamento à concessão da liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18 da Lei nº 10.826/03 e na vedação de concessão de fiança aos crimes previstos nos artigos 14 e 15 do mesmo diploma, vez que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112, cujo Relator foi o insigne Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei nº 10.826/03.

No voto destacado do eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3112, o ínclito Pretor salienta que:

“No entanto, a norma do art. 21 do Estatuto também parte do pressuposto de que a prisão é sempre necessária, sem levar em consideração, na análise das razões acautelatórias, as especificidades

do caso concreto. A necessidade da prisão ocorrerá diretamente de imposição legal, retirando-se do juiz o poder de, em face das circunstâncias específicas do caso, avaliar a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal: necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, havendo prova de existência do crime e indício suficiente de autoria”.

A inafiançabilidade prevista no parágrafo único do artigo 14 do Estatuto do Desarmamento já era mais uma idiossincrasia do legislador no campo da individualização da pena que deve ser conferida livremente ao Poder Judiciário, embora partisse da premissa equivocada da inafiançabilidade prevista pelo próprio poder constituinte originário para alguns crimes, o que, em verdade, já faz confusão terminológica entre a liberdade provisória e o instituto da fiança, que consiste em uma caução a ser regulada pela legislação infraconstitucional.

De igual modo, a vedação a liberdade provisória aos demais crimes previstos no Estatuto, também feria a individualização da pena, como o mesmo pode ser transposto para demais vedações, como as previstas na Lei Antidrogas, e na Lei nº 9.455/97, que trata dos crimes de tortura, e a própria Lei dos Crimes Hediondos.

Mas como não propugnar que o raciocínio acima esposado não possa também ser admitido no âmbito da deficiência de proteção? Cremos que não há razões, mormente se pelo que se debate é matéria de natureza processual e cautelar.

Importantíssimo ressaltar que, no referenciado voto destacado no julgamento da ADI nº 3112, o Ministro Gilmar Mendes faça referência expressa à dogmática alemã pela qual, na proteção dos direitos fundamentais, além do princípio da proibição do excesso, adota-se também o princípio da proibição de proteção insuficiente, ou dos imperativos de tutela. Assim, a dogmática alemã influenciou a jurisprudência da Corte Constitucional alemã a consolidar o entendimento de que na proteção de direitos fundamentais, não há apenas um dever de abstenção do Estado de intervir

no âmbito de proteção desses direitos, mas também no dever do Estado de proteger, de forma adequada e suficiente, dos ataques aos direitos fundamentais consubstanciados em agressões perpetradas por terceiros.

Reconhece, então, nosso Pretório Excelso que em nossa Constituição Federal existem mandatos de criminalização expressos, quando, por exemplo, o § 4º do artigo 227 da Constituição Federal dispõe que: *“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”*. Indubitavelmente, outros mandatos de criminalização implícitos também podem ser depreendidos em nosso texto constitucional.

Assim, se o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro para o exame da constitucionalidade nas intervenções do Estado no âmbito de direitos fundamentais, que impõe limites máximos para tais intervenções, em sentido diametral, mas complementar desse primeiro, o princípio da proibição da proteção insuficiente atua como parâmetro de aferição da constitucionalidade dos limites mínimos almejados de intervenção do Estado no campo dos direitos fundamentais para sua profícua proteção. Os dois princípios são o verso e anverso de uma mesma cédula conferida para que o Estado garanta a proficiente aplicação fenomenológica do Estado Democrático de Direito, que não pode estar no mero campo ideal, mas sim no mundo real.

No voto destacado do eminente Ministro Gilmar Mendes adverte-se que o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição de proteção insuficiente devem ser observados pelo legislador infraconstitucional na seara penal. O que se dirá, então, na seara do processo penal, que é mero instrumento de concreção do Direito Penal!

Pode-se ainda asseverar que o princípio da proibição de proteção insuficiente não deixa de ser também uma extensão dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. Nesses termos, em conformidade com a doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã o princípio da proibição de proteção insuficiente impõe ao Estado, e, por conseguinte, ao legislador infraconstitucional os seguintes deveres: a) o de proibir condutas ilícitas; b) o de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas e eficazes; c) o de evitar

riscos ao cidadão, que autoriza o Estado a atuar mediante adoção de medidas protetivas ou de prevenção.

No aludido voto, o Ministro Gilmar Mendes ressalta a possibilidade do controle constitucional no aspecto material, tanto em função da inobservância do princípio da proibição de excesso, quanto em relação à violação do princípio da proteção suficiente, destacando-se por ora trecho esclarecedor desse voto produzido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em relação a aspectos do Estatuto do Desarmamento que eram proibitivos da individualização judicial da pena:

*“Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se na medida penal – que **prima facie** constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção de segurança e da incolumidade pública, enfim da paz social”.*

“Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle da constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista sempre a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade (übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (üntermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras dos princípios constitucionais”.

A dogmática e a jurisprudência da Corte Constitucional alemã no campo do Direito Constitucional engendraram, via de consequência, ver-

dadeiro corte epistemológico na dimensão outorgada aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua de uma posição de “adversário” desses direitos para uma posição de guardião dos ditos direitos, sejam os direitos reputados de primeira, segunda ou terceira geração.

Evolui-se, assim, da estrita posição histórica de que o Estado é um monstro mitológico hobbesiano, ávido por praticar atos arbitrários contra os cidadãos, para a sua novel posição de organismo necessário para a concreção da democracia, da promoção da dignidade da pessoa humana e da promoção de uma sociedade livre, justa e solidária. Foge-se, assim, da visão atávica de que o Estado é um promovedor da arbitrariedade e de que toda a legislação de conformação deva ater-se a uma construção principiológica de limites negativos, e não propositivos.

Historicamente, tal visão é crível se for considerado que a evolução do Direito Constitucional teve como gênese, no período moderno, a superação do absolutismo para o constitucionalismo, com eventos radicais como o foi a Revolução Francesa. Entretanto, os primados daquela ruptura política e social não foram apenas a asseguaração da liberdade, mas também da igualdade e da fraternidade, sendo que esses primados só se desenvolveram posteriormente, com o advento do reconhecimento dos direitos sociais a partir da Revolução Industrial, que se deu no século XX, e agora mais recentemente, com o reconhecimento dos direitos difusos e interesses metaindividuais.

Nos primados da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, hodiernamente, o Estado tem função propositiva, e não meramente negativa de não intervenção no direito à liberdade, assegurado a todo e qualquer cidadão.

Por isso que a visão garantista extremada deixa de fazer um salto histórico, para enxergar então no Estado apenas um ente a ser obstado de intervir na esfera individual, sopesando a hermenêutica constitucional, *permissa venia*, com o único propósito de frear esse “Leviatã”.

A Corte Constitucional alemã superou, então, a estrita visão histórica, quando decidindo sobre o aborto, asseverou com base no princípio da proibição de proteção insuficiente que o Estado tem o dever de proteção,

cumprindo-lhe editar medidas suficientes de caráter normativo e material para salvaguardar de forma adequada direitos fundamentais, observando, contudo, com razoabilidade a contraposição de bens jurídicos.

Se tal dogmática tivesse sido desenvolvida à época da República de Weimar, quiçá o surgimento de grupos paramilitares e ultraconservadores de direita não pudesse ter sido estancado, impedindo-se, assim, que o Partido Nazista alcançasse o poder e subverter-se, de forma indelével, na história do século XX, a evolução dos direitos humanos.

No campo do Direito Processual Penal, os novéis limites normativos impostos ao juiz criminal na seara cautelar corrompem a suficiência de proteção, salientando-se que o processo penal, com base no que acima foi defendido, não pode ser encarado estritamente como sendo um instrumento de defesa do réu contra a avidez punitiva do Estado.

Não se despreza que o processo penal como relação jurídico-processual, como magistralmente a desenvolveu a Teoria Geral do Processo, quando do lançamento da obra clássica *“Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen”*, de Oscar von Bülow, revele ínsitas tensões entre as partes dessa relação figurantes dos pólos ativo e passivo, que detêm, indubitavelmente, interesses antagônicos no que concerne ao direito de punir do Estado em oposição ao direito à liberdade do réu, cuja persecução penal fica ao encargo do órgão de acusação. Da relação jurídica processual exsugem, via de consequências, direitos e obrigações para as partes, distinguindo-se tal relação daquela que é oriunda da *res in iudicium deducta*. Assim, teoricamente pode ser argumentado que, na maioria das situações, possa haver uma disparidade de forças entre o acusado e o órgão do Ministério Público, encarregado de, nos crimes de ação penal de iniciativa pública, promover o *jus perseguendi in iudicium*.

Já na ótica da visão garantista, o processo penal, ao contrário do enfoque dado por outros processualistas como Manzini, seria um mero instrumento de defesa do indivíduo em face do poder punitivo estatal, uma garantia fundamental assegurada à pessoa humana. Com base nessa visão prospectiva, não é demasiada a transcrição da posição do culto colega, ilustre Juiz de nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

André Nicolitt, em sua obra **Manual de Processo Penal**⁹: *“Inegavelmente, a autonomia do processo deve sempre observar a sua essência enquanto garantia fundamental. Encontrando no processo esta natureza, podemos dizer que os princípios, as regras, as interpretações dadas ao processo deverão sempre observar este aspecto. Esta categoria rege-se por regras próprias que devem sempre respeitar a essência do processo enquanto direito fundamental”*.

É cristalino que o processo penal, ramo da Ciência do Direito, trata-se de uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica, uma vez que detém objetos e princípios que lhe são peculiares, como proclama o eminente processualista Frederico Marques. Todavia, o próprio Frederico Marques sempre foi defensor da dogmática da Teoria Geral do Processo. Assim, consoante a proposição de Carnellutti: o Processo Civil e o Processo Penal sem dúvida se distinguem, mas não porque tenham raízes distintas, mas sim porque sendo derivados de um mesmo tronco, bifurcam-se. No entanto, o insigne processualista Frederico Marques critica salutarmente a tendência de estreita ligação do Processo Penal, que é instrumento, com o Direito Penal, feita por alguns dogmáticos.

Conquanto, vejo que as aparentes visões antagônicas possam ser condensadas. O Processo Penal tem a finalidade precípua de consecução do direito material, meio pelo qual o Estado exerce o *jus puniendi*, muito embora, seja ao mesmo tempo uma garantia fundamental, consagrador do *due process of law*, *ex vi* do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Daí resguarda-se: que ninguém será processado por tribunal de exceção (princípio do juiz natural); que é garantida às partes a igualdade de tratamento no processo (princípio da igualdade); que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (direito ao silêncio e não autoincriminação); que a todos é garantido o contraditório, à ampla defesa e a plenitude de defesa nos procedimentos do Tribunal do Júri; que a todos os necessitados é garantido o direito à assistência judiciária; que a todos é garantido o direito a duração razoável do processo; que é garantida a inadmissibilidade das provas ilícitas; que são garantidas a publicidade e a motivação das de-

9 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**: Campus Jurídico, 2ª ed. p. 22/23.

cisões. Todos esses resguardos se consubstanciam em direitos e garantias assegurados por nossa Constituição Federal.

Apesar de o Processo Penal ser, inegavelmente, uma garantia do cidadão, não pode o mesmo ser visto apenas como um meio de defesa do indivíduo em face do Estado, mormente para que não se verifiquem processos kafkianos, inquisitoriais e despídos de garantias constitucionais. Pois, o é o processo penal também meio de realização do direito objetivo. Desta forma, vislumbra-se que há no processo penal essas duas finalidades - meio de atuação do direito e garantia fundamental do indivíduo - que embora aparentemente antagônicas, são representativas do conflito de interesses do qual se deduzem as pretensões punitivas e as libertárias (dita pretensão resistida), a saber, o direito de punir *versus* o direito de liberdade, que, em verdade, são o conteúdo do processo, a *res in iudicium deducta*; não podendo ser confundido o conteúdo do processo com o próprio processo em si, que é instrumento para a realização do direito, seja o de liberdade, seja o de punição.

O aparente antagonismo da relação processual é sintetizado, então, na própria dialética processual para que se tenha, ao final, a certeza do direito, o que é feito por outro sujeito da triangular relação jurídico-processual, a saber, o juiz que o órgão imparcial.

Não deve, porquanto, confundir-se a relação jurídico-processual da relação de direito material. Sendo perigosa essa confusão dogmática entre Processo Penal e Direito Penal, a ponto de na vertente garantista extremada depreender-se que no processo penal venha ser objetada qualquer interpretação extensiva ou analógica em relação a normas processuais restritivas do direito do acusado, especificamente àquelas afetas ao campo das medidas cautelares pessoais. Isto quando o artigo 3º do Código de Processo Penal permite expressamente a interpretação extensiva e a aplicação analógica.

Essa visão confunde a ontologia do Processo Penal com o próprio Direito Penal, fugindo da questão ontológica relativa às cautelares, vez que se as medidas cautelares pessoais não são antecipações da pena, então, elas estão insertas no campo estritamente processual. Essa visão levada ao extremo está servindo, portanto, de defesa doutrinária da exclusão do poder

geral de cautela do juiz no processo penal com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, reputando que o rol do novel artigo 319 do Código de Processo Penal é taxativo.

Afasta-se a discussão do campo estritamente processual para que, em nome de uma suposta conformação à Constituição Federal da legislação infraconstitucional que disciplina o processo penal, empreenda-se um entrelaçamento dogmático entre o Processo Penal e o Direito Penal, que, diga-se, são ramos distintos da Ciência do Direito, embora interligados. Desprezam-se a Teoria Geral do Processo e a Teoria Geral da Tutela Cautelar, a fim de se construir um esdrúxulo preceito, contrário a tudo que a dogmática já sintetizou em relação ao processo, consistente numa objeção ao poder geral de cautela do juiz no processo penal; segundo essa visão de uma vertente garantista o juiz, no processo penal, não pode mais se valer de medidas inominadas para tutela do próprio processo.

Algumas posições de doutrinadores garantistas com o advento da novel sistemática, *permissa venia*, são tão absurdas que, além desses entusiastas advogarem a elisão do poder geral de cautela do juiz para efetividade do processo, defendem ainda a inaplicabilidade do novo rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão às infrações cujas penas de prisão não são superiores a 04 (quatro) anos.

Assim, alguns doutrinadores garantistas estão fazendo uma equivocada interpretação lógico-sistemática do recente Título, que disciplina a questão cautelar, asseverando-se que para o cabimento de qualquer medida cautelar pessoal diversa da prisão redundar-se-ia na adequação de todas essas medidas cautelares aos limites normativos trazidos pelo atual artigo 313, I, do Código de Processo Penal. Isto quando o atual § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal preceitua, textualmente, que as medidas cautelares diversas da prisão somente não se aplicam aos crimes a que não forem cominadas pena privativa de liberdade.

Ora, se a prisão preventiva, por ser mais gravosa dentre as medidas cautelares previstas, detém disciplina particular, enquanto as demais detêm normatização geral, abrandado em relação àquelas o postulado da proporcionalidade, tal ordenação, obviamente, não é assistemática.

Na hermenêutica sistemática, conforme ensinava o Ministro da Suprema Corte Carlos Maximiliano, confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verificando-se, assim, o nexa entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e daí se obtém a elucidação do alcance das normas. O hermeneuta deve vislumbrar nos caso especiais para os princípios reitores a que eles se acham jungidos, indagando-se se a regra particular não viola a outra, geral; inquirindo ainda as consequências jurídicas de cada exegese isolada.

No caso das medidas cautelares pessoais, com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, a prescrição geral está consubstanciada nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, enquanto a prescrição particular da prisão preventiva está contida nos artigos 311, 312, 313 e 314 do mesmo diploma legal. Sendo que as limitações normativas ao cabimento das medidas cautelares pessoais, em observância ao postulado da proporcionalidade, estão contidas no aludido § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal, enquanto as limitações normativas ao cabimento da medida cautelar pessoal mais gravosa, a prisão preventiva, estão contidas no artigo 313 do referido diploma, também em atenção ao postulado da proporcionalidade, embora se trate, em verdade, de proteção insuficiente.

In casu, a prescrição particular, de modo algum, veda a prescrição particular, havendo fundamentação lógica para que a medida mais gravosa tenha limitações normativas mais extensas, enquanto as medidas cautelares menos gravosas têm limitações normativas mais brandas, mormente se for sopesado que as aludidas limitações advêm da inserção da proporcionalidade na seara das medidas cautelares. Deste modo, se não coubesse tal interpretação, as consequências jurídicas de uma suposta vulneração de uma limitação geral de medidas menos gravosas (art. 282, § 1º, CPP) à limitação particular mais extensiva de medida mais gravosa (art. 313, I, CPP) seriam nefastas. Como já são nefastas as próprias limitações normativas ora trazidas para a prisão preventiva.

Há quem já defenda que as medidas cautelares pessoais diversas da prisão sequer podem ser decretadas autonomamente, muito embora, o agora § 1º do artigo 282 do Código de Processo Penal expresse textual-

mente que as medidas cautelares podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Nesse sentido, ancora-se a posição do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira, em sua obra **Curso de Processo Penal**¹⁰: *“As medidas cautelares, quando diversas da prisão, podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante (art. 282, § 2º, CPP), ao contrário da legislação anterior, que somente previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse aprisionado em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação quanto na do processo”*.

Diante disso, entendo que o poder geral de cautela do juiz subsiste, seja para tutelar qualquer processo, mesmo, por exemplo, um procedimento do Juizado Especial Criminal relativo à contravenção penal de crueldade contra animais no qual o juiz mande interditar o local no qual se realizam rinhas de galo. Da mesma maneira, nos crimes de menor potencial ofensivo, como, por exemplo, o crime de ameaça, que é punido com pena privativa de liberdade, o juiz do Juizado Especial Criminal pode muito bem determinar que o autor do fato abstenha-se de se aproximar do ameaçado. Inexistiria nessas hipóteses qualquer vulneração ao princípio da proporcionalidade. Caso contrário, o que haverá será proteção insuficiente.

Nessa parte, sem explanação à posição do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira de que não cabem medidas cautelares para os crimes para os quais seja cabível a transação penal. Não é lógico, então, que em relação à medida cautelar de proibição de contato, no âmbito da violência doméstica, caiba tal medida em relação ao crime de ameaça praticado pelo marido contra sua mulher, mas entre vizinhos tal providência não possa também ser adotada pelo juiz. Ora, na Baixada Fluminense do Estado do Rio de Janeiro, crime de ameaça de hoje, por muitas vezes, evolui para o crime de homicídio de amanhã.

Outra ideia errônea do Professor Eugênio Pacelli de Oliveira é de que nos crimes culposos, só caiba a imposição de medidas cautelares previstas na Lei nº 9.503/97, se o juiz puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa de liberdade. Tais ponderações são impor-

10 Ob. cit. 3, p. 494.

tantes, vez que o Professor Eugênio Pacelli de Oliveira é o Relator-chefe da Comissão de Anteprojeto do novo Código de Processo Penal.

Voltando à problemática do Processo Penal como sendo única e exclusivamente uma garantia do cidadão contra a “violência estatal”, o que inteiramente discordo. A ideia de que as normas processuais penais de caráter infraconstitucional não podem ser interpretadas para restringir direitos, mormente na seara cautelar, é uma ideia completamente dissociada dos fins do processo.

Trazem, assim, os garantistas extremados para o âmbito das normas processuais penais, infraconstitucionais, uma equivocada aplicação da eficácia vedativa do retrocesso, que é ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais.

O culto Mestre Luis Roberto Barroso, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Estado do Rio de Janeiro – UERJ preleciona em seu brilhante compêndio “Interpretação e Aplicação da Constituição”¹¹ que em relação à vedação do retrocesso na aplicação da eficácia dos princípios atinentes aos direitos fundamentais:

“Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional

11 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Hermenêutica da Constituição**: Saraiva, São Paulo, 7ª ed. p. 380/381.

concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”.

No caso da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, não vejo em muitos de seus aspectos qualquer eficácia progressiva de ampliação dos direitos fundamentais; ao contrário, vejo a inserção no sistema de insuficiência de proteção, o que, então, atingirá vários direitos fundamentais, tutelados pelo Direito Penal, que tem no Processo Penal, seu instrumento de concreção. Assim, vários direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a propriedade, dentre outras, ficarão sem proteção suficiente, vez o meio pelo qual se realiza a tutela do Direito Penal, a saber, o processo, foi aviltado em muitos de seus aspectos protetivos da própria instrumentalização do direito material. Além do mais, haveria vulneração a direitos e interesses metaindividuais, como o é a segurança pública, dever de todos e, precipuamente, dever do Estado.

Em sede cautelar, se o Poder Judiciário vier imiscuir-se na constitucionalidade de muitos aspectos da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, sob o enfoque do princípio da proteção insuficiente, mormente para declarar a inconstitucionalidade em relação ao inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal, em uma interpretação conforme sem redução de texto, conferindo à norma eivada de inconstitucionalidade por defeito de proteção uma determinada interpretação que lhe prescreve a constitucionalidade. Admitindo-se, então, que os limites normativos de impossibilidade de decretação de prisão preventiva aos crimes cuja pena privativa de liberdade é inferior a 04 (quatro) anos refere-se àqueles em que a pena privativa de liberdade é de prisão simples ou de detenção, como o fazia a antiga redação do artigo 313 do aludido diploma, que só admitia a prisão preventiva para os crimes punidos com reclusão, ou os apenados com detenção, quando em relação ao réu havia dúvida sobre a sua identidade.

Em regressão do direito fundamental da liberdade do autor de um fato delituoso, não se consubstanciaria, portanto, tal exame, vez que o Judiciário atuando como legislador-negativo não retiraria a eficácia do direito fundamental de que a liberdade é a regra, e a prisão é a exceção, consoante as hipóteses excetuadas no próprio texto constitucional. Não haveria, com efeito, inconstitucionalidade por omissão nem vulneração ao postulado da proporcionalidade; especialmente porque se a proporcionalidade em sentido estrito for sopesada nessa obtusa e exagerada linha de restrição normativa ao poder cautelar do magistrado: estar-se-á tratando, então, de defeito de proteção, e não de proibição de excesso.

Não se pode admitir que o processo seja um direito fundamental apenas do réu. Também o é da sociedade. Sendo que no juízo de cognição sumária próprio da análise cautelar, deve prevalecer o interesse *pro societate*, se houver fundadas razões para a segregação cautelar. O princípio da unidade da Constituição aponta que o processo é meio de concreção de vários direitos, assim, os conflitos interpretativos, as antinomias aparentes entre direitos fundamentais resolve-se pela eficácia que deve ser dada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como instrumentos de ponderação de direitos e interesses para a solução de casos concretos.

Outra visão extremada é a que vê a ab-rogação do sistema presidencialista de condução de audiências no processo penal pelo juiz, ante aos adventos conjugados das Leis nº 10.792/2003 e nº 11.719/2008, que alteraram, a primeira o interrogatório e, a segunda, os procedimentos comuns ordinários e sumários e o procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, fazendo concessões ao sistema do *cross-examination*.

A visão extremada de alguns garantistas, em nome do sistema acusatório clássico e com uma visão errônea do princípio da imparcialidade do juiz, então, almeja que o julgador comporte-se perante o processo e perante as partes como a Rainha da Inglaterra perante a chefia de governo no sistema dualista do Poder Executivo verificado naquela nação. Objetam que o juiz tenha alguma participação ativa na produção da prova, quando vigora no processo penal o princípio da verdade real e quando o ativismo jurídico está em ascensão como resposta adequada para o novo papel do

Estado como guardião e promotor dos direitos fundamentais, e não de mero expectador, a quem se impõe um dever negativo de interferência, numa visão histórica ultrapassada.

Tal novo papel que querem destinar ao juiz criminal despreza o princípio da comunhão das provas, conforme o qual todas as provas propostas, admitidas e produzidas no processo destinam-se a valoração do magistrado, que é quem com imparcialidade diz o Direito e resolve motivadamente o conflito de interesses, ínsito a qualquer processo.

Em sinceridade, inexistente sistema acusatório clássico no Ordenamento Pátrio, como querem propugnar os garantistas. A função anômala de fiscalização da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública conferida ao juiz criminal mitiga tal sistema acusatório ora reputado como clássico. Ademais, o próprio juízo cautelar, que pode ser provocado na seara das investigações empreendidas pela polícia judiciária, mitiga tal sistema, tais quais as representações por prisões temporárias, interceptações telefônicas e buscas e apreensões.

As reconstituições de crimes que podem ser determinadas pelo juiz no curso das investigações também olvidam a existência deste sistema acusatório clássico.

No sistema da *Common Law*, o atavismo judicial pode ser depreendido com base na análise daquele sistema, no qual se verifica que os órgãos policiais laboram unidos aos órgãos de acusação e no qual o acusado, apesar de ter garantido o direito ao silêncio no processo, se dele abrir mão e pleitear seu testemunho perante um Júri, se faltar com a verdade cometerá, então, perjúrio.

No que concerne ao âmbito da condução das audiências criminais, geram preocupação algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que a inobservância estrita ao sistema do *cross-examination* acarrete a nulidade do processo, mesmo que tal suposta inversão procedimental não tenha trazido prejuízo para as partes, desprezando-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas, conforme o qual não há nulidade, sem que haja prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

A falta de um sistema acusatório clássico não pode ser depreendida

como uma regressão ocasionadora da vulneração aos direitos fundamentais, a ensejar, como querem os garantistas, uma eficácia negativa paralisante de atos e normas supostamente contrárias a tal modelo clássico. Em relação a nosso Ordenamento, não é demasiado lembrar que a suposta disparidade de forças entre as partes, conjugada ainda com a adoção de um sistema acusatório reputado por alguns como sendo misto, podem ser mitigadas, porquanto, pelo papel institucional do Ministério Público, vez que tal órgão do Estado detém o poder-dever de requerer a absolvição do acusado quando não há provas suficientes para a condenação, haja vista a dupla função do *Parquet*, que é a de fiscal da Lei na promoção da Justiça, além de órgão incumbido institucionalmente da tarefa acusatória.

Ad argumentandum, pela vertente garantista extremada dá-se à dogmática prospectiva de ampliação sistemática dos direitos fundamentais, uma visão do processo e da regra da liberdade enfocadas, única e exclusivamente, sob a perspectiva do réu, sem qualquer preocupação com os demais direitos fundamentais também tutelados pela Constituição Federal, sem se sopesar a unidade da Constituição.

Essa visão é equivocada se contrastada com o fato de que o Estado não tem somente deveres negativos de abstenção na seara dos direitos fundamentais, mas também de promoção desses direitos, impondo-lhe a observância da criação de normas e instrumentos e a organização de suas funções estatais, de modo, que tornem eficazes os direitos e garantias fundamentais.

Assim, se o Poder Legislativo no exercício de sua função típica, por exemplo, vier a legislar no sentido da abolição (*abolitio criminis*) de todas as normas incriminadoras dos atos de violência sexual contra crianças e adolescentes, infringirá o mandamento constitucional de criminalização de tais condutas, que está devidamente expresso no § 4º do artigo 227 da Constituição Federal. Haverá em decorrência inconstitucionalidade dessa teratológica produção legislativa infraconstitucional por defeito e insuficiência de proteção geradora de omissão estatal na defesa de direitos fundamentais.

Caso se imagine pela ótica estrita de que tal abolição tão somente

amplia o direito fundamental de que a liberdade é a regra, e a prisão a exceção, insculpida na regra do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, e de que compete ao legislador infraconstitucional escolher e definir o que é crime, numa visão estrita do princípio da reserva legal insculpido na Carta Magna, entender-se-á que tal produção legal não comportaria mais a aplicação de qualquer eficácia regressiva, de maneira que se objetasse a inequívoca omissão constitucional de defesa e proteção de outros direitos diversos do direito fundamental da liberdade sob o enfoque penal.

Quando se está na seara constitucional e dogmática perante antinomias e inconstitucionalidades por omissões ou defeitos de proteção suficiente, foge-se, assim, da regra comezinha de hermenêutica de que as normas que ampliam direitos não comportam interpretações restritivas, Sem embargo da questão acima exposta que concerne ao próprio Direito Penal, no campo processual penal, mas ainda se objeta tal regra, especialmente no que diz respeito à tutela cautelar, necessária à tutela do próprio processo e da efetividade da Justiça.

É cediço que o pós-positivismo propugna uma nova hermenêutica constitucional construída a partir do enfoque da dignidade da pessoa humana. Mas como encarar a ampliação que deve ser empreendida aos direitos fundamentais pelo legislador e pelos aplicadores do Direito, quando normatizações ulteriores trazem insuficiência de proteção a demais direitos fundamentais e direitos e interesses metaindividuais sob o manto de ampliação de uma única garantia - a da liberdade?

A resposta só pode ser a da inconstitucionalidade, que nem de longe conspurca qualquer eficácia de vedação regressiva de direitos fundamentais.

Resta claro que a assertiva acima pode ser facilmente depreendida em casos teratológicos, sendo mais difícil a sua perscrutação em casos em que a insuficiência de proteção esteja inserta, de uma forma sub-reptícia, em uma legislação que visa a sistematizar questões processuais atinentes a medidas cautelares sob o manto da normatização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Desta feita, caberá ao intérprete mais do que valer-se do método interpretativo alicerçado na razoabilidade e proporcionalidade, lançar mãos

ainda de outros métodos hermenêuticos.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade servem para invalidar o ato legislativo quando: não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; necessidade, quando não haja meio menos gravoso para chegar ao mesmo resultado; e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida apresenta maior relevo do que se quer ganhar com sua aplicação.

De outra parte, o intérprete deverá valer-se também do método da ponderação de interesses, valores e normas. Assim, o primeiro método, *a priori*, serviria para avaliar se há violação ao princípio da proibição de excesso, enquanto o segundo utilizar-se-ia, preferencialmente, para avaliar se não há vulneração ao princípio da proibição de proteção insuficiente, o que, por certo, é de investigação mais difícil.

No que tange à ponderação de interesses, valores e normas, trata-se de uma evolução dogmática para os casos de antinomias entre princípios, direitos, valores e normas hierarquicamente equivalentes.

Cumprir destacar que por muito tempo adotou-se uma regra silogística de subsunção de uma premissa menor (fatos) a uma premissa maior (norma), a fim de sintetizar a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto e suas consequências. Ocorre que com a expansão dos princípios e a construção das Constituições sobre bases principiológicas que englobam diversos tipos de direitos e garantias fundamentais, ou seja, direitos de primeira, segunda e terceira geração, e interesses metaindividuais, mormente pretensões subjetivas em face do Estado de providências necessárias de proteção, faz-se obrigatória a adoção de outros métodos interpretativos mais sofisticados; conseqüentemente nas hipóteses de difícil subsunção, quando as normas envolvidas tutelam valores e apontam soluções diferenciadas e contraditórias, a proposição meramente subsuntiva para a solução de antinomias só pode trabalhar com a escolha de uma das normas conflitantes.

Não obstante, como bem preleciona o Professor Luís Roberto Barroso, na hipótese de antinomia entre princípios e normas constitucionais o hermenauta da Constituição não pode optar por somente um dos princípios ou normas, desprezando os outros, como se assim houvesse hie-

rarquia entre princípios e normas constitucionais. Isto porque, por força instrumental da unidade da Constituição, caberá ao intérprete desenvolver métodos aptos a lidar com a dialética constitucional a partir de raciocínios multidirecionais, comparando-se os princípios e as normas que revelem o aparente antagonismo a fim de extrair seus alcances no caso concreto, de modo que se sintetize uma resolução mais pertinente ao fato concreto com base no princípio ou norma que deverá ser mais destacado para a almejada solução final.

Na hipótese da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, há normas que contrariam vários direitos e interesses metaindividuais insertos na Constituição em prol do princípio de que a liberdade é a regra, e a prisão é a exceção, sob o legítimo fundamento de que a prisão cautelar deve observar o princípio da proibição do excesso (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), porém a falta de ponderação do legislador na escolha de algumas restrições foi geradora de insuficiência de proteção.

Não podemos ser obsequiosos com a suficiência de proteção, com receio de ineficácia a proibição regressiva, pois a própria insuficiência de proteção por parte do Estado é um indubitável retrocesso dogmático.

O pós-positivismo é uma evolução dogmática de aproximação do Direito com a ética, passando a construção principiológica do Direito Constitucional a encarar os princípios com *status* de normas, a fim de efetivar os direitos e garantias fundamentais, superando-se a visão de que os princípios teriam base puramente axiológica e ética, sem eficácia jurídica e aplicabilidade imediata.

Antes do pós-positivismo, houve a ascensão e decadência do jusnaturalismo racionalista na Idade Moderna, donde exurgiu o movimento constitucional, que logrou o reconhecimento dogmático do direito natural, partindo-se daí, paradoxalmente, para a sua superação histórica com a constitucionalização escrita e a codificação das leis, que deu azo no século XIX ao desenvolvimento da escola exegetica, defensora da adoção do método científico às ciências naturais, dentre as quais o Direito.

O apogeu do positivismo, com o Código Civil Napoleônico de 1808 e a ascensão da escola normativista de Hans Kelsen, declinou no século

XX, mormente ante o surgimento e ascensão ao poder dos movimentos fascista e nazista na primeira metade daquele século, o que ocorreu dentro dos parâmetros legais e da proteção estatal insuficiente de minorias e ideias e valores contrapostos aos ditos movimentos autoritários. Movimentos esses que, em nome de uma legalidade e ordem aéticas, foram promotores dos piores crimes já vistos contra a humanidade. No julgamento de Nuremberg, os principais réus que eram os detentores do poder e dirigentes do regime nazista, abrigaram-se em supostas excludentes de ilicitude assentadas na estrita obediência à lei e às ordens.

Não foi sem sentido, então, que o Direito resgatou seu conteúdo axiológico, inspirado da Ética e na Razão.

Com base na evolução da dogmática do Direito, há que se rejeitar qualquer visão histórica já superada de posição exclusivamente passiva do Estado perante os direitos fundamentais. Direitos esses que não podem ser encarados como sendo absolutos. O único princípio absoluto, com força normativa, que não comporta mitigação é o da dignidade da pessoa humana. Todos os outros podem ser, conforme o caso, sopesados e ponderados, para melhor aplicação da justiça, fim deontológico do Direito, e para a promoção da dignidade da pessoa humana, princípio este que, genealogicamente, deve ungir toda a principiologia constitucional e normatização legal.

Em decorrência, o Estado passa a ser encarado como o guardião e promotor dos direitos e garantias fundamentais.

Se o Direito agora é essencialmente axiológico, aproximado da Ética, inadmissível que, em preferência de qualquer de seus princípios e primados, elidam-se outros princípios e preceitos horizontalmente hierarquizados, gerando-se injustiça e deficiência normativa. Defectibilidade esta que possa inclusive colocar em xeque o próprio Estado Democrático de Direito.

Cabe então ao Poder Judiciário transcender aos dogmas do século XVIII, mormente na seara criminal, olvidando-se defesas românticas e sentimentais de um absolutismo puro dos direitos ditos naturais, para que, assim, não haja refutações de como muitas omissões políticas e estatais ao longo da história humana foram nefastas.

Tais defesas no sentido de uma ausência de limitação dos direitos fundamentais são despidas do reconhecimento de factíveis contradições que possam exsurgir no seio desses próprios direitos, quando esses direitos são, eventualmente, contrapostos.

Vê-se que, basicamente, o Direito deve se conformar aos dogmas axiológicos do que seja minimamente Ético, aos quais engendraram os princípios e regras do Direito Constitucional no pós-positivismo, e aos quais se reconhece a sua normatização.

Assim, a principiologia constitucional é o primado da dogmática moderna, imprescindível para a superação do positivismo legalista, calcada em fundamentos universais dos direitos da pessoa humana, mas sem que faça um mero retrocesso ao jusnaturalismo superado pela evolução histórica, e a fundamentos vagos, abstratos e metafísicos.

Dessa ordem constitucional pluralista, como bem salienta o Professor Luís Roberto Barroso em escólio extraído de seu esplêndido livro sobre a "Interpretação e Aplicação da Constituição", a ocorrência da colisão de princípios não é só possível, como faz parte da própria lógica do sistema principiológico constitucional, que é dialético.

Destarte, como não vislumbrar que em determinados casos, como no caso hipotético acima elucubrado da abolição de normas incriminadoras de condutas contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, em vez de eficácia ampliativa do direito fundamental da liberdade, sob a ótica da vedação do retrocesso e da ampliação progressiva da dogmática pós-positivista, não houvesse justamente ante a inefável colisão de princípios, regras e preceitos mandamentais o retrocesso desses direitos fundamentais e a subversão de toda axiologia pós-positivista?

Não haveria como em tal hipótese não se chegar a tal conclusão do retrocesso e da vulneração do ideário normativo dos direitos fundamentais e de sua eficácia, mormente se interpretando tal teratológica abolição colidente com outros direitos fundamentais e com a própria dignidade da pessoa humana com base nos métodos interpretativos da razoabilidade e proporcionalidade ponderados com a dogmática da vedação de proteção suficiente.

O mesmo pode se tecer em relação a alguns limites normativos trazidos ao exame profícuo do poder cautelar do juiz no processo penal pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que em muitos casos colidirá com direitos e garantias fundamentais, tais quais os direitos que estão previstos no próprio capítulo do artigo 5º da Constituição Federal, como o direito: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade; bem como tais restrições poderão vir a colidir com a própria garantia constitucional do *due process of law* sob o aspecto material, que é assegurada no inciso LV do referido artigo, vez que aos litigantes no processo judicial são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes, donde se infere que deva haver formas e meios instrumentais adequados, a fim de que a prestação jurisdicional a ser entregue pelo Estado-Juiz seja efetiva, figurando, indubitavelmente, dentre esses meios e instrumentos os poderes cautelares que são inerentes à atividade jurisdicional.

A tutela a diversos direitos fundamentais serve-se, como *ultima ratio* do Direito Penal, com base na intervenção mínima e proporcional que deve ser empregada pelo Estado no uso desse instrumento coercitivo. Inobstante, o processo penal é o instrumento dessa tutela, assim, se invalidada a eficácia do instrumento, reflexamente se invalidará a própria tutela.

Algumas das novas restrições cautelares, ora verificadas no processo penal, podem vir a vulnerar em muitos casos a razoabilidade e, conseqüentemente, a efetividade da função jurisdicional, sob o prisma da proteção insuficiente. Tal defectibilidade pode vir em muitos casos a violar, de sobremaneira, a garantia da inafastabilidade da jurisdição abrigada sob o manto do princípio da proteção judiciária, consoante o qual: ***“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*** (artigo 5º, XXXV, da CF). Dessa garantia conjugam-se as garantias constitucionais do juiz natural (artigo 5º, LIII, da CF) e da independência e da imparcialidade do juiz, bem como o direito de ação e de defesa (artigo 5º, LIV, da CF), que também serão vulneradas na hipótese de conspurcação da inafastabilidade da jurisdição.

O texto constitucional inseriu o direito de ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados. Nessa seara, a tutela cautelar

é um dos meios de concreção da garantia da inafastabilidade da jurisdição para proteção de direitos que estejam sendo simplesmente ameaçados, constitucionalizando regras que a legislação processual já admitia.

Com relação a esse tema harmoniza-se inexoravelmente a posição do Mestre Ovídio Batista da Silva, sobre a existência de um direito substancial de cautela, alicerçado no pensamento de Allorio e Pontes de Miranda, no qual afirma a existência de um caráter satisfativo também na tutela cautelar, atinente não ao direito acautelado, mas a situação objetiva de perigo, de maneira que, não se olvidasse que a medida assecurativa protege sem satisfazer. Assim, sem embargo de um interesse de direito material que pode ser satisfeito pelo processo principal, ou seja, pelo processo de cognição, independentemente do resultado desse processo, infere-se a existência de uma *res in judicium deducta* na tutela cautelar.

Deste modo, a tutela cautelar corresponde à pretensão à segurança. Vejamos, com efeito, o que preleciona o Mestre Ovídio Batista da Silva sobre o tema, em sua brilhante obra "Do Processo Cautelar"¹²:

"A questão da existência de uma pretensão à segurança, insita em todo o ordenamento jurídico estatal, é uma contingência lógica decorrente da idéia de monopólio da jurisdição. A vedação de defesa privada que, como se sabe, não só acompanhou como em verdade plasmou o Estado moderno, gera para a função jurisdicional uma alternativa inescapável sempre que o Estado, para cumprir seu dever de prestar jurisdição, encontre-se ante uma situação emergencial, onde a necessidade de uma tutela imediata o impeça de averiguar, adequada e serenamente, a verdadeira condição do demandante que se afirme titular de um direito ameaçado de sofrer dano iminente. Sempre que a urgência reclame uma resposta jurisdicional imediata, cria-se a alternativa entre proteger a simples aparência do direito ou então, se a organização estatal não for capaz de renunciar às demoradas estruturas da

12 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Do Processo Cautelar**: Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed. p. 72 e 73.

jurisdição comum, não haverá outro remédio, senão assistir ao perecimento do direito, colocado sob ameaça de dano iminente, e reconhecer a seu titular o sucedâneo da subsequente indenização em perdas e danos”.

“Certamente pode-se afirmar que o verdadeiro fundamento da pretensão à segurança, ou do ‘direito substancial de cautela’, promana do princípio constitucional, iminente a todo o Estado de Direito”.

“O que tem embaraçado a doutrina e impedido os processualistas de aceitar a existência de um direito substancial de cautela é um antigo vizo de conceberem a função jurisdicional invariavelmente como produtora de coisa julgada”.

A exemplo dos interditos romanos, que compunham o *imperium mix*, embora para a concepção romana não fosse uma verdadeira jurisdição, o Mestre Ovídio Batista da Silva conclui, com base nos escólios acima transcritos, que é perfeitamente admissível em relação à tutela cautelar e aos provimentos mandamentais: o reconhecimento de um direito substancial de cautela, cuja pretensão tem sede constitucional, de onde deflui uma forma de proteção jurisdicional, mesmo em detrimento de que os conteúdos dessa ordens jurisdicionais de proteção não declarem os direitos materiais e, por consequência, não produzam a eficácia da coisa julgada.

O chamado direito substancial de cautela, haurido do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição para mera proteção de direitos ameaçados, serve, de forma inovadora, como construção teórica para que, em relação ao pressuposto de cabimento de prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública, depreenda-se uma ontologia cautelar, e não uma mera antecipação dos efeitos da pena colidente com o princípio da presunção de inocência.

Para vertentes garantistas, o pressuposto da ordem pública para decretação da prisão cautelar escapa da seara cautelar. Reputam então que a

garantia da ordem é um conceito jurídico indeterminado, cuja acepção “ordem” possa ter origem em movimentos autoritários, como os verificados na Europa e em outras partes do mundo no início do século XX, e reputando esses doutrinadores que a prisão processual para a garantia da ordem pública trata-se de mera antecipação dos efeitos da pena, cuja premissa seria a de adiantar as funções preventivas, geral e específica, da pena de prisão a ser definida no provimento jurisdicional final do processo. Consideram, assim, esses doutrinadores que o pressuposto da garantia da ordem pública para decretação da prisão processual não se presta a tutelar o processo, mas, ao contrário, tutelar-se-ia a própria pena. Em decorrência, essa suposta antecipação dos efeitos da pena violaria o princípio da presunção de inocência, que determinaria a inconstitucionalidade da prisão cautelar fundada na preservação da ordem pública.

Discordo veementemente de tal respeitável posição, pois a tutela cautelar é uma forma de tutela preventiva, a saber, a sua teleologia é justamente a de prevenir, acautelar, precaver.

A problemática exsurge a partir da construção dogmática de Carnelluti sobre a subdivisão dos processos cautelares em inibitórios, restituitórios e antecipatórios. Assim, em relação à tutela dita antecipatória, as consequências desta imprecisão conceitual deságuam em entendimentos de que determinadas providências preventivas entrelaçar-se-iam com a própria providência jurisdicional pleiteada no processo principal. Isto decorre da consideração do Mestre italiano sobre uma natureza cautelar dos interditos possessórios, frisando-se que essa posição foi superada com a evolução dogmática que distinguiu a tutela interdital, afeta ao direito possessório resguardado pelo campo do Direito Civil, e sua respectiva apreciação liminar, das tutelas cautelares, de simples prevenção não satisfativa do direito por ela protegido.

A possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela pelo juiz, como prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, quando haja prova inequívoca de verossimilhança do direito alegado, e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não tem liame algum com a natureza preventiva da tutela cautelar, tendo sido uma evolução dogmática da

possibilidade de antecipação da tutela na seara dos interditos proibitórios para outras tutelas verificadas no processo civil de cognição. No entanto, alguns processualistas penais de orientação garantista passaram a ver na prisão processual para a garantia da ordem pública uma antecipação das funções preventivas, gerais e especiais, da pena de prisão a ser eventualmente sancionada ao final do processo de conhecimento no âmbito do processo penal.

O que há, portanto, é uma confusão terminológica entre a teleologia preventiva da tutela cautelar, que é concedida para prevenir, com as funções de prevenção da pena privativa de liberdade a ser eventualmente imposta no processo de conhecimento, onde o polo ativo da relação processual pleiteia a tutela condenatória, apta então a produzir o efeito da coisa julgada material; reputando-se que a tutela condenatória detém eficácia declarativa sobre o direito que se discute no processo penal e sobre o qual litigam as partes, efeito este que é incompatível com a provisoriedade que a própria dogmática atribui ao provimento cautelar.

A prevenção na tutela condenatória pleiteada no processo penal, que é ontologicamente repressiva, não se confunde com a prevenção da tutela cautelar. A tutela cautelar que é, inversamente, entendida como preventiva, não poderia assumir um caráter repressivo, como dando azo a uma pretensão repressiva de direito substancial de cautela, pois o que se pretende com a medida cautelar é prevenir, não repreender.

Em termos terminológicos e semânticos, cautela significa prevenção, no sentido de precaver-se, tomar cautela, acautelar-se. A função preventiva da pena privativa de liberdade tem a mesma origem semântica da função da tutela cautelar que é de prevenção, daí a confusão dogmática.

Como a medida cautelar consiste em um *tertium genus*, em que se constata a presença de funções cognitivas e executórias, a confusão dogmática que daí exsurge é ainda maior.

Ocorre que o crime é um fenômeno complexo, de modo, que a sua ocorrência, em muitos casos, causa insegurança e intranquilidade social, além de que, em alguns casos, constata-se a presença do clamor público. Com efeito, a tutela cautelar no processo penal admite uma forma de pre-

venção para garantia da própria ordem pública, ou se preferirem alguns, da própria paz social, que é um direito fundamental assegurado pelo próprio *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, quando preceitua que a todos é assegurado o direito à segurança.

Esse pressuposto da paz social para o cabimento da prisão preventiva indica mais ainda uma ontologia cautelar, quando pelos antecedentes do réu e as circunstâncias do caso, o juiz infira que haja possibilidade de reiteração criminosa.

Logo, observa-se nos provimentos cautelares pessoais, fundados na paz social, uma natureza de prevenção cautelar que se alicerça no *periculum libertatis* sob o prisma de uma pretensão cautelar substantiva à segurança e à paz social. Tal decorre da própria peculiaridade do processo penal, que embora consoante a Teoria Geral do Processo, tenha a mesma origem comum à do processo civil, apresenta, contudo, finalidade própria.

O processo penal tem aspectos extrínsecos que transcendem a mera relação jurídico-processual entre as partes, razão da sua publicidade, além da publicidade verificada em processos de qualquer outra natureza, é uma regra. Regra essa que deve ser entendida não só como de proteção ao próprio processado, como também de participação social na administração da justiça penal, vez que o crime é um fenômeno do qual se depreende uma ínsita causa de intranquilidade, sejam por razões psicológicas, sociais, antropológicas ou culturais.

Trata-se de uma fenomenologia da qual se pressupõe como antecedente lógico à violação a um direito, destarte, como todos os direitos decorrem da força normativa da Constituição Federal, e, mais reflexamente dos próprios direitos fundamentais, o crime assume então, com todas as cautelas dos inconvenientes de quaisquer seleções primárias e secundárias de criminalização, um papel de ataque não só a lei, como também de ataque à ordem constitucional; ordem esta que é baseada em toda uma principiologia de reconhecimento de direitos humanos.

Não seria demasiado, assim, inferir que a ordem pública conspurcada pelo *periculum libertatis* de um suposto autor de um crime, ainda não julgado, consiste nessa ordem constitucional principiológica pós-positivis-

ta, e não na ordem positivista e exegética subsistente até a primeira metade do século XX.

O processo penal é um instrumento de realização da paz social, princípio inferido do próprio capítulo do texto constitucional que ordena os direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos, gerador ainda do direito e interesse metaindividual à segurança pública insculpido no artigo 144 da Constituição Federal, promulgador de que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, donde se infere que também o é do Poder Judiciário, detentor de uma das funções das mais relevantes do poder estatal, embora as atividades de prevenção de crimes e persecução penal, fora do processo, estejam incumbidas aos órgãos policiais que estão previstos nos incisos do aludido artigo 144 da Constituição Federal.

Em decorrência lógica, se, na análise de um caso concreto, o crime causa clamor público, intranquilidade social ou o exame de suas circunstâncias denota a possibilidade de reiteração criminosa, depreendendo-se o *periculum libertatis*, o acautelamento do réu é, porquanto, providência de natureza cautelar com finalidade preventiva da própria credibilidade social na existência desse instrumento; caso contrário, colocam-se em xeque a própria ordem constitucional, a confiança no Estado Democrático de Direito e a própria dignidade da Justiça.

Se o perigo na demora da prestação jurisdicional pode gerar, em muitos casos, descréditos e desconfiança social com o próprio sistema constitucional e o infraconstitucional, a medida cautelar pessoal poderá fazer-se urgente e necessária. Tal medida, portanto, não tem finalidade retributiva, nem exerce qualquer das funções da pena, mas sim a de acautelar o próprio processo sob o seu enfoque externo.

O descrédito na existência do próprio instrumento é tão inconveniente, como o é o inconveniente à instrução, ou o risco da asseguaração da eventual aplicação da lei penal. Nessa senda, a garantia da ordem pública, ou se preferirem, a da ordem principiológica dos direitos fundamentais, o que, de fato, faz é acautelar o próprio processo sob seu enfoque extrínseco.

Tal garantia não viola o princípio da presunção de inocência, pois só

o que pode elidir a inocência é o provimento jurisdicional condenatório a ser prolatado ao fim do processo de cognição, que produzirá a eficácia da coisa julgada material, nada mais.

Ademais, nenhum princípio pode ser interpretado de forma absoluta, pois o único princípio que comporta tal extensão irrenunciável é o da dignidade da pessoa humana, do qual provém toda a regulação da vida em sociedade.

O processo já não deixa de ser uma espécie de ataque à inocência, sendo o processo, porquanto, a única forma constitucional e legalmente prevista para a possibilidade de contestação estatal ao estado de inocência, ou de pretensão a ser exercida contra esse estado, a garantia da presunção de inocência é a própria existência do processo. Tal premissa faz concluir que todo e qualquer provimento cautelar pessoal não é uma elisão da inocência, mas uma mitigação desse estado de inocência com escopo instrumental e acautelatório, pois somente a prestação jurisdicional final poderá elidi-la.

O único princípio constitucional cujo alcance e consequências comportam uma extensão infinita e absoluta é o da dignidade da pessoa humana, depreendendo a dogmática pós-positiva a centralidade desse princípio e a partir de sua conceituação a fundamentação do próprio Estado Democrático de Direito.

De fato, o Brasil apresenta enormes desigualdades regionais e sociais, além de exclusão de grandes parcelas de sua população, que estão ainda sem acesso a políticas educacionais, habitacionais, sanitárias, de saúde, bem como de inserção desses excluídos no mercado de trabalho formal, mesmo apesar de políticas paliativas e de objetivos políticos contestáveis de distribuição de 'bolsas-família'.

A política carcerária e penitenciária brasileira é deficiente, como o é a política socioeducativa voltada para os inimputáveis em razão do critério biológico, mormente em razão da falta de vontade política de investimentos nessa seara correcional, havendo confluência tanto dos Estados-membros, como da União, no desrespeito às proposições e ao sistema imaginado por nossa Lei de Execuções Penais. As maiores omissões são perpetradas pelos

Poderes Executivos dos Estados-membros, que, em relação à política penitenciária, carecem de maior apoio do Poder Executivo do âmbito federal.

Tal situação de calamidade carcerária já engendrou, inclusive, repreensões ao Brasil perante organismos internacionais como a Organização dos Estados Americanos (OEA), e por parte também de organismos não governamentais, com presença transnacional, como o *Human Rights Watch*.

Conquanto, será a proteção normativa deficiente uma resposta às omissões estatais, sobretudo, dos Poderes Executivos, na promoção de uma política penitenciária digna?

Creio, humildemente, que essa não é a saída. A normatização deficiente que vulnera, sobremaneira, a garantia constitucional da individualização judicial da pena, dentro dos limites legais razoáveis, mormente quanto ao juízo cautelar no processo penal, não pode ser a nova política legislativa de harmonização dessa sub-reptícia deficiência de proteção com a omissão de concreção de uma política penitenciária digna.

Retirar o poder cautelar do juiz para justificar a falta de observância do Estado brasileiro aos seus compromissos constitucionais e internacionais de respeito aos direitos humanos, nada mais se trata do que uma opção demagógica. Raciocinar-se por exceção, quando o que se demanda é adoção de regras de promoção de proteção suficiente, consiste, em decorrência, em uma opção ideológica sem base científica, tanto no campo da dogmática jurídica, quanto no campo sociológico, em que se constata pela ciência estatística o alto índice de reiterações criminosas e reincidência criminal, e a elevação exponencial dos índices de criminalidade.

Não se fazem objeções à liberdade como a regra daqueles que cometeram delitos leves, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, como nas hipóteses de delitos de furto, na forma simples, em que se verifica a total desnecessidade da segregação cautelar de seus agentes, que, *in casu*, é indubitavelmente violadora da efetivação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O problema é em relação a outros crimes mais graves, que são alcançados pela novel sistemática cautelar, geradora de política obsequiosa para os seus agentes.

A teleologia da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, não é só o

atendimento do postulado da proporcionalidade, mas sim uma redução drástica do encarceramento provisório, estimando-se que milhares de preso provisórios serão postos em liberdade em todo o Brasil ante aos atuais limites estritos introduzidos para a prisão provisória.

A motivação para adoção de tal política não está apenas associada a um enfoque garantista do pós-positivismo de ampliação progressiva dos direitos humanos.

Além de uma interpretação principiológica aplicada equivocadamente na seara cautelar, objetiva-se ainda a novel sistemática a inserção dogmática de postulados estritamente econômicos, assentada na Escola Crítica do Direito e da Análise do Direito sob a perspectiva Econômica, ou teoria da Análise Econômica do Direito com raízes na Escola de Chicago e consistente na teoria positiva do sistema jurídico desde a perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica.

Sem querer refutar que a Ciência do Direito como ramo das Ciências Sociais é caracteristicamente interdisciplinar, a saber, como o Direito visa a regular toda a vida em sociedade, sua construção epistemológica debruça-se sobre outros campos das Ciências Sociais, dentre as quais a Sociologia, Antropologia, História, Psicologia e outras, bem como mantém interdisciplinaridade com a própria Ciência Econômica.

Não obstante, o Direito como Ciência tem seu campo de estudo próprio, mantendo íntimas relações com a Filosofia e a Ética, vez que toda a construção normativa alicerça-se nesses ramos do saber. Objeta-se que a Ciência do Direito possa prescindir de uma construção axiológica, como já o fez o positivismo, em um período influenciado pelo cientificismo que tencionava aproximar as ciências sociais das ciências naturais, pugnando-se por uma neutralidade axiológica mediante a qual se negava que a metodologia científica pudesse fazer juízos de valor.

Todavia, embora a Ciência do Direito seja eminentemente uma ciência normativa, que visa a uma construção dogmática para predicação de normas, a sua dogmática só pode ser essencialmente axiológica, tendo em vista que o Direito como ciência deontológica não pode prescindir de uma construção valorativa; uma construção calcada em juízos de valor sistema-

tizados como universais que deita suas raízes na Filosofia e na Ética.

Com base na assertiva acima, a rejeição do Direito como ramo autônomo e a rejeição do raciocínio abstrato, para que se faça a opção da normatização construída sobre fatos que tenham como antecedente a concepção política ou as normas da eficiência econômica, como objetiva a análise econômica do Direito, trata-se de algo que deve ser recebido, então, com muitas reservas. Transparecendo uma volta ao utilitarismo defendido por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, que pretendia construir uma ética na noção de bem-estar, independente da causa, pois tal doutrina dissocia a causa da consequência, focando a questão moral somente sobre esta última.

No caso da novel sistemática cautelar trazida pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, a teleologia da recente legislação é, sem sombra de dúvida, a redução do efetivo carcerário assentada na redução dos custos do Estado. O utilitarismo influenciou em muito a ciência econômica, com sua moral eudemonista, não obstante, no âmbito do Direito, cuja epistemologia é assentada no saber da Ética, não pode haver consequência boa sem a investigação da causa. Sendo assim, é preocupante que a Teoria da Análise Econômica do Direito seja a verdadeira motivação para a novel sistemática cautelar no processo penal, sob o suposto manto da dogmática pós-positivista baseada no subprincípio do Estado Democrático de Direito atinente à proporcionalidade em sentido estrito.

A advogada criminalista Débora Faria Garcia, especializada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Escola Paulista de Direito e coordenadora-adjunta do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em seu livro “Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, 04 de maio de 2011”¹³, aduz de forma entusiástica em seu estudo que:

“nesse aspecto, a inovação pretende diminuir o quadro de superlotação de presídios vivenciado atualmente no país, determinando que somente devem permanecer em cárcere aqueles indivíduos

13 GARCIA, Débora Faria. **Novas Regras da Prisão e Medidas Cautelares**: Metodo, São Paulo – 2011, p. 48.

que, concretamente, necessitam estsr submetidos a esta medida, até porque, conforme já foi analisado, a prisão preventiva só poderá ser admitida em última análise, nas hipóteses em que restarem insuficientes ou ineficazes as medidas cautelares impostas, trazidas pela nova lei para o ordenamento processual penal, conforme a nova redação do art. 312, parágrafo único”.

Outra preocupação é que os fins do novo sistema sejam de aliviar as repreensões feitas ao Estado brasileiro por organismos internacionais na seara dos direitos humanos em razão da calamitosa situação carcerária e penitenciária brasileira, o que está sendo feito em detrimento do poder cautelar que deve ser atribuído ao juiz no campo relevante do processo penal e da administração da justiça penal. Ressaltando-se que a administração da justiça pena está, inerentemente, associada à política criminal e ao interesse metaindividual da segurança pública.

Porém, se o Estado brasileiro, mormente o Poder Executivo, tanto no âmbito federal como, sobretudo, no âmbito estadual, descumpra a Constituição Federal, dando tratamento indigno aos presos, sejam definitivos, sejam provisórios, descumprindo ainda a Lei de Execuções Penais, que no seu artigo 3º prescreve que aos presos são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, o que falta, então, é ao Poder Judiciário não se apequenar, fazendo, portanto, valer o sistema de freios e contrapesos da separação das funções do Estado, sancionando as omissões do Poder Executivo. Nem tão pouco devem apequenar-se o Ministério Público, fiscal da Lei, e a Defensoria Pública, órgão de assistência aos hipossuficientes, que detêm legitimação para a propositura de ações civis públicas nas hipóteses de omissões estatais. Tal garantia cominatória visaria a obrigar os Poderes Executivos a cumprirem a Constituição e a Lei na seara penitenciária e carcerária, impondo-lhes obrigações de fazer, sob pena de pesadas sanções pecuniárias, com vistas a resguardar o interesse difuso de toda sociedade de que no Brasil as cadeias e penitenciárias não sejam depósitos de seres humanos, privados não só de suas liberdades, mas de uma existência digna.

Da mesma maneira, não deveriam as cadeias consistirem em locais de origem de outras práticas criminosas; práticas estas planejadas de dentro das celas por detentos, e executadas do lado de fora dos muros pelos seus comparsas em liberdade, ante a facilidade com que ingressam nas prisões aparelhos de telefonia móvel, além de outros instrumentos de crimes, inclusive drogas e armas de fogo. Sendo a explicação dessas falhas a altíssima incidência no Brasil de diversas práticas de corrupção perpetradas por agentes penitenciários e por policiais encarregados da vigilância de presos, havendo ainda falhas estruturais nas prisões brasileiras no que diz respeito ao monitoramento dos detentos, tanto no que concerne à seleção e ao treinamento desses agentes, quanto no que concerne aos meios materiais postos à disposição desses agentes públicos para execução de suas tarefas legais.

Se o preso no Brasil sofre, a sociedade também sofre! Não se podendo raciocinar por exceção, vez que a falta de prisões dignas, bem como a presença de prisões com frouxidão de disciplina, constituem, portanto, omissões do Estado, sobretudo do Poder Executivo; faltas essas que devem ser elididas através dos meios legais e judiciais adequados, e não se abolindo as prisões ou reduzindo-as para os 'casos estritamente necessários'. Necessidades essas que agora passam a ser ditadas não por suas causas, mas, irremediavelmente, por perspectivas de redução de custos, ante a novel aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito na seara Penal e Processual Penal, deixando-se, assim, a sociedade sem proteção adequada.

É claro que a prisão não vai ser a solução da fenomenologia do crime. O que acarretará a redução da violência e das práticas criminosas para patamares aceitáveis serão os investimentos em educação e em políticas públicas que reduzam os contrastes sociais, sem embargo de outras formas de criminalidade, que não aquelas, *a priori*, ditadas por causas de exclusões de ordem socioeconômicas. Conquanto, uma coisa não exclui a outra. A origem e causa da criminalidade não podem dar azo à tentativa de neutralização estatal de suas consequências. O Estado como guardião e promovedor dos direitos fundamentais tem que atuar em todas as frentes de batalha, não podendo optar por uma única linha de resolução, que exclua a outra, especialmente aquela que vise a atenuar, de certa forma, as consequências

nefastas da violência urbana e social.

A proteção suficiente não pode ser a nova escolha. Especialmente se essa nova opção feita pelo legislador ordinário consubstancia-se na edição de uma lei que se subverte à teoria cautelar e ainda traz imensas contradições lógicas.

A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, traz tantas antinomias sistêmicas, que é difícil inumerá-las. Dentre as quais, a própria possibilidade de decretação de prisão preventiva do reincidente, independentemente da quantidade de pena cominada para a infração penal na qual o réu se encontra incurso, *ex-vi* do novo artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal.

Como a redação do artigo 313, II, do Código de Processo Penal preceitua que *“nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado”*, depreende-se pela interpretação literal desse dispositivo que a prisão preventiva de acusado reincidente só será cabível em se tratando de crime doloso, não sendo cabível na hipótese de crime culposo, bem como em relação a crimes em que não haja cominação de pena privativa de liberdade, seja isolada, cumulativa ou alternativamente, nos termos da regra geral do § 1º do novo artigo 283 do Código de Processo Penal.

Ora, qual a razão para que, por exemplo, um acusado de um crime de receptação, na forma simples, que já foi condenado pela prática de outro crime há mais de cinco anos entre a data da extinção daquela pena anterior e a nova infração, não possa ser preso preventivamente com base nos seus antecedentes?

Não há razão lógica, mormente porque os maus antecedentes serviriam para elevar a fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena além do mínimo legal, da mesma forma como a reincidência serviria para elevar na segunda fase a pena que foi fixada na primeira etapa, ante ao reconhecimento da circunstância agravante da reincidência.

Da mesma forma, como a reincidência em relação à nova prática de um crime de receptação, na hipótese de eventual condenação, impediria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante

a ausência do requisito subjetivo previsto no artigo 44, inciso II, do Código Penal: os maus antecedentes igualmente também impediriam a mesma substituição, ante a ausência do requisito previsto no artigo 44, inciso III, do mesmo diploma legal. Não caberia também a suspensão condicional do processo nessa situação de réu com maus antecedentes que estivesse sendo acusado por crime de receptação, ante o que dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, que preceitua como requisito subjetivo para a obtenção do *sursis* processual a presença dos mesmos pressupostos descritos no artigo 77, inciso II, do Código Penal, dentre os quais os antecedentes ilibados. Bem como não caberia, obviamente, na aludida hipótese a suspensão condicional da pena.

Os maus antecedentes, como a reincidência, são motivos mais do que justificáveis para a decretação da prisão preventiva fora da regra geral que é ora trazida para o cabimento dessa medida cautelar pessoal, a saber, a obtusa vedação de cabimento dessa prisão processual para os crimes cuja cominação de pena privativa de liberdade máxima seja igual ou inferior a quatro anos.

O cabimento da prisão preventiva em ambas as hipóteses, reincidência e maus antecedentes, contemplaria a observância ao aventado postulado da proporcionalidade, sem que esse último tivesse sido excluído em flagrante antinomia. Sendo certo que o mesmo pode ser dito em relação a outros requisitos subjetivos previstos nos artigos 44, inciso III, 59, 77, inciso II, do Código Penal e 89 da Lei nº 9.099/95, que faz remissão ao aludido artigo 77 do Código Penal.

Vê-se que a antinomia do novel artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal é com o próprio sistema de concessão de benefícios e adoção de institutos despenalizadores previstos na própria legislação penal, a saber, na própria lei material. Consistindo, então, os juízos de prognósticos que foram feitos pelo legislador ordinário na própria legislação processual para observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma contradição sistêmica com a própria legislação penal. Tratando-se em verdade de insuficiência de proteção, sem contar que tais juízos de prognósticos feitos pelo próprio legislador ordinário traduziram-se em supressão aos juízos de cautelaridade que deveriam ser relegados ao Poder Judiciário.

O mesmo também pode ser dito em relação ao acusado de um crime, cuja pena privativa de liberdade máxima seja igual ou inferior a quatro anos, detentor de maus antecedentes em razão da existência de processos penais e inquéritos penais ainda em curso.

Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, não há óbice que se leve em conta como maus antecedentes, a existência de inquéritos ou de processos penais em curso:

“O art. 5º, LVIII da CF (Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não impede que se leve à conta de maus antecedentes do acusado, para fins do disposto no art. 59 do Código Penal, a existência contra ele de inquéritos e processos criminais sem condenação transitada em julgado” (HC 72.130-RJ, ac. da 2ª Turma, em 22/04/1996 – Rel. Min. Mauricio Correa).

O ilustre Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, em seu livro **Curso de Processo Penal**¹⁴, salienta o seguinte em relação às exceções das regras gerais de cabimento de prisão preventiva:

“A exigência de crimes dolosos com pena privativa da liberdade superior a quatro anos para a decretação da preventiva se refere à modalidade autônoma desta cautelar, não contemplando as situações do art. 313, II e III, e nem o seu parágrafo único. Constitui a regra geral das prisões preventivas”

“Do mesmo modo, no caso de descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas (art. 282, § 4º, CPP), a decretação da preventiva não exigirá as situações do art. 313, devendo atentar-se apenas para os requisitos do art. 312, consoante se extrai do seu parágrafo único. Nesse caso, a preventiva não é autônoma, mas subsidiária”.

14 Ob. cit. 3, p. 554.

Ao menos, quanto à decretação da prisão preventiva em relação a acusado reincidente, não há posicionamento que vede a adoção dessa medida cautelar de caráter pessoal nos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima é igual ou inferior a quatro anos.

Neste aspecto, não deixa de haver conformação com a antiga redação do artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal que admitia a decretação da prisão preventiva, mesmo em relação aos crimes punidos com detenção, quando o réu era reincidente. Depreende-se que a mesma hipótese é aceitável em relação aos aludidos crimes punidos com pena privativa de liberdade de detenção, quando o réu é reincidente.

Outra deficiência de proteção poderá verificar-se em relação a alguns crimes culposos, nos quais o réu, por exemplo, já seja reincidente pela mesma prática culposa. Para ilustrar, o caso de um agente que tenha sido autuado em flagrante pela prática de um homicídio culposo na direção de veículo automotor, previsto no artigo 302 da Lei nº 9.503/97, no qual tenha sido ainda constatado que o indiciado estava sob forte influência de álcool, consoante exame de alcoolemia. Imagine-se, então, que esse agente seja reincidente na mesma prática delituosa, perpetrada em outra ocasião em que também estava sob influência de álcool.

Deve, portanto, ser feita também uma interpretação conforme a Constituição com base na ponderação do subprincípio do Estado Democrático de Direito de vedação de proteção insuficiente em relação aos crimes culposos, no que concerne à vedação da decretação de prisão preventiva para os aludidos tipos penais, quando casos gravíssimos como o descrito acima se verifiquem na realidade.

Outra antinomia é a possibilidade de decretação de prisão preventiva em relação a crimes cuja pena privativa de liberdade máxima é igual ou inferior a quatro anos, como medida subsidiária em razão de descumprimento pelo réu de outras medidas cautelares diversas da prisão, conforme prescreve o novel artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

O Professor Eugênio Pacelli de Oliveira salienta em seu livro **Curso de Pro-**

cesso Penal¹⁵ que, em relação à prisão preventiva subsidiária, em tese, ela é cabível quando o réu haja descumprido medida cautelar diversa da prisão preventiva:

“É que, agora, a regra deverá ser a imposição preferencial das medidas cautelares, deixando a prisão preventiva para casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa. Esta, que, em princípio, deve ser evitada, passa a ocupar o último degrau das preocupações com o processo, somente tendo cabimento quando inadequadas ou descumpridas aquelas (as outras medidas cautelares). Esta é, sem dúvida, a nova orientação da legislação processual penal brasileira, que, no ponto, vem se alinhar com a portuguesa e com a italiana, conforme ainda teremos oportunidade de referir”.

Creio que não há divergência na doutrina em relação à regressão da medida menos gravosa para a mais gravosa dentre as medidas cautelares pessoais, quando se verifica o descumprimento injustificado da cautela mais módica. Mas o que fará o juiz quando antever, desde logo, nas hipóteses dos crimes que não estão acobertados pela regra geral de adequação do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, que as medidas cautelares diversas da prisão preventiva não assegurarão pelas circunstâncias do caso concreto a efetividade do processo nem prevenirão a reiteração criminosa?

Deverá, então, o juiz, obrigatoriamente, impor de forma prévia outra medida cautelar pessoal diversa da prisão preventiva, mesmo que reputada ineficaz em seu juízo de prognose, para só depois de consumado o descumprimento da ordem cautelar menos gravosa, vir a decretar de maneira subsidiária a prisão preventiva?

Creio que não. Tal situação é absurda e conspurca não só a dignidade da Justiça, como consiste em uma subversão do que se entende

15 Ob. cit. 3. p. 503.

por cautelariedade processual. É uma antinomia que somente pode ser expungida com uma interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, com base na ponderação do subprincípio do Estado Democrático de Direito de vedação de proteção insuficiente em relação à regra geral para cabimento da prisão preventiva autônoma.

A antinomia da regra geral para cabimento da prisão preventiva autônoma é tão flagrante que, se interpretada sistematicamente com a legislação penal em relação a alguns crimes punidos com detenção, cuja pena privativa de liberdade máxima é superior a quatro anos, chegar-se-á a conclusão de que a aludida medida cautelar autônoma seria cabível em relação a tais infrações, mas não seria cabível em relação a infrações punidas com reclusão, cuja pena privativa de liberdade máxima é igual ou inferior a quatro anos.

A novel sistemática, conquanto, é positiva em relação ao cabimento da prisão preventiva em relação aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, como já fizera a Lei nº 11.340/2006 que havia acrescentado o inciso IV à redação anterior do artigo 313 do Código de Processo Penal; estendendo agora a recente mudança à possibilidade da decretação da prisão preventiva também para os crimes de violência praticados no âmbito familiar contra criança, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a saber, pessoas a quem o Estado, no enfoque da extensão progressiva de garantias fundamentais, adota o conceito da proteção integral, em especial para dar tratamento diferenciado aos desiguais a fim de efetivar-se o princípio da isonomia. A cautela que o hermeneuta deverá ter em relação ao novel inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, todavia, adstringe-se a sua parte final, a saber, a menção do cabimento da prisão preventiva nas hipóteses de violência doméstica para *“garantir a execução das medidas protetivas de urgência”*.

Em uma interpretação meramente gramatical poderá se chegar à conclusão de que a prisão preventiva serviria tão somente para a efetivação de medidas protetivas em relação a tais conflitos domésticos, e nada mais; como a de afastamento do lar do cônjuge-varão que agride fisicamente à mulher. Assim, efetivada a medida protetiva, a eventual segregação cautelar

não se faria mais necessária.

A priori, ante o postulado da proporcionalidade trazida pela nova alteração legislativa, é crível que, na maioria dos casos em que for efetivada uma medida protetiva de caráter cautelar nos crimes de violência doméstica, se a mesma for eficaz, por si só, para resguardar e proteger a vítima, a prisão processual não se fará necessária.

Inobstante, em uma interpretação lógica, a prisão preventiva nas hipóteses de violência doméstica, independentemente da decretação, ou não, de medidas protetivas como as previstas nos incisos do artigo 22 da Lei nº 11.340/2006, poderão, em alguns casos, fazer-se necessária.

A exemplo, como nas hipóteses de delitos mais graves, como delitos sexuais praticados por padrastos contra enteadas menores, em atenção às circunstâncias do crime indicativas da periculosidade do agente, ou para tutelar a própria eficácia do processo, como no caso do réu acusado de crime inserto no âmbito da violência doméstica que esteja ainda ameaçando a vítima, sem embargo da imposição de medida protetiva anterior ou concomitante.

O juiz pode, por exemplo, determinar o afastamento do lar do cônjuge-virago ou do companheiro agressor e, ao mesmo tempo, diante das circunstâncias do caso, vir decretar concomitantemente a prisão preventiva do agente, mormente para hipótese de vir a ser revogada, *a posteriori*, a prisão preventiva, ou mesmo para hipótese de vir a ser concedida ordem de *habeas corpus* em 2ª instância. Resguardando-se de modo mais proficiente possível a integridade psíquica e física vítima, quando a medida mais gravosa transpareça imprescindível para o juiz natural.

Ainda na análise das antinomias dessa novel sistemática cautelar, a mais evidente é possibilidade de decretação de prisão preventiva para algumas infrações punidas com pena privativa de liberdade de detenção.

Assim, ao contrário do que antes previa a sistemática cautelar revogada, que não admitia a prisão preventiva autônoma para os crimes punidos com detenção, fora das hipóteses de reincidência, agora, com a novel sistemática, tal decretação far-se-ia admissível. Inobstante, não seria possível com a novel sistemática a decretação autônoma de prisão preventiva

para crime punido com reclusão se a pena privativa de liberdade máxima for igual ou inferior a quatro anos, como é o caso do crime de receptação, na forma simples, cujo preceito secundário prevê pena máxima de reclusão de quatro anos.

É o caso do crime previsto no artigo 96 da Lei nº 8.666/93, que pune a fraude a licitação, em prejuízo da Fazenda Pública, instaurada para aquisição ou venda de bens e mercadorias, cujo preceito secundário prevê pena de detenção de 03 (três) a 06 (seis) anos, e multa. Destarte, não se trata de um crime de médio potencial ofensivo, vez que detém uma apenação de média intensidade, mas, ao mesmo, trata-se de infração punida com detenção.

Nota-se o quão equivocada é a opção legislativa de que a própria norma legal individualize para o juiz as hipóteses de cabimento ou de não cabimento de medidas cautelares pessoais quando se faz tal escolha em patamares por deveras estreitos para a discricionariedade judicial; o fazendo o legislador com fundamentos em juízos de prognósticos pouco razoáveis e, em verdade, desproporcionais se confrontados com os patamares sancionadores de diversas infrações cujas respectivas naturezas são graves e, em muitos casos, suas potencialidades lesivas transcendem os limites quantitativos de pena previstos em seus preceitos secundários, como é o caso do crime de formação de quadrilha e porte ilegal de arma de fogo, de uso permitido, que são crimes cuja potencialidade em termos ontológicos medeia entre a média e alta potencialidade.

Poder-se-ia elucubrar um exemplo no qual a autoridade policial tivesse depreendido na autuação em flagrante de agente por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, uma perturbação psíquica deste. Cabível far-se-ia então a representação pela internação provisória do imputável ou semi-imputável, que se traduz em uma medida cautelar profícua trazida pela novel sistemática. Porém, da forma como está redigido o inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Penal, a internação provisória só seria cabível se o crime tivesse sido perpetrado com violência ou grave ameaça a pessoa, e se os peritos concluíssem que o agente é inimputável ou semi-imputável e houvesse risco de reiteração criminosa.

Isto quer dizer que, mesmo após ter sido proposta a ação penal, se o juiz no processo determinasse a instauração de incidente de insanidade mental, nos moldes do artigo 149 e seguintes do Código de Processo Penal, em relação ao agente acusado de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, não poderia interná-lo provisoriamente, vez que o aludido crime contra a incolumidade pública não comporta em sua estrutura típica os elementos circunstanciais atinentes à violência ou à grave ameaça contra pessoa.

Tal situação traz graves consequências para a cautelariedade do próprio processo e para própria dignidade da Justiça, quando da instauração do incidente de insanidade mental, tendo em vista que outrora o réu que tivesse sido preso em flagrante-delito por um crime como o de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, se mantida a sua segregação cautelar e pela impressão pessoal o juiz depreendesse a sua perturbação mental, transferi-lo-ia para um nosocômio psiquiátrico penal até a realização da perícia e consequente conclusão dos psiquiatras sobre a insanidade ou sanidade do acusado e quanto a sua periculosidade.

Nota-se agora que a novel sistemática não admite a internação provisória do inimputável ou semi-imputável acusado de crimes que não tenham em suas estruturas as circunstâncias elementares: violência ou a grave ameaça contra pessoa. Pretende, então, a nova sistemática processual-cautelar, descurando-se do poder cautelar profícuo que deve ser concedido ao Poder Judiciário, introduzir também nesse aspecto o postulado da proporcionalidade no que tange à aplicação das medidas de segurança nas hipóteses de absolvição imprópria. Assim, como a doutrina garantista postula, para os crimes de média potencialidade lesiva ou que comportem substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não caberia mais a internação do inimputável ou semi-inimputável, mas apenas o tratamento ambulatorial, independentemente da periculosidade do agente.

Portanto, o que a novel sistemática cautelar fez foi extinguir a cautelariedade que até então se adotava para uma série de infrações nas quais o agente segregado cautelarmente por força de sua autuação em flagrante delito ou em decorrência de prisão preventiva, era transferido para instituição psiquiátrica penal até a prolação de sentença absolutória imprópria.

Observa-se, portanto, que como o fez a Lei nº 7.209/84, que alterou a Parte Geral do Código Penal e extinguiu a medida de segurança provisória, a nova sistemática abstraiu do poder do juiz a possibilidade de segregação de inimputável ou semi-imputável perigoso em relação a diversas modalidades de infrações penais.

Diante da novel sistemática, mesmo em relação aos crimes cometidos mediante grave ameaça ou violência a pessoa, a internação provisória só é cabível após a confecção do laudo que comprove a periculosidade e a possibilidade de reiteração criminosa. Antes, nada pode ser feito. É mais um exemplo de proteção insuficiente.

Por conseguinte, este operador do direito rejeita os postulados doutrinários de que as normas incriminadoras no Estatuto do Desarmamento são falaciosas ou demagógicas, e não contribuem para o freio do aumento da violência. Há posições contrárias inclusive à apenação autônoma do porte ilegal de munições. Ora, a objetividade jurídica da tutela concedida pelo Estatuto do Desarmamento é o perigo à coletividade em geral, advertindo que o interesse tutelado vai muito além do que o controle da circulação indevida de armas de fogo e munições, que é feito pelo novo cadastro nacional de armas (SINARM) e pelo controle feito pelo Comando do Exército em relação às armas de fogo e munições de uso restrito, embora essa seja também uma das teleologias do aludido Estatuto.

A discussão sobre o Estatuto do Desarmamento transcende também a discussão acerca de a tutela penal em relação aos crimes de perigo ser estendida para situações de perigo abstrato ou perigo presumido, além das situações de perigo concreto, mormente porque não há autorização para que a lei possa presumir o perigo em qualquer situação, como na hipótese de atipicidade da conduta de porte de arma de fogo inapta a produzir risco à integridade corporal de alguém.

O mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Excelentíssimo Senhor Dr. Fernando Capez, em sua obra **Curso de Direito Penal – legislação penal especial**¹⁶,

16 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – legislação penal especial**: Saraiva, 3ª ed., p 336.

sobre o tema do Estatuto do Desarmamento em relação à objetividade jurídica daquela legislação discorre:

“Não se desconhece o princípio da ofensividade ou lesividade, segundo o qual todo o crime exige resultado jurídico, ou seja, lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico. Ocorre que comportamentos ilícitos como o de possuir uma arma de fogo municada dentro de casa ou sair pelas ruas com arma de fogo sem autorização para portá-la, ou ainda disparar arma de fogo em plena via pública, por si só, já induzem a existência de risco à coletividade. Não se pode alegar que tais condutas não diminuam o nível de segurança dos cidadãos apenas porque não se logrou encontrar ninguém por perto quando de sua realização”.

Nada impede que a lesividade esteja ínsita em determinados comportamentos, mormente porque o Direito Penal visa a tutelar lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.

A novel sistemática cautelar confronta, por conseguinte, com concepções arraigadas de que o Direito Penal e o Processo Penal, seu instrumental, objetivam também a proteção da sociedade, e não somente o resguardo dos direitos do defendente no processo penal em face de uma arbitrariedade estatal baseada no historicismo do Direito e no reconhecimento de direitos naturais inerentes ao ser humano, que faria com que o Estado tivesse que se comportar apenas passivamente em relação a tais direitos, pois já estamos na fase do pós-positivismo jurídico, alicerçado na principiologia da proteção aos direitos humanos, exigindo-se do Estado, muitas vezes, posições ativas.

A ideia de alguns operadores do direito de que no processo penal não comportam presunções em prol da sociedade, quiçá no campo cautelar, *permissa venia*, são equivocadas.

Se a exposição de motivos do Código de Processo Penal da lavra do Ministro da Justiça Francisco Campos à época do Estado Novo faz referências ao Código de Processo Penal italiano do período, o denomina-

do Código Rocco, em referência ao Ministro da Justiça de Mussolini, no qual o nosso código se inspirou, há que se fazer uma superação histórica, especialmente porque toda a legislação infraconstitucional só pode vir a ser interpretada e aplicada a partir da Constituição Federal de 1988, consoante a interpretação conforme a Constituição, tendo sido não recepcionada qualquer legislação ou normatização anterior com ela incompatível.

Por outro lado, quando a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal ainda em vigor preceitua que, enquanto houver fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar *in dubio pro reo ou non liquet*, fazendo clara referência às presunções *in pro societate* enquanto não há pronunciamento final, não se traduz em nenhuma heresia jurídica. O processo penal, por si só, já é uma mitigação ao estado de inocência; a inocência já é contestada pela só existência dessa relação jurídica processual, restando claro que as medidas cautelares adotadas no curso do processo fundamentam-se no interesse de toda a sociedade no válido e regular andamento do processo, bem como na sua eficácia.

O próprio *iudicium accusationis* na primeira fase do procedimento bifásico dos processos do Tribunal do Júri, quando o juiz togado pronuncia o réu, assim o faz *in dubio pro societate*.

O poder cautelar do juiz é conferido, indubitavelmente, com fundamento axiológico no próprio interesse da sociedade. Por decorrência, se o juiz decreta a prisão preventiva do denunciado, constatando a presença do *fumus delicti commissi* e o *periculum libertatis*, para tutelar o processo penal, a mitigação que se faz à presunção de inocência, quando não há provimento final e juízo de certeza, é com base *in dubio pro societate*, e não poderia ser diferente.

O Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941, embora tenha sido inspirado no Código Rocco, com a menção das advertências do Ministro da Justiça de Mussolini na sua Exposição de Motivos sobre: o desagrado que da entrada em vigor daquele código gerar-se-ia dentre aqueles que estavam acostumados a se aproveitar ou, mesmo abusarem, das deficiências e fraquezas da processualística penal, não se consubstancia em uma teratologia processual ou em um instrumento de arbítrio.

O Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941, abriga: a persuasão racional e o livre convencimento do juiz; rejeita as provas tarifadas, mantém o princípio *nemo tenetur se detegere*; adota o princípio *ne procedat iudex ex officio*, embora outrora se admitisse a mitigação desse princípio em relação às contravenções penais; bem como outras garantias, como a adoção do sistema acusatório, embora com mitigações, como a função anômala do Poder Judiciário de fiscalização da obrigatoriedade da ação penal. Se assim não fosse, o Código de Processo Penal por inteiro não seria recepcionado pela atual ordem constitucional.

Os operadores do direito devem superar a noção preconceituosa de que uma legislação feita em um período de exceção é completamente inservível, pois quem interpreta e aplica o direito de acordo com a conformação com a nova ordem constitucional não está infenso pela interpretação histórica à observância das regras principiológicas de seu tempo.

Como preleciona o Mestre Carlos Maximiliano:¹⁷

“o legislador é um filho do seu tempo; fala a linguagem do seu século, e assim deve ser encarado e compreendido”. Nessa senda, complementa: “Incumbe ao juiz interpretar a lei conforme a opinião dos homens inteligentes da sua época; ver no presente um desdobramento do passado, e não fiel imagem deste, fixa, mármorea, inalterada; conciliar a tradição com a realidade, graças ao método histórico-evolutivo”.

O Estado Novo e a ditadura de Getúlio Vargas, inquestionavelmente, flertaram com o fascismo. Foi um período de exceção, inclusive com violações aos direitos humanos. Houve casos lastimáveis como o da deportação da Sra. Olga Benário Prestes para a Alemanha nazista, embora ela carregasse em seu ventre um filho de um brasileiro e fosse de origem judia e adepta da ideologia comunista. Fato que ocorreu, inclusive, com a omissão do Pretório Excelso, sendo certo que o desfecho esperado foi o extermínio

17 Ob. cit. 4, p. 113.

dessa senhora em um campo de concentração nazista. Todavia, a história deve ser vista também em consideração à atmosfera e às circunstâncias de cada tempo.

Não estamos mais sob a égide do positivismo, mas sim no pós-positivismo. Assim, se toda a interpretação é principiológica, há que se contrabalançar com a razão toda a justa proibição de excesso com a serena proibição de proteção insuficiente. Sendo estranho que agora com a entrada em vigor da Lei nº 12.403, de 11 de maio de 2011, correntes garantistas flertem com a escola exegetica a ponto de aventarem não caber nenhuma interpretação extensiva no que tange ao novo sistema cautelar em relação às medidas cautelares pessoais, mesmo àquelas diversas da prisão preventiva.

A proteção insuficiente que ora se promove pode denotar, *permissa venia*, em um retrocesso, ou mesmo em uma degeneração do Estado. Nesta esteira, o próprio pensamento aristotélico exortou o perigo de atos de governo que não atendam aos interesses do povo, mas instituem privilégios e regalias de interesse próprio das classes dominantes. Assim, na visão aristotélica haveria três formas de governo: monarquia, aristocracia e democracia, exortando já no século IV a. C. que, quando as formas de governo do Estado se degeneram: a monarquia transmuda-se em ditadura; a aristocracia torna-se uma oligarquia; e a democracia transforma-se em uma demagogia.

Faz-se necessário sobre o delicado tema transcrever algumas das conclusões da Professora da PUC - Minas e Procuradora do Estado de Minas Gerais, Luísa Cristina Pinto e Netto, que é Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG e Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, extraídos de seu livro "O Princípio de Proibição de Retrocesso Social"¹⁸:

“O conjunto referido genericamente por ‘direitos sociais’ engloba um universo variado de direitos, reconhecidos por meio de

18 Pinto e Netto, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2010, p. 59, 69 e 198/199.

normas heterogêneas, não sendo inviável, no entanto, visualizar pontos comuns... Os Direitos sociais – considerando o direito principal – são direitos a algo, direitos a prestações fáticas, por meio dos quais se obriga o Estado a comportamentos positivos na satisfação das prestações. Diferenciam-se, assim, os direitos sociais dos direitos a liberdade, pois estes, no campo dos direitos a algo, referem-se a ações negativas”.

“No universo dos direitos fundamentais afirma-se que há direitos que estão mais próximos da dignidade da pessoa humana e que demonstram um maior grau de imprescindibilidade para a sua proteção que outros, o que não deve, no entanto, levar a uma afirmação generalizada de que os direitos mais próximos da dignidade e dos direitos sociais, que seriam, assim, direitos de segunda categoria. Seguir uma divisão estanque, admitindo uma maior proximidade genérica e linear dos direitos de liberdade à dignidade da pessoa humana, para justificar a tutela jurídica mais favorável, pode acabar por obstar a efetividade dos próprios direitos de liberdade, mantendo-se uma configuração liberal que privilegia garantias formais”

“Neste cenário, a compreensão dos direitos fundamentais como princípios, aproxima as várias categorias de direitos fundamentais. Quanto aos direitos sociais, mas também quanto à dimensão prestacional dos direitos de liberdade. Têm-se, assim, diversos mandados de atuação prima facie dirigidos ao Estado, que devem tornar-se definitivos por meio da intervenção do Legislador. O Legislador, intervindo neste âmbito de proteção inicial, deve estabelecer as normas necessárias para tornar definitivos de modo a conferir proteção não deficiente ao direito, determinando proporcionalmente as normas e posições que se adscvem definitivamente. Os deveres estatais que podiam ser adscritos prima facie à disposição de direito fundamental são, dessa forma, tornados definitivos por meio da legislação”.

“Apresentam-se, assim, a seguir, parâmetros para verificar a legi-

timidade constitucional das hipóteses em que, como resultado de ponderação, o princípio de proibição de retrocesso social venha a ceder diante de princípio com maior peso, afirmando-se a medida retrocessiva. Em suma, para ser constitucionalmente legítimo, o afastamento do princípio de proibição de retrocesso social tem que se conformar aos seguintes parâmetros: a) proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de proteção deficiente: a.1) idoneidade ou aptidão; a.2) necessidade ou indispensabilidade; a.3) proporcionalidade em sentido estrito; b) igualdade; c) segurança jurídica e proteção de confiança; d) racionalidade da fundamentação de medida retrocessiva”.

Proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de proteção deficiente

“O princípio da proporcionalidade pode ser reconduzido à idéia de relação adequada entre meios e fins, excluindo-se, assim, o arbítrio, o exagero, a falta de conexão entre meios e fins. Sua aplicação surgiu no Direito Administrativo, mais especificamente no âmbito do direito de polícia, e este acabou se tornando critério estrutural importantíssimo na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais”.

“Nesse passo, como dito, procura-se parametrizar a verificação da constitucionalidade de medidas legislativas retrocessivas, em outras palavras, da constitucionalidade do afastamento do princípio da proibição de retrocesso social e conseqüente afetação do direito social, partindo-se, assim, da proporcionalidade em sentido amplo como ponderação de proteção deficiente. Considerando a proporcionalidade em sentido amplo, devem ser analisados 3 subprincípios: pertinência, aptidão ou adequação – conformidade do meio ao fim perseguido –, necessidade – extensão da medida em conformidade com o fim – proporcionalidade em sentido estrito – utilização dos meios adequados à luz do conjunto de interesses em jogo. Deve-se verificar, por meio destes subprincípios, se a medida retrocessiva é proporcional no sentido de respeitar a proibição de proteção deficiente”.

Nota-se que o princípio da proibição do retrocesso é estritamente derivado da eficácia negativa, isto quer dizer: cabe ao Poder Judiciário invalidar normas infraconstitucionais que revoguem normas concessivas ou ampliativas de direitos fundamentais, de modo que da revogação sobrevenha uma lacuna pela qual o legislador infraconstitucional esvazia o comando constitucional como se dispusesse contra ele diretamente. Não se trata, portanto, de substituir uma forma por outra, o que está dentro da discricionariedade legislativa.

Assim, não há óbice a que o Poder Judiciário em um caso concreto examine a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional supostamente ampliativa de um direito fundamental com base na ponderação de interesses e no método da proporcionalidade em sentido amplo, a fim de averiguar se a norma dita progressiva na concretude não viola outros direitos ou interesses fundamentais, de modo que a ampliação de um direito fundamental na hipótese não se traduza justamente em algo diametral, a saber, em um retrocesso social por proteção deficiente a outros direitos e interesses metaindividuais que entrem em rota de colisão com a pretensa legislação ampliativa. Para tanto, haverá de perquirir: a) a adequação da norma ampliativa ao caso concreto de maneira que não se transmude em proteção deficiente; b) a estrita necessidade da incidência da norma ampliativa no caso concreto; c) a proporcionalidade em sentido estrito sob o prisma de a norma ampliativa estar, ou não, vedando, em verdade, em determinada hipótese fática um excesso; d) se a aplicação da norma concessiva na concretude não vulnera de sobremaneira a mesma proteção que deveria ser concedida a outro direito ou interesse metaindividual a qual eventualmente colida, em uma visão sistêmica dos princípios e direitos fundamentais, de forma que a norma dita progressiva não revele uma proteção desigual ou precedente dentre direitos fundamentais; e) avaliação se a norma ampliativa trará segurança jurídica e proteção de confiança no caso concreto em função de eventual colisão com outro direito fundamental; f) racionalidade na fundamentação da norma ampliativa em colisão com outro direito fundamental na concretude que justifique a aplicação razoável de medida reputada a *prima facie* como um retrocesso.

Direito é a lógica sistematizada, assim, o que fere a lógica não pode ser reputado como jurídico.

O renomado Constitucionalista J.J.Gomes Canotilho sobre o princípio da vedação da proteção deficiente preleciona em seu magistral tratado de **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**¹⁹:

“Proibição por defeito” ou por insuficiência de proteção
*“O sentido mais geral da proibição do excesso e, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um **defeito de protecção** quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais. O controlo da insuficiência pressupõe a verificação <<se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados>> (Canaris). É neste contexto que se discute, por ex., se a protecção do feto – protecção da vida – exige criminalização da interrupção da gravidez ou se o livre desenvolvimento da personalidade dos jovens impõe a criminalização do trabalho infantil (cfr. art. 69º/3)”.*

19 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Edições Almedina, Coimbra, 7ª ed., p. 266/267 e 273.

Infere-se claramente do pensamento acima transcrito que o controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos pode incidir sobre pretensas normas ampliativas de direitos e pseudo-sociais que visem à proibição de excesso, quando, em verdade, hiper-dimensionam determinado direito fundamental em atenção a outros direitos individuais e interesses metaindividuais.

Nessa mesma linha, o Jurista Gomes Canotilho em escólio extraído de sua obra clássica “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”²⁰ faz um escólio do princípio da garantia da via judiciária, como uma imposição jurídico-constitucional ao legislador, destarte, o eminente constitucionalista adverte que para assegurar tal garantia faz-se necessária também a observância por parte do legislador do princípio conexo da garantia de proteção jurídica:

“Verdadeiramente fundamental no princípio de abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos. Reforça o princípio da efectividade dos direitos fundamentais proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais. Esta efectiva protecção jurídica implica um controlo das questões de facto e das questões de direito suscitadas no processo, de forma a possibilitar uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes”.

O novo artigo 313, I, do Código de Processo Penal, com redação determinada pela aludida legislação veda, então, a decretação da prisão preventiva de um acusado de crime de coação no curso do processo, previsto no artigo 344 do Código Penal, haja vista a pena máxima prevista no preceito secundário desse tipo é de quatro anos, e não superior.

Ora, mas se a violência e a grave ameaça já são elementares deste tipo penal, assim, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito quanto a essa infração não se justificaria, vez que eventual substituição da

20 Ob. cit. 20, p. 276.

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para réu acusado dessa infração não seria juridicamente possível ante o pressuposto objetivo previsto na segunda parte do inciso I do artigo 44 do Código Penal, a saber, substituição cabível para o crime que não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nas hipóteses de delitos em que a violência e a grave ameaça são elementares de crimes de menor potencial ofensivo, como os crimes de ameaça, lesão corporal leve ou constrangimento ilegal, não há dúvidas de que a substituição seria cabível, pois para essas infrações preveem-se penas de curtíssima duração, estando tais infrações unidas aos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95.

Pode-se ponderar que o crime de coação no curso do processo pode ser considerado ontologicamente de média potencialidade, vez que a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, é cabível, muito embora os motivos e as circunstâncias da infração podem não autorizar a concessão do benefício. Com efeito, se em sede cautelar a prisão preventiva pode ser decretada por conveniência da instrução criminal, por exemplo, mesmo ante a mera possibilidade de coação de testemunhas, como na hipótese de coação autônoma, não há possibilidade de segregar o coator?

A única resposta só pode ser a falta de proteção jurídica geradora de inexequível proficiência dos meios judiciais. Mormente, se for constatado, *a priori*, que outra medida cautelar diversa da prisão preventiva não seria suficiente, como a proibição de manter contato com a pessoa determinada, prevista no inciso II do artigo 319 do Código de Processo Penal.

No caso da infração prevista no artigo 344 do Código Penal, o fundamento jurídico de sua incriminação é a tutela que deve ser conferida à administração da justiça, com escopo de que a aplicação do direito e da justiça não sejam vulneradas pela interferência das partes ou de terceiros. Assim, tutela-se o instrumento pelo qual o Estado-Juiz administra e aplica a justiça, a saber, o processo, que é uma garantia constitucional prevista no artigo LIV, ou seja, o *due process of law*.

Se o Poder Judiciário não dispuser de meios de tutelar o próprio ins-

trumento pelo qual exerce a jurisdição, em suma, pelo qual diz o Direito, solucionando e pacificando os conflitos de interesses e restabelecendo a paz social, transmudar-se-á, portanto, em um "Poder" inócuo, desacreditado e indigno. O efeito dessa eventual perda de credibilidade de uma das funções relevantes do Poder do Estado será o próprio abalo ao Estado Democrático de Direito, o que poderá engendrar a sensação generalizada de falta de proteção jurídica e a intranquilidade social. Em um plano mais pessimista tal situação pode acarretar inclusive grave crise institucional.

Importante frisar que o devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxônico, que teve origem na Revolução dos Barões na Inglaterra contra o Rei João Sem Terra resultante na *Magna Carta Libertatum*, da qual se extrai a cláusula de *law of the land*. Numa primeira fase da evolução histórico-jurídica, tal instituto teve caráter puramente processual, abrigando garantias destinadas, de início, ao processo penal, tais quais: o direito de citação, defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição. Mas, já em uma segunda fase evolutiva, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo, pelo qual o Poder Judiciário passou a exercer controles de mérito sobre a discricionariedade legislativa na produção normativa, passando a resguardar com essa atividade os direitos fundamentais. O fundamento de tal controle assentava-se na verificação de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e o fim colimado, com análise ainda sobre a legitimidade dos fins pretendidos pela produção legislativa. Com isso, o Judiciário passou a proceder ao exame da razoabilidade e racionalidade das leis e atos normativos, o que ocorreu precipuamente com o direito estadunidense.

Na hipótese da perda da eficácia do instrumento pelo qual o Poder Judiciário exerce a jurisdição e pacifica as relações sociais, ou seja, o processo, ocasionada por delimitações à atividade judicante e restrições a utilizações de meios cautelares para tutela do próprio processo, constata-se uma violação ao *substantive due process*, algo que transcende, inclusive, o caráter puramente processual. O que obrigaria, assim, o exercício do controle judicial assentado nos princípios da razoabilidade e da racionalidade, manejados como métodos hermenêuticos para o expurgo da antinomia trazida

pela legislação infraconstitucional que dificultasse a profícua utilização do instrumento de exercício da jurisdição.

A única dificuldade é que a utilização metodológica da razoabilidade e proporcionalidade no controle judicial da constitucionalidade de atos normativos ou atos administrativos, como desenvolvida na dogmática do direito norte-americano, aplica-se para as hipóteses clássicas de excesso de proibição, quando há inadequação dos fins perseguidos e desnecessidade do instrumento empregado, havendo meio alternativo menos gravoso nem há proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida detém maior relevo com aquilo que se ganha. Por isso, há que se socorrer da dogmática alemã utilizando-se do método da ponderação de interesses e da análise de adequação da norma ampliativa ao caso concreto de maneira que não se transmude em proteção deficiente.

Revela-se evidente que a construção de tal raciocínio para a análise da constitucionalidade de uma norma infraconstitucional de ampliação do direito à liberdade de locomoção possa parecer, *a prima facie*, de difícil consecução, porém, se for superada a visão histórico-dogmática de que o Estado de Direito Democrático marca-se pela separação entre Estado e sociedade civil na concepção dos direitos fundamentais realizáveis apenas por abstenções estatais, passando-se nessa seara a uma superação conceitual de interdependência recíproca entre Estado e sociedade civil para a ampliação dos direitos sociais e interesses direitos metaindividuais, que somente se concretizam por ações estatais positivas, perplexidade não se verificará em tal raciocínio.

Assim, no objeto de proteção dos direitos sociais e interesses e direitos metaindividuais demandam-se prestações fáticas, precedidas de interposição legislativa adequada. Supera-se nesse contexto a ótica de uma dicotomia ou tricotomia entre os direitos fundamentais, a saber, os ditos de primeira, segunda e agora de terceira geração, que passa a ser bem relativizada em prol de uma visão sistêmica, baseada na indivisibilidade dos direitos fundamentais e na centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com essa visão sistêmica adotada, vislumbra-se uma unidade ju-

rídico-constitucional dos direitos fundamentais, uma unidade axiológica centralizada pela dignidade da pessoa humana da qual os demais direitos fundamentais passam a ser enquadrados com um subsistema constitucional hauridos daquele princípio central. Nessa senda, a hermenêutica constitucional passa a propugnar a interpretação teleológica como instrumento de otimização e maximização da eficácia dos direitos fundamentais, no sentido de que a dignidade da pessoa humana não se compraz apenas com os direitos de liberdade, mas com a ampliação e efetividade dos direitos sociais e interesses e direitos metaindividuais, sopesando que todos os direitos fundamentais para serem eficazes, demandam a inter-disciplinariedade de suas observâncias.

O princípio democrático demanda, portanto, a eficácia não só dos direitos de liberdade, mas também dos direitos sociais e interesses e direitos metaindividuais, como condição *sine qua non* de sua consecução. Caso contrário, o Estado Democrático de Direito estar-se-á maculado pela degeneração que, como bem conceituou o pensamento aristotélico no século IV a. C. sob a ótica da Política e da Forma de Governo, pode transmudar-se em um Estado Demagógico.

Tal situação pode também ser inferida como uma vulneração da vedação do retrocesso, vez que não só os direitos fundamentais da liberdade reclamam eficácia, sendo que na dogmática pós-positivista a ineficácia de qualquer dos direitos fundamentais em detrimento de outros é uma situação retrocessiva.

Com esse entendimento todo e qualquer direito fundamental comporta intervenções proporcionais, pois o único princípio que não comporta restrições é o da dignidade da pessoa humana.

Em decorrência, o princípio da vedação do retrocesso deve ser compatibilizado com os demais elementos do sistema jurídico, não podendo esse princípio ter uma abrangência absoluta. Isto quer significar, se ampliado determinado direito ou garantia de forma desarrazoada pela legislação infraconstitucional, assentada em norma constitucional que já delegava ao legislador infraconstitucional a sua restrição ou redução racional e em que já havia redução proporcional, então, essa falta de proporcionalidade pode

vir a colidir com outros direitos fundamentais, de modo a configurar em um espectro mais amplo um retrocesso, sopesando-se a unicidade do sistema dos direitos fundamentais.

Na hipótese da infração da coação no curso processo, o processo no qual o coator visaria a assegurar interesse seu o de terceiro pode ser de qualquer ordem, mesmo um processo civil, trabalhista, eleitoral, um processo administrativo, ou procedimento ainda na fase inquisitorial. Não necessariamente um processo penal. De qualquer modo, a busca da verdade estará conspurcada, quando tal prática delituosa se verifica.

O processo moderno não se conforma mais com uma verdade apenas formal, mormente o processo penal, no qual vigora o princípio da busca da verdade real. Para administração da justiça faz-se imperiosa a tutela das provas a serem produzidas no processo.

Neste aspecto, rejeito a posição de doutrinadores que repudiam a incidência deste princípio da busca da verdade real no processo penal.

É certo que a busca da verdade real foi uma superação do jusnaturalismo teológico, do antigo sistema das ordálias e do *jucium Dei*, para o cientificismo que inspirou a Ciência Política na Idade Moderna, o Iluminismo e, redundou no jusnaturalismo racionalista a engendrar o positivismo jurídico e o normativismo de Hans Kelsen. Assim, o sistema processual probatório passou a ser influenciado por critérios científicos próprios das Ciências Naturais como a Física.

No desenvolvimento da Ciência Política na era moderna, o filósofo inglês Thomas Hobbes, quando discorria sobre a organização política, fazia uma abordagem mecanicista científica, argumentando que o que sabemos e entendemos só vem através de nossos sentidos e todos os objetos que os nossos sentidos podem detectar são materiais, donde só podemos ver o mundo de uma forma material. Ele promoveu, assim, uma abordagem por meio de linguagem e matemática para analisar a experiência alegada por ele e que conduziria a um completo entendimento mecanicista do mundo. A certeza da matemática levaria a conclusões corretas e irrefutáveis sobre a sociedade e sobre o homem.

Na mesma linha, outro pensador da Era das Luzes. René Decartes

é um matemático que faz filosofia e que pretende aplicar o método geométrico à construção de uma ciência universal, tornando esse método um método filosófico. Assim, da matemática vulgar, Descartes passa a ideia de uma matemática universal em que se consideram a ordem e a medida. Descartes, então, conclui que o princípio da investigação científica levará à concepção da ciência. Daí, seu método racionalista vai marcar, definitivamente, toda a filosofia moderna, a que se segue aos mestres gregos e medievais.

A ciência política em sua origem moderna foi marcadamente influenciada pelas ciências naturais; daí houve inquestionável influência no método de investigação da prova no processo penal. As certezas das Ciências Naturais traziam a certeza para a seara das Ciências Sociais.

No entanto, a própria Física contemporânea é marcada por incertezas, o que colocou em xeque a epistemologia que outrora havia sido construída no campo das Ciências Naturais.

Com a Teoria da Relatividade de Albert Einstein são substituídos os conceitos independentes de espaço e tempo da Teoria de Newton pela ideia de espaço-tempo como uma entidade geométrica unificada. O espaço-tempo na relatividade especial consiste de uma *variedade* diferenciável de 4 dimensões, três espaciais e uma temporal (a *quarta dimensão*), o que permite que noções de geometria possam ser utilizadas. É nessa teoria, também, que surge a ideia de *velocidade da luz invariante*.

Com a ascensão da Teoria do Caos, para a *física* e a *matemática*, passa-se a analisar o funcionamento de *sistemas complexos* e *dinâmicos*.

Assim, em sistemas dinâmicos complexos, determinados resultados podem ser instáveis no que diz respeito à evolução temporal como função de seus parâmetros e variáveis. Isso significa que certos resultados determinados são causados pela ação e a interação de elementos de forma praticamente aleatória. Por exemplo, a formação de uma nuvem no céu pode ser desencadeada e se desenvolver com base em centenas de fatores que podem ser o calor, o frio, a evaporação da água, os ventos, o clima, condições do Sol, os eventos sobre a superfície e inúmeros outros. Além disso, mesmo que o número de fatores influenciando um determinado resultado seja

pequeno, ainda assim a ocorrência do resultado esperado pode ser instável, desde que o sistema seja não linear.

A consequência dessa instabilidade dos resultados é que mesmo sistemas determinísticos (os quais têm resultados determinados por leis de evolução bem definidas) apresentem uma grande sensibilidade a perturbações e erros, o que leva a resultados que são, na prática, imprevisíveis ou aleatórios, ocorrendo ao acaso. Mesmo em sistemas nos quais não há erros microscópicos na determinação do estado inicial e atual do sistema, podem os mesmos ser amplificados pela não linearidade ou pelo grande número de interações entre os componentes, levando ao resultado aleatório. É o que se chama de “Caos Determinístico”.

Ora, se a fenomenologia do Universo é marcada por incertezas, por certo também o é a fenomenologia dos acontecimentos sociais. Não obstante, se da conclusão de que a humanidade na atualidade é marcada por incertezas, defender-se que a busca da verdade real não é mais um princípio a ser aplicado no processo penal, é partir da premissa, então, de que as perplexidades dos fenômenos físicos e as incertezas da existência humana determinariam uma inércia intelectual e um abandono pela busca da verdade. Em termos axiológicos, o homem sempre buscará a verdade, sendo que o processo nesses termos só pode consistir em uma busca pela verdade e pela justiça. O princípio da verdade real traduz-se em uma busca pela verdade, mormente para averiguar se o agente ao qual se imputa uma conduta delituosa é, ou não, o autor desta ação, ou mesmo, em alguns casos, se a ação contrária ao Direito, de fato, existiu, ou não.

As relativizações científicas não podem conformar o Direito e o processo a uma satisfação com uma mera verdade formal. Se assim fosse admitido, vigorando o princípio *in dubio pro reo*, ninguém mais seria sentenciado. Curioso, *permissa venia*, é que as relativizações científicas para doutrina garantista transparecem não incidir em relação ao princípio da presunção de inocência e o princípio de que a liberdade é a regra, que obviamente comporta exceções.

Não é demasiado parafrasear Voltaire: “Devemos julgar o homem mais pelas suas perguntas do que pelas suas respostas”, nem é demasiado parafrasear

Sócrates: “*Tout ce que je sais, c’est que je ne sais rien*”. Mas, apesar de todas as incertezas, creio que o processo penal guia-se pela busca da verdade. Credo também que a novel sistemática cautelar no processo penal traz proteção deficiente e insegurança jurídica.

Só espero, no espírito da independência conferida à atividade judicante, que minha posição em contraste com as balizadas e cultas posições em sentido diametral encontre a mesma indulgência que pode ser encontrada também nas palavras do filósofo iluminista Voltaire: “*Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas lutarei até a morte pelo direito de você dizê-las*”.

Caso contrário, como o advogado francês Guillaume-Chrétien de Lamoignon de Malesherbes, no curso da Revolução Francesa, a quem foi incumbida a defesa de Luís XVI perante a Convenção, e esta não lhe poupou a vida, condenando-o a guilhotina: trago a vós minha palavra e minha cabeça. Podereis dispor da segunda, desde que ouçais a primeira. Se, então, aquele foi um caso clássico de luta pela independência no exercício da advocacia, quisera essa humilde decisão se traduzisse em uma luta pela independência da magistratura.

Não faço, *ad cautelam*, uma defesa do *Ancien Régime*, mormente porque não creio que a aplicação do princípio da vedação da proibição deficiente configure algo que esteja em desacordo com a base principiológica dos direitos fundamentais, da centralidade nessa base da dignidade da pessoa humana nem que tal defesa esteja em desconsonância com o pós-positivismo.

Em prosseguimento, na linha de raciocínio desenvolvido por vertentes da doutrina garantista não seria grave a conspurcação da busca da verdade real em virtude da coação psíquica e física de pessoas que são chamadas a intervir no processo, como por exemplo, vítimas, ofendidos e testemunhas. Modernamente, conquanto, reputo que nem o processo civil se conforma com a verdade meramente formal, pois se tal verdade fosse admissível, o juiz no processo civil não poderia determinar *ex officio* a realização de provas não propostas pelas partes, conforme prevê o artigo 130 do Código de Processo Civil.

A busca da verdade no processo, então, também é uma aspiração da sociedade, sendo a tutela do processo um interesse de todos, e não só dos envolvidos da relação jurídico-processual. Se não houver tutela profícua, não há segurança jurídica, donde se pode inferir, consoante o postulado da proporcionalidade em sentido estrito, que o mal causado pela segregação cautelar de quem ameaça uma testemunha ou alguém que é chamado a intervir em um processo é bem menor do que o mal que poderia ser causado ao próprio instrumento de atuação do Direito. Assim, se o acusado deste tipo penal vier a ser sentenciado, obtendo algum benefício, ou mesmo no curso do processo obtenha algum benefício, ocasional desproporção com uma eventual segregação cautelar anterior será um *minus* se comparável a vulneração da própria eficácia do processo como meio de atuação da justiça, e, por conseguinte, do próprio Estado Democrático de Direito.

O princípio da proteção jurídica assegura ao cidadão um direito subjetivo, cuja violação lhe permite exigir proteção jurídica. Assim, como nos ensina o mestre Gomes Canotilho que, em relação à estrutura da lei restritiva, verificam-se preceitos constitucionais que preveem expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei, reputando-se como direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isto quer significar que a norma constitucional é simultaneamente uma norma de garantia, que reconhece e garante uma determinada incidência de proteção a um direito fundamental, e uma norma de autorização de restrições, tendo em vista que autoriza o legislador a estabelecer os limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

Assim, há limites imanentes que se justificam em virtude de limites originários impostos a todos os direitos, a fim de assegurar: os limites constituídos por direitos dos outros; os limites imanentes da ordem social; e os limites eticamente imanentes. Isto quer dizer, há uma cláusula da comunidade, consoante a qual os direitos, liberdades e garantias estão sempre limitados quando colocam em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade.

De igual modo, a teoria das limitações horizontais propugna que o exercício de direitos, liberdades e garantias pressupõe uma reserva de

não prejudicialidade. Toda a reserva deve ser observada na construção dogmática de tais limites, sob pena de se colocarem os direitos, liberdades e garantias a um alvedrio limitativo do legislador; não obstante, melhor do que falar em limites é a noção de que os direitos fundamentais devem demandar uma aplicação sistêmica com base na ponderação de interesses.

Deste modo, o direito à liberdade, assegurado na Constituição Federal de 1988, também contempla uma autorização restritiva feita pelo próprio legislador constitucional, a saber, a liberdade é a regra, inobstante há exceções como no caso da prisão processual. Assim, o próprio constituinte originário autorizou o legislador infraconstitucional a clarear a restrição ao direito fundamental à liberdade.

Portanto, quem mata alguém, desrespeita o direito à vida, autorizando-se o legislador infraconstitucional, nessa hipótese, a prever restrições à liberdade, dentre as quais a prisão processual. Porquanto, se a liberdade não pudesse ser restringida em prol de um direito alheio, ou mesmo em prol da cláusula da comunidade ou em prol de limites eticamente aceitáveis, o que se depreenderia no âmbito da horizontalidade dos direitos fundamentais seriam a proteção deficiente e supervalorização de um direito em detrimento de outro.

A própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIX, prevê a possibilidade de prisão em flagrante, e não poderia sê-lo diferente, mormente porque o fundamento dessa prisão cautelar é procurar evitar, quanto possível, que a ação criminosa gere todos os seus efeitos; servindo ainda como instrumento apto a colheita da prova.

A novel sistemática cautelar, entretanto, propõe que a força cautelar oriunda da autuação em flagrante de um agente preso em flagrante-delito não se coaduna com a ulterior instauração da relação jurídico-processual, sem que haja uma decisão judicial convertendo tal prisão em prisão preventiva.

Mas estamos no campo da semântica e da perquirição terminológica, pois outrora a prisão em flagrante também era comunicada imediatamente ao juiz natural, *ex vi* do artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, que é norma autoaplicável por se tratar de garantia individual.

O juiz, quando recebia, então, a comunicação da prisão em flagrante, fazia o exame da legalidade; bem como se o magistrado entendesse que se não estivessem presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva, concedia a liberdade provisória, nos termos do antigo parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal.

A nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal aduz que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, fundamentadamente: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando as demais medidas cautelares não se revelarem adequadas ou suficientes; ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

A perplexidade advém do novo § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, que preceitua o encaminhamento do auto de prisão em flagrante em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, acompanhado de todas as oitivas colhidas. Ora, o § 1º do antigo artigo 306 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.449, de 15 de janeiro de 2009 já trazia disposição semelhante. No entanto, a dúvida ora trazida diz respeito à utilização da acepção “auto” no novel § 1º do antigo artigo 306 do Código de Processo Penal, o que está levando alguns a entenderem que foi derogada a primeira parte do artigo 10 do mesmo diploma legal, que preceitua que o inquérito policial deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante.

A antiga redação do § 1º do antigo artigo 306 do Código de Processo Penal também trazia a mesma acepção, e nem por isso advogava-se a derrogação da primeira parte do aventado artigo 10.

Todas estas questões suscitam dúvidas, como se houvesse ocorrido mudança substancial nessa matéria.

Ora, se o novo artigo 311 do Código de Processo Penal continua admitindo, em qualquer fase do inquérito ou do processo penal, que cabe a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, o que, de fato se alterou foi o *nomen iuris* da prisão oriunda da prisão em flagrante quando essa é comunicada ao juiz. Assim, se o juiz converte a prisão em flagrante em preventiva, não é muito diferente de manter a prisão em flagrante quando presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva. De qualquer

forma, a ontologia é cautelar.

Sendo certo que a utilização da acepção “auto” não quer dizer que foi derogada a primeira parte do artigo 10 do Código de Processo Penal, pois o prazo para a conclusão do inquérito de réu preso continua sendo de 10 (dez) dias, independentemente se a inquisição iniciou-se por portaria da autoridade policial ou pela lavratura de procedimento de cognição coercitiva. O legislador usou a acepção “auto” porque a autuação em flagrante se instrumentaliza em um auto. A palavra auto em termos semânticos é justamente um termo ou narração circunstanciada de determinada diligência judicial ou administrativa.

Fazer-se uma interpretação meramente gramatical no novel § 1º do novo artigo 306 do Código de Processo Penal, para propugnar a derrogação da primeira parte do artigo 10 do mesmo diploma é refutar uma interpretação lógica, consoante a qual em muitos casos, apesar da autuação em flagrante que visa à cessação dos efeitos da conduta delituosa, haverá necessidade de mais acuradas investigações policiais e diligências policiais para formação da *opinio delicti* do Ministério Público, mormente em casos complexos, o que demandaria o prazo de 10 (dez) dias para conclusão do inquérito policial e sua remessa ao Poder Judiciário, e agora também ao Ministério Público, para que, se assim entender, ofereça denúncia em face do indiciado.

O juiz, portanto, como dantes, faz um exame preliminar da situação flagrancial e examina se a prisão deve, ou não ser mantida. Se agora o *nomem iuris* é conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, a ontologia é a mesma, a saber, a da incidência de uma medida cautelar pessoal para a tutela do próprio processo. Destarte, o prazo para o ajuizamento da ação penal em face de réu preso pelo Ministério Público continua sendo o do artigo 46 do Código de Processo Penal, a saber, o de 5 (cinco) dias, contados da data em que o aludido órgão recebe os autos do inquérito policial, que pode vir a ser concluído no prazo de dez dias, sem detrimento da ciência da existência de sua peça inaugural, a saber, do auto de prisão em flagrante.

Ora, se a legislação não falasse em ‘auto’, supor-se-ia que a prisão

em flagrante então não seria instrumentalizada em um termo em um auto circunstanciado? Creio que não, pois o que há é uma confusão terminológica e falta de interpretação lógica. E essa falta de lógica, por certo, trará descrédito para o Judiciário e insegurança jurídica.

O que causa perplexidade é que, agora, os defensores do garantismo extremado, alicerçados na concepção do sistema acusatório clássico, sustentam que foi derogada a primeira parte do artigo 10 do Código de Processo Penal. E que, o Ministério Público como é comunicado também da prisão em flagrante, ou melhor, da existência do 'auto' de prisão em flagrante, deve requerer, se cabível e adequada, a conversão da prisão em prisão preventiva, não podendo o juiz fazê-la de ofício. Deste modo, como esse entendimento, há outro ainda mais extremado, a saber, como, a *prima facie*, o juiz não poderia decretar a prisão preventiva no curso da investigação, o *Parquet* nas exíguas 24 (vinte e quatro) horas previstas no § 1º do novo artigo 306 do Código de Processo Penal, deveria também propor a ação penal.

Na visão de alguns operadores, caso o *Parquet* não requeresse a conversão da prisão, ou, inclusive, não oferecesse a ação penal, a saída então para o magistrado seria a de relaxar a prisão em flagrante, mesmo que fosse a prisão de um homicida perigoso, a de um estuprador de crianças ou de um traficante de drogas.

Se a novel sistemática admite a prisão preventiva para aquele que não foi ainda identificado, perdurando até que seja civilmente ou criminalmente esclarecida a identidade do infrator, sem perquirição acerca do limite da pena do crime no qual o agente incurso se encontre. É uma contradição relaxar a prisão de um criminoso perigoso por suposta vulneração do sistema acusatório clássico.

Ora, não existe sistema acusatório clássico. A garantia do sistema acusatório e sua lógica residem no fato de que as funções de acusar, defender e julgar são incumbidas a órgãos distintos. Em nosso sistema, o juiz exerce, inclusive, a função anômala de fiscalização de obrigatoriedade da ação penal, não sendo nenhuma conspurcação de sua imparcialidade a adoção de medidas cautelares, antes ou no curso do processo, dentro do

poder cautelar do juiz, que lhe é conferido ante a garantia constitucional de que o Poder Judiciário não se eximirá de analisar lesão ou ameaça de lesão a direito. Trata-se, inclusive, de um direito substancial de cautela, como defende o Professor Ovídio Batista, assim, pode-se afirmar que, em relação aos interesses afetos à seara processual penal, a pretensão de direito substancial de cautela poderia ser titularizada por toda a sociedade; ainda se sopesando que as medidas cautelares são autônomas.

No enfoque do poder geral de cautela, a possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* só pode advir desse poder, estando assentada em razões lógicas. Nessa linha, o corolário *ne procedat judex ex officio* é aplicável às medidas cautelares e ao poder geral de cautela do juiz, só sendo cabíveis as medidas cautelares, a *prima facie*, quando requeridas pelas partes.

Não obstante, para que esse princípio não vingue em hipóteses excepcionais, como é o caso das hipóteses de imposição de medidas cautelares pessoais no processo penal, impõe-se seu inequívoco afastamento pela lei.

É, então, o que o faz o novel artigo 311 do Código de Processo Penal, para as hipóteses de decretação de prisão preventiva *ex officio* ante os relevantes interesses que poderão estar em jogo. Da mesma forma prevê o artigo 798 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo penal.

Repito, direito é lógica sistematizada. Quando a lógica é ferida, o que exsurge é a sensação de ineficácia da função judicante. Quando, por exemplo, um indivíduo perigoso é solto por uma filigrana processual, por postulados ideológicos, o que advém é a insegurança jurídica.

Curioso que a corrente garantista que advoga a existência do sistema acusatório clássico como verificado no sistema jurídico do Common Law, no direito norte-americano e no direito anglo-saxônico, esquece-se de algumas peculiaridades daquele sistema.

Por exemplo, no direito norte-americano o réu tem o direito ao silêncio, mas se pretender depor perante um *Grand Jury*, se mentir poderá ser processado por perjúrio. Da mesma forma, o órgão de acusação não está obrigado sempre a ajuizar a ação penal, constatando-se não só a conveniê-

cia da propositura da ação penal em determinados casos, como também se verificando o sistema do *plea bargaining*. Ademais, naquele sistema, juízes e promotores podem ser eleitos, depreendendo-se ainda que os órgãos de investigação policial trabalham, umbilicalmente, com os promotores.

Além do mais, o direito penal norte-americano é extremamente severo, havendo inclusive previsão da pena capital em alguns estados da federação norte-americana, o que justifica uma posição estanque do juiz em face da produção probatória. O mesmo se pode dizer do direito anglo-saxônico, no qual inclusive adolescentes que praticaram crimes hediondos já foram condenados pela Justiça britânica à prisão perpétua.

Nos Estados Unidos, por exemplo, não existe esse instituto ignóbil do foro por prerrogativa de função, vez que naquele sistema judicial até o Presidente da República pode vir a ser processado e julgado por infração penal comum perante um juiz de 1ª instância. Naquele sistema, inclusive, já tiveram Presidentes da República, em exercício ou, após renunciarem ao mandato, processados e julgados penalmente perante órgãos jurisdicionais de 1ª instância.

No Brasil, com o foro privilegiado para diversos membros de poder, a saber, não só para o Presidente e o Vice-Presidente da República, mas para Senadores, Deputados Federais, Ministros de Estado, Ministros do Tribunal de Contas da União, Governadores, Deputados Estaduais, Conselheiros dos Tribunais de Conta dos Estados, Prefeitos e, agora, ante a uma extensão conferida ao princípio da simetria, vigora o entendimento de que até os Vereadores detêm foro por prerrogativa de função, constata-se, portanto, que ante os inúmeros casos de corrupção recente e malversação de recursos, que denotam corrupção endêmica em vários setores da Administração Pública, há uma sensação latente na população de que para a classe política não há punição.

Isso ocorre, não sem motivo plausível, pela complexidade que se constata na atribuição constitucional de competência originária a um órgão jurisdicional superior para processar e julgar penalmente membros de poder como, por exemplo, a que é atribuída pelo artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal,

que detém ainda múltiplas competências, inclusive a mais relevante, que é a de funcionar como Corte Constitucional, órgão máximo de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Não é sem razão que há décadas, não se verifica uma condenação de réu processado, originariamente, por infração penal comum perante o Pretório Excelso. Toda a sociedade está ciente do esforço do Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal, Relator da Ação Penal originária movida pelo Procurador-Geral da República em face dos réus que, supostamente, se envolveram no caso recente da política brasileira que ficou conhecido como “mensalão”.

Igual problemática também se constata com as atribuições constitucionais a outras instâncias jurisdicionais superiores para processarem e julgarem, originariamente, membros de poder por infrações penais comuns como as que se verificam em relação ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais.

Destarte, causa mais perplexidade para os leigos, quando o agente político processado, originalmente, perante instância superior por infração penal comum, renuncia ao mandato ou cargo, obrigando que a Corte com competência originária, decline da competência, ante o entendimento lógico de que o foro por prerrogativa de função atribui-se em virtude da deferência ao cargo, e não a pessoa, cessando a competência originária, quando não há mais o exercício do cargo.

Ad argumentandum, quem sabe no futuro, ante uma hermenêutica dogmático-evolutiva do texto constitucional, a fim de que não haja rupturas institucionais e, quem sabe, até uma eventual necessidade de convocação de outra Assembleia constituinte, supere-se no Pretório Excelso a rejeição à teoria aceita em outros sistemas jurídicos da existência de normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, a de normas constitucionais, oriundas do poder constituinte originário, que a evolução dogmática passe a reputar como inconstitucionais, consoante a dogmática desenvolvida pelo jurista alemão Otto Bachof.

Assim, quem sabe no futuro, as normas constitucionais originárias que preveem foros por prerrogativas de função não venham a ser reputadas

como sendo inconstitucionais?

O jurista alemão Otto Bachof levanta a tese da possibilidade de se constatarem normas constitucionais, dentro do Texto originário da Constituição, que seriam inconstitucionais em face ao Direito Supralegal, permitindo, portanto, a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais.

Até que ponto a rigidez das Constituições é imune às influências e vinculações extrapositivas? O Poder Constituinte Originário deve respeitar valores transcendentais e, se isto não ocorrer, normas em desacordo poderão ser consideradas inconstitucionais? Há hierarquia interna entre as normas constitucionais ou o que vigora é o princípio da unidade da Constituição? E qual a competência e quais os limites dos Tribunais ou Cortes Constitucionais?

Por isso, que diante de nosso frágil sistema penal, não adotar uma posição ativa, não perfilhar o ativismo judicial é algo a ser examinado com critério e acuidade. A ideia de um sistema acusatório clássico na seara processual penal, com um juiz absolutamente inerte, em muitos casos o que engendrará não será a garantia da imparcialidade, mas a da ineficácia da atividade jurisdicional.

Nesta senda, se no Brasil vulneram-se os direitos dos presos, o Poder Judiciário não pode ficar omissivo, havendo garantias e instrumentos adequados para correção das omissões estatais pelo Judiciário, mormente as do Poder Executivo; o que falta, portanto, é o manejo desses instrumentos, o que deve ser feito com coragem e sem receio de que se firmem suscetibilidades dos ocupantes do poder das demais funções estatais.

Como salienta o Professor Luís Roberto Barroso, na sua obra **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**²¹, sobre a análise do ativismo jurídico:

21 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**: Saraiva, São Paulo, 2ª ed. p. 284/285.

“A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a ampliação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Sem embargo dos adeptos de uma metodologia de autocontenção judicial, ou até de um elastério do entendimento do ativismo judicial, vislumbro a proteção deficiente como uma possibilidade de atuação judicial de exame da inconstitucionalidade de atos normativos com premissas e critérios menos rígidos do que os tradicionalmente adotados. Assim, como salienta o Professor Luís Roberto Barroso em sua obra **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**²²:

“A interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação, envolvendo a aplicação de regras jurídicas. Nos casos difíceis, todavia, a interpretação constitucional, sem deixar de ser uma atividade jurídica, sofrerá a influência da filosofia moral e da filosofia política”.

Assim, se há risco de no futuro os juízes brasileiros sofrerem o jul-

22 Ob. cit. 21, p. 399/400.

gamento da História em razão de violações que são perpetradas nos cárceres contra presos provisórios ou definitivos, a solução para evitar esse julgamento negativo, essa mácula à nossa imagem, talvez, *permissa venia*, não seja a que se aproxime do abolicionismo da pena ou a de uma política restringível ou reducionista do poder cautelar dos juízes, em detrimento de outros direitos individuais e direitos e interesses metaindividuais, mas a da adoção de uma atitude mais ativa.

Na hipótese, se a confrontação da novel sistemática cautelar no processo penal, em alguns aspectos, conflita no meu entendimento com outros direitos fundamentais e direitos e interesses metaindividuais que não a liberdade, se houver nesses direitos a inserção de conceitos jurídicos indeterminados, como o da segurança, ou mesmo da segurança pública, como salienta o Mestre Luís Roberto Barroso²³:

“Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário. Ambos têm em comum a impossibilidade de o Direito, em múltiplas situações, antecipar todas as hipóteses de incidência da norma e disciplinar em detalhe a conduta a ser seguida. Daí a necessidade de delegar parte da competência de formulação da norma ao seu intérprete e aplicador. No entanto, o papel que este irá desempenhar varia significativamente conforme se trate de um ou outro caso. Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve a atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação”.

Ad cautelam, quando se advoga a ‘discricionarietà’ que deve ser

23 Ob. cit. 22. p. 333.

conferida ao juiz para adoção de medidas cautelares, assim, se faz na acepção e no sentido lato desse vocábulo, e não no sentido técnico do Direito Administrativo de conveniência e oportunidade, pois em sede de medidas cautelares o que se impõe é um poder-dever assentado na necessidade.

Se a novel sistemática traz colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais, tais modalidades de colisão revelarão a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos, notadamente a inadequação do método subsuntivo, exigindo-se outros métodos, dentre os quais a metodologia da ponderação de interesses.

O mestre Luís Roberto Barroso, sobre a colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais, adverte:

“direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a atividade de leis restritivas, bem como fornecer parâmetros ao intérprete judicial”.

No caso da limitação trazida pela Lei nº 12.405, de 04 de maio de 2011, em relação ao artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, revela-se de difícil solução para muitas hipóteses concretas, haja vista que, aparentemente, tratar-se-ia de hipótese de ampliação de um direito fundamental e da observância do princípio da proibição do excesso e da inserção do postulado da proporcionalidade em sentido estrito, no entanto, em uma visão sistêmica e sopesando a unicidade da Constituição e do subsistema dos direitos fundamentais hauridos da dignidade da pessoa humana, poder-se-á chegar à conclusão, em variadas hipóteses fáticas, de que houve

vulneração ao princípio da vedação de proteção deficiente e antinomia reveladora de insegurança jurídica. Podendo se concluir, em muitos casos, que a restrição incidente pela normatização em voga foi a de outros direitos fundamentais e direitos e interesses metaindividuais também valorados pela Constituição Federal.

Direitos fundamentais como o da segurança, assegurada a todos os cidadãos, o da inafastabilidade da jurisdição, o do devido processo legal sob o prisma substantivo, o interesse metaindividual à segurança pública, dentre outros, poderão vir a colidir com os limites normativos trazidos pela Lei nº 12.405, de 04 de maio de 2011, para o exercício do poder cautelar do juiz.

Sobre o tema da colisão de direitos na seara penal, também discorre com maestria o mestre Luís Roberto Barroso, em sua magistral abordagem do Direito Constitucional Contemporâneo²⁴:

“A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade, no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada na Constituição”.

“... o direito penal atua como expressão do dever de proteção do

24 Ob. cit. 22, p. 379 e 382.

Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. A tipificação de delitos e atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência”.

Conforme o entendimento acima exposto, possível o exame da constitucionalidade de legislação infraconstitucional penal na hipótese de violação de proteção deficiente, o que pode também ser feito pela via do controle difuso das leis e espécies normativas. Com mais razão ainda é viável o controle da constitucionalidade pelo método difuso de legislação infraconstitucional que disciplina matéria afeta ao processo penal.

O controle de constitucionalidade difuso pode ser praticado por qualquer juiz ou Tribunal, estando sua origem no direito norte-americano no famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, relatado pelo *Chief Justice* Marshall, quando a Constituição americana não previa, expressamente, o controle da constitucionalidade, mas Marshall desenvolveu o raciocínio lógico-jurídico de que a Constituição para ser alterada exige processo especial, destarte, se uma lei ordinária contradiz a Constituição é nula. O controle difuso foi introduzido no Brasil, com o advento da República, sendo consagrado pela Constituição de 1891.

Cumprido transcrever, então, alguns escólios do Doutor em Direito Inocêncio Mártires Coelho, Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, sobre hermenêutica constitucional no que tange aos limites da interpretação constitucional, extraído do **Tratado de Direito Constitucional**²⁵, organizados pelos insígnis mestres Ives Gan-

25 COELHO, Inocêncio Mártires. **Tratado de Direito Constitucional**: Saraiva, São Paulo: 2010, p. 198.

dra da Silva Martins, Gilmar Mendes Ferreira e Carlos Valder do Nascimento:

“De fato, quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais – precisamente para preservar a sua força normativa –, o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática; por isso é que, olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado jurídico da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação. Afinal, como observa Cossio, toda a valoração jurídica, enquanto fato, é necessariamente um fato do presente, porque um sentido só pode existir no presente”.

Tudo isso evidencia, mais uma vez, o significado exemplar da hermenêutica jurídica, em cujo âmbito – pela mediação vivificadora do intérprete – integram-se, historicamente, os dois horizontes significativos, o horizonte do texto e o horizonte do seu aplicador, que, ao interpretar para poder aplicar, não abandona o seu próprio mundo, antes amplia para fundi-lo com o mundo do texto”.

Assim, o juiz deve observar os princípios da interpretação constitucional, a saber: o princípio da unidade da Constituição; o princípio da concordância prática ou da harmonização; o princípio da correção funcional; o princípio da eficácia integradora da Constituição; o princípio da força normativa da Constituição; e o princípio da máxima efetividade da Constituição; além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para aplicar o horizonte do texto ao horizonte do mundo real.

Pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, o juiz, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

Como salienta o Doutor em Direito Inocêncio Mártires Coelho, Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Pú-

blico pelo princípio da eficácia integradora, o juiz, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, deve dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social.

Nesta senda, o Doutor em Direito Inocêncio Mártires Coelho preceitua que, no campo da hermenêutica e aplicação da lei constitucional, verificam-se decisões interpretativas em sentido estrito, que podem ser de rechaço ou aceitação, e decisões interpretativas manipuladoras, consistindo em decisões aditivas ou substitutivas.

Sobre as decisões substitutivas, o Jurista Inocêncio Mártires Coelho nos ensina²⁶:

“Quanto às sentenças substitutivas, assim se consideram aquelas decisões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substancialmente distinta, que deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial, como denomina Prieto Sanchís, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, o mesmo jurista pondera que, embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, de que desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto possível de controle pela crítica do seu comportamento”.

Importante a reprodução da lição acima, tendo em vista que, na hipótese do novo artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, reputo inconstitucionais os limites normativos que foram trazidos pelo aludido inciso no que tange ao cabimento da prisão preventiva em hipóteses que

26 Ob. cit. 26, p. 245/246.

essa medida cautelar pessoal se faça estritamente necessária, seja para garantia da ordem pública, seja para conveniência da instrução criminal ou assecuração da aplicação da Lei Penal, ou seja, em relação a determinados crimes punidos com pena de reclusão, cujo preceito secundário não prevê pena superior a quatro anos quanto a essa modalidade de prisão; entende este magistrado que a restrição trazida pela aludida norma colide com outros direitos e garantias fundamentais asseguradas na Constituição Federal, bem como outros interesses metaindividuais valorados na Constituição Federal. Resultando-se desta colisão da vulneração do princípio da proibição de proteção suficiente, mormente no que tange ao poder cautelar do juiz sob o enfoque do princípio da inafastabilidade da jurisdição e garantia do devido processo legal, sob o prisma substancial.

Cabível, assim, a análise *incidenter tantum* da constitucionalidade do inciso I do novo artigo 313 do Código de Processo Penal.

Sobre as decisões de efeitos aditivos, o eminente Ministro Gilmar Mendes Ferreira, do Supremo Tribunal Federal, salienta em prestigioso alvitre na obra **Tratado de Direito Constitucional**²⁷ sobre a possibilidade de prolação de tais decisões em nosso ordenamento no controle da constitucionalidade das leis e espécies normativas. Faz expressa referência à decisão do insigne Ministro Marco Aurélio de Mello quanto à Medida Cautelar proposta na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 sobre a constitucionalidade da criminalização de abortos de fetos anencéfalos:

“A doutrina italiana considera manipulativa a decisão por meio da qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordem com a Constituição”.

“Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substituti-

27 MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de Direito Constitucional**: Saraiva, São Paulo: 2010, p. 363/364 e 366.

vo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional um certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra”.

“Convém observar que, não obstante manifeste-se de forma singular em cada sistema de jurisdição constitucional, a crescente utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos responde a necessidades comuns. Nesse sentido, em lição perfeitamente adequada ao direito pátrio, Augusto Martín de La Veja ressaltou ser possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional”.

“Interessante notar que a complexidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das decisões manipulativas de efeitos aditivos. O STF pôde chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio de ações do sistema concentrado de controle, como nas ações dos remédios constitucionais individuais”.

“Por ocasião do juízo de admissibilidade da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, v.g., restou evidente que se o Tribunal decidir pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva. Ao rejeitar

a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de feto padecer de anencefalia”.

“O conjunto dessas decisões talvez esteja a evidenciar que o STF livrou-se do vetusto dogma do legislador negativo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal aparece, como elemento determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”.

Na hipótese, nossa atual Constituição Federal é, essencialmente, programática, constituindo, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, garantindo-se a todos e aos seus cidadãos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em consonância com o escólio do Ministro Gilmar Mendes Ferreira do Supremo Tribunal Federal, não há também óbice à análise da constitucionalidade pelo controle difuso, e não só pelo controle concentrado, que resulte em uma decisão de efeitos aditivos substitutivos, sopesando que, em sede de controle da constitucionalidade, o Poder Judiciário pode livrar-se das amarras de mero legislador negativo.

Se esse é o entendimento e a tendência que agora vige na Corte Constitucional, superada está, portanto, as objeções doutrinárias de que o pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial que implicasse alteração do sentido da norma jurídica impugnada, seria juridicamente impossível, vez que a modificação normativa seria uma atividade legislativa-positiva, que não se coadunaria com o controle judicial da constitucionalidade das leis ante ao princípio da separação dos Poderes.

Superada essa dogmática na seara da hermenêutica e aplicação constitucional, como salienta o Ministro Gilmar Mendes, a decisão aditiva é

autoaplicativa, a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar. Essa dogmática exsurge, então, do papel do juiz moderno na concretização dos valores e fins constitucionais, mesmo que, aparentemente, imagine-se que a sua atuação possa transparecer retrocessiva, quando, em verdade, o que se busca é a unicidade da Constituição e a efetivação dos direitos fundamentais, que não comportam apenas uma angulação, mas uma horizontalidade capaz de otimizar e tornar o mais eficaz possível os preceitos constitucionais.

Cabível, portanto, a interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, com base na ponderação do subprincípio do Estado Democrático de Direito, de vedação de proteção insuficiente em relação à regra geral para cabimento da prisão preventiva autônoma.

Ad cautelam, como salienta Ives Gandra Martins sobre as liberdades públicas na citada obra, **Tratado de Direito Constitucional**²⁸:

“Nesse campo, como nos demais, nenhuma liberdade é absoluta. A própria concepção da vida em sociedade, tal como vislumbrada pelos contratualistas dos séculos XVII e XVIII, Thomas Hobbes (1588-1679) e Jean-Jaques Rousseau (1712-1778), via no pacto social a limitação das liberdades individuais com vista a tornar possível a vida social: ‘a liberdade de cada um termina onde começa a do outro’”.

“Assim, liberdade não significa independência total, isto é, não depender de nada nem de ninguém. A vida em sociedade é, necessariamente, marcada pela mútua dependência”.

“A função do Estado é promover o bem comum. O bem comum é a soma dos bens individuais de cada um dos integrantes da sociedade. Cada indivíduo tem o seu projeto de vida, cuja meta, sob as mais variadas formas, é sempre a busca da felicidade”.

“Ora, a liberdade social, intrinsecamente unida à política e eco-

28 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tratado de Direito Constitucional**: Editora Saraiva, São Paulo: 2010, p. 288 e 289.

nômica, consiste em que o projeto de vida de cada indivíduo (seus ideais) possa ser alcançado”.

Com base na liberdade social é que reputo que os novéis limites normativos ao poder cautelar do juiz conspurcam vários direitos e garantias fundamentais, e outros direitos e interesses metaindividuais valorados pela Constituição Federal.

Dentre esses interesses figura a segurança pública, que é um direito e dever de todos, e um dever precípua do Estado, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal. Sendo certo que uma restrição desmedida ou desarrazoada ao poder cautelar do juiz na seara processual penal causa reflexamente consequências na paz pública.

Sobre o direito e interesse metaindividual, o Desembargador Alvaro Lazzarini, do Tribunal de Justiça de São Paulo, salientou com maestria no tópico Defesa do Estado, no **Tratado de Direito Constitucional**²⁹, organizado pelos insignes mestres Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Mendes Ferreira e Carlos Valder do Nascimento:

“Comentando a locução Segurança Pública que é a rubrica do Capítulo III do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas) da Constituição de 1988, José Cretella Júnior observa que o ‘o problema da segurança, quer do Estado, que do indivíduo, inscreve-se como um dos temas fundamentais do Direito. Quanto ao Estado, segurança quer dizer ‘paz’, estabilidade da estrutura das instituições; quanto ao indivíduo, segurança quer dizer ‘tranqüilidade física e psíquica’, condições garantidoras das circunstâncias que possibilitam o trabalho, afastada a vis inquietativa. Daí poder afirmar-se que a segurança do Estado, das pessoas e dos bens é elemento básico das condições universais, fator indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade

29 LAZZARINI, Alvaro. **Tratado de Direito Constitucional**: Saraiva, São Paulo: 2010, p. 1033/1034 e 1036 e 1054.

humana. A paz, derivada da segurança, proclamada inviolável pelo Direito, não ficará, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual do cidadão, ou órgãos vitais do Estado”.

“É de Louis Rolland, que invoca a autoridade de Haurion, a noção de que a ordem pública é uma situação de fato oposto à desordem, sendo essencialmente de natureza material e exterior, razão pela qual, realmente, cabe à polícia administrativa assegurar a boa ordem, isto é, ‘a tranqüilidade pública, a segurança e a salubridade pública”.

“Muito se tem debatido, mas, no nosso entendimento, segurança pública é um estado antidelitual que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais e pelas leis das contravenções penais, com ações de polícia preventiva ou de repressão imediata, afastando-se, assim, por meio de organizações próprias, de todo o perigo ou de todo o mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a”.

“Não é, portanto, só o Estado que tem responsabilidade sobre a segurança pública, porque, desde 1988, quando da promulgação da vigente Constituição da República, toda a comunidade de cidadãos tem tal responsabilidade nos limites constitucionais e infraconstitucionais”.

“Concluímos igualmente que o denominado sistema de segurança pública é na verdade um subsistema que integra um sistema total, o denominado sistema criminal, também integrado por outros subsistemas o do Judiciário e do Prisional, além dos quais poderíamos considerar o do Legislativo e o do Ministério Público, o da Advocacia Criminal e etc., recordando dizer que todas as medidas propostas não devem ser avaliadas isoladamente, mas

pele conjunto que representam, porque dessa visão maior dependerá sua efetividade, em benefício do controle da violência e da criminalidade nas grandes cidades, principalmente nas megalópoles, amenizando, a insegurança da comunidade”.

Não é sem razão que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada quando da Revolução Francesa preceituava: *“a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública, esta força é, pois, instituída para favorecer a todos e não para ser utilizada particularmente por aqueles a quem está confiada”.*

Conclui-se, assim, que a proteção deficiente conspurca, sobremaneira, direitos individuais, a saber, o direito traduzido na ‘tranquilidade física e psíquica dos cidadãos, condições garantidoras da vida em comunidade.

Desta forma, a segurança que se quer, não é a de um Estado Policial como o da Alemanha Nazista, mas justamente a de um Estado Democrático, e não demagógico, que promova o bem de todos. Caso contrário, a fragilidade do Estado poderá fazer exsurgir grupos, como os paramilitares que surgiram no Estado do Rio de Janeiro que, em nome da ordem e no vácuo estatal, promovem a desordem e subversão dos direitos. Destarte, a fragilidade da República de Weimer foi que permitiu a ascensão do nazismo nos anos 30 na Alemanha, como bem salientou o historiador e Professor de Cambridge Richard J. Evans em sua obra clássica **A chegada do Terceiro Reich.** ♦